



Roj: **SAN 4709/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:4709**

Id Cendoj: **28079230012019100490**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2019**

Nº de Recurso: **114/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000114 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01096/2018

Demandante: AUXASYS S.L.

Procurador: JORGE PÉREZ VIVAS

Letrado: FRANCISCO JAVIER GUILLÉN MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LOURDES SANZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a treinta de octubre de dos mil diecinueve.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **114/2018** interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Pérez Vivas en nombre y representación de la entidad **AUXASYS S.L.**, frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 14 de diciembre de 2017; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se estime íntegramente la demanda y conforme a los motivos expuestos en la misma se declare la nulidad de la resolución recurrida y, subsidiariamente, se reduzca el importe de la multa impuesta a 100.001 € por vulneración del principio de proporcionalidad y todo ello con expresa condena en costas.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Re cibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 16 de septiembre de 2019, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. María Lourdes Sanz Calvo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 14 de diciembre de 2017, por la que se impone a Auxasys S.L. una multa por importe de 270.000 €, como 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 Comunicación Audiovisual (LGCA), en relación con el artículo 7.2 de la misma y el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, por haber emitido programas y publicidad relacionados con el esoterismo y las paraciencias en su canal de televisión TAROTVISIÓN, 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.

Infracción que se sustenta por la resolución impugnada, en esencia, en los siguientes hechos:

TAROTVISIÓN es un canal de televisión en abierto, cuyo titular es Auxasys S.L., que emite contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias a través de la videncia, la adivinación y el tarot. Contenidos que son emitidos fuera del horario establecido legalmente para ello e, incluso, dentro del horario de protección reforzada del menor, en las emisiones televisivas en internet (página web www.tarotvision.es) y del canal TAROTVISIÓN en la frecuencia CR 35 en el ámbito de Madrid y en la frecuencia CR55 en el ámbito de Sevilla. Concretamente entre las 17:00 y las 18:00:50 horas del día 16 de mayo de 2017 (martes), entre las 17:00:59 y las 18:18:51 horas del día 18 de mayo de 2017 (jueves) y entre las 17:00 y las 19:00 horas del día 3 de julio de 2017 (lunes).

SEGUNDO.- El artículo 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, regula los derechos del menor y en su apartado 2, que la resolución impugnada considera infringido, en la redacción vigente correspondiente a la fecha de los hechos, dispone:

"2. Está prohibida la emisión 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, maltrato, violencia de género o violencia gratuita.

Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores sólo podrán emitirse en abierto 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 deberá mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos. Cuando este tipo de contenidos se emita mediante un sistema de acceso condicional, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual deberán de incorporar sistemas de control parental.

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, solo podrán emitirse entre la 1 y las 5 de la mañana. Aquellos relacionados con el esoterismo y las paraciencias, solo podrán emitirse entre las 22 horas y las 7 de la mañana . En todo caos, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tendrán responsabilidad subsidiaria sobre los fraudes que se puedan producir a través de estos programas (...)"

Por su parte, el artículo 58.3 de la LGCA, considera infracciones graves: " *La vulneración de la prohibición de, y en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, previstas en el artículo 7.2"*.

TERCERO.- La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria en los siguientes motivos: a) Nulidad de la resolución recurrida por falta de motivación al no haber dado respuesta a todas las cuestiones planteadas; b) Nulidad de la resolución impugnada por vulneración del artículo 24 de la Constitución, al producirse denegación improcedente de la practica de pruebas; c) Vulneración del principio de responsabilidad de la sanción y de la presunción de inocencia; d) Nulidad de la resolución impugnada por falta de competencia de la CNMC respecto de la prestación de servicios de comunicación audiovisuales a través de ondas hertzianas terrestres y no ser de aplicación la Ley 7/2010 a los sitios web de titularidad privada; e) Vulneración del principio de legalidad sancionadora por no encajar los hechos en la infracción supuestamente cometida; f) Nulidad de la resolución sancionadora por inconstitucionalidad del párrafo 6º del artículo 7.2 de la Ley 7/2010 y g) vulneración del principio de proporcionalidad.

