

**ACORD 89/2011, DE 22 DE JUNY DE 2011,
DEL PLE DEL CONSELL DE L'AUDIOVISUAL DE CATALUNYA**

Expedient sancionador núm. 1/2010-S (saturació publicitària de Canal Català Barcelona) incoat al prestador de serveis de televisió Smile Advertising, SL

Resolució del recurs de reposició

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 a l'emissió d'activitat publicitària i de televenda, amb l'arxivament 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 dur a terme un seguiment dels continguts audiovisuals emesos per Smile Advertising, SL, de l'1 al 7 d'abril de 2009.

Fruit d'aquesta anàlisi es posa de manifest l'existència de determinats incompliments de la legislació que és aplicable 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 formes	Temps d'excés de publicitat en totes les seves 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 serveis de televisió incompleix, els 7 dies objecte d'anàlisi, el límit d'emissió de publicitat en totes les seves formes, per hora natural, entre la 1 i les 6 h 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 d'un lucre addicional que s'obté dels xats de contactes.

Vegeu-ne un exemple (figura 1).¹

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



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 al 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 aplicable 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	SÍ
			02.00 - 03.00	0:57:23	SÍ
			03.00 - 04.00	0:57:19	SÍ
			04.00 - 05.00	0:57:40	SÍ
			05.00 - 06.00	0:56:22	SÍ
			16.00 - 17.00	0:18:22	NO
		02/04/09	01.00 - 02.00	0:29:35	SÍ
			02.00 - 03.00	0:56:13	SÍ
			03.00 - 04.00	0:57:18	SÍ
			04.00 - 05.00	0:57:19	SÍ
			05.00 - 06.00	0:56:55	SÍ
			14.00 - 15.00	0:19:43	NO
		03/04/09	01.00 - 02.00	0:29:34	SÍ
			02.00 - 03.00	0:57:25	SÍ
			03.00 - 04.00	0:56:49	SÍ
			04.00 - 05.00	0:57:21	SÍ
			05.00 - 06.00	0:56:25	SÍ
			16.00 - 17.00	0:21:25	SÍ
		04/04/09	01.00 - 02.00	0:29:46	SÍ
			02.00 - 03.00	0:57:36	SÍ
			03.00 - 04.00	0:56:20	SÍ
			04.00 - 05.00	0:57:17	SÍ
			05.00 - 06.00	0:56:13	SÍ



Informe	Dates d'anàlisi	Data	Hora natural	Temps de publicitat en totes les seves formes	Excés del 20% per hora natural
			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	SÍ
			02.00 - 03.00	0:57:22	SÍ
			03.00 - 04.00	0:57:19	SÍ
			04.00 - 05.00	0:57:19	SÍ
			05.00 - 06.00	0:56:12	SÍ
			09.00 - 10.00	0:19:19	NO
			10.00 - 11.00	0:20:38	SÍ
			12.00 - 13.00	0:30:59	SÍ
			13.00 - 14.00	0:19:22	NO
			15.00 - 16.00	0:46:00	SÍ
			16.00 - 17.00	0:45:10	SÍ
		06/04/09	01.00 - 02.00	0:33:25	SÍ
			02.00 - 03.00	0:57:22	SÍ
			03.00 - 04.00	0:58:38	SÍ
			04.00 - 05.00	0:57:54	SÍ
			05.00 - 06.00	0:56:12	SÍ
			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	SÍ
			02.00 - 03.00	0:56:19	SÍ
			03.00 - 04.00	0:57:18	SÍ
			04.00 - 05.00	0:57:18	SÍ
			05.00 - 06.00	0:56:30	SÍ
			09.00 - 10.00	0:19:18	NO
			10.00 - 11.00	0:18:05	NO





Informe	Dates d'anàlisi	Data	Hora natural	Temps de publicitat en totes les seves formes	Excés del 20% per hora natural
			14.00 - 15.00	0:19:43	NO

3r. Atès 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'apartat 2 de 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, va decidir obrir un període d'informació prèvia per tal 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 de l'endemà d'haver rebut 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 núm. 2681/2010) un escrit que signa el senyor Nicola Pedrazzoli, en nom i representació de Smile Advertising, SL, en el qual 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); i, de l'altra, posa de manifest la seva eventual situació d'indefensió en 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·lega que els límits establerts pels 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 en l'Informe de l'Àrea de Continguts del CAC ISC 24/2009 que la meva representada hagi incomplert aquest límit, ja que 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 de l'Estat 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 preveu 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, conclou 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 posa 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 dels 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 deixa en una situació d'indefensió la meva representada per rebatre les dades de l'informe



