

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A AUXASYS, S.L. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 7.2, PÁRRAFOS TERCERO Y SEXTO, DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

SNC/DTSA/093/17/AUXASYS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Presentación de denuncia y actuaciones previas de control e inspección

Con fecha 18 de octubre de 2016, tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), un escrito de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en adelante, AUC), por el que puso de manifiesto que había detectado que el canal de televisión TAROTVISION estaba emitiendo en horario de protección del menor programas de videncia y adivinación (folios 1 a 4 del expediente). Se señalaba

que el programa podía seguirse online¹ y en diversas cadenas de distintas provincias, por lo que se consideraba en dicha denuncia que se trataba de la prestación de un servicio audiovisual de ámbito supra autonómico.

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión determinadas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual constató, según se desprende de los documentos que obran en las actuaciones previas practicadas en el presente procedimiento (folios 1 a 63), que la entidad AUXASYS, S.L. (en adelante, AUXASYS), en su canal de televisión TAROTVISION, había podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 7.2, párrafos tercero y sexto, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA).

Ello se desprende de la comprobación de la emisión del programa “Programa de la vidente y tarotista Chelo San Martin” a través del canal online de televisión TAROTVISION², programa con contenidos relacionados con el esoterismo y las paravidencias, durante los días 16 y 18 de mayo de 2017, dentro de la franja horaria de protección reforzada comprendida entre las 17 y las 20 horas.

Asimismo, se comprobó que TAROTVISION había emitido el programa “Programa de la vidente Laura González y Estrella Paz” a través del canal TAROTVISION en la frecuencia CR35 en el ámbito de Madrid y en la frecuencia CR55 en el ámbito de Sevilla, ambas de fecha 3 de julio de 2017, también en la franja horaria de protección reforzada antes señalada. A pesar de tener estas últimas emisiones cobertura local, se constató que el contenido emitido era idéntico, por lo que se consideró un servicio de comunicación audiovisual de cobertura estatal, según lo dispuesto en el apartado 3.c) del artículo 2 de la LGCA, al prestarse para el público de más de una Comunidad Autónoma.

Se levantó informe y actas de visionado de ambas emisiones, que constan en el procedimiento (folios 8 a 41).

Segundo.- Acuerdo de incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 14 de septiembre de 2017, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del

¹ A través de la web www.tarotvision.es

² A través del sitio web www.tarotvision.es

procedimiento sancionador número SNC/DTSA/093/17/AUXASYS, al entender que la emisión en su canal de televisión TAROTVISION de diversos contenidos dedicados al tarot, esoterismo y la videncia, en abierto y por diferentes medios de difusión dentro de la franja de protección reforzada, habría podido infringir lo dispuesto en el artículo 7.2, párrafos tercero y sexto, de la LGCA (folios 70 a 75).

El 19 de septiembre de 2017 fue notificado el acuerdo de incoación al interesado, concediéndole un plazo de diez días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones y proponer pruebas, en su caso (folio 77).

En la misma fecha se dio traslado del expediente a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, por si el prestador de servicio de comunicación audiovisual AUXASYS, S.L. estuviese ejerciendo sus actividades sin estar previamente inscrito en el Registro Estatal de prestadores de servicio de comunicación audiovisual (folio 80).

Tercero.- Solicitud de acceso al expediente y ampliación de plazo de alegaciones

Con fecha 26 de septiembre de 2017, se recibió en la sede electrónica de la CNMC un escrito del representante de AUXASYS en el que solicitaba copia de la documentación del expediente y una ampliación de plazo para la presentación de alegaciones al acuerdo de incoación (folios 81 a 83).

Con fecha 28 de septiembre de 2017, se concedió acceso al expediente al interesado entregándole una copia del mismo conforme al artículo 53.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC). Igualmente, se concedió la ampliación de plazo solicitado para presentar alegaciones (folio 101).

Cuarto.- Alegaciones de AUXASYS al acuerdo de incoación

Con fecha 10 de octubre de 2017, el representante de AUXASYS presentó escrito de alegaciones (folios 102 a 131) en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que AUXASYS, S. L. UNIPERSONAL, es un mero prestador del servicio de tarificación adicional, según se define en la Orden IET/2733/2015, razón por la que aparece en la web www.tarotvision.es, y que no es titular de dicha web ni de la marca "TAROTVISION", por lo que no resulta responsable de que en el sitio web se difunda un canal de televisión online.

Tampoco realiza la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisiva a través de TDT o del canal CR35 de Madrid, o CR55 de Sevilla.