Siguiendo un orden lógico, se va a comenzar por examinar la invocada falta de motivación de la resolución recurrida, al entender que se ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 35.1, 88.1 y 90.1 de la Ley 39/2015, por no haberse dado respuesta, según la actora, a todas las cuestiones planteadas y en concreto, sobre la denegación de pruebas por el instructor, sobre la falta de encaje de los hechos en la conducta tipificada en el artículo 58.3 de la Ley 7/2010 y sobre la inconstitucionalidad del párrafo 6º del artículo 7.2 de la citada Ley.

El deber de la Administración de motivar sus actos, como señala entre otras la STS de 19 de nov 2001 (Rec. 6690/2000) tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad que establece el artículo 103 CE, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el artículo 106 CE, siendo en el plano legal, el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho. De otro lado, el artículo 88.1 de la misma Ley dispone que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y el artículo 90.1 se refiere al contenido de la resolución en los pronunciamientos sancionadores.

La exigencia de la motivación de los actos administrativos responde, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente la STS 16 de julio de 2001 (Rec. 92/1994) , a la finalidad de que el interesado pueda conocer el cuándo, cómo y por qué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses, permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa; de tal modo que la falta de esa motivación o su insuficiencia notoria, en la medida que impiden impugnar ese acto con seria posibilidad de criticar las bases y criterios en que se funda, integran un vicio de anulabilidad, en cuanto dejan al interesado en situación de indefensión.

Motivación de los actos administrativos, que como señala la STS de 29 de marzo de 2012 (Rec. 2940/2010 , por todas) no exige ningún razonamiento exhaustivo y pormenorizado, debiendo expresar las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentados de la decisión " *facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa"*.

Pues bien, en el caso de autos basta una lectura de la resolución recurrida para constatar como se ajusta al contenido establecido en el artículo 90.1 de la Ley 39/2015, esto es, fija los hechos, valora las pruebas especialmente las que constituyen el fundamento de la decisión, detalla las razones por las que considera que la entidad recurrente es responsable de la infracción, argumenta el encuadre de los hechos en la conducta tipificada en el artículo 58.3 de la Ley 7/2010, aborda si la limitación contenida en el artículo 7.2 de la LGCA

supone una limitación inconstitucional del derecho de la recurrente a la libertad de expresión y de creencias, etc.

De otro lado, respecto a la denegación de pruebas propuestas, que la parte considera improcedente, la resolución recurrida no añade nada a lo argumentado en la propuesta de resolución, donde se desgranar los motivos en que se sustenta dicha denegación. Motivación por remisión (in aliunde) a la que el Alto Tribunal (SS de 15 de mayo de 2013, Rec. 932/2011, 15 de febrero de 2014, Rec. 4551/2011, entre otras), en línea con el Tribunal Constitucional (SSTC 150/1993, 108/2001, 171/2002, entre otras) reconocen la plena validez de la motivación por remisión (in aliunde).

Es decir, la resolución está suficientemente motivada, da respuesta a las cuestiones suscitadas y cumple con el contenido establecido para las resoluciones sancionadoras.

CUARTO.- Enlazando con lo expuesto, denuncia la actora la existencia de indefensión, vulneradora del artículo 24.2 de la Constitución, derivada de la denegación indebida de las pruebas solicitadas.

A tal efecto y con carácter general, ha de traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual, " *para apreciar la existencia de lesión constitucional, no basta la existencia de un defecto procedimental, sino que es igualmente necesario que éste se haya traducido en indefensión material, esto es, en un perjuicio real y efectivo, nunca potencial y abstracto, de las posibilidades de defensa en un procedimiento con las necesarias garantías (SSTC 15/1995, de 24 de enero y 1/2000, de 17 de enero, entre otras muchas)*".