24/2009 de l'Àrea de Continguts". De l'altra, al·lega 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 plena que estableix l'article 137 de la LRJPAC: "les llistes sobre percentatges de publicitat que inclou l'informe i reproduïx l'Acord notificat no precisen si aquesta publicitat és la que la llei sotmet a limitació o inclou també la que queda fora d'aquest control horari, com l'autopromoció; i s'inclouen en el concepte de televenda espais en què la finalitat principal no és oferir l'adquisició o l'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·licita que s'acordi arxivar l'expedient sancionador.

5è. Ateses 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 a l'emissió d'activitat publicitària, fet susceptible de constituir una infracció greu tipificada per 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. Un cop 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 com a incorporats degudament 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 núm. 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 la "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, 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 televenda', 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 amb 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, ja que ens movem en el límit de l'article 99.3 LCA" ("el temps dedicat a anuncis publicitaris i de televenda, exclosa l'autopromoció, no pot ésser superior a 12 minuts").

En segon lloc, el prestador de serveis de televisió reproduïx 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 aquest efecte, manifesta que l'Informe de l'Àrea de Continguts no ofereix una 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 les llistes sobre percentatges de publicitat que inclou l'informe no es precisa si aquesta publicitat és la que la llei sotmet a limitació o preveu també la que queda fora d'aquest control horari (com l'autopromoció); també perquè s'inclouen en el concepte de televenda espais en què la finalitat principal no és oferir l'adquisició o l'arrendament de béns o drets o la contractació de serveis a canvi de remuneració, com ho 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 de valorar les al·legacions, va considerar procedent confirmar els càrrecs imputats i formular la proposta de resolució corresponent, que es va notificar a l'interessat per tal que, en el termini de deu dies, pogués fer les al·legacions que considerés adients, de conformitat amb el que estableix l'apartat 1 de l'article 14 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador aplicable 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, SL, en el qual es reiteren les al·legacions presentades al llarg del procediment per la part interessada. En aquest sentit, es donen per reproduïts els fonaments de dret invocats per la instructora del procediment i que desestimen les al·legacions esmentades.

10è. El 24 de maig de 2011 s'ha rebut en aquest Consell (registre d'entrada núm. 986/2011) un escrit signat pel Sr. Nicola Pedrazzoli, que actua en nom i representació de la mercantil Smile Advertising, SL, en el qual interposa un recurs de reposició contra l'Acord 54/2011, de 13 d'abril, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya. El recurs es fonamenta en els mateixos motius al·legats en l'escrit de resposta a la proposta de resolució formulada per aquest Consell.

FONAMENTS DE DRET

Primer. Anàlisi de les al·legacions

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, reproduïx les manifestacions efectuades en el





tràmit d'informació prèvia, i hi afegeix 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, en l'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 segona 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 de 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'aplicació eventual d'aquesta norma estatal bàsica als fets objecte d'aquest expedient sancionador. Concretament, l'aplicació de l'article 14, que recull les previsions establertes per l'article 23 i el considerant 83 de la Directiva 2010/13/UE, i 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-ne 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 segueixin resultant aplicables, al cas que ens ocupa, els 17 minuts establerts per la LCA, en resultar més beneficis per a 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, es manté en un màxim de 17 minuts i inclou tota l'activitat publicitària, excloent-ne 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 aquest efecte, 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 respectin els límits de durada que la legislació estableix per hora de rellotge i per dia natural d'emissió, tot establint, a aquest efecte, unes limitacions temporals pel que fa a la publicitat en totes les seves formes, entesa en els 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'han de tenir en compte el conjunt dels missatges publicitaris i la televenda que, com a comunicacions comercials audiovisuals, estan destinats a promocionar, de manera directa o indirecta, els béns, els serveis o la 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 (apartat 24 de l'article 2 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, difondre 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 en data de les presents al·legacions de descàrrec encara no s'ha produït, en 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 una tercera part aliena a la comunicació audiovisual. Ans al contrari: com a prestador de serveis de televisió, coneix perfectament els límits que la legislació vigent estableix per a l'emissió d'activitat publicitària (art. 99 LCA). Així mateix, cal tenir en compte que el mateix





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, atesa la redacció clara i específica 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, tindria 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, 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 rellotge 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 aplicable 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 de les efectuades en el tràmit d'informació prèvia. En conseqüència, donem per reproduïdes les argumentacions donades a, aquest efecte, per aquest Consell a l'Acord 267/2010, de 22 de desembre, d'incoació de l'expedient sancionador.

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

Pel que fa a la manipulació eventual dels enregistraments, cal tenir en compte que ni aquest Consell, en general, ni el seu personal, en particular, no tenen cap interès a 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'inspiren sempre, entre d'altres, en el respecte dels principis de legalitat, d'estricta subjecció a l'ordenament jurídic i d'objectivitat (apartat 1 de l'article 29 de l'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 llei reguladora i a la LRJPAC que, a aquest efecte, 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" (apartat 1 de l'article 3 LRJPAC). No és procedent, en conseqüència, posar en dubte l'actuació del Consell al·legant, gratuïtament i





sense cap mena de fonamentació, la manipulació eventual 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 del senyal corresponent en una antena de ràdio i/o televisió. Aquest senyal és processat mitjançant un programa informàtic (*software*) i emmagatzemat 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 serveis 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 a aparell mesurador que és, de la corresponent "homologació, calibratge i verificació periòdica del seu funcionament".

En efecte, els instruments, aparells i altres mitjans de mesurament 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'han 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. En relació amb la sol·licitud de suspensió de l'execució de la resolució sancionadora

D'acord amb la LRJPAC, les resolucions sancionadores són executives quan posin fi a la via administrativa (apartat 3 de l'article 138) i, en aquest moment, plenament exigibles tot i la seva impugnació eventual (apartat 1 de l'article 111). Això no obstant, l'òrgan competent per resoldre el recurs pot suspendre, d'ofici o a sol·licitud del recurrent, l'execució de l'acte impugnat quan concorri alguna de les circumstàncies següents (apartat 2 de l'article 111):

- a. Que l'execució pugui causar perjudicis de reparació impossible o difícil.
- b. Que la impugnació es fonamenti en alguna de les causes de nul·litat de ple dret que preveu l'apartat 1 de l'article 62 de la LRJPAC.

En el cas que ens ocupa, l'Acord 54/2011, de 13 d'abril, és una resolució sancionadora que, segons l'apartat 4 de l'article 3 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, d'aquest Consell, esgota la via administrativa i, en conseqüència, el seu compliment és plenament exigible.





Justament per evitar l'eficàcia immediata de l'Acord de referència, el recurrent en sol·licita la suspensió de l'execució.

En efecte, Smile Advertising, SL, sol·licita literalment “que, d'acord amb el que disposa l'article 138 de la LRJPAC, es demana que la present resolució sancionadora no sigui executiva mentre es tramiti i no es resolgui el present recurs de reposició”, sense especificar el motiu o els motius que empararien aquesta suspensió eventual. Així, tenint en compte que el recurs que ens ocupa no es fonamenta en cap de les causes de nul·litat establertes per l'apartat 1 de l'article 62 de la LRJPAC, i no resulten acreditats els perjudicis de reparació impossible o difícil que l'execució de l'Acord puguin comportar, que, en tot cas, serien sempre susceptibles de valoració econòmica, no es dóna cap de les circumstàncies establertes per l'apartat 2 de l'article 111 de la LRJPAC que empararien la suspensió sol·licitada.

En conseqüència, les al·legacions han de ser desestimades.

Per tot el que s'ha exposat, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta els següents

ACORDS

1. Desestimar la sol·licitud de suspensió de l'execució de l'Acord 54/2011, de 13 d'abril, en no concórrer cap de les circumstàncies establertes per l'apartat 2 de l'article 111 de la LRJPAC.
2. Desestimar el recurs de reposició interposat contra l'Acord 54/2011, de 13 d'abril, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, de conformitat amb el que s'ha exposat als fonaments jurídics d'aquesta resolució i, en conseqüència, confirmar l'Acord esmentat mitjançant el qual es declarava el prestador de serveis de televisió Smile Advertising, SL, responsable d'haver comès una infracció greu tipificada per la lletra e de l'article 133 de la LCA, i se li imposava una multa de dotze mil un euros (12.001 €).
3. Notificar aquest Acord a Smile Advertising, SL

Barcelona, 22 de juny de 2011

Ramon Font Bové
President

Santiago Ramentol i Massana
Conseller secretari

