

**ACORD 60/2020, de 17 de juny, del Ple del
Consell de l'Audiovisual de Catalunya**

INCOACIÓ de l'expedient sancionador núm. 1/2020-S (*incompliment del deure d'identificació plena i incompliment de l'emissió de televenda entre les 1h i les 9h*) al prestador de serveis de comunicació audiovisual Emissions Digitals de Catalunya, SL

Fets

1r. Mitjançant l'Acord 28/2020, de 4 de març, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC), tot estimant la sol·licitud d'Emissions Digitals de Catalunya, SA (EDC), de canvi d'oferta programàtica del programa EDC-2 del canal múltiple de televisió digital terrestre amb cobertura nacional i emissió en obert, autoritza la substitució de la programació temàtica "Vida", per una altra temàtica "continuada de cinema, combinada amb telebotiga en franja nocturna.". Així mateix, adverteix a EDC que, tot i aquesta autorització, resta obligada al compliment, entre d'altres, de l'obligació següent:

En matèria de responsabilitat editorial, s'ha d'identificar clarament com el prestador del servei de comunicació audiovisual mitjançant el seu nom o logotip, de conformitat amb l'apartat 1 de l'article 6 de la Llei 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual (LGCA).

Tot i l'advertiment més amunt esmentat, el CAC ha constatat que el logotip que apareix en els continguts audiovisuals que s'emeten per EDC-2 és el de "BOM cine". A la vista d'aquesta constatació, el CAC ha requerit al prestador de serveis de comunicació audiovisual per tal que reconduïxi la seva conducta a la legalitat i, per tal de garantir el dret a una comunicació audiovisual transparent (article 6 de la LGCA), s'identifiqui clarament com el prestador del servei de comunicació audiovisual del programa EDC-2 mitjançant el seu nom o logotip.

EDC ha tramés a aquest Consell un escrit en el qual manifesta la seva disconformitat amb el contingut del requeriment efectuat. Concretament, considera que compleix escrupolosament la obligació legalment imposada, atès que el programa EDC-2 s'identifica clarament amb un logotip o anagrama que és de la seva titularitat. A aquest efecte, acompanya un document, del Registre de patents i marques, segons el qual EDC és titular de la marca núm. 3.057.689 següent:



2n. Mitjançant l'Informe 63/2020, de 7 d'abril, l'Àrea de Continguts del CAC analitza el contingut i la identificació de les emissions del programa EDC-2, dels dies 27 i 28 de març de 2020, i conclou que al canal EDC-2 s'emet BOM Cine i que les emissions s'identifiquen mitjançant la inserció del logotip BOM Cine a la part superior dreta de la pantalla. Aquest logotip coincideix amb el de la pàgina web de BOM Cine. Les

promocions del canal (inserides als blocs publicitaris) també es refereixen a BOM Cine i inclouen el mateix logotip.

L'informe exemplifica aquestes conclusions mitjançant una captura de pantalla en la que s'observa que el logotip que apareix en les emissions és un quadrat amb les lletres BOM de color blanc i a sota, en lletra més petita, la paraula cine també de color blanc.

I, de l'altra banda, mitjançant la referència a la pàgina web de BOM Cine en la que apareix el mateix logotip.

3r. L'informe esmentat més amunt, s'ha completat mitjançant l'Informe 74/2020, de 27 d'abril, en el qual l'Àrea de Continguts analitza l'adequació de les emissions del programa EDC-2, del dia 15 al 21 d'abril de 2020, al que estableix l'Acord 28/2020, de 4 de març, del Ple d'aquest Consell. Mitjançant aquest informe, d'una banda, es reiteren les conclusions establertes en l'Informe 63/2020, de 7 d'abril, tot afegint algunes dades. Així, s'incorpora una nova captura de pantalla en la que s'observa que el logotip que apareix en les emissions és un quadrat amb les lletres BOM de color blanc i a sota, en lletra més petita, la paraula cine també de color blanc i, així mateix, es determina que els programes de televenda no se sobreimpressionen.