En el caso de autos, admitidas las pruebas consistentes en la escritura de la sociedad y el informe sobre los contenidos emitidos por las televisiones bajo la competencia del Consejo Audiovisual de Andalucía (2016), se rechazaron el resto de las pruebas propuestas por innecesarias para la resolución del procedimiento al amparo del artículo 77.3 de la Ley 39/1995. Abundando en lo expuesto, razona que se trata de pruebas improcedentes " *al venir referidas a certificar la condición y cualificaciones del personal que confeccionó los informes de visionado o a que declaren sobre su contenido o sobre el origen de las grabaciones, por cuanto la condición del personal y el origen de las grabaciones ya ha quedado explicado en el cuerpo de dicha resolución y consistir los informes de visionado en una mera descripción del contenido de las grabaciones; ni tampoco acceder a la verificación y examen de los medios utilizados para levantar dichos informes, cuando los mismos consisten en el visionado de las grabaciones en un ordenador, han sido supervisados por la instrucción, que ha demostrado la consonancia del origen, las fechas y horas de emisión y obran en poder del interesado que ha tenido las grabaciones y los informes, no realiza objeción alguna a su contenido; ni requerir a KANTAR MEDIA para que aporte documentación relativa a la idoneidad técnica de unos meros grabadores de señales de televisión, al carecer dichas grabaciones del carácter técnico que les quiere atribuir el representante del interesado, que teniendo las grabaciones tampoco realiza objeción alguna a las mismas de las que pudiera extraerse algún error; en cuanto a los datos que AUXASYS solicita del contrato con la empresa KANTAR MEDIA, los mismos constan publicados en el Boletín Oficial del Estado, del 6 de octubre de 2015, núm 239, página 41663. Todo ello sin perjuicio del derecho que le asiste al operador de televisión en virtud de lo dispuesto en los artículos 82.2 y 88.3 de la Ley 39/15 "*.

Argumentación que resulta inobjetable, por cuanto lo relevante es que pese a obrar en poder de la recurrente los visionados practicados y las grabaciones, sin embargo no aporta pruebas que contradigan su contenido, ni formula objeción al mismo. Así, consta en el expediente y se refleja en el Antecedente de Hecho tercero de la resolución recurrida, que el 28 de septiembre de 2017 el instructor, de acuerdo al artículo 53.1 de la Ley 39/2015, entregó a Auxasys SL copia de los documentos y videos que obraban en el expediente y le concedió una ampliación del plazo previsto, por término máximo de 5 días, para presentar alegaciones, firmando el interesado la recepción en la misma fecha.

De otra parte, no deja de resultar llamativo que si la actora consideraba tan relevante dichas pruebas no las haya propuesto en esta vía jurisdiccional, al igual que tampoco ha propuesto ninguna tendente a refutar el contenido de las grabaciones en cuestión.

Por todo ello considera la Sala que no concurre la referida indefensión vulneradora del artículo 24.2 CE, habiendo, en cualquier caso, podido alegar y probar, en esta vía judicial, cuanto ha estimado conveniente en defensa de sus derechos e intereses legítimos, por lo que ninguna lesión de su derecho de defensa (artículo 24.2 CE) puede ser apreciada.

QUINTO.- En cuanto a la vulneración de los principios de responsabilidad reconocido en el artículo 28.1 de la Ley 39/2015 y de presunción de inocencia garantizado en el artículo 24 de la Constitución, que se abordan en el mismo fundamento de Derecho de la demanda, se aduce que habiendo negado la actora ser la prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisivo, corresponde a la Administración la carga de acreditar los hechos por los que ha sido sancionada y en el caso de autos no existe prueba de que



Auxasys fuera la prestadora del servicio de televisión denominado tarotvision, ni por internet a través de la web www.tarotvision.es, ni a través de los canales de TDT 35 de Madrid y 55 de Sevilla.

Insiste en que no se ha acreditado la conducta tipificada en el artículo 58.3 en relación con el artículo 7.2, ambos de la Ley 7/2010, por cuanto se niega y no se reconoce ni en cuanto a su contenido, fecha y horas, las grabaciones que constan en el expediente relativas al día 3 de julio de 2017, realizadas por terceros sin presunción de veracidad; ni tampoco acepta el informe de visionado de 10 de julio de 2017 relativo a dichas grabaciones, ni los informes de visionado de 31 de mayo y 1 de junio (relativos a emisiones on line de fechas 16 y 17 de mayo de 2017), ni el supuesto "aviso legal" del sitio web, que no reconoce.

Abundando en lo expuesto, sostiene que las grabaciones de las emisiones de televisión realizadas en los canales 35 de Madrid y 53 de Sevilla, son una prueba nula, al implicar una delegación de la función inspectora no permitida por la Ley, pues dichas grabaciones fueron realizadas por una empresa privada, Kantar Media, SAU. Pero aunque se considerasen válidas, sostiene que dichas grabaciones no gozarían de presunción de veracidad, pues dicha empresa no tiene condición de autoridad, ni su personal es funcionario público, ni tampoco posee ninguna presunción de certeza el informe de visionado de 10 de julio 2017 pues está suscrito por persona que no es funcionaria y en todo caso, no es un hecho constatado directamente por el mismo. Finalmente señala que no existe prueba de la coincidencia entre los contenidos que se dicen contenidos en la web y los que fueron emitidos en los canales 35 de Madrid y 55 de Sevilla.