- Que AUXASYS niega y no reconoce el contenido, fechas y horas de las grabaciones; tampoco acepta los informes de visionado y niega la información en internet sobre el responsable editorial del canal en la página web.
- Que los canales CR35 de Madrid o CR55 de Sevilla son de ámbito local, quedando fuera de las competencias de la CNMC. El carácter local se reconoce por la Secretaria de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (en adelante, SESIAD), en el informe de 9 de marzo de 2017: (...) *“en todos los casos, la cobertura de las emisiones de TAROT VISIÓN tiene carácter local”* (...). En este sentido, AUXASYS señala que, el que dos canales locales coincidan en tener una misma emisión durante una hora, no significa que emitan en cadena, argumentando que el artículo 22.3 de la LGCA permite esas coincidencias mientras no superen el 25% de las emisiones semanales de los canales afectados. Aporta como documento 1 un informe del Consejo Audiovisual de Andalucía como prueba de que la Comunidad Autónoma Andaluza es la competente sobre las emisiones del canal 55 de Sevilla.
- Que las pruebas que constan en el expediente no demuestran la comisión de los hechos al no tener validez, por suponer una delegación en una empresa privada de la función inspectora de la CNMC no permitida por la Ley, por lo que no gozarían de la presunción de veracidad.
- Que el artículo 58.3 de la LGCA no resulta de aplicación a este caso, por ir referido única y exclusivamente a contenidos perjudiciales para los menores, entre los que no deben incluirse los relacionados con el esoterismo y las paraciencias, razón por la que la LGCA permite que se emitan en horario de protección de menores (hasta las 7 de la mañana).
- Que el párrafo 6º del artículo 6.2 es inconstitucional por vulnerar la libertad de creencias y por vulnerar el principio de legalidad sancionadora y los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.
- Que se proceda a la apertura de un periodo de prueba, proponiendo cuatro pruebas que considera deben practicarse.

Quinto.- Propuesta de resolución

Con fecha 6 de noviembre de 2017, la propuesta de resolución del procedimiento formulada por el instructor fue notificada a AUXASYS (folios 197 a 219), a los efectos de lo previsto en el artículo 89.2 de la LPAC,

concediéndosele un plazo de 10 días para formular alegaciones y presentar documentos e informaciones que estimara pertinentes.

La propuesta se acompañó de un Anexo con una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que el interesado los conociera y pudiera obtener las copias de los que estimase conveniente.

En la propuesta de resolución notificada a AUXASYS se propone declarar a dicho operador responsable de la comisión de una infracción administrativa grave de carácter continuado, por haber emitido programas y publicidad relacionados con el esoterismo y las para videncias en su canal de televisión TAROTVISION, en abierto a través de su página web y de dos canales locales dentro de franjas horarias de protección reforzada de menores y bajo la calificación TP, “para todos los públicos” o sin calificación. Así, se propone imponer a AUXASYS una multa por importe de 270.001,00 euros por la comisión de una infracción grave de carácter continuado del artículo 7.2, párrafos tercero y sexto, de la LGCA, en relación con lo dispuesto en artículo 58.3 del mismo texto legal y en aplicación de los criterios de gradación contenidos en el artículo 29 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

Sexto.- Incidente de recusación

Con fecha 13 de noviembre, se recibió en esta Comisión un escrito del representante de AUXASYS por el que, tras recibir la notificación de la Propuesta de resolución del expediente, promovió un incidente de recusación del instructor del procedimiento (folios 223 a 226), en base al artículo 24 de la LRJSP, por considerar que el mismo se halla incluso en la causa recogida en el artículo 23.2 de la LRJSP al entender que existe una enemistad manifiesta entre el instructor del procedimiento y el administrador único de AUXASYS. Dicha enemistad manifiesta la aprecia el interesado teniendo en cuenta los razonamientos contenidos en la propuesta de resolución que contestan a las alegaciones presentadas.

Con fecha 14 de noviembre, se acordó la admisión a trámite de la solicitud de AUXASYS y se procedió a suspender el curso de procedimiento de manera temporal en base al artículo 74 y 22.2.c) de la LPAC hasta la resolución de la cuestión planteada en el incidente de recusación (folios 232 a 233).

Con fecha 17 de noviembre, se emitió resolución desestimatoria de la solicitud de recusación del instructor (folios 234 a 237). En esta, se pone de manifiesto que, conforme a lo previsto en el artículo 24 de la LRJSP, con fecha 14 de

noviembre de 2017 el instructor del procedimiento declaró por escrito que no incurría en su persona causa alguna de recusación, las cuales se encuentran previstas en el artículo 23.2 de la LRJSP, por lo que la Subdirectora de Audiovisual, como inmediato superior del instructor, resolvió el incidente considerando que no concurren en el instructor las causas de recusación alegadas por el interesado. Ello en base a que no se dan los motivos de recusación del artículo 23.3 de la LRJSP, ya que la solicitud AUXASYS no se centra en hechos concretos de enemistad entre las personas mencionadas sino que se limita a mostrar su disconformidad con la labor instructora realizada.

Séptimo.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 30 de noviembre de 2017, el Instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo.

