

ACUERDO DEL PLENO DEL CONSEJO AUDIOVISUAL DE ANDALUCÍA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2015.

Expediente núm. 01/2015-S. Resolución del procedimiento sancionador iniciado a CANAL SUR TV, S.A., por la emisión de comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas con un nivel superior a veinte grados.

A la vista de las actuaciones practicadas en el expediente, se dicta resolución sobre la base de los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Consejo Audiovisual de Andalucía (CAA), a través de su sistema de seguimiento de medios, detectó la emisión de comunicaciones comerciales del brandy Luis Felipe, susceptibles de inducir al público a error en cuanto a su naturaleza publicitaria. Estos hechos contravienen la prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas con un nivel superior a veinte grados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA). La entidad responsable de estas emisiones es Canal Sur, TV, S.A., como prestador autonómico del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

Estas comunicaciones comerciales, realizadas en el programa Destino Andalucía del día 17 de enero de 2015, se emitieron en horario de protección de menores contraviniendo, además, lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LGCA.

SEGUNDO.- El 25 de febrero de 2015, el Pleno de este Consejo acordó la apertura de un expediente informativo, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS), con objeto de determinar si las circunstancias concurrentes en este caso evidenciaban la incoación de un procedimiento sancionador. Finalmente se concluyó, una vez analizadas las alegaciones presentadas por la entidad interesada, que no existían elementos exculpatorios sobre la intencionalidad publicitaria de la pieza emitida, por lo que procedía iniciar un expediente sancionador.

TERCERO.- Con fecha 20 de mayo de 2015, y a la vista de lo expuesto, el Pleno del Consejo acordó la apertura de un procedimiento sancionador a Canal Sur, TV, S.A., como responsable de la comisión de una infracción tipificada como grave en el artículo 58.8 de la LGCA, por la emisión de comunicaciones comerciales que fomentan comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el artículo 18.3 c) del mismo cuerpo legal.

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	1/13		

CUARTO.- El 15 de junio de 2015, tuvo entrada en el Registro General del Consejo Audiovisual de Andalucía, el escrito de alegaciones presentado por la representante de la expedientada, en el que, dando por reproducidos los documentos aportados y las alegaciones vertidas en el expediente de información previa, manifestaba lo siguiente:

1. Pese a que en el escrito presentado durante el período de información previa, la interesada justificaba que no hubo intencionalidad publicitaria, el acuerdo de incoación del expediente sancionador no motiva que la ausencia, tanto de ésta, como del percibo de contraprestación, no constituyan elementos exculpatórios del tipo infractor.


El programa emitido no puede considerarse una comunicación comercial televisiva encubierta tal y como la define el artículo 2.32 LGCA, y ello porque sería imprescindible la concurrencia de dos requisitos que no se dan en el presente supuesto: la intencionalidad o propósito publicitario y la inducción a error.

2. Se acompañaba al escrito un Dictamen firmado por D. Pablo Fernández Carballo-Calero, acerca de la inexistencia de comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel superior a 20 grados en los programas televisivos "Consumo Cuidado y "Destino Andalucía", que concluye: "que la referencia al brandy "Luis Felipe" en el programa "Destino Andalucía" no constituye una comunicación comercial, sino una mención informativa del producto".
3. Asimismo, en el escrito de alegaciones se solicitaba la práctica de prueba, consistente en la testifical del experto firmante del mencionado Dictamen, al objeto de someterse a las preguntas que este Consejo deseara formularle; y el visionado conjunto del programa "Destino Andalucía".

QUINTO.- Atendiendo a la solicitud formulada en el escrito de alegaciones, el 8 de julio de 2015 se acordó la apertura de un periodo de prueba de 10 días. Mediante dicho acuerdo, se incorporó al expediente sancionador la documentación obrante en el expediente de información previa, se informó a la interesada de la petición de un informe al Área de Contenidos y se rechazó la práctica de las pruebas solicitadas. Este acuerdo fue notificado a Canal Sur TV, S.A. el día 10 de julio de 2015, haciéndole saber que contra el mismo, al constituir un acto de trámite, no cabía recurso alguno.