Pues bien, para una adecuada fijación de los hechos cabe señalar que se realizaron grabaciones por los servicios informáticos de la CNMC de las emisiones del canal denominado tarotvision, por internet, a través de la web www.tarotvision.es, los días 16 de mayo de 2017 (martes) de 17:00:00 h a 18:00:50 horas y 18 de mayo 2017 de 17:00:59 h a 18:18:51 h y que Kantar Media S.A., a requerimiento de la Subdirección de Audiovisual de la CNMC, realizó grabaciones de las emisiones del canal TAROT VISIÓN a través de los canales locales CR35 de Madrid y CR66 de Sevilla, el 3 de julio de 2017 (lunes) entre las 17 y las 19 horas.

Kantar Media S.A, según resulta del expediente y no se cuestiona por la actora, el 3 de septiembre de 2015 (BOE de 6 de octubre de 2015) obtuvo la adjudicación de un contrato administrativo del servicio de seguimiento de control de la difusión de los servicios de comunicación audiovisual, siendo sus actividades consistentes como así constaba en el Pliego de Prescripciones Técnicas del concurso en la prestación de diversa documentación, tanto escrita como visual, relacionada con los distintos canales de televisión que se hallan bajo la jurisdicción del Estado español. Por ese motivo, la Subdirección de Audiovisual de la CNMC encargó a dicha empresa la grabación de las emisiones de los canales locales CR35 de Madrid y CR55 de Sevilla en horario de protección reforzada de los menores.

Tanto de las grabaciones realizadas por los servicios informáticos de la CNMC como por Kantar Media S.A., se levantaron informes de visionado.

Así, de las grabaciones del canal tarotvision, a través de la web www.tarotvision.es, los días 16 de mayo de 2017 (martes) y 18 de mayo 2017 (jueves), se levantaron sendos informes de visionado, obrantes a los folios 8 y siguientes del expediente el correspondiente a la emisión de 16 de mayo de 2017, entre las 17:00:00-18:00:50 horas y, a los folios 20 y sgts el referido al 18 de mayo de 2017, entre las 17:00:59-18:18:51 horas. Consta que dichas actas de visionado de 1 de junio de 2017, fueron realizadas por la funcionaria de la citada Subdirección de Audiovisual de la CNMC D^a Tania .

De las grabaciones del programa TAROTVISION frecuencia CR35 Madrid-CR 55-Sevilla el 3 de julio 2017 (lunes) entre las 17:00:00 h y las 19:00:00 h, se levantó informe de visionado de 10 de julio de 2017 -folios 32 y siguiente del expediente, por la técnico actuante, adscrita a la Subdirección de Audiovisual Sra Zulima .

El hecho de no ostentar la condición de funcionario la autora del acta de visionado de 10 de julio de 2017, carece de la relevancia que la parte pretende por cuanto, si bien es cierto que las funciones de inspección y sanción se reservan expresamente a personal funcionario en el artículo 27 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, ha de tenerse en cuenta que la CNMC integró a varias Comisiones reguladoras preexistentes cuyo personal era únicamente laboral y realizaba esas funciones de inspección y sanción al amparo de la normativa sectorial vigente. Por ello, la Disposición Transitoria Sexta de la citada Ley 3/2013, estableció que " *Con carácter excepcional, el personal fijo de los organismos públicos extintos que viniese ocupando puestos con funciones que, de acuerdo con lo establecido en esa Ley, deban ser desempeñadas por personal funcionario, podrá seguir ocupando dichos puestos*". Disposición transitoria que ampara la realización del levantamiento de la citada acta de inspección de 10 de julio de 2017 por la Sra. Zulima , personal laboral, siendo levantadas las otras dos actas como ya se ha dicho por la funcionaria Sra. Tania .