Octavo.- Alegaciones de AUXASYS a la propuesta de resolución

En fecha 1 de diciembre de 2017 AUXASYS presentó escrito de alegaciones a la propuesta de resolución con fecha del día 30 de noviembre de 2017. En síntesis, los argumentos de la citada entidad son los siguientes:

- Vulneración del artículo 24 CE por denegación improcedente de práctica de pruebas.
- Falta de competencia de la CNMC respecto de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual a través de ondas hertzianas terrestres (TDT) difundidos a través del Canal 35 de Madrid y del Canal 55 de Sevilla
- Falta de titularidad de la web www.tarotvision.es y del servicio de televisión denominado Tarot Visión, así como inexistencia de prueba de cargo con relación a las grabaciones e informes de visionado.
- Falta de tipicidad de los hechos imputados.
- Inconstitucionalidad del párrafo 6º del artículo 7.2 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, por vulneración de la libertad de creencias del artículo 16 CE.

Noveno.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la LCNMC y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Hechos acreditados en el procedimiento

De la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones practicadas en el procedimiento y, concretamente, de las actas de visionado (folios 8 a 41) referidas a las emisiones televisivas producidas en la página web www.tarotvision.es (folios 62 a 63) y de las emisiones del canal TAROTVISIÓN en la frecuencia CR35 en el ámbito de Madrid (folio 60) y en la frecuencia CR55 en el ámbito de Sevilla (folio 61) que constan en el presente procedimiento SNC/DTSA/093/17/AUXASYS, han quedado probados los siguientes hechos:

- 1º.** Que TAROTVISIÓN es un canal de televisión en abierto, cuyo titular es AUXASYS, S. L. Dicha titularidad consta claramente en el apartado 2 (“Formato de la pantalla del televisor online”) de las páginas 3 de las actas de visionado firmadas el día 31 de mayo y 1 de junio (folios 10 y 22) así como en la página 2 del acta de visionado firmada el 10 de julio de 2017 (folio 33).
- 2º.** Que TAROTVISIÓN emite contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias a través de la videncia, la adivinación y el tarot. Así se desprende de las páginas 4 a 11 del acta de visionado de 31 de mayo de 2017 (folios 11 a 18) así como de las páginas 5 a 11 del acta de visionado de 1 de junio de 2017 (folios 24 a 30) y de las páginas 2 a 10 del acta de visionado de 10 de julio de 2017 (folios 33 a 41), en relación con las grabaciones que constan en el procedimiento correspondientes a los días 16 y 18 de mayo y 3 de julio de 2017 (folios 60 a 63).
- 3º.** Que los citados contenidos son emitidos fuera del horario legamente establecido para ello e, incluso, dentro del horario de protección reforzada del menor, tanto en internet (página web “www.tarotvision.es”) como en algunas televisiones locales. Concretamente, en la página 1 del acta de visionado de 31 de mayo de 2017 (folio 8) se señala que la emisión tuvo

lugar entre las 17:00 y las 18:00:50 horas del día 16 de mayo de 2017 (martes). Y en la página 1 del acta de visionado de 1 de junio de 2017 (folio 20) se indica que el programa se emitió entre las 17:00:59 y las 18:18:51 horas del día 18 de mayo de 2017 (jueves). Finalmente, en la página 1 del acta de visionado de 10 de julio de 2017 consta que la emisión se produjo entre las 17:00 y las 19:00 horas del día 3 de julio de 2017 (lunes).

Las fechas y horas de las actas de visionado antes citadas coinciden con los que figuran en las grabaciones de los días 16 y 18 de mayo y 3 de julio de 2017 (folios 60 a 63) obrantes en el procedimiento.

SEGUNDO. - Análisis de las alegaciones de AXASYS en relación con los hechos declarados probados

2.1.- Sobre la titularidad de la página web y del canal de televisión emisores de los programas de esoterismo objeto del presente procedimiento sancionador

En su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento (folios 102 a 104) así como en las páginas 5 a 7 del posterior escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentado el 1 de diciembre de 2017, AUXASYS niega ser la titular ni de la página web ni del canal de televisión en los que se emite TAROTVISIÓN.

Aunque la entidad TAROTVISIÓN no se encuentre inscrita en el Registro Estatal de prestadores del servicio audiovisual ni tampoco conste ningún canal con esa denominación (folio 7), debe señalarse que en el “Aviso legal” de la web de la citada entidad constaba clara y públicamente la empresa AUXASYS como titular en los siguientes términos (folios 54 a 56):

“1.1 AUXASYS, S.L. compañía española con domicilio en San Sebastián de los Reyes, en la Avenida de los Pirineos nº7, Nave 6C y C.I.F. B-86153459 es titular de los servicios ofrecidos a través del sitio Web tarotvision.es (en adelante, los SERVICIOS)

(...)