No obstante, el 14 de julio de 2015, Canal Sur TV, S.A. interpuso recurso de reposición contra el acuerdo de apertura del periodo de prueba. Dicho recurso fue inadmitido el 20 de julio de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), por no constituir su objeto un acto de trámite cualificado. Este mismo día, el Área de Contenidos emitió el informe solicitado en el acuerdo de fecha 8 de julio de 2015.

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNoFxUEWhg==	Fecha	09/11/2015
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano		
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	2/13



SEXTO.- El 31 de agosto de 2015 el instructor del procedimiento formuló propuesta de resolución, en la que se propuso declarar a Canal Sur TV, S.A. responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter grave, e imponer una multa de 155.860 euros, por la emisión de una comunicación comercial que fomenta comportamientos nocivos para la salud, a tenor de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) de la LGCA. Aquélla fue notificada a Canal Sur TV, S.A. el 2 de septiembre de 2015.

SÉPTIMO.- Contra la propuesta de resolución, Canal Sur TV, S.A. presentó escrito de alegaciones el día 18 de septiembre de 2015, en el que solicita el archivo del expediente sancionador con base en los argumentos que sucintamente se exponen a continuación:

1. Con carácter general, el expediente incoado es nulo de pleno derecho, por cuanto se han conculcado derechos susceptibles de amparo constitucional y se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Para llegar a esta conclusión, la entidad interesada arguye que se han vulnerado el principio de irretroactividad de la normativa sancionadora no favorable, el derecho a una defensa eficaz y el principio de presunción de inocencia.
2. Por lo que respecta, concretamente, a los Fundamentos de Derecho de la propuesta de resolución:
 - a) Se vulneran los principios de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo*, por cuanto se admite la dificultad de discernir si un contenido audiovisual tiene carácter informativo, o publicitario.
 - b) De los tres requisitos analizados para determinar si la pieza emitida puede considerarse mención informativa, este Consejo no ha motivado suficientemente que no concurra el primero de ellos, cual es el de la causa justificativa para la presentación del producto.
 - c) Por lo que respecta a la mención de la marca, que constituye el segundo requisito, el instructor se remite al informe suscrito por el Área de Contenidos de este órgano. A su vez, dicho informe se apoya en una norma posterior a la comisión de los hechos de los que trae causa el presente procedimiento. Resultando que, además, los criterios recogidos en dicha norma no se cumplen en el caso concreto, como ha quedado demostrado en el informe pericial aportado por la interesada.
 - d) Con respecto a la ausencia de contraprestación, que es la tercera de las condiciones que debe reunir la mención informativa, la entidad se manifiesta en desacuerdo, puesto que interpreta que el tipo infractor se integra con el condicionante de la contraprestación. Para realizar tal afirmación, se apoya en la definición de "comunicación comercial audiovisual" recogida en el artículo 2.24 de la LGCA, y aduce no haber recibido contraprestación por la emisión de la pieza en cuestión.

A la luz de estos razonamientos, la entidad concluye que no procede imponer sanción.

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	3/13		

3. Finalmente, considera que el hecho de que este Consejo no haya tenido en cuenta el Dictamen aportado como prueba pericial, ha causado indefensión a la interesada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía, en el artículo 33 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía, aprobado por Decreto 219/2006, de 19 de diciembre, y en base a las atribuciones reconocidas por el artículo 56 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), este órgano es competente para incoar y resolver el presente expediente sancionador.