S'incorpora també una captura de la pàgina web de BOM Cine, que il·lustra que el logotip que hi apareix és el mateix que el de les emissions d'EDC-2 però, en aquest cas, amb les lletres de color negre.

I, així mateix, exemplifica com s'identificava la programació emesa pel programa EDC-2 anteriorment, tot incorporant una captura de pantalla corresponent a les emissions d'EDC-2 de 7 de juny de 2014.

De l'altra, constata que els programes de televenda s'emeten en unes franges horàries –entre les 4.47 h i les 12.15 h– que no es corresponen plenament amb les que preveu l'Acord 28/2020, de 4 de març.

4t. Vistos els informes de l'Àrea de Continguts, el Ple del CAC, mitjançant l'Acord 47/2020, de 30 d'abril, de conformitat amb el que disposa l'apartat 2 de l'article 34 de l'Estatut orgànic i de funcionament d'aquest Consell, aprovat per l'Acord del Ple del Consell 3/2001, de 28 de febrer (EOF), decideix obrir un període d'informació prèvia per tal de donar audiència al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC, com a part interessada, per tal que en el termini màxim de quinze dies, a comptar de l'endemà d'haver rebut la notificació de l'Acord, formulés les manifestacions que considerés oportunes.

Mitjançant un escrit de 20 de maig de 2020, EDC efectua el tràmit atorgat per l'Acord 47/2020, de 30 d'abril, tot manifestant que “al programa EDC2 s'identifica clarament el prestador del servei de comunicació audiovisual i el responsable editorial dels continguts emesos, mitjançant la inclusió de l'anagrama propi del canal”. A aquest efecte, acompanya novament, com a document núm. 1, el document, del Registre de patents i marques, segons el qual EDC és titular de la marca núm. 3.057.689.

Segons manifesta EDC, aquesta marca és mixta atès que conté dos aspectes que cal separar i diferenciar: la part denominativa formada per vocables i la part visual formada per imatges. Amb el benentès, que en el tràfic mercantil la visual és

complementària i simplement accessòria de la denominativa que és la predominant. L'interessat empara aquesta al·legació tot citant tres sentències del Tribunal Suprem (TS) i considera que “la interpretació jurisprudencial es perfectament lògica i encertada perquè el públic, l'usuari o el consumidor identificaran en el mercat, en aquest cas televisiu, el producte per la seva denominació i no de forma descriptiva.”

A la vista de les anteriors consideracions, i atès que, segons les seves pròpies manifestacions, l'element gràfic de “BOM” no és altament distintiu ja que “no acompanya a la denominació sinó que, ans el contrari, consisteix en la denominació” i, així mateix, que la denominació “BOM” no és una paraula descriptiva o genèrica com ho serien “TELEVISIO, DIGITAL o CANAL”, l'interessat conclou que “ens trobem davant d'un cas d'evident prevalença de la part descriptiva d'una marca mixta, respecte de la part gràfica realment complementària, quant no inconsistent i supèrflua”.

A continuació, EDC posa de manifest que, “vista la importància que aquest Consell de l'Audiovisual de Catalunya dóna a la part gràfica de la marca”, ha optat per registrar “la part gràfica que actualment complementa la marca mixta BOM”. Acredita aquesta manifestació mitjançant un document del Registre de patents i marques, que acompanya com a document núm. 2.

Finalment, EDC al·lega que és l'únic i legítim propietari de la marca BOM i, atès la informació continguda en diverses pàgines web, és també “l'operador i responsable editorial de BOM CINEMA a Catalunya”. Per les quals coses, i en conseqüència, l'interessat considera que respecta plenament el requeriment que, a efectes del dret a una comunicació audiovisual transparent, imposa l'apartat 1 de l'article 6 de la LGCA.