“6. PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

“6.1 Los derechos de propiedad intelectual e industrial contenidos en las páginas web de www.tarotvision.es, su diseño gráfico y códigos informáticos, así como los nombres comerciales, marcas y signos distintivos son titularidad de AUXASYS, S.L., salvo que en las mismas se indique que pertenecen a otro titular.

“6.2 Cualquier reproducción, distribución, comercialización o transformación de los contenidos que no haya sido expresamente autorizada por sus titulares, constituye una infracción de los derechos de propiedad intelectual e industrial protegidos por la Ley”.

Por medio de varias fuentes de información mercantil y de otras páginas web, unidas al expediente (folios 42 a 58) se comprueba que la entidad AUXASYS, S.L. existe realmente con los datos que figuran en la web “www.tarotvision.es” y que los mismos coinciden con la información obrante en las escrituras públicas aportadas por el representante de la sociedad en este mismo procedimiento (folios 84 a 97).

AUXASYS, por tanto, es el titular del sitio web “www.tarotvision.es” y de los servicios que ofrece, entre los que figura un canal de televisión especializado en programas de astrología y videncia a través del que ofrece servicios de tarificación adicional y, además, AUXASYS influye en los contenidos del canal al permitir la entrada de los usuarios en las emisiones cuando deciden hablar directamente con el astrólogo que se encuentra en antena y, salvo que se indique otra cosa, AUXASYS es el titular de los derechos de propiedad intelectual e industrial contenidos en las páginas web de “www.tarotvision.es”, su diseño gráfico y códigos informáticos, así como los nombres comerciales, marcas y signos distintivos.

2.2.- Sobre las fechas, horas y contenido de las emisiones incluidas en las actas de visionado y en las grabaciones obrantes en el procedimiento

En su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento (folios 110 a 112) así como en las páginas 5 a 7 del posterior escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentado el 1 de diciembre de 2017, AUXASYS niega y no reconoce el contenido, fechas y horas de las grabaciones y no acepta los informes de visionado que figuran unidos al expediente.

Frente a ello, debe señalarse que las actas de visionado (folios 8 a 41) se limitan a transcribir las grabaciones de las emisiones (folios 60 a 63), sin añadir juicios de valor y siendo puramente descriptivas.

Las actas de visionado suscritas por técnicos de los servicios de la CNMC gozan de la presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados, tal y como se indica en el Fundamento Cuarto de la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 97/2015 ([recurso núm. PO 08/518/2013](#)) de 1 de junio de 2015:

En cuanto a los hechos que la resolución impugnada declara probados, no se ha practicado prueba en contrario que enerve la presunción de certeza de las actuaciones de comprobación realizadas por la Administración, documentadas en las cintas de grabación y en las actas de visionado, con perfecta identificación del canal, fecha, franja horaria, ámbito territorial de las emisiones (...).

En este supuesto concreto, AUXASYS no ha aportado durante el procedimiento medio de prueba alguno que haya podido enervar la presunción de certeza de las actuaciones de comprobación e inspección efectuadas por el instructor del presente procedimiento y plasmadas en las actas de visionado.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados les son de aplicación los siguientes

I FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Habilitación competencial de la CNMC para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

1.1.- Atribución competencial y normativa aplicable

El artículo 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), señala que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la LGCA.

La instrucción de los procedimientos sancionadores de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, siendo competente para resolver la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevén los artículos 20.2 y 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC.

Asimismo, son de aplicación al presente procedimiento la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC); la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP); el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010 (RD 1624/2011); la LCNMC; el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (EOCNMC); y demás disposiciones de aplicación.

1.2.- Análisis de las alegaciones de AUXASYS sobre presunta incompetencia de la CNMC en el supuesto de emisión de un programa en distintos canales locales sitos en diferentes Comunidades Autónomas

Respecto a que los canales CR35 de Madrid y CR55 de Sevilla son canales locales y, por tanto, competencia de las Comunidades Autónomas en las que se emiten, es un hecho no negado por esta Comisión y está en consonancia con lo declarado por la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (SESIAD), conforme a la cual: *“en todos los casos, la cobertura de las emisiones de TAROTVISIÓN tiene carácter local”* (folio 7).

No obstante, lo que considera esta Sala es que el canal TAROTVISIÓN se emite en su integridad a través de varios canales locales en diferentes Comunidades Autónomas. Por ello, la CNMC tiene competencias sancionadoras sobre esas emisiones, al constituir un servicio de comunicación audiovisual prestado para el público de más de una Comunidad Autónoma

Avalando la afirmación anterior se encuentran unidas al expediente las grabaciones de TAROTVISIÓN realizadas del canal 35 de Madrid y del 55 de Sevilla (folios 60 y 61), que resultan idénticas en las dos horas de grabación.