SEGUNDO.- Entrando en las alegaciones articuladas, Canal Sur TV, S.A. manifiesta en primer término, que el expediente incoado es nulo de pleno derecho, por cuanto se han conculcado derechos susceptibles de amparo constitucional y se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Para colegir esta afirmación, la entidad se basa en tres motivos:

1ª) La **vulneración del principio de irretroactividad** de la normativa sancionadora no favorable. Concretamente, la entidad alega que, tanto el informe emitido por el Área de Contenidos el 20 de julio de 2015, como la propuesta de resolución, justifican la conducta infractora por la aplicación de los Criterios y Recomendaciones sobre comunicaciones comerciales encubiertas, aprobados por el Pleno del CAA el día 20 de mayo de 2015. Para sostener este argumento, la interesada parte de la base de considerar estas recomendaciones, como norma sancionadora, y continúa razonando que, al haber sido aprobadas en fecha muy posterior a la emisión del programa objeto de expediente sancionador, la actuación de este Consejo resulta contraria a derecho y por consiguiente, nula.

Al objeto de rebatir lo argumentado por la entidad, realizamos las siguientes puntualizaciones:

1. Este órgano no ha basado, ni la incoación del procedimiento, ni por extensión, la sanción acordada en el mismo, en la aplicación de los Criterios sobre comunicaciones comerciales encubiertas. Por el contrario, la incoación del expediente de referencia trae causa, y así se le ha hecho saber a la interesada durante toda la tramitación del mismo, de la conducta sancionable tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA, en relación con el artículo 18.3 c) del mismo cuerpo legal, que prohíbe en todo caso la emisión de comunicaciones comerciales televisivas de bebidas alcohólicas con un nivel superior a veinte grados. Y es este tipo de comunicación comercial, y no la de publicidad encubierta, la que se ha sometido a enjuiciamiento en el procedimiento de referencia. Aún con ello, las alusiones realizadas en el expediente sobre la publicidad encubierta, que encuentran su motivación en el debate suscitado por la propia interesada sobre la consideración de los hechos como mención informativa, se han apoyado en

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNoFxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	4/13		

todo caso en la definición y en los requisitos que de aquélla ofrece el artículo 2.32 de la LGCA. Siendo, por tanto una norma jurídica, y no unos criterios interpretativos, la que sirve de basamento para refutar los argumentos vertidos por la interesada en este sentido.

2. El principio de irretroactividad recogido en varias disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, y traídas a colación por Canal Sur TV, S.A en su escrito de alegaciones, viene referido en todo momento a disposiciones y leyes. Es decir, a normas jurídicas.

Por contra, los Criterios aprobados por el Pleno del CAA son recomendaciones. Huelga recordar en este punto, que la diferencia fundamental entre éstas y las normas o disposiciones, estriba precisamente en el carácter vinculante que caracteriza a las segundas, y del que las recomendaciones carecen. Estos criterios orientadores, que se enmarcan en la actividad de regulación que el Consejo tiene atribuida, constituyen un instrumento jurídico destinado a interpretar y clarificar el marco jurídico general, con el fin de facilitar su aplicación a los casos concretos.

Partiendo de la premisa expuesta, y una vez aclarado que las recomendaciones no son normas, ni disposiciones, resulta improcedente la aplicación del principio de irretroactividad esgrimido por la interesada.

2º) La **vulneración del derecho a una defensa eficaz** reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española (CE), por cuanto este Consejo ha omitido el deber de comunicar qué disposición exige la solicitud, durante el período de prueba, de informe al Área de Contenidos. Del mismo modo, la entidad tampoco ha sido informada del lugar, ni de la fecha, ni hora en que se produciría la prueba, ni de la posibilidad de contar con la asistencia de un técnico, ni sobre el derecho a efectuar contraprueba, conculcando lo dispuesto por el artículo 80 de la LRJAP y PAC. Asimismo, alega que la denegación de la prueba propuesta le ha causado indefensión, ya que no ha quedado debidamente justificado que la misma fuese manifiestamente improcedente e innecesaria.

En primer lugar, por lo que respecta a la petición de informe al Área de Contenidos, no se trata de ninguna imposición legal. Tal actuación se enmarca, tanto en el artículo 78 de la LRJAP y PAC, como en el artículo 16 del RPS, que facultan al instructor del procedimiento para realizar de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para el esclarecimiento de los mismos.