Por otro lado, interesa poner de relieve como en las grabaciones realizadas por los servicios informáticos de la CNMC de la emisión del canal TAROT VISIÓN a través de la página web, se superpuso en la parte inferior

derecha un recuadro de "HORA.ES" (hora exacta en Madrid - España), en el que se aprecia la hora -en horas, minutos y segundos- el día de la semana y la fecha. En las grabaciones de las emisiones del canal TAROT VISIÓN a través de los canales CR35 (Madrid) y CR55 (Sevilla) Kantar Media superpuso en verde la hora de emisión en la parte superior izquierda de la pantalla, además aparece en la pantalla la indicación fija "Lunes 3 de julio" y la hora de emisión "Directo 16:59", luego a las 17:58 (hora en pantalla) entra en pantalla una nueva presentadora: "Estamos a lunes 3 de julio, son las seis en punto de la tarde".

Consta en el procedimiento las grabaciones realizadas que fueron entregadas a la actora y los informes de visionado, que son meras transcripciones de las emisiones del canal, efectuados por funcionaria y empleada de la CNMC, esta última al amparo de la citada Disposición Transitoria Sexta de la Ley 3/2013, adscritas a la Subdirección General de Medios Audiovisuales.

Grabaciones y Actas, en las que figuran la fecha, franja horaria, y acreditan que dichos programas versan sobre astrología, videncia etc. Así, el acta de visionado de 16 de mayo de 2017, comienza con autopromociones del canal:

" Un canal de televisión, con los mejores videntes/con el mejor gabinete/TAROTVISIÓN-Una nueva forma de vivir tu espiritualidad/TAROTVISION - Astrología/Videncia". Aparece en pantalla una mujer que dice llamarse Penélope , que está en riguroso directo y que son las cinco de la tarde. Justo debajo de ella y encima de los teléfonos de tarificación adicional, se lee: " Penélope . Vidente y tarotista". 17:01:03 "Hoy es martes, ya sabéis, martes lo rige Marte, el dios de la guerra...los martes suelen ser días un poco complicados...". A las 17:01:26 h aparece en la parte superior de la pantalla un rodillo transparente con "Acceso directo a plató con tarjeta (indicación móvil)". " Te voy a recordar que también tenemos una página web: www.tarotvision.es. Es por si nos quieres seguir a través de tu Tablet, tu teléfono móvil o tu ordenador. Que sepas que ahí tienes también un teléfono, que te da acceso de entrar aquí y hablar conmigo en directo..., y, además, la ventaja que tienes si marcas si marcas el teléfono que hay en la página web, que puedes hacer dos consultas dentro de la misma llamada (...)"

En similares términos se observa la grabación del 18 de mayo de 2017. Al igual que las emisiones del canal TAROT VISION a través de los canales CR35 (Madrid) y CR55 (Sevilla) de 3 de julio de 2017, que comienzan *"con una presentadora atendiendo a una consulta, para lo cual utiliza las cartas del tarot; debajo, tres números de teléfono para consultas; y arriba un rodillo transparente con "Acceso directo a plató con tarjeta 91 659 09 84 - Nosotros si estamos en directo. Compruébalo"; "Lunes, 3 de julio" (indicación fija) y la hora de emisión, "Directo 16:59" (indicación fija)"*.

Así las cosas, resulta que dichas grabaciones que fueron entregadas a la actora junto con las actas/informes de visionado, tienen entidad para acreditar los hechos imputados. Material probatorio que no ha sido desvirtuado por la actora, que no ha propuesto prueba pericial alguna, ni en vía administrativa ni jurisdiccional, para desvirtuar dichas grabaciones y el contenido de las actas de visionado.

SEXTO.- Re respecto a la vulneración del principio de responsabilidad, se alega que Auxasys no ha realizado la actividad por la que ha sido sancionada, esto es la prestación de un servicio de comunicación audiovisual televisivo incumpliendo una restricción horaria de contenidos. Sostiene que se limita a prestar el servicio de atención telefónica que aparece publicado en determinados contenidos, es decir, que es un mero prestador del servicio de tarificación adicional, según se define en el artículo 3 c) de la Orden IET/2733/2015, de 11 de diciembre y por ello figura identificado en las grabaciones de los programas emitidas por un tercero, el canal de televisión que cumplirá o no con las restricciones horarias en su difusión al público. Aporta en apoyo de su alegato, como documentos 1 y 2, consultas realizadas a través de internet, en las que figuran que el titular del dominio tarotvision.es es la mercantil Astrodivino y la titular de la marca tarotvision.es es la mercantil Tell Me Telecom S.L.

Visto el alegato de la actora, conviene recordar con carácter previo, que a tenor del artículo 61.1 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, la responsabilidad administrativa por las infracciones de la citada Ley, *" es exigible al prestador de servicio de comunicación audiovisual."* Y según el artículo 2.1 de la misma Ley, prestador del servicio de comunicación audiovisual es *" la persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial sobre la selección de los programas y contenidos de su organización en un canal o en un catálogo de programas (...)"*.

A su vez, el apartado 2 del citado artículo 2, define los servicios de comunicación audiovisual, como *" aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador de 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"* y especifica, que 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"*.

Pues bien, aunque según lo informado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y la Agenda Digital con fecha 9 de marzo de 2017, la entidad TAROT VISION no se encuentra inscrita en el Registro Estatal de prestadores de servicio de comunicación audiovisual y tampoco figura inscrito en dicho Registro ningún canal con dicha denominación comercial, se considera acreditado conforme seguidamente se va a exponer, que Auxasys presta el servicio de comunicación audiovisual denominado TAROTVISIÓN, por internet a través de la web www.tarotvision.es, y por los canales radioeléctricos de TDT 35 de Madrid y 55 de Sevilla.

Así obra en el expediente -folios 54 y sgts- la página que se abría en el aviso legal de la web (<http://www.tarotvision.es/index.php/2-uncategorised/42-aviso-legal>) que se descargó en fecha 11 de abril de 2017 en fase de diligencias previas, por personal de la Subdirección General de Medios Audiovisuales y señalaba:

" Las disposiciones contenidas en este aviso legal tienen por objeto regular el uso del servicio del portal de internet (en adelante, el "Portal") que AUXASYS S.L. pone a disposición de los usuarios.

En cumplimiento con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, a continuación se indican los datos de información general de este sitio web:

Titular: AUXASYS S.L.

Dirección: Avenida de los Pirineos nº 7, Nave 6C 28703 San Sebastián de los Reyes, Madrid.

Datos Registrales: Tomo 28.719, Libro 0, Folio 9, Sección 8, Hoja M517-124, inscripción 1.

CIF: B-86153459.

CONDICIONES DE USO

1 RECONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL SERVICIO

1. 1 AUXASYS S.L, compañía española con domicilio en San Sebastián de los Reyes, en la Avenida de los Pirineos nº 7, Nave 6C y CIF B-86153459 es titular de los servicios ofrecidos a través del sitio Web [tarotvision.es](http://www.tarotvision.es) (en adelante, los SERVICIOS).

1. 2 Los servicios se brindan y se prestan al usuario en virtud de los términos y condiciones del presente Acuerdo de Términos y Condiciones de Uso de los servicios de [tarotvision.es](http://www.tarotvision.es) y de conformidad con las normas de proceso y disposiciones publicadas periódicamente por AUXASYS S.L, rigiendo las relaciones contractuales entre ésta y los clientes .

(...)

3 DESCRIPCIÓN DE LOS SERVICIOS

3. 1 Forma parte integrante de la página web [tarotvision.es](http://www.tarotvision.es) un canal de televisión especializado en programas de astrología y videncia.

(...)

3 4.1 Servicios telefónicos de tarificación adicional.

- Servicios telefónicos de tarificación adicional. El usuario establece una llamada a través de un número telefónico de tarificación adicional para contactar directamente con el astrólogo. La facturación se realiza directamente por la compañía telefónica del usuario soportando las tarifas vigentes y publicadas en [tarotvision.es](http://www.tarotvision.es).

- Los servicios telefónicos de tarificación adicional son ofrecidos al usuario a través del (1) canal de televisión emitido en [tarotvision.es](http://www.tarotvision.es) o en (2) las distintas secciones publicadas en el sitio web.

- Durante la emisión de los programas que forman parte de los contenidos de [tarotvision.es](http://www.tarotvision.es) se publicaran los números de acceso al servicio de predicción del futuro. El usuario tendrá la opción de ser atendido en directo y directamente por el astrólogo que figure en el programa, debiendo esperar a que el mismo se encuentre disponible o podrá solicitar que sea atendido sin espera alguna por otros astrólogos colaboradores.