Aunque sea cierto, como afirma el representante de AUXASYS en sus alegaciones (folios 104 a 108) que esta coincidencia podría estar permitida por el artículo 22.3 LGCA, dentro del 25% autorizado de emisiones semanales coincidentes entre canales locales, no es menos cierto, que:

- La SESIAD hace referencia, en plural, a distintas emisiones del canal TAROTVISION (folio 7).
- Desde la página web www.tarotvision.es, se promovía la sintonización del canal, de un único canal, a través de: Tarragona – Canal 58; Castellón – Canal 39; Valencia – Canal 47; Alicante – Canal 52; Murcia – Canal 45 y 43; y Almería – Canal 56 (véase impresión de folio 58.1 bis, procedente de la página <http://archive.is/fjdEs>). En otra página web (véase folio 58.2 bis <https://www.legalcube.org/tarotvision.info>), aparecen otras poblaciones en las que se puede sintonizar el canal: Pontevedra / Vigo – Canal 25 – UHF; La Coruña / Ferrol – Canal 46 - UHF; Orense - Canal 25 – UHF; Gijón / Oviedo - Canal 66 – UHF; Santander - Canal 40 – UHF; Bilbao - Canal 66 – UHF.

En consecuencia, deben entenderse las grabaciones de Madrid y Sevilla, no como una mera coincidencia de programación en dos canales locales, sino como las emisiones de un mismo canal en dos poblaciones de distintas

Comunidades Autónomas (Madrid y Andalucía) a través de dos canales locales. Ello viene corroborado por la existencia de anuncios de otros canales locales (folios 52.1bis y 52.2bis) que emiten el mismo programa de tarot hasta en otras siete Comunidades más: Cataluña, Valencia, Murcia, Galicia, Asturias, Cantabria y Euskadi.

En este sentido, deben tenerse en cuenta las definiciones contenidas en el artículo 2.2 y en el artículo 2.3 de la LGCA, a cuyo tenor:

“2. Servicios de comunicación audiovisual.

*“Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, **a través de redes de comunicaciones electrónicas**, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales.*

Son modalidades del servicio de comunicación audiovisual:

a) El servicio de comunicación audiovisual televisiva, que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación”. (...)

“3. Servicio de comunicación audiovisual de cobertura estatal.

Se considera servicio de comunicación audiovisual de cobertura estatal:

a) El servicio público de comunicación audiovisual cuya reserva para la gestión directa haya sido acordada por el Estado.

b) El servicio de comunicación audiovisual cuya licencia haya sido otorgada por el Estado.

c) El servicio de comunicación audiovisual que se presta para el público de más de una Comunidad Autónoma.

Sin embargo, no será considerado de cobertura estatal en los supuestos de desbordamientos naturales de la señal en la emisión para el territorio en el cual se ha habilitado la prestación del servicio.”.

También debe considerarse lo dispuesto en el Art. 22 de la LGCA:

“Para la prestación del servicio de comunicación televisiva las licencias de ámbito local podrán dar cobertura a uno o a varios municipios limítrofes y, en su caso, a un ámbito insular completo.

“El otorgamiento de una licencia de televisión de ámbito local no faculta para la emisión en cadena con otras entidades autorizadas, durante más del 25% del tiempo total semanal, aunque sea en horario

diferente. En ningún caso este porcentaje puede concentrarse en el horario de 21 a 24 horas.

En este caso no nos encontramos ante un supuesto de otorgamiento de licencia local para la emisión en “*municipios limítrofes*”, sino en una actuación claramente abusiva, en que la entidad emisora opera en 14 localidades de 9 comunidades autónomas diferentes con la finalidad de obtener la máxima difusión y cobertura posible en el territorio del Estado.

Por ello, deben rechazarse las alegaciones de presunta incompetencia de esta Comisión vertidas por AUXASYS en las páginas 3 a 5 de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentado el 1 de diciembre de 2017 y mantener la competencia de la CNMC para resolver el presente expediente sancionador, también, por las emisiones de canal TAROTVISIÓN en Madrid y Sevilla, además de por las ya citadas emisiones del canal a través de Internet.

SEGUNDO. - Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si AUXASYS infringió el régimen contenido en el artículo 7.2, párrafos tercero y sexto, de la LGCA, por los contenidos emitidos en el canal de televisión TAROT VISIÓN, dedicado al esoterismo y a las paraciencias, fuera del horario legalmente establecido, y difundido en abierto por la página web “*www.tarotvision.es*” y por diversos canales locales emitidos a través de ondas hertzianas terrestres (TDT).