Por su parte, los artículos 82 y 83 de la LRJAP y PAC, dedicados a los informes e incardinados en el capítulo sobre la "Instrucción del procedimiento" prevén, a efectos de la resolución del expediente, la solicitud, de manera igualmente discrecional, de aquellos informes que se juzguen necesarios para resolver. Exigiendo, para ello, la sola condición de que se fundamente la conveniencia de reclamarlos.

De otro lado, ni la solicitud, ni el resultado arrojado por el informe han sido en ningún momento ignorados por la interesada, ya que se le hizo llegar junto con la propuesta de resolución, por lo que en

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNoFxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	5/13		

ningún caso se ha impedido el derecho a una defensa eficaz. De hecho, varios de los argumentos que la entidad rebate en su escrito de alegaciones, van referidos al contenido de dicho informe, con lo que tampoco se le ha impedido efectuar contraprueba.

En segundo lugar, y por la propia naturaleza de la prueba practicada, no procede en este caso la comunicación de lugar, fecha y hora en que se iba a producir la misma, ni la asistencia de técnico. Además, la regulación de la LRJAP y PAC, sobre estos extremos, viene referida a la "realización de las pruebas que hayan sido admitidas". Huelga señalar a este respecto, que la solicitud de informe no se encuentra entre las pruebas propuestas por la interesada y admitidas por este órgano, como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores.

Por último, la declaración de improcedencia sobre los medios de prueba propuestos por la interesada, queda debidamente motivada y justificada en el Acuerdo del instructor, de 8 de julio de 2015, al que se refiere el Antecedente de Hecho Quinto de la presente resolución, y a cuya literalidad nos remitimos. Concretamente, en lo que concierne a la testifical de experto independiente y al visionado conjunto del programa "Destino Andalucía", ambas pruebas fueron planteadas por la entidad, de forma subsidiaria, en el supuesto de que el Dictamen aportado (suscrito además por ese mismo experto) no aclarase la naturaleza de mención informativa del reportaje emitido. Recordamos en este punto que el referido Dictamen no sólo fue admitido, tal como acordó el instructor, sino que su análisis ha vertebrado la propuesta de resolución, al refutar los argumentos de la interesada tomando como base los requisitos de la mención informativa recogidos en el mismo. Cuestión distinta es que este órgano difiera de las conclusiones del Dictamen, a la luz de los actos de instrucción ejecutados durante el procedimiento, incluido el informe de contenidos.

Como consecuencia de lo anterior, debemos concluir que carece de fundamento la alegación realizada por la interesada, ya que el mero desacuerdo de ésta con la instrucción llevada a cabo en el *iter* procedimental, aunque lícito, no conlleva *per se* en modo alguno la irrogación de la indefensión invocada.

3º) La vulneración de los principios de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo*.

En lo referente al primero de estos principios, nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado anterior, puesto que vuelve a incidir sobre la inversión de la carga probatoria y la denegación de los medios de prueba propuestos.

En cuanto al segundo, la interesada arguye que ante la "existencia de dudas" sobre si nos encontramos ante un supuesto de mención informativa, o de comunicación comercial, el Consejo debe optar por resolver el archivo de las actuaciones y, en consecuencia, no imponer sanción.

De la lectura del Fundamento de Derecho Tercero de la propuesta de resolución, al que se refiere la entidad, no se infiere que este Consejo albergue alguna duda sobre la citada controversia. De manera más exacta, lo que se admite en el mismo es la dificultad de discernir en algunas ocasiones, ante qué

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	6/13		

figura nos encontramos, puesto que la enorme casuística existente en la práctica requiere el análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. Precisamente al objeto de dilucidar esta cuestión, se ha tenido en consideración la documentación aportada por la interesada, y se han practicado todos los actos de instrucción que se han considerado necesarios y suficientes a este fin.

TERCERO.- Con respecto al análisis que de los Fundamentos de Derecho de la propuesta de resolución, hace la interesada en sus alegaciones, debemos puntualizar que la sentencia de 30 de julio de 2013 (Roj. STS 4384/2013) que se trae a colación en el número Quinto de la misma, donde el instructor del procedimiento argumenta que no es necesario que medie contraprestación, para apreciar la concurrencia de comunicación comercial encubierta, fue dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el recurso de casación núm. 6965/2010, interpuesto por Gestevisión Telecinco, S.A., contra la resolución de un procedimiento sancionador incoado por la SETSI. Por tanto, y en contra de lo apuntado por la interesada, sí versa sobre la misma materia que el presente expediente y es plenamente aplicable.

Abundando sobre esta cuestión, las sentencias de nuestros tribunales han sido prolijas en sus pronunciamientos, resolviendo en el mismo sentido que la sentencia aludida. Por mostrar un ejemplo reciente, citamos la de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 2 de marzo de 2015 (Roj. SAN 955/2015 - ECLI:ES:AN:2015:955) recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 134/2013 promovido por Mediaset España Comunicación, S.A.

En cuanto al resto de la argumentación expuesta, constatamos que en lo sustancial viene a reiterarse en lo que ya en su momento argumentó la interesada frente al acuerdo de incoación, sin añadir ningún nuevo elemento de descargo que pudiera influir en la resolución del procedimiento. Consecuentemente, procede desestimarlas, dando por reproducidos los fundamentos jurídicos vertidos frente a las mismas en la propuesta de resolución, tal como se transcribe a continuación:

"SEGUNDO.- Alega la expedientada que los hechos de los que trae causa el expediente sancionador no constituye una comunicación comercial, sino una mención informativa de un producto. Para la entidad expedientada no existe un propósito o finalidad de promocionar, y considera que la emisión objeto de expedientes es una simple mención informativa de una empresa o de sus productos, en las que "la ilustración y la información de los espectadores ocupan el primer plano, mientras que los eventuales efectos publicitarios de estas menciones son tan sólo una consecuencia secundaria".

Canal Sur TV, S.A., con base en el dictamen que aporta como prueba, considera que son tres los requisitos que han de concurrir para que el contenido sea considerado una mención informativa de una empresa o producto y que los tres se dan en este supuesto:

- *La mención de una empresa o de sus productos debe apoyarse en una **causa justificativa**; según Canal Sur TV, S.A. en este caso "la referencia al brandy Luis Felipe"*

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	7/13		

está plenamente justificada en la medida en que se trata de un producto andaluz de repercusión internacional.

- *La **mención de la marca** del producto o del nombre comercial de la empresa debe mantenerse dentro de los límites de una estricta información; según Canal Sur TV, S.A. su presencia en el minuto de duración del reportaje no resulta desproporcionada o exagerada.*
- *La mención informativa de la marca del producto o del servicio ha de realizarse gratuitamente, **sin percibir contraprestación**.*

Por tanto, según la interesada, la referencia al producto Luis Felipe no es susceptible de ser calificada como comunicación comercial y queda al margen del ámbito de aplicación de la prohibición que recoge el artículo 18.3 c) LGCA.

TERCERO.- En ocasiones puede resultar complejo determinar si un contenido audiovisual es informativo con un efecto publicitario secundario o, por el contrario, se trata de una comunicación comercial revestida de apariencia informativa para captar la atención del receptor y reforzar así la credibilidad del contenido. Para llegar a una conclusión han de analizarse las circunstancias concretas de cada caso.

*La comunicación comercial audiovisual es una forma de comunicación de masas, definida en la LGCA como "las imágenes o los sonidos destinados a **promocionar**, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imágenes de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una **contraprestación** a favor del prestador del servicio" (art. 2.24).*

En el presente supuesto, la mayor dificultad para determinar que estamos ante alguna forma de comunicación comercial radica en probar que se trata de un contenido en el que prevalece el carácter publicitario sobre el informativo.

*CUARTO.- El primero de los requisitos que, de acuerdo con las alegaciones presentadas, tiene que darse para considerar un contenido como informativo, es que la mención de una empresa o de sus productos debe apoyarse en una **causa justificativa**.*

Manifiesta la interesada que: "Destino Andalucía es un programa (...) cuya filosofía es mostrar la riqueza y el atractivo de la comunidad autónoma"; en la sección Con mucho gusto "se da a conocer un producto gastronómico andaluz premiado o reconocido por su alta calidad"; y la referencia al brandy Luis Felipe está plenamente justificada en la medida en que se trata de un producto andaluz de repercusión internacional.

El segundo de los requisitos que tendría que darse es que "la mención de la marca o del nombre comercial de la empresa debe mantenerse dentro de los límites de la estricta información. Quiere esto decir que en el correspondiente espacio no han de resaltarse gráficamente el nombre comercial o la

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	8/13		

marca. Y por otra parte, significa que han de evitarse elogios excesivos de la empresa o de sus productos". Por lo que respecta a la visualización de la marca, Canal Sur TV, S.A. considera que "su presencia en el contexto del minuto de duración del reportaje no resulta desproporcionada o exagerada".

Respecto a estos dos requisitos debemos oponer que, el informe elaborado por el Área de Contenidos de este Consejo, con fecha 20 de julio de 2015, no tiene dudas de que la pieza emitida por Canal Sur TV posee una clara intención promocional, y que induce a error al público sobre su carácter al presentarse bajo la apariencia formal de reportaje informativo.

Para realizar esta afirmación se apoya en los Criterios y Recomendaciones sobre comunicaciones comerciales encubiertas adoptados el 20 de mayo de 2015 por el Pleno del Consejo Audiovisual de Andalucía. Los indicadores adoptados por el CAA para determinar la prevalencia de la función promocional sobre la informativa son los siguientes:

- La **ausencia de pluralidad** en la presentación de bienes, servicios o marcas.
- La **frecuencia** con la que se citan y/o visualizan un producto o una marca.
- La **reiteración de mensajes elogiosos** hacia un producto o una marca.
- La indicación verbal o visual de la **dirección**, teléfono o página web del producto o marca.
- La **ausencia de referencias críticas** o de una mirada crítica hacia el producto o el bien que se presenta.

Conforme a estos indicadores, y una vez analizadas la emisión objeto de expediente, el Área de Contenidos realiza las siguientes precisiones:

- No existe pluralidad en la presentación de la pieza, advirtiéndose una prominencia indebida del brandy Luis Felipe.
- La marca comercial aparece de manera explícita durante la pieza emitida. Se menciona verbalmente durante la locución y aparece citada en la rotulación. Además se muestran primeros planos de las botellas y etiquetas, con lo que las marcas resultan perfectamente visibles.
- Los mensajes elogiosos hacia la marca no son excepcionales.
- No existe referencia crítica del producto presentado, ya que la fuente de la que se nutre el reportaje es, de manera exclusiva, la propia empresa.
- Las imágenes incitan de manera directa, al consumo del producto presentado.

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	9/13		

Por lo que respecta a la mención y la visualización de la marca hay que decir que, si bien la expedientada considera que no es desproporcionada, durante el escaso minuto de emisión aparece ocho veces en un total de quince planos. En algunos de estos planos aparece el responsable de administración y marketing que sostiene la botella, o los barriles que forman parte de la escena; pero hay tres planos que resaltan gráficamente la marca o el producto, y que lo destacan de manera muy evidente:

1. En el plano 2 el barril con la tipografía de la marca tiene bastante prominencia, ocupando una gran parte de la pantalla. Aunque está algo desenfocado, la parte que ocupa en la imagen es desproporcionada, con lo que se resalta gráficamente el nombre comercial de la marca.