(...)

6 PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

6.1 Los derechos de propiedad intelectual e industrial contenidos en la página 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 autorizado por sus titulares, constituye una infracción de los derechos de propiedad intelectual e industrial protegido por la Ley*".

Conforme dicha información, resulta claro que Auxasys S.L. era la titular del sitio web www.tarotvision.es y de los servicios que ofrecía a través de dicho sitio, entre los que figura un canal de televisión especializado en programas de astrología y videncia a través del cual ofrece servicios de tarificación adicional y, además, 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.

Interesa destacar que los datos que de la entidad Auxasys S.L., se recogen en el citado aviso legal, tales como su domicilio en Avenida de los Pirineos nº 7, Nave 6C 28703 San Sebastián de los Reyes, Madrid y su CIB B-86153459, coinciden con la información de la entidad recabada a través de otras páginas web en el expediente -folios 42 y 43- y con los que obran en la escritura de la entidad aportada por su propio representante, lo que refuerza la autenticidad de la información descargada. Información que la actora se limita a negar.

La actora se limita a negar la validez de dicha documentación, cuando ha sido descargada en fase de actuaciones previas por personal de la Subdirección de Medios Audiovisuales, en la fecha que figura en la propia documentación y de la URL que se indica, por lo que al no haber propuesto prueba alguna tendente a desvirtuarla despliega todos sus efectos.

Cabe resaltar que con posterioridad, en fecha 24 de octubre de 2017 y a raíz de la notificación del acuerdo de incoación del expediente y la entrega de los documentos y videos que obraban en el expediente a la recurrente, se efectúan cambios en la citada página web, tal y como figura en la actualidad, desapareciendo dicha información y apareciendo otra bien distinta. Así en el aviso legal que figura a pie de página se han sustituido los datos que aparecían de Auxasys por "HitButton sl. Apdo. de Correos 47156 2080 Madrid" (no aparece ninguna empresa en internet con ese nombre). Además, en "Aviso legal" ya no se despliega ningún documento contractual y ha desaparecido el desplegable de "sintonizar canal".

Es decir, de la información descargada en su momento por los técnicos actuantes –folios 54 y sgts- se establecía con claridad que Auxasys es titular de los servicios ofrecidos a través del sitio Web tarotvision.es y no sólo de los de tarificación adicional como pretende sostener la actora, sino de los programas emitidos en el canal de televisión.

Pero es que además dicha titularidad consta también en las actas de visionado de las grabaciones realizadas por los servicios informáticos de la CNMC del canal TAROT VISION, a través de la web los días 16 de mayo de 2017 (martes) de 17:00:00 h a 18:00:50 horas, 18 de mayo 2017 de 17:00:59 h a 18:18:51 h. Actas de visionado realizadas por funcionaria de la CNMC en las cuales se recoge además del contenido del programa emitido (esotérico), el diseño de la página web de Tarotvision (donde señala al pie de página: "Aviso Legal Servicio de Ocio y Entretenimiento exclusivo para mayores de 18 años prestado por Auxasys S.L. Apdo de Correos 13 284411 Moral zarzal. Madrid").

La actora aporta con la demanda un pantallazo de la página del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital en la que figura "Astrodivino S.L." como titular del dominio tarotvision.es. Ahora bien, analizando la información de dicha entidad aportada por el Abogado del Estado con la contestación a la demanda y, al margen de que esté ya extinguida, resulta que el último administrador que figura en dicha sociedad es el mismo que el de la mercantil ahora recurrente.

Elemento personal de vinculación entre ambas sociedades que unido a la constatación de que en la propia página web del canal tarotvision.es aparecía la mención a la titularidad de Auxasys nos lleva a la conclusión de que la entidad fue la verdadera titular y responsable de los contenidos del citado canal de televisión.

SÉPTIMO.- Se propugna también la nulidad de la resolución impugnada por vulneración del artículo 3.2.c) de la Ley 7/2010 al no ser de aplicación dicha Ley a los sitios web de titularidad privada y por falta de competencia de la CNMC respecto de la prestación de servicios de comunicación audiovisuales a través de ondas hertzianas terrestres (TDT), difundidos a través del canal 35 de Madrid y del canal 55 de Sevilla, que son de ámbito local.

Comenzando por el artículo 3.2.c) de la Ley 7/2010, dicho precepto excluye de su ámbito de aplicación a: c) *Las comunicaciones audiovisuales sin carácter económico (...) En particular, están excluidos del alcance de la Ley los sitios web de titularidad privada y los que tengan por objeto contenido audiovisual generado por usuarios privados*".



Sin embargo, en el caso de autos se trata de una web www.tarotvision.es en la que se emite un canal de televisión, en abierto, especializado en programas de astrología y videncia, que nada tiene que ver con el supuesto a que se refiere el citado artículo 3.2.c) de la LGCA.

Respecto de la falta de competencia de la CNMC en relación con la prestación de servicios de comunicación audiovisuales a través de ondas hertzianas terrestres difundidos a través del canal 35 de Madrid y del canal 55 de Sevilla, se alega que se trata de canales de carácter local y la competencia corresponde a las Comunidades Autónomas ex artículo 56 de la Ley 7/2010, no habiendo acreditado la CNMC que nos encontremos ante un servicio de comunicación audiovisual prestado para el público de más de una Comunidad Autónoma.

La resolución recurrida no niega que los citados canales sean locales, en consonancia con lo informado por la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital en fecha 9 de marzo de 2017: "en todos los casos, la cobertura de las emisiones de TAROT VISION tiene carácter local".

Ahora bien, lo anterior no resulta incompatible con las competencias sancionadoras de la CNMC sobre esas emisiones, si constituye, como sostiene dicha resolución, un servicio de comunicación audiovisual prestado para el público de más de una Comunidad Autónoma.

En efecto, el artículo 2.3 c) de la Ley General de Comunicación Audiovisual, considera como servicio de comunicación audiovisual de cobertura estatal: "c) El servicio de comunicación audiovisual que se presta para el público de más de una Comunidad Autónoma".

También ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 22.3, último párrafo de la LGCA: "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".

Pues bien de lo actuado en el expediente se constata que el canal TAROT VISION se emite en su integridad a través de varios canales locales en diferentes Comunidades Autónomas. En efecto, se comprobó a través de las grabaciones realizadas respecto al canal 35 de Madrid y 55 de Sevilla, que resultaron idénticas en las dos horas de grabación. Y si bien es cierto, que tal y como alega la actora, esta coincidencia podría estar permitida dentro del 25% autorizado por el citado artículo 22.3, cuarto párrafo, de la LGCA, no es menos cierto que existen otros elementos que demuestran que el canal TAROT VISION se emite a través de diferentes locales.

Así, desde la página web www.tarotvision.es, se promueve 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; Almería-Canal 56.

En otra página web, <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.

Interesa resaltar que en el informe de visionado -folios 8 y sgts- de la emisión de 16 de mayo de 2017 del canal de televisión tarotvision, en el sitio web www.tarotvision.es, se trata, además del contenido del programa, del diseño de la citada página web, que describe, distinguiendo varias zonas. Entre esas zonas, está la zona debajo del encabezado: Inicio, Gabinete, Videntes y Contacto y se indica que cada una tiene un link, que además Gabinete tiene una pestaña desplegable que pone Sintoniza, que tiene un link que indica un mapa de canales de televisión en los que puede sintonizarse en las diferentes provincias de España a través del televisor, que es idéntico al link de Sintoniza tu Canal y Videntes con un desplegable con el nombre de los videntes. En otra zona, el cuerpo, se indica que en la columna de la izquierda hay una pantalla donde se puede ver la televisión on line del canal TaroTVision (...). La columna de la derecha cita previa con un link y Sintoniza tu Canal con un link que indica un mapa de canales de televisión en los que puede sintonizarse en las diferentes provincias de España, que es idéntico al link de Sintoniza del desplegable Gabinete.

De ello se colige, en consecuencia, que las grabaciones de los canales 35 de Madrid y 55 de Sevilla no son una mera coincidencia de programación en dos canales locales, sino que se trata, en realidad, de la emisión de un mismo canal en dos poblaciones distintas Comunidades Autónomas (Madrid y Andalucía) a través de dos canales locales, con la finalidad de obtener la máxima difusión y cobertura.

Por tanto, la CNMC resulta competente para resolver el expediente sancionador que ha dado lugar al presente procedimiento, que es lo que aquí nos interesa y a lo que debe circunscribirse nuestro pronunciamiento