TERCERO. - Tipificación de los hechos probados

3.1. Consideraciones previas y marco regulador de la LGCA

La protección de los menores, prevista en nuestra Constitución (art. 39) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1 y 24), tiene una consideración primordial al calificarlo como objetivo de interés general. Así también lo refleja la Directiva 89/552/CEE³ y lo refuerza la Directiva 2007/65/CE⁴. Por lo tanto, la protección de los menores es uno de los intereses públicos que la política de regulación del sector audiovisual debe proteger como uno de sus objetivos prioritarios. Sin embargo, esa protección no puede

³ Penúltimo considerando y capítulo V dedicado a la protección de los menores de la Directiva 89/552/CEE.

⁴ Considerando 8, 33, 44, 67, artículo 1.4 y artículo 3 nonies de la Directiva 2007/65/CE.

suponer un menoscabo del derecho fundamental a la libertad de expresión⁵ y a la información, ni a la libre competencia y, al mismo tiempo, debe garantizar la libre difusión de contenidos lícitos.

Así, para hacer posible la imperante protección de los menores y garantizar las libertades antes apuntadas, en el ámbito de la regulación de la comunicación audiovisual se han adoptado las siguientes medidas: evitar la emisión de contenidos susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores en determinadas franjas horarias en las que los menores habitualmente puedan acceder a dichos contenidos y el uso de técnicas que permitan controlar el acceso de los menores a contenidos inapropiados como, por ejemplo, la advertencia de que el contenido no es apto para menores a través de su clasificación por edades.

Así, se ha optado por un control *ex ante* a la emisión de los contenidos con objeto de determinar las franjas horarias en las que cabe su emisión en el artículo 7.2 de la LGCA que prohíbe la emisión en abierto, entre las 7 y las 22 horas, de contenidos televisivos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores, incluyendo los contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias y, entre las 17 y las 20 horas, en el caso de días laborables, y entre las 9 y las 12 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito estatal, contenidos televisivos no recomendados para los menores de 13 años (12 años en la Resolución de la SSR, de 9 de julio de 2015).

No obstante, el anterior régimen puede resultar insuficiente, tal y como sucede en el presente caso, motivo por el que la LCNMC (artículo 9.3) y la LGCA (último párrafo del artículo 7.6 y artículo 12.3) encomiendan a esta Comisión el aseguramiento de la protección de los menores cuando se incumplen los horarios de emisión, como ocurre en este caso, para garantizar los objetivos perseguidos. Sobre tal premisa, en virtud de las funciones de control y supervisión atribuidas legalmente, esta Comisión debe verificar, no solo el cumplimiento de las condiciones de emisión de los contenidos, sino también la adecuación de éstos con la LGCA.

3.2.- Tipificación de los hechos probados

El artículo 58.3 de la LGCA tipifica como infracción grave:

3. La vulneración de la prohibición, y en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, previstas en el artículo 7.2.

⁵ Considerando 45 Directiva 2007/65/CE.

Por su parte, el artículo 7 de la LGCA, que regula los derechos del menor, preceptúa en sus números 2 y 6 lo siguiente:

2. Está prohibida la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. El acceso condicional debe posibilitar el control parental.

Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. El indicador visual habrá de mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos.

Asimismo, se establecen tres franjas horarias consideradas de protección reforzada tomando como referencia el horario peninsular: entre las 8 y las 9 horas y entre las 17 y las 20 horas en el caso de los días laborables y entre las 9 y las 12 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito estatal. Los contenidos calificados como recomendados para mayores de 13 años deberán emitirse fuera de esas franjas horarias, manteniendo a lo largo de la emisión del programa que los incluye el indicativo visual de su calificación por edades.

Será de aplicación la franja de protección horaria de sábados y domingos a los siguientes días: 1 y 6 de enero, Viernes Santo, 1 de mayo, 12 de octubre, 1 de noviembre y 6, 8 y 25 de diciembre.

Todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, incluidos los de a petición, utilizarán, para la clasificación por edades de sus contenidos, una codificación digital que permita el ejercicio del control parental. El sistema de codificación deberá estar homologado por la Autoridad Audiovisual.

*Los programas dedicados a juegos de azar y apuestas, sólo pueden emitirse entre la una y las cinco de la mañana. **Aquellos con contenido relacionado con el esoterismo y las paraciencias, sólo podrán emitirse entre las 22 y las 7 de la mañana.** En todo caso, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tendrán responsabilidad subsidiaria sobre los fraudes que se puedan producir a través de estos programas.*

Quedan exceptuados de tal restricción horaria los sorteos de las modalidades y productos de juego con finalidad pública.

En horario de protección al menor, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual no podrán insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética.

6. Todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva deben disponer de una calificación por edades, de acuerdo con las instrucciones sobre su gradación que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

La gradación de la calificación debe ser la homologada por el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

Corresponde a la autoridad audiovisual competente, la vigilancia, control y sanción de la adecuada calificación de los programas por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.”