2. En el plano 6 los elementos que aparecen en la parte inferior - unas copas y dos botellas - están desenfocados, pero instantes después pasan a estar enfocados. De este modo se destacan las copas, las botellas y la marca del producto sobre el resto de la imagen.

3. Por último, en el plano 10 la botella de Luis Felipe destaca claramente sobre el resto de elementos de la imagen, ocupando la parte central de la imagen.

QUINTO.- El tercero de los requisitos que, de acuerdo con las alegaciones presentadas, tiene que darse para considerar un contenido como informativo, es que la mención o presentación informativa de la marca del producto o del servicio ha de realizarse gratuitamente. El hecho de que existiera una remuneración facilitaría este cometido, pero la mayoría de las veces no puede demostrarse su existencia; es más, ni siquiera es necesaria la contraprestación económica, ésta puede ser en especie o simplemente no existir, y que sean razones no económicas las que motiven la inclusión gratuita de una comunicación comercial. Por otra parte, el hecho de que no conste acreditación precisa de que haya habido remuneración por una presentación publicitaria no excluye la existencia de publicidad, y tampoco constituye – en el presente caso – un elemento del tipo infractor. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencias como la n° 734/1997 de 26 julio, o la n° 4384/2013 de 30 de julio.

*El artículo 18 de la LGCA se muestra categórico al incluir la publicidad que fomente comportamientos nocivos para la salud (apartado 3), entre las **comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas**. Especificando, seguidamente, que “**en todo caso está prohibida**”: c) la comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior a veinte grados”.*

Resulta lógico que el legislador haya obviado la exigencia de tal requisito, ya que la intervención administrativa en este caso se justifica por el bien jurídico a preservar, cual es el derecho a la salud protegido en el artículo 43 de la Constitución, ante la publicidad de determinados productos cuyo consumo generan riesgos a la misma y, entre los que se encuentran las bebidas alcohólicas (máxime, las que superan los 20 grados). No es difícil deducir que la importancia de dicho bien jurídico rebasa a la de la publicidad encubierta: el derecho de los consumidores a ser informados del propósito publicitario, amparado únicamente por el legislador ordinario, para la que la jurisprudencia no ha estimado necesaria la concurrencia de remuneración.

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	10/13		

En todo caso, la emisión del contenido referido al producto Luis Felipe no queda al margen del ámbito de aplicación de la prohibición que recoge el artículo 18.3 c) LGCA, que lo que prohíbe son las comunicaciones comerciales televisivas de bebidas alcohólicas, con la graduación que establece, y hay que entenderlo que se refiere tanto a la publicidad directa, como aquella disimulada o encubierta que persigue dicho resultado publicitario y por tanto resulta efectiva, en cuanto hace llegar el producto prohibido a los consumidores, subsumiéndose así la conducta del operador televisivo en el concepto de comunicación comercial encubierta que define el artículo 2.32 LGCA.

SEXTO.- A la vista de los fundamentos jurídicos expuestos, deben ser desestimados los argumentos y pretensiones formulados por CANAL SUR TV, S.A. en su escrito de alegaciones, pues la presentación de la marca, del producto y los comentarios realizados sobre éste, realizan una promoción del brandy Luis Felipe. Este instructor entiende que queda evidenciada la concurrencia de finalidad promocional, que constituye el elemento subjetivo de la conducta infractora, atendidas las circunstancias y modo en que ésta se produjo, pues dado el contenido y temática del programa, la presentación del producto, y los comentarios realizados sobre él, ha de considerarse que tiene un contenido eminentemente publicitario."

CUARTO.- En lo concerniente a la tercera de las alegaciones planteadas por Canal Sur, TV, S.A., relativa a que el instructor del expediente no ha tenido en cuenta el Dictamen aportado como prueba pericial, esta parte se remite a los razonamientos esgrimidos de contrario en el punto 2º), del Fundamento de Derecho Segundo de la presente Resolución.

QUINTO.- De la mencionada infracción administrativa es responsable CANAL SUR TELEVISIÓN, S.A., como prestador del servicio público de comunicación audiovisual televisiva de ámbito autonómico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LRJAP y PAC.

SEXTO.- Dicha infracción es sancionable con multa de cien mil uno a quinientos mil euros (100.001 € a 500.000 €), de acuerdo con el artículo 60, apartado 2 de la LGCA.

Conforme al mismo precepto, la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en los artículos 131.3 de la Ley 30/1992 y 60.4 de la Ley 7/2010, el ámbito de cobertura de la emisión, así como los daños causados. Prescribiendo, el primero de los preceptos citados, que en la imposición de las sanciones se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Así, analizados los hechos y las circunstancias concurrentes en el presente procedimiento, a la luz de los criterios de valoración previamente consensuados por este órgano, procede la imposición de

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNoFxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	11/13		

sanción consistente en multa de ciento cincuenta y cinco mil ochocientos sesenta euros (155.860,00 €), en atención a los siguientes parámetros:

A estos efectos, se ha valorado en primer lugar la repercusión social de la infracción, concretamente la cobertura de la emisora, cuyo ámbito es autonómico.

Asimismo, se ha tenido en cuenta la duración de la emisión y la gravedad del contenido.

Por otra parte, no ha existido ni reiteración ni reincidencia, y no han quedado acreditados ni individualizados, y por tanto no son objeto de valoración, los beneficios que pudieran haberle reportado los hechos a la entidad infractora.

Finalmente, como circunstancia agravante ha sido objeto de consideración la emisión del programa en horario de protección de menores, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LGCA.

Analizados los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, y de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 12 de la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía, y 33 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía, aprobado por el Decreto 219/2006, de 19 de diciembre, así como en las demás disposiciones concurrentes y de general aplicación, el Pleno del Consejo ha adoptado por mayoría los siguientes:

ACUERDOS

PRIMERO.- Declarar como responsable de la comisión de una infracción administrativa tipificada como grave en el artículo 58, apartado 8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en relación con el artículo 61.1 del mismo cuerpo legal, a CANAL SUR TV, S.A., con CIF nº A-41248899 y domicilio a efectos de notificaciones, según consta en el escrito de alegaciones presentado, en Sevilla, Avda. José de Gálvez, nº 1 (Pabellón de Andalucía), como responsable de la emisión de una comunicación comercial que fomenta comportamientos nocivos para la salud, a tenor de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) de la LGCA, que prohíbe en todo caso la publicidad de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados.

SEGUNDO.- Imponer a la entidad CANAL SUR TV, S.A., como prestador de servicio público de comunicación audiovisual televisiva de ámbito autonómico en Andalucía, una multa de CIENTO

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Fecha	09/11/2015		
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano				
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	12/13		



CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA EUROS (155.860,00 €), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60, apartado 2 de la LGCA.

TERCERO.- Notificar el presente acuerdo a CANAL SUR TELEVISIÓN, S.A.

Contra este acuerdo, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso potestativo de reposición ante el Pleno del Consejo Audiovisual de Andalucía, en el plazo de un mes, o interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante los correspondientes órganos judiciales de este orden, en el plazo de dos meses. Ambos plazos deberán computarse a partir del día siguiente al de su notificación o, en su caso, publicación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.2, 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y a tenor de lo establecido en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Todo ello, sin perjuicio de que pueda ejercitar cualquier otro recurso que estime procedente.

En Sevilla, a 4 de noviembre de 2015

LA PRESIDENTA DEL
CONSEJO AUDIOVISUAL DE ANDALUCÍA

Fdo.: Emelina Fernández Soriano.

Código Seguro De Verificación:	WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Fecha	09/11/2015	
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
Firmado Por	Maria Emelina Fernandez Soriano			
Url De Verificación	https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/verifirma/code/WvGhSr7UoVQQHNofxUEWhg==	Página	13/13	