D'altra banda, EDC reconeix que “els programes de televenda s'emeten en franges horàries que no es corresponen plenament amb les que preveu l'Acord 28/2020”. L'interessat atribueix aquest incompliment a un “involuntari i lamentable error, que ja ha procedit a esmenar i que, si no ho ha fet abans, ha estat degut a que la producció ja havia estat programada i lliurada i resultava impossible modificar-la.”

Fonaments de dret

Primer. Anàlisi de les al·legacions

En primer lloc, pel que fa a la manifestació que EDC està clarament identificat com el prestador de serveis de comunicació audiovisual del programa EDC-2, atès la prevalença de la part descriptiva o nominativa de la marca BOM en relació amb la part gràfica o visual, que considera “inconsistent i supèrflua”, cal posar de manifest que, amb independència que això sigui així en el tràfic mercantil i, en particular, segons la jurisprudència citada per l'interessat, en el moment d'inscriure una marca en el Registre corresponent, cal recordar que en el cas que ens ocupa ens trobem en l'àmbit dels serveis de comunicació audiovisual televisiva, on la prevalença més amunt esmentada s'inverteix. Així, en aquests serveis la part predominant és, sempre i en tot cas, la visual.

En efecte, l'article 2 de la LGCA defineix els serveis de comunicació audiovisual com els serveis la finalitat principal dels quals és proporcionar programes amb l'objecte d'informar, entretenir o educar el públic en general (apartat 2). Aquests programes, en

el cas de la televisió, es defineixen com el conjunt d'imatges en moviment, amb o sense so (apartat 6). En un sentit similar, la lletra f) de l'article 1 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (LCA).

Per tant, el deure d'identificació establert a l'apartat 1 de l'article 6 de la LGCA s'ha de posar en relació amb el context en què ens trobem. Aquest context és el dels serveis de comunicació audiovisual televisiva en els quals la imatge és del tot preponderant i, en conseqüència, l'única manera factible d'identificar el prestador d'aquests serveis és mitjançant la inserció del seu nom, logotip o marca visual en les emissions que efectui.

La importància de la part visual de la marca és reconeguda pel propi interessat atès que, segons manifesta i acredita, ha registrat la marca BOM. Això no obstant, cal posar de manifest que, tot i aquesta inscripció, EDC segueix incomplint el deure d'identificació plena establert a l'apartat 1 de l'article 6 de la LGCA, atès que la part visual d'aquesta marca –consistent en les lletres “BOM”– no coincideix amb la que s'insereix en les emissions del programa EDC-2 –consistent en les lletres “BOM cine”–. En aquest sentit, és important destacar que, segons diversa informació a la que s'ha tingut accés, BOM cine és una marca o la marca d'un canal que pertany al grup Squirrel Capital. Així mateix, segons consta en el web d'aquest grup (www.squirrelcapital.es/#section2), BOM cine forma part del grup d'empreses d'aquesta societat. En relació amb aquest canal, al mateix web del grup consta que: “BOM Cine es un canal de televisión temático dedicado a la emisión de producciones cinematográficas, siendo el canal que más horas de cine emite en abierto, con la emisión de 9 películas a diario sin cortes y de manera gratuita, abarcando un sinfín de géneros: comedia, thriller, drama, terror o acción, entre otros”.

Finalment, EDC manifesta que compleix el deure establert a l'apartat 1 de l'article 6 de la LGCA, atès la informació continguda en diverses pàgines web. A aquest efecte, cal posar de manifest que el contingut d'aquestes pàgines no incorpora els extrems que, de conformitat amb el segon paràgraf de l'article més amunt esmentat, seria necessari per poder considerar complert el dret del públic a conèixer la identitat del prestador de serveis de comunicació audiovisual del programa EDC-2.

D'altra banda, aquests extrems tenen per finalitat informar als receptors del servei sobre aspectes relacionats amb el prestador d'aquest servei: nom; adreça; correu electrònic i altres mitjans per establir una comunicació directa i ràpida; l'òrgan regulador o supervisor competent; i l'estructura de propietat, inclosos els titulars reals, de conformitat amb la Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de novembre, de modificació de la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres relatives a la prestació de serveis de comunicació audiovisual.

Per tant, són aspectes relacionats estrictament amb la persona física o jurídica que presta serveis de comunicació audiovisual però que en cap cas la identifiquen com el prestador d'un determinat servei de comunicació audiovisual. En altres paraules, la persona física o jurídica s'haurà d'identificar mitjançant la inserció visual del seu nom o logotip en els continguts audiovisuals que emeti i, a més, haurà de disposar d'un lloc web on fer constar els extrems establerts per llei. D'aquesta manera el públic podrà identificar-la com la prestadora del serveis de comunicació audiovisual i, via web, podrà disposar de determinada informació sobre ella.

Així, tot i que EDC disposa d'un lloc web en el qual constessin els extrems establerts a l'apartat 1 de l'article 6 de la LGCA, i, per tant, es considerés que compleix el deure d'informar sobre aspectes relacionats amb la seva persona, no podem obviar que el logotip que apareix en els continguts audiovisuals que s'emeten per EDC-2 és el de <<BOM cine>>.

En definitiva, l'interessat està obligat a identificar-se clarament com a prestador del servei de comunicació audiovisual en les emissions efectuades en el programa EDC-2. En el cas que ens ocupa, no únicament no s'identifica mitjançant el seu nom o logotip sinó que utilitza un logotip, diferent del que té en titularitat, que pot comportar una confusió sobre qui és el veritable responsable editorial dels continguts emesos pel programa EDC-2.

En segon lloc, pel que fa l'incompliment del deure d'emetre telebotiga entre les 1h i les 9h pel canal EDC-2 cal tenir en compte que, de conformitat amb l'apartat 1 de l'article 28 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (LRJSP), només es poden sancionar pels fets constitutius d'infracció administrativa les persones jurídiques que siguin responsable d'aquells a títol de dol o culpa. Per tant, no es poden sancionar els fets constitutius d'infracció administrativa que s'hagin produït per negligència o error.

EDC reconeix l'existència d'un error involuntari en l'emissió de televenda en una franja horària no permesa i, subsegüentment, de conformitat amb el més amunt esmentat, seria una conducta que no es podria sancionar. Això no obstant, cal tenir en compte que aquesta conducta es reitera al llarg de tota una setmana atès que, segons manifesta l'interessat, no era possible modificar la programació.

En aquest sentit, és important posar de rellevància que l'interessat es reconeix com el prestador de serveis de comunicació audiovisual del programa EDC-2 la qual cosa comporta que, de conformitat amb els apartats 1 i 13 de l'article 2 de la LGCA, té el control efectiu o la direcció editorial sobre la selecció i organització dels programes i dels continguts que s'emeten pel programa esmentat. En conseqüència, és difícil justificar que al llarg de tota una setmana, tot i que els programes i continguts a emetre ja estaven programats, no pogués modificar dita programació. Ens trobem, per tant, davant una conducta volguda i que no s'ha produït ni per negligència ni per error i, en definitiva, sancionable.

Finalment, cal posar de manifest que, tot i que eventualment EDC emeti actualment la televenda dins la franja horària permesa, aquest no és un motiu que l'exoneri de responsabilitat. En efecte l'apartat 2 de l'article 9 de la LGCA permet que l'autoritat audiovisual arribi a acords amb el prestador de serveis de comunicació audiovisual que modifiqui o posi fi a l'emissió d'un contingut il·lícit. Aquesta modificació o finalització posa fi als procediments sancionadors que s'haguessin incoat i, per tant, el prestador no és sancionat per l'emissió del contingut. L'únic requisit que exigeix la llei per arribar a aquests acords és que els fets puguin ser constitutius d'una infracció lleu.

Doncs bé, en el cas que ens ocupa, l'incompliment del deure d'emetre telebotiga entre les 1h i les 9h, establert a l'Acord 28/2020, és un fet susceptible de constituir una infracció greu, tipificada a la lletra i) de l'article 133 de la LCA. En conseqüència, EDC pot ser sancionat per aquesta infracció, tot i que eventualment hagi cessat en la

seva comissió, i això únicament és possible mitjançant la incoació del procediment sancionador corresponent.

Segon. Tipificació de les conductes infractores, sanció i graduació

L'eventual incompliment del deure d'identificació plena d'EDC com el prestador del servei de comunicació audiovisual del programa EDC-2, pot ser constitutiu d'una infracció greu, d'acord amb l'apartat 1 de l'article 58 de la LGCA, que tipifica com a tal l'incompliment del deure que preveu l'apartat 1 de l'article 6 d'aquesta mateixa Llei.

D'altra banda, l'eventual incompliment del deure d'emetre telebotiga entre les 1h i les 9h pel canal EDC-2, pot ser constitutiu d'una infracció greu, d'acord amb la lletra i) de l'article 133 de la LCA, que tipifica com a tal l'incompliment dels deures que corresponen als titulars de llicències per a la prestació de serveis audiovisuals, d'acord amb el que estableixen aquesta llei i els mateixos termes de la llicència.

La lletra *b* de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA preveu que les infraccions greus són sancionades amb una multa des de 12.001 euros fins a 90.000 euros. Així mateix, d'acord amb l'article 137 d'aquesta llei, per establir el grau de la sanció cal tenir en compte, entre altres circumstàncies, l'existència de d'intencionalitat o reiteració.

(afegit de conformitat amb l'article 64.2.a) i b) LPAC)

Per tant, sense perjudici del que resulti de la instrucció, EDC pot ser considerada com la persona presumptament responsable de les infraccions previstes a l'apartat 1 de l'article 58 de la LGCA i a la lletra i) de l'article 133 de la LCA, sancionades de conformitat amb la lletra *b* de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA.

La sanció que caldria imposar consisteix, doncs, en una multa i per determinar-ne la quantia, cal tenir en compte el que estableix l'article 137 de la LCA, que obliga a graduar la sanció que s'imposi tenint en compte les circumstàncies que ressenya.

De les conductes eventualment infractores objecte d'examen, no es pot apreciar la reincidència en els fets, atès que no consta resolució ferma per la comissió d'infraccions d'aquesta naturalesa per part d'EDC. En un sentit similar, tampoc no hi ha constància provada que la comissió de les infraccions hagi tingut repercussió o impacte social ni tampoc el benefici que n'hagi pogut reportar a l'interessat la comissió.

Això no obstant, d'una d'aquestes conductes se'n desprèn l'existència d'intencionalitat, atès que la manca d'identificació de les emissions ve determinada per una conducta activa, volguda i amb ple coneixement de causa; tenint en compte, que aquest Consell ja va requerir a EDC que reconduís la seva actuació a la legalitat, tot identificant les emissions mitjançant el seu nom o logotip.

Així mateix, cal tenir present l'existència de reiteració en les conductes infractores. En aquest sentit, els informes de l'Àrea de Continguts 63/2020, de 7 d'abril, i 74/2020, de 27 d'abril, amb una mostra dels dies 27 i 28 de març de 2020 i del dia 15 al 21 d'abril de 2020, respectivament, constaten que les emissions d'EDC-2 s'identifiquen mitjançant la inserció del logotip BOM Cine que no correspon a EDC. Així mateix, l'Informe 74/2020, de 27 d'abril, constata també que els programes de televenda

s'emeten, en els dies analitzats, en unes franges horàries que no es corresponen plenament amb les que preveu l'Acord 28/2020.

La concurrència de les circumstàncies d'intencionalitat i de reiteració empara establir el grau de la sanció en un nivell superior al mínim establert legalment.

En conseqüència, les sancions que caldria imposar consisteixen en dues (2) multes: una de trenta-quatre mil dos-cents vuitanta-set euros (34.287 €) i l'altra de vint-i-tres mil cent quaranta-tres euros (23.143 €); és a dir, la quantia mínima que preveu la lletra *b* de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA, per la comissió d'infraccions greus (12.001 €), graduades a l'alça atesa la concurrència de les circumstàncies que estableix l'article 137 de la LCA següents:

- Per la infracció prevista a l'apartat 1 de l'article 58 de la LGCA, les circumstàncies d'intencionalitat i reiteració (11.143 € + 11.143 €).
- Per la infracció prevista a la lletra i) de l'article 133 de la LCA, la circumstància de reiteració (11.143 €)

Tercer. Competència del Consell de l'Audiovisual de Catalunya

De conformitat amb el que disposa la lletra *g* de l'article 10 de la Llei 2/2000, de 14 de maig, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, i l'article 34 de l'EOF, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya és l'òrgan competent per a la resolució d'aquest procediment.

Així mateix, s'indica al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC, la possibilitat que té, com a presumpte responsable, de reconèixer voluntàriament la seva responsabilitat, amb els efectes que preveu l'article 85 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC). **(afeqit de conformitat amb l'article 64.2.d) LPAC)**

Per tot l'exposat, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta, per unanimitat, el següent

ACORD

1. Incoar un procediment sancionador al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC per l'eventual incompliment del deure d'identificació plena, establert a l'apartat 1 de l'article 6 de la LGCA, fet susceptible de constituir una infracció greu, tipificada a l'apartat 1 de l'article 58 d'aquesta mateixa Llei i que pot ser sancionada, d'acord amb la lletra *b* de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA i l'article 137 d'aquesta mateixa Llei, amb una multa de trenta-quatre mil dos-cents vuitanta-set euros (34.287 €).

I, així mateix, per l'eventual incompliment del deure d'emetre telebotiga entre les 1h i les 9h, establert a l'Acord 28/2020, fet susceptible de constituir una infracció greu, tipificada a la lletra i) de l'article 133 de la LCA i que pot ser sancionada, d'acord amb la lletra *b* de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA i l'article 137 d'aquesta mateixa Llei, amb una multa de vint-i-tres mil cent quaranta-tres euros (23.143 €).

2. Atorgar al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC un tràmit d'audiència per tal que, en el termini màxim de deu dies, a comptar de l'endemà de rebre la notificació d'aquest acord, pugui formular les al·legacions que consideri oportunes; tot indicant-li que, en cas que no s'efectuïn al·legacions, aquest acord d'iniciació serà considerat proposta de resolució. **(afegit de conformitat amb l'article 64.2.f) LPAC)**

3. Nomenar instructora d'aquest procediment la senyora Carme Fita i Caba, funcionària i cap de l'Àrea Jurídica del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, comunicar-li aquest acord i donar-li trasllat de les actuacions. **(afegit de conformitat amb l'article 64.1 LPAC)**

De conformitat amb l'article 24 de la LRJSP, en qualsevol moment de la tramitació d'aquest procediment, es pot plantejar la recusació de la instructora pels motius que preveu l'article 23 d'aquesta mateixa llei. **(afegit de conformitat amb l'article 64.2.c LPAC)**

4. Trametre al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC, una còpia dels Informes 63/2020, de 7 d'abril i 74/2020, de 27 d'abril.

5. Notificar aquest acord al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC, tot recordant-li que si reconeix la seva responsabilitat o efectua el pagament voluntari en qualsevol moment anterior a la resolució, s'aplicarà una reducció del 20% sobre l'import de les sancions proposades, de conformitat amb l'article 85 de la LPAC. **(afegit de conformitat amb l'article 85 LPAC)**

Barcelona, 17 de juny de 2020

Roger Loppacher Crehuet
President

Daniel Sirera Bellés
Conseller secretari