Por lo tanto, esta Comisión como autoridad audiovisual, debe supervisar que los contenidos audiovisuales emitidos no vulneren el régimen de protección de los menores previsto en la LGCA lo que llevándolo al caso que nos ocupa, supone que los contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias no se emitan entre las 7 de la mañana y las 22 horas (artículo 7.2 de la LGCA).

El bien jurídico protegido por el artículo 7.2 de la LGCA, cuya infracción es castigada por el artículo 58.3 de la LGCA, es la tutela de los menores frente a la programación, fijando para la emisión de contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias una franja horaria concreta: entre las 22 horas de la noche y las 7 de la mañana.

A la vista de los contenidos emitidos en el canal TAROTVISIÓN, a través de la página web www.tarotvision.es, la cual es accesible en abierto sin ningún tipo de filtro o control parental, y de los canales locales, CR35 de Madrid y CR55 de Sevilla, es evidente que el prestador del servicio audiovisual ha incumplido lo preceptuado en la LGCA, al emitir, en abierto, contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias fuera del horario legalmente establecido y en horario de protección reforzada de menores y bajo la calificación TP, “para todos los públicos” o sin calificación. Por tanto, de manera incorrecta ya que, dada la naturaleza de los programas emitidos (tarot y de ciencias ocultas y esoterismo en general), deberían haberse calificado como “no recomendados para menores de 18 años” (NR 18) o similar, utilizando la restricción más alta y, por tanto, haberse emitido fuera del horario de protección reforzada de menores, y únicamente dentro del horario legalmente establecido: esto es, de 22 horas de la noche a 7 horas de la mañana.

Esta conducta constituye una vulneración de lo dispuesto en los párrafos tercero y sexto del artículo 7.2 de la LGCA, al emitir fuera del horario legalmente permitido y en horario de protección reforzada de menores contenidos no recomendados para los menores de 18 años y sin indicativo visual de su calificación por edades o con una calificación incorrecta.

Por todo cuanto antecede, y en contra de lo alegado en las páginas 7 y 8 del escrito presentado por AUXASYS el 1 de diciembre de 2017, se considera que se ha producido la comisión de una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 58.3 de la LGCA, al haberse vulnerado la obligación establecida en el artículo 7.2 de la LGCA.

3.3.- Análisis de la alegación de AUXASYS sobre la limitación contenida en el artículo 7.2 de la LGCA

AUXASYS declara en sus escritos de alegaciones al acuerdo de inicio (véanse folios 118 a 122) y de alegaciones a la propuesta de resolución (véase página 8 del escrito presentado el 1 de diciembre de 2017) que la limitación contenida en el artículo 7.2 de la LGCA supone una limitación inconstitucional del derecho de AUXASYS a la libertad de empresa, a la libertad de expresión y a la libertad de creencias.

Sin embargo, debe señalarse que el alcance de estos derechos no es absoluto, como lo ha indicado el propio Tribunal Constitucional, entre otras en su Sentencia núm. 23/2010, de 27 de abril. Y entre sus límites se encuentra, precisamente, la protección de la infancia y juventud, cuya tutela debe considerarse especialmente en la supervisión de los contenidos audiovisuales según se indica en la posterior Sentencia núm. 86/2017, de 4 de julio.

En este caso concreto hay que tener en cuenta que los programas de contenido esotérico o de ciencias paranormales pueden afectar al desarrollo físico, mental y moral de los menores si se parte, de un lado, de la mayor credulidad e ingenuidad que caracteriza a los menores, personas especialmente vulnerables; y por otro lado, desde la vertiente no racional o científica del esoterismo o las ciencias paranormales. Ambas vertientes pueden suponer un perjuicio para la conducta y desarrollo de los menores.

En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 851/2016 (recurso núm. 97/2014) de 15 de diciembre de 2016 se estima acreditado que los programas de contenido esotérico pueden afectar al desarrollo físico, mental y moral de los menores. En efecto, los niños y adolescentes, afectados por “*a veces, una extraordinaria credulidad e ingenuidad*” pueden tratar de ajustar su comportamiento a los parámetros y a las “*soluciones ilógicas y no racionales*” que les proporcionan este tipo de programas, produciéndoles un “*perjuicio en su conducta y desarrollo*”.

CUARTO. - Responsabilidad de la infracción y naturaleza de infracción continuada de las actuaciones imputadas a AUXASYS

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad de la infracción corresponde a AUXASYS, S.L., por ser el prestador del servicio de comunicación audiovisual y autor de los hechos infractores probados, sin que haya quedado acreditada en el expediente sancionador la existencia de circunstancia alguna que le pueda eximir de dicha responsabilidad.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 134/2016 de 1 de marzo de 2016 (recurso núm. PO 01/246/2014) se recuerda que los operadores son responsables de los contenidos emitidos, debiendo “*extremar la diligencia en el cumplimiento de los deberes que le impone la legislación en materia de comunicación audiovisual*” y recordando que resulta sancionable la simple “*inobservancia*” de la normativa sectorial aplicable.

