

**ACORD 54/2011, DE 13 D'ABRIL DE 2011 DEL PLE DEL
CONSELL DE L'AUDIOVISUAL DE CATALUNYA.**

Identificació del procediment

Procediment sancionador núm. 1/2010-S (*Saturació publicitària. Canal Català Barcelona*) incoat al prestador de serveis de televisió SMILE ADVERTISING, SL.

Resolució imposició sanció

Fets

1r. Mitjançant l'Acord 237/2010, de 3 de novembre, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, va declarar formalment la caducitat del procediment sancionador núm. 9/2009-S incoat al prestador de serveis de televisió Smile Advertising, SL, entitat adjudicatària del programa número 2 del canal 48 amb referència TL10B de la demarcació de Barcelona del contracte de gestió indirecta del servei públic de televisió digital local, per l'eventual incompliment, de l'1 al 7 d'abril de 2009, dels límits que la legislació vigent estableix per l'emissió d'activitat publicitària i de televenda, amb l'arxiu de totes les actuacions practicades.

2n. L'Àrea de Continguts del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, mitjançant l'informe ISC 24/2009, de 18 de maig, va efectuar un seguiment dels continguts audiovisuals emesos per Smile Advertising, SL, de l'1 al 7 d'abril de 2009.

D'aquesta anàlisi, es posa de manifest l'existència de determinats incompliments de la legislació que és d'aplicació als prestadors de serveis de televisió local. En concret, es detecten 52 incompliments pel que fa al temps d'emissió per hora de rellotge, en què es divideix el dia, per excés de publicitat en totes les seves formes (emissió de més de 17 minuts).

Quadre 1. Canal Català Barcelona. Ocupació publicitària per hores naturals. Dimecres 1 d'abril

Franja horària	Temps d'anuncis	Temps d'altres formes de publicitat	Total temps de publicitat en totes les seves formes	Temps d'excés de publicitat en totes les seves formes
01.00 - 02.00	0:04:45	0:24:51	0:29:36	0:12:36
02.00 - 03.00	0:09:27	0:47:56	0:57:23	0:40:23
03.00 - 04.00	0:09:23	0:47:56	0:57:19	0:40:19
04.00 - 05.00	0:09:44	0:47:56	0:57:40	0:40:40
05.00 - 06.00	0:09:22	0:47:00	0:56:22	0:39:22
16.00 - 17.00	0:15:21	0:03:01	0:18:22	0:01:22

Quadre 2. Canal Català Barcelona. Ocupació publicitària per hores naturals. Dijous 2 d'abril

Franja horària	Temps d'anuncis	Temps d'altres formes de publicitat	Total temps de publicitat en totes les seves	Temps d'excés de publicitat en totes les seves
----------------	-----------------	-------------------------------------	--	--



			formes	formes
01.00 - 02.00	0:04:44	0:24:51	0:29:35	0:12:35
02.00 - 03.00	0:10:19	0:45:54	0:56:13	0:39:13
03.00 - 04.00	0:09:22	0:47:56	0:57:18	0:40:18
04.00 - 05.00	0:09:22	0:47:57	0:57:19	0:40:19
05.00 - 06.00	0:10:22	0:46:33	0:56:55	0:39:55
14.00 - 15.00	0:19:43	0:00:00	0:19:43	0:02:43

Quadre 3. Canal Català Barcelona. Ocupació publicitària per hores naturals. Divendres 3 d'abril

Franja horària	Temps d'anuncis	Temps d'altres formes de publicitat	Total temps de publicitat en totes les seves formes	Temps d'excés de publicitat en totes les seves formes
01.00 - 02.00	0:04:45	0:24:49	0:29:34	0:12:34
02.00 - 03.00	0:09:27	0:47:58	0:57:25	0:40:25
03.00 - 04.00	0:09:22	0:47:27	0:56:49	0:39:49
04.00 - 05.00	0:09:23	0:47:58	0:57:21	0:40:21
05.00 - 06.00	0:09:24	0:47:01	0:56:25	0:39:25
16.00 - 17.00	0:17:23	0:04:02	0:21:25	0:04:25

Quadre 4. Canal Català Barcelona. Ocupació publicitària per hores naturals. Dissabte 4 d'abril

Franja horària	Temps d'anuncis	Temps d'altres formes de publicitat	Total temps de publicitat en totes les seves formes	Temps d'excés de publicitat en totes les seves formes
01.00 - 02.00	0:04:47	0:24:59	0:29:46	0:12:46
02.00 - 03.00	0:09:44	0:47:52	0:57:36	0:40:36
03.00 - 04.00	0:10:15	0:46:05	0:56:20	0:39:20
04.00 - 05.00	0:09:24	0:47:53	0:57:17	0:40:17
05.00 - 06.00	0:09:24	0:46:49	0:56:13	0:39:13
09.00 - 10.00	0:14:34	0:04:45	0:19:19	0:02:19
14.00 - 15.00	0:19:44	0:00:00	0:19:44	0:02:44
16.00 - 17.00	0:16:52	0:02:01	0:18:53	0:01:53

Quadre 5. Canal Català Barcelona. Ocupació publicitària per hores naturals. Diumenge 5 d'abril

Franja horària	Temps d'anuncis	Temps d'altres formes de publicitat	Total temps de publicitat en totes les seves formes	Temps d'excés de publicitat en totes les seves formes
01.00 - 02.00	0:09:26	0:25:00	0:34:26	0:17:26
02.00 - 03.00	0:09:26	0:47:56	0:57:22	0:40:22
03.00 - 04.00	0:09:22	0:47:57	0:57:19	0:40:19
04.00 - 05.00	0:04:41	0:52:38	0:57:19	0:40:19
05.00 - 06.00	0:09:22	0:46:50	0:56:12	0:39:12
09.00 - 10.00	0:14:34	0:04:45	0:19:19	0:02:19
10.00 - 11.00	0:20:38	0:00:00	0:20:38	0:03:38
12.00 - 13.00	0:28:58	0:02:01	0:30:59	0:13:59
13.00 - 14.00	0:19:22	0:00:00	0:19:22	0:02:22
15.00 - 16.00	0:00:00	0:46:00	0:46:00	0:29:00
16.00 - 17.00	0:00:00	0:45:10	0:45:10	0:28:10

Quadre 6. Canal Català Barcelona. Ocupació publicitària per hores naturals. Dilluns 6 d'abril

Franja horària	Temps d'anuncis	Temps d'altres formes de publicitat	Total temps de publicitat en totes les seves formes	Temps d'excés de publicitat en totes les seves formes
01.00 - 02.00	0:10:19	0:23:06	0:33:25	0:16:25
02.00 - 03.00	0:09:26	0:47:56	0:57:22	0:40:22

03.00 - 04.00	0:04:41	0:53:57	0:58:38	0:41:38
04.00 - 05.00	0:10:23	0:47:31	0:57:54	0:40:54
05.00 - 06.00	0:09:22	0:46:50	0:56:12	0:39:12
09.00 - 10.00	0:14:34	0:04:45	0:19:19	0:02:19
16.00 - 17.00	0:16:23	0:02:01	0:18:24	0:01:24

Quadre 7. Canal Català Barcelona. Ocupació publicitària per hores naturals. Dimarts 7 d'abril

Franja horària	Temps d'anuncis	Temps d'altres formes de publicitat	Total temps de publicitat en totes les seves formes	Temps d'excés de publicitat en totes les seves formes
01.00 - 02.00	0:04:46	0:25:03	0:29:49	0:12:49
02.00 - 03.00	0:10:19	0:46:00	0:56:19	0:39:19
03.00 - 04.00	0:09:22	0:47:56	0:57:18	0:40:18
04.00 - 05.00	0:09:22	0:47:56	0:57:18	0:40:18
05.00 - 06.00	0:09:41	0:46:49	0:56:30	0:39:30
09.00 - 10.00	0:14:34	0:04:44	0:19:18	0:02:18
10.00 - 11.00	0:16:04	0:02:01	0:18:05	0:01:05
14.00 - 15.00	0:19:43	0:00:00	0:19:43	0:02:43

D'acord amb els quadres anteriors, es palesa que el prestador de servei de televisió incompleix els 7 dies objecte d'anàlisi el límit d'emissió de publicitat en totes les seves formes per hora natural entre l'1 i les 6h de la matinada a causa de la publicitat que s'insereix de manera simultània a la programació eròtica de matinada. Així mateix, es constata que aquests incompliments van acompanyats de l'obtenció d'un lucre addicional que s'obté dels xats de contactes.

Vegeu exemple (Figura 1)¹.

Figura 1. Canal Català Barcelona. Informes ISC 24/ 2009. Exemple de publicitat durant la programació de clips eròtics de l'01/04/09 a les 4.29.55h



¹ Aquesta figura pertany al programa *Club nocturn*. La publicitat computada és la sobreimpressió "Contactes 24h. 803 484 104", atès que es tracta d'un servei aliè a la participació en el xat del programa.



Finalment, cal tenir en compte que el prestador de serveis de televisió ha sobrepassat, en 40 ocasions, el 20% del temps dedicat a publicitat en totes les seves formes per hora natural que la legislació d'aplicació fixa en un màxim de 17 minuts.

Quadre 8. Canal Català Barcelona. Informe ISC 24/ 2009. Incompliments en l'ocupació per hores naturals de publicitat en totes les seves formes

Informe	Dates d'anàlisi	Data	Hora natural	Temps de publicitat en totes les seves formes	Excés del 20% per hora natural
ISC 24/2009	De l'1 al 7 d'abril	01/04/09	01.00 - 02.00	0:29:36	SI
			02.00 - 03.00	0:57:23	SI
			03.00 - 04.00	0:57:19	SI
			04.00 - 05.00	0:57:40	SI
			05.00 - 06.00	0:56:22	SI
			16.00 - 17.00	0:18:22	NO
		02/04/09	01.00 - 02.00	0:29:35	SI
			02.00 - 03.00	0:56:13	SI
			03.00 - 04.00	0:57:18	SI
			04.00 - 05.00	0:57:19	SI
			05.00 - 06.00	0:56:55	SI
			14.00 - 15.00	0:19:43	NO
		03/04/09	01.00 - 02.00	0:29:34	SI
			02.00 - 03.00	0:57:25	SI
			03.00 - 04.00	0:56:49	SI
			04.00 - 05.00	0:57:21	SI
			05.00 - 06.00	0:56:25	SI
			16.00 - 17.00	0:21:25	SI
		04/04/09	01.00 - 02.00	0:29:46	SI
			02.00 - 03.00	0:57:36	SI
			03.00 - 04.00	0:56:20	SI
			04.00 - 05.00	0:57:17	SI
			05.00 - 06.00	0:56:13	SI
			09.00 - 10.00	0:19:19	NO
			14.00 - 15.00	0:19:44	NO
			16.00 - 17.00	0:18:53	NO
		05/04/09	01.00 - 02.00	0:34:26	SI
			02.00 - 03.00	0:57:22	SI
			03.00 - 04.00	0:57:19	SI
			04.00 - 05.00	0:57:19	SI
			05.00 - 06.00	0:56:12	SI
			09.00 - 10.00	0:19:19	NO
			10.00 - 11.00	0:20:38	SI
			12.00 - 13.00	0:30:59	SI
			13.00 - 14.00	0:19:22	NO
			15.00 - 16.00	0:46:00	SI
			16.00 - 17.00	0:45:10	SI
		06/04/09	01.00 - 02.00	0:33:25	SI



Informe	Dates d'anàlisi	Data	Hora natural	Temps de publicitat en totes les seves formes	Excés del 20% per hora natural
			02.00 - 03.00	0:57:22	SI
			03.00 - 04.00	0:58:38	SI
			04.00 - 05.00	0:57:54	SI
			05.00 - 06.00	0:56:12	SI
			09.00 - 10.00	0:19:19	NO
			16.00 - 17.00	0:18:24	NO
		07/04/09	01.00 - 02.00	0:29:49	SI
			02.00 - 03.00	0:56:19	SI
			03.00 - 04.00	0:57:18	SI
			04.00 - 05.00	0:57:18	SI
			05.00 - 06.00	0:56:30	SI
			09.00 - 10.00	0:19:18	NO
			10.00 - 11.00	0:18:05	NO
			14.00 - 15.00	0:19:43	NO

3è. A la vista de l'informe ISC 24/2009, de 18 de maig, el Ple del Consell, mitjançant l'Acord 240/2010, de 3 de novembre, i de conformitat amb el que disposa l'article 34.2 de l'Estatut orgànic i de funcionament del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, aprovat per l'Acord 3/2001, de 28 de febrer, va decidir obrir un període d'informació prèvia a fi de donar audiència al prestador de serveis de televisió Smile Advertising, SL, com a part interessada, per tal que en el termini màxim de deu dies a comptar des del dia següent a la recepció de la notificació d'aquest Acord, formulés les manifestacions que considerés oportunes

4t. El 24 de novembre de 2010, va tenir entrada en aquest Consell (registre d'entrada 2681/2010) un escrit que signa el senyor Nicola Pedrazzoli, en nom i representació de Smile Advertising, SL, en el qual s'al·lega, d'una banda, l'aplicació retroactiva de la Llei de l'Estat

7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual (en endavant, LGCA). D'altra, posa de manifest la seva eventual situació d'indefensió al no disposar dels enregistraments de les emissions que han donat lloc a l'Acord 240/2010, de 3 de novembre, d'obertura del període d'informació prèvia.

Pel que fa a l'aplicació retroactiva de la Llei estatal, Smile Advertising, SL, al·legava que els límits establerts als apartats 2 i 3 de l'article 99 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (en endavant, LCA), *han estat eliminats per l'article 14 de la LGCA que disposa com a únic límit per emissió de publicitat el de dotze minuts per hora de mitjans publicitaris més televenda. No hi ha constància de l'informe de l'Àrea de Continguts del CAC ISC 24/2009, que la meua representada hagi incomplert aquest límit doncs es fa referència a "altres formes de publicitat".* Així mateix, a criteri del prestador de serveis de televisió, d'acord amb l'apartat 2 de l'article 128 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LRJPAC), *i de cara a determinar l'abast del tipus infractor que contempla l'article 133 e) de la LCAC, s'ha de concloure que l'incompliment de les obligacions en matèria de publicitat*

susceptibles de sanció serien les que resultin no tan sols de la LCAC sinó de la LGCA abans referida. Ateses aquestes argumentacions, Smile Advertising, SL, concloïa tot establint que la conducta de la meva representada ... no seria contrària al règim d'emissions de publicitat i en conseqüència no seria susceptible de sanció administrativa de cap ordre.

En relació amb la situació d'indefensió, el prestador de serveis posava de manifest, d'una banda, que *les inspeccions de l'Àrea de Continguts que motiven la present informació prèvia es produeixen, com abans s'ha exposat, en la primera setmana d'abril de 2009, havent transcorregut des d'aquella data molt més del sis mesos que, d'acord amb l'article 54 f) de la LCAC, ha de disposar el prestador del servei de comunicació audiovisual de les seves emissions enregistrades. La no disposició de l'enregistrament d'aquestes emissions deixen en una situació d'indefensió a la meva representada per a rebatre les dades de l'informe 24/2009 de l'Àrea de Continguts.* D'altra, al·legava la inexistència de prova concloent i inequívoca per trencar la presumpció d'innocència. Així, segons Smile Advertising, SL, l'informe 24/2009 no reuneix els requisits per fer prova que estableix l'article 137 de la LRJPAC; *els llistats sobre percentatges de publicitat que inclou l'informe i reproduïx l'Acord notificat no es precisa si aquesta publicitat és la que la llei sotmet a limitació o contempla també la que queden fora d'aquest control horari com l'autopromoció; i s'inclouen en el concepte de televenda espais en que la finalitat principal no es oferir l'adquisició o arrendament de béns o drets o la contractació de serveis a canvi de remuneració ... com poden ser programes de tarot o determinats espais de naturalesa mèdica.*

Finalment, el prestador de serveis de televisió sol·licitava s'acordés l'arxiu de l'expedient sancionador.

5è. A la vista de les manifestacions de l'interessat, i de conformitat amb els fonaments exposats a l'Acord d'obertura del període d'informació prèvia, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, mitjançant l'Acord 267/2010, de 22 de desembre, va decidir incoar un procediment sancionador al prestador de serveis de televisió Smile Advertising, SL, per l'eventual incompliment dels límits que la legislació vigent estableix per l'emissió d'activitat publicitària, fet susceptible de constituir una infracció greu tipificada a la lletra e de l'article 133 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (en endavant, LCA).

6è. Una vegada notificat l'Acord d'incoació al prestador de serveis de televisió, la instructora del procediment emet el plec de càrrecs que es notifica a l'interessat, a qui s'atorga un termini de deu dies per formular al·legacions i proposar les proves oportunes. La notificació del plec de càrrecs i el tràmit d'audiència a l'interessat consten degudament incorporats a l'expedient, en la forma que estableix la LRJPAC.

7è. L'1 de febrer de 2011, ha tingut entrada en aquest Consell (registre d'entrada 162/2011) un escrit del senyor Nicola Pedrazzoli, en nom i representació de Smile Advertising, SL, en el qual s'al·lega, en primer lloc, la vulneració del principi de tipicitat per l'interpretació extensiva de la limitació temporal de la publicitat en contravenció dels preceptes de la Llei de la comunicació audiovisual de Catalunya. Concretament, estableix que l'informe 24/2009 diferencia, per cada dia analitzat, *per un costat el "temps d'anuncis" i per un altre costat, el "temps d'altres tipus de publicitat".* A criteri de l'interessat, l'article 99 de la LCA es refereix exclusivament a *"anuncis publicitaris i*



televenta", és a dir, aquella publicitat que es presenta per blocs o aïlladament i s'insereix amb interrupció de la programació televisiva. En conseqüència, Smile Advertising, SL, considera que de conformitat a l'anterior, si agafem l'informe de seguiment núm. 24/2009 i eliminem del còmput per hora els minuts que es destinen a "altres formes de publicitat (missatges de xat en pantalla dividida), podem comprovar com pràcticament no hi ha incompliments de la norma d'aplicació, doncs ens movem en el límit de l'article 99.3 LCA ("el temps dedicat a anuncis publicitaris i de televenta, exclosa l'autopromoció, no pot ésser superior a 12 minuts").

En segon lloc, el prestador de serveis de televisió reproduceix les al·legacions realitzades en el període d'informació prèvia pel que fa, fonamentalment, a la manca de prova de càrrec suficient per trencar la presumpció d'innocència.

A aquests efectes, manifesta que l'Informe de l'Àrea de Continguts no ofereix prova concloent i inequívoca, *primerament, pels dubtes que suscitava que el referit informe reunís els requisits per fer prova que estableix l'article 137 de la LRJPAC; en segon lloc, perquè en els llistats sobre percentatges de publicitat que inclou l'informe no es precisa si aquesta publicitat és la que la llei sotmet a limitació o contempla també la que queda fora d'aquest control horari (com l'autopromoció); també perquè s'inclouen en el concepte de televenta espais en que la finalitat principal no és oferir l'adquisició o arrendament de béns o drets o la contractació de serveis a canvi de remuneració, com prescriu l'article 90 b) de la LCA, com poden ser els programes de tarot o determinats espais de naturalesa mèdica.*

Així mateix, Smile Advertising, SL, al·lega que els enregistraments que, en suport CD, se li van facilitar per part d'aquest Consell, en tant que poden ser objecte de manipulació, no poden desvirtuar la presumpció d'innocència i, a més a més, manifesta que *manquen les dades d'homologació dels aparells d'enregistrament, talment com s'exigeix amb els etilòmetres en l'àmbit del dret de circulació.*

8è.- El 17 de febrer de 2011 la instructora de l'expedient, després d'analitzar i valorar les al·legacions, va considerar procedent confirmar els càrrecs imputats i formular la corresponent proposta de resolució, que va ser notificada a l'interessat a fi que, en el termini de deu dies, pogués fer les al·legacions que considerés adients, de conformitat amb el que estableix l'apartat primer de l'article 14 del Decret 278/1993, de 11 de novembre, de procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat.

9è.- El 18 de març de 2011 s'ha rebut en aquest Consell un escrit signat pel Sr. Nicola Pedrazzoli (registre d'Entrada núm. 679/2011) en nom i representació de la mercantil SMILE ADVERTISING, S.L., en el qual es reiteren les al·legacions presentades al llarg del procediment per la part interessada. En aquest sentit, es tenen per reproduïts els fonaments de Dret invocats per la instructora del procediment i que desestimaven les al·legacions esmentades.

Fonaments de Dret

Primer.- Anàlisi de les alegacions





El prestador de serveis de televisió Smile Advertising, SL, al·lega la vulneració del principi de tipicitat ja que, segons el seu criteri, aquest Consell ha realitzat una *interpretació extensiva de la limitació temporal de la publicitat en contravenció dels preceptes de la llei de la comunicació audiovisual de Catalunya*. Així mateix, pel que fa a la situació d'indefensió i a la presumpció d'innocència reproduceix les manifestacions efectuades en el tràmit d'informació prèvia, tot afegint l'eventual manipulació dels CD facilitats per aquest Consell i la manca de les dades d'homologació dels aparells d'enregistrament.

- ***Pel que fa al principi de tipicitat i a l'eventual interpretació extensiva de la LCA***

Els fets objecte d'aquest expedient sancionador, van produir-se sota la vigència de la LCA que al seu article 99 estableix la durada de l'activitat publicitària per hora de rellotge i per dia natural d'emissió. Concretament, l'apartat 2 d'aquest article determina que *el temps total dedicat a l'emissió de publicitat en totes les seves formes i a la televenda no pot ser superior al 20% del temps diari d'emissió; i que el temps d'emissió per anuncis publicitaris no pot ésser superior al 15% del temps diari d'emissió*. I, l'apartat 3 estableix que *durant cadascuna de les hores naturals en què es divideix el dia, el temps d'emissió dedicat a la publicitat en totes les seves formes no pot ésser superior a disset minuts. Durant el mateix període, i respectant el límit anterior, el temps dedicat a anuncis publicitaris i de televenda, exclosa l'autopromoció, no pot ésser superior a dotze minuts*.

L'entrada en vigor, aquest agost, de la secció 2a del capítol II del títol II de la LGCA que té com a funció, entre d'altres, la transposició de la Directiva 2007/65/CE del Parlament Europeu i del Consell d'11 de desembre del 2007, de modificació de la Directiva 89/552/CEE sobre la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres relatives a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva [versió codificada mitjançant la Directiva 2010/13/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 10 de març de 2010], comporta l'eventual aplicació d'aquesta norma estatal bàsica als fets objecte d'aquest expedient sancionador. Concretament del seu article 14 que, tot recollint les previsions establertes a l'article 23 i al *Considerando* 83 de la Directiva 2010/13/UE, determina el següent:

Art. 14 El dret a emetre missatges publicitaris

"(...) Els prestadors del servei de comunicació audiovisual televisiva poden exercir aquest dret mitjançant l'emissió de 12 minuts de missatges publicitaris per hora de rellotge. Els serveis radiofònics, connexos i interactius, tenen el dret a emetre missatges publicitaris lliurement.

Per al còmput d'aquests 12 minuts només s'ha de tenir en compte el conjunt dels missatges publicitaris i la televenda, i se n'exclouen el patrocini i l'emplaçament. També s'ha d'excloure del còmput la telepromoció quan el missatge individual de la telepromoció tingui una durada clarament superior a la d'un missatge publicitari i el conjunt de telepromocions no superi els 36 minuts al dia, ni els 3 minuts per hora de rellotge (...)"

En conseqüència, s'aboleix el límit diari d'emissió de publicitat i el límit d'emissió d'anuncis per hora de rellotge i, únicament, es manté el límit horari per hora de rellotge d'emissió de "publicitat en totes les seves formes" o, en paraules de la LGCA, de



“missatges publicitaris i televenda”, definits als apartats 25 i 26 de l'article 2 de la Llei estatal.

Atesa aquesta supressió, i d'acord amb l'article 128 de la LRJPAC, resulta necessari aplicar la LGCA al cas que ens ocupa. Això no obstant, i en benefici de Smile Advertising, SL, l'aplicació retroactiva de la Llei estatal s'ha de realitzar parcialment. L'apartat 1 de l'article 14 de la LGCA estableix, com a màxim, l'emissió de 12 minuts de missatges publicitaris per hora de rellotge, tenint en compte el conjunt de missatges publicitaris i la televenda excloent el patrocini i l'emplaçament de producte. Aquest màxim és considerablement inferior al límit de 17 minuts establert a l'apartat 3 de l'article 99 de la LCA. Així, la impossibilitat d'aplicar retroactivament la previsió dels 12 minuts de missatges publicitaris per hora de rellotge comporta que segueixi resultant d'aplicació, al cas que ens ocupa, els 17 minuts establerts a la LCA, al resultar més beneficiós per l'interessat i sempre tenint en compte la legislació vigent en el moment de produir-se els fets.

En definitiva, Smile Advertising, SL, incompleix en 52 ocasions el límit legal de temps dedicat a la publicitat en totes les seves formes per hora natural que, ateses les consideracions anteriors, és manté en un màxim de 17 minuts i inclou tota l'activitat publicitària, excloent únicament el patrocini i l'emplaçament de producte.

A criteri de la part actora no és objecte de limitació de l'article 99 tot tipus de “publicitat”, entesa en els termes de l'article 90, sinó els “anuncis publicitaris”. La interpretació finalista i literal de la norma ens porta a excloure de l'àmbit de la limitació temporal els missatges publicitaris que s'emetin en pantalla dividida.

A aquests efectes, cal tenir en compte que l'apartat 1 de l'article 99 de la LCA estableix que el Consell de l'Audiovisual de Catalunya ha de vetllar perquè l'activitat publicitària i la televenda respecti els límits de durada que la legislació estableix per hora de rellotge i per dia natural d'emissió tot establint, a aquests efectes, unes limitacions temporals pel que fa a la publicitat en totes les seves formes entesa en el termes de l'article 90 de la LCA. Així mateix, l'apartat 1 de l'article 14 de la LGCA estableix que per al còmput dels 12 minuts s'ha de tenir en compte el conjunt dels missatges publicitaris i la televenda que, com comunicacions comercials audiovisuals, estan destinats a promocionar, de manera directa o indirecta, els béns, serveis o imatge d'una persona física o jurídica dedicada a una activitat econòmica, que acompanyen un programa o s'hi inclouen a canvi d'una contraprestació econòmica a favor del prestador del servei (art. 2.24 LGCA).

Ateses aquestes previsions, és obvi i evident, que la pantalla dividida, que no té la condició de patrocini ni d'emplaçament de producte, s'ha de tenir en compte a l'hora de parlar d'activitat publicitària ja que, d'acord amb l'apartat 2 de l'article 104 de la LCA, la pantalla dividida és una nova tecnologia en l'activitat publicitària que permet, justament, la difusió de continguts publicitaris.

Així mateix, Smile Advertising, SL, al·lega que “*si la norma específicament no inclou dins el marc de la regulació horària la publicitat que es realitza en pantalla dividida, i expressament remet a una regulació que efectui ad hoc el CAC, regulació que a data de les present al·legacions de descàrrec encara no s'ha produït, al faltar la norma que tipifica com a infracció la duració excessiva d'aquesta publicitat, no podem parlar ni d'antijuridicitat ni de sanció*”.

Sorprenen aquestes manifestacions, si tenim en compte que Smile Advertising, SL, no és un tercer aliè a la comunicació audiovisual. Ans al contrari, com a prestador de serveis de televisió, coneix perfectament els límits que la legislació vigent estableix per l'emissió d'activitat publicitària (art. 99 LCA). A aquests efectes, cal tenir en compte que el propi interessat reconeix l'existència d'aquests límits, des del mateix moment que manifesta que *l'escreix sobre el límit temporal en còmput d'hora natural es produeix amb caràcter puntual i no reiterat i, en conseqüència, no tenen virtualitat suficient com per motivar la incoació i tramitació d'un expedient per infracció greu.*

D'altra banda, donada la clara i específica redacció de l'apartat 3 de l'article 99 de la LCA és del tot innecessària una normativa específica que reculli aquests límits que, a més, revestiria la forma d'instrucció general (art. 117 LCA) que, com a manifestació de la potestat reglamentària i d'acord amb el principi de jerarquia normativa, únicament podria reiterar els límits que en l'emissió d'activitat publicitària ja s'estableixen a la Llei i que, més a més, en cap cas, no podria tipificar infraccions administratives (art. 129 LRJPAC).

Finalment, pel que fa a la tipificació de la conducta imputada, l'apartat 6 de l'article 58 de la LGCA estableix com a infracció greu *l'incompliment del límits de temps d'emissió per hora de relloige dedicat a la publicitat i a la televenda, establert a l'article 14.1, quan excedeixi en un 20% d'allò permès.* Així, la conducta imputada a Smile Advertising, SL, té la mateixa tipificació a la LCA que a la LGCA. Concretament, es palesa que el prestador de serveis de televisió incompleix en 52 ocasions el límit d'emissió de publicitat en totes les seves formes per hora natural i sobrepassa, en 40 ocasions, el 20% del temps dedicat a publicitat en totes les seves formes per hora natural que la legislació d'aplicació fixa, pel que fa al cas que ens ocupa, en un màxim de 17 minuts. Conducta que, així mateix, tipifica com a infracció greu la lletra e de l'article 133 de la LCA.

- Pel que fa a la situació d'indefensió i a la presumpció d'innocència

Les al·legacions efectuades per l'interessat en relació amb aquests extrems són reiteració d'aquelles efectuades en el tràmit d'informació prèvia. En conseqüència, donem per reproduïdes les argumentacions donades a, aquests efectes, per aquest Consell a l'Acord 267/2010, de 22 de desembre, d'incoació de l'expedient sancionador.

Això no obstant, és necessari fer una breu referència a les manifestacions realitzades pel prestador de serveis de televisió pel que fa a l'eventual manipulació dels CD facilitats per aquest Consell i a la manca de les dades d'homologació dels aparells d'enregistrament.

Pel que fa a l'eventual manipulació dels enregistraments, cal tenir en compte que ni aquest Consell, en general, ni el seu personal, en particular, tenen cap interès en realitzar actuacions que, no ajustant-se a la legalitat, tinguin com a finalitat imputar infraccions administratives inexistents als prestadors de serveis de comunicació audiovisual. Ans al contrari, l'actuació del Consell i la del seu personal s'inspira sempre, entre d'altres, en el respecte dels principis de legalitat, d'estricta subjecció a l'ordenament jurídic i d'objectivitat (art. 29.1 Estatut orgànic i de funcionament del CAC). Així mateix, l'actuació del Consell i la dels seus òrgans i serveis resta subjecta a la seva

lleï reguladora i a la LRJPAC que, a aquests efectes, determina que *“les administracions públiques serveixen amb objectivitat els interessos generals i actuen amb submissió plena a la Constitució, a la llei i al dret ”* (art. 3.1 LRJPAC). No és procedent, en conseqüència, posar en dubte l'actuació del Consell al·legant, gratuïtament i sense cap mena de fonamentació, l'eventual manipulació per part dels membres d'aquest Consell dels enregistraments facilitats a Smile Advertising, SL.

D'altra banda, pel que fa a la manca de *les dades d'homologació dels aparells d'enregistrament, talment com s'exigeix amb els etilòmetres en l'àmbit del dret de circulació*, cal tenir en compte que l'enregistrament de tots els continguts emesos pels diferents prestadors de serveis de comunicació audiovisual, que realitza aquest Consell, és un procés automàtic i informatitzat que comença mitjançant la rebuda de la corresponent senyal a una antena de ràdio i/o televisió. Aquesta senyal és processada mitjançant un programa informàtic (software) i emmagatzemada en temps real en un ordinador central (hardware). En altres paraules, l'equip d'enregistrament d'aquest Consell es limita, com qualsevol reproductor-gravador, a gravar en temps real l'emissió dels diferents continguts (programació i publicitat) emesos pels prestadors de servei de ràdio i de televisió. En conseqüència, no estem davant d'un equip per mesurar com podria ser, per exemple, un etilòmetre que necessita, com aparell mesurador que és, de la corresponent *“homologació, calibratge i verificació periòdica del seu funcionament”*.

En efecte, els instruments, aparells i altres mitjans de mesura resten subjectes al control metrològic de l'Estat (*Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida*). La modalitat i l'abast d'aquest control metrològic s'ha de determinar casuísticament mitjançant el reglament corresponent (*Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología*). Així, a títol il·lustratiu i tenint en compte l'exemple esmentat per l'interessat, podem citar l'Ordre ITC/3707/2006, de 22 de novembre, *por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado*.

En definitiva, l'equip d'enregistrament d'aquest Consell es limita a gravar els diferents continguts emesos pels prestadors de serveis de ràdio i de televisió i no necessita d'aquest “control metrològic” propi dels aparells mesuradors.

Segon.- Tipificació dels fets.- La superació dels límits d'emissió per hora natural en què es divideix el dia per excés del límit de temps dedicat a publicitat en totes les seves formes (52 incompliments) els dies 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7 d'abril de 2009, comporta que el prestador de serveis de televisió Smile Advertising, SL, ha incomplert els límits que la legislació vigent estableix per l'emissió d'activitat publicitària establerts a l'apartat 3 de l'article 99 de la LCA.

Així mateix, Smile Advertising, SL, de l'1 al 7 d'abril de 2009 ha sobrepassat, en 40 ocasions, el 20% del temps dedicat a publicitat en totes les seves formes per hora natural que la legislació d'aplicació fixa en un màxim de 17 minuts.

Tercer.- Qualificació de la infracció.- L'incompliment de les obligacions que en matèria de publicitat, patrocini i televenda corresponen als prestadors de serveis de comunicació audiovisual, d'acord amb el que estableix la LCA, constitueixen una infracció greu prevista a la lletra e de l'article 133 de la LCA.



Quart.- Sanció aplicable.- La sanció que s'ha d'imposar consisteix, doncs, en una multa de DOTZE MIL UN EUROS (12.001 €), és a dir, la quantia mínima que l'article 136 de la LCA preveu per les infraccions greus.

Cinquè.- Autoritat competent per imposar la sanció.-

El Consell de l'Audiovisual de Catalunya és l'òrgan competent per imposar la sanció de conformitat amb el que estableix la lletra g de l'article 10 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya.

Analitzats els antecedents, fets i fonaments de Dret i d'acord amb el que disposa la lletra g de l'article 10 i l'article 11 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya i l'article 34 de l'Estatut orgànic i de funcionament del Consell de l'Audiovisual de Catalunya aprovat per l'Acord 3/2001, de 28 de febrer, el Ple del Consell adopta els següents,

ACORDS

1. Declarar al prestador de serveis de televisió SMILE ADVERTISING, S.L., responsable de la comissió d'una infracció greu tipificada a la e de l'article 133 de la LCA. per incompliment de les obligacions que en matèria de publicitat, patrocini i televenda corresponen als prestadors de serveis de comunicació audiovisual.

2. Imposar al prestador de serveis de televisió SMILE ADVERTISING, S.L., una multa de DOTZE MIL UN EUROS (12.001 €) que s'haurà de fer efectiva al compte número 2100-0591-47-0200187322 de l'entitat "La Caixa" (fent constar com a referència CAC-1/2010-S) en els terminis establerts a l'apartat 2n de l'article 62 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributària, següents:

- a) Si la notificació d'aquest Acord es fa entre els dies 1 i 15 de cada mes, des de la data de recepció de la notificació fins al dia 20 del mes posterior o, si aquest no fos hàbil, fins a l'immediat dia següent.
- b) Si la notificació d'aquest Acord es fa entre els dies 16 i últim de cada mes, des de la data de recepció de la notificació fins al dia cinc del segon mes posterior o, si aquest no fos hàbil, fins a l'immediat hàbil següent.

Així mateix se us adverteix que la manca de compliment de la sanció dins els terminis abans esmentats donarà lloc, sense més tràmits, a la seva execució forçosa, d'acord amb els article 95 a 97 de la LRJPAC.

3. Notificar aquest Acord a SMILE ADVERTISING, S.L.

Barcelona, 13 d'abril de 2011.

Ramon Font Bové
President

Santiago Ramentol i Massana
Conseller Secretari