El artículo 29.6 de la LRJSP prevé que:

6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Las emisiones del canal TAROTVISIÓN, a través de la página web www.tarotvision.es y de los canales locales, CR35 de Madrid y CR55 de Sevilla (anunciándose además su emisión en canales de otras siete comunidades autónomas más), infringen un mismo precepto (artículo 7.2 de la LGCA en relación con el artículo 58.3 de la LGCA) y aprovechan idéntica ocasión: esto es, se produce la difusión simultánea por internet a través de una misma página web “www.tarotvision.es” y la difusión de un mismo contenido en distintas televisiones locales. En consecuencia, dichas actuaciones deben ser sancionadas como una infracción continuada, conforme a lo dispuesto en el artículo 29.6 de la LRJSP antes citado.

La aplicación por parte de esta Comisión de la figura jurídica de la infracción continuada en el ámbito audiovisual ha sido confirmada, entre otras, por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2017 (recurso núm. PO 01/1357/2015) y de 20 de abril de 2017 (recurso núm. PO 01/251/2014).

QUINTO.- Determinación de la sanción aplicable

5.1.- Límites legales

Las contravenciones de las obligaciones y prohibiciones establecidas en el artículo 7.2 de la LGCA, se consideran infracciones graves conforme a lo dispuesto en el art. 58.3 de la LGCA. Y en el artículo 60.2 de la LGCA se prevé que:

*Las **infracciones graves** serán sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.001 a 100.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas.*

Por tanto, y de conformidad con el artículo 60.2 de la LGCA, dichas infracciones pueden ser sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva.

5.2.- Criterios de graduación de la sanción

En este epígrafe se procede a analizar qué criterios de graduación de la sanción han de tenerse en consideración, de conformidad con el artículo 60.4 de la LGCA y el artículo 29.3 de la LRJSP.

En el artículo 60.4 de la LGCA se prevén como criterios específicos de graduación del ámbito audiovisual:

- a) La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida.*
- b) Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.*
- c) La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona.*
- d) La repercusión social de las infracciones.*
- e) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*

Y el artículo 29.3 del LRJSP contempla como criterios generales de graduación:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*

c) La naturaleza de los perjuicios causados.

d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

5.3.- Criterios de graduación aplicables en este caso

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos, se considera que procede aplicar en el presente caso los siguientes criterios de graduación:

- Como atenuante de la responsabilidad (1): el grado de culpabilidad o intencionalidad del autor (artículo 29.3.a) de la LRJSP) que ha actuado en este caso con negligencia.
- Como agravantes de la responsabilidad (2): la naturaleza continuada de la infracción (artículos 29.3.b) y 29.6 de la LRJSP), y la repercusión social de la misma (artículo 60.4.b) de la LRJSP), justificándose la aplicación de la segunda circunstancia agravante en el ámbito de cobertura de la emisión (nacional, especialmente vía internet), en la falta de calificación de los programas emitidos y en las franjas horarias de protección al menor afectadas por la infracción.

5.4.- Cuantificación de la sanción

De conformidad con el artículo 60.2 de la LGCA, las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva.

Concurre en este caso una circunstancia atenuante y dos agravantes. En aplicación de la regla de la compensación de circunstancias modificativas⁶ subsiste una circunstancia agravante. En el caso de infracción continuada audiovisual, la aplicación de la sanción en su mitad superior ha sido admitida por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 25 de julio de 2017 (recurso núm. PO 01/49/2016).

⁶ Aplicada a los procedimientos sancionadores administrativos, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997 (recurso núm. 653/1994) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1474/2011 (recurso núm. 570/2010) de 6 de octubre de 2011 y recogida en el artículo 66.1.7ª del vigente Código Penal.

Atendiendo a la inexistencia de dolo y reincidencia en este supuesto concreto, se estima proporcionado imponer a AUXASYS, S.L. por importe de 270.000,00 euros.

Vistos los anteriores antecedentes, hechos probados y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a AUXASYS, S.L., responsable de la comisión de **una infracción administrativa grave de carácter continuado** del artículo 58.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en relación con el artículo 7.2 de la misma norma y el artículo 29.6 de la de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, por haber emitido programas y publicidad, relacionados con el esoterismo y las paraciencias, en su canal de televisión TAROTVISION, en abierto y, a través de la página web www.tarotvision.es y de los canales locales, CR35 de Madrid y CR55 de Sevilla, fuera del horario legalmente establecido, afectando al horario de protección reforzada de menores.

SEGUNDO. - Imponer a AUXASYS, S.L. una multa por importe de **doscientos setenta mil euros (270.000,00 €)** por la comisión de una infracción grave, en aplicación del artículo 60.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

TERCERO.- Dar traslado de la presente Resolución a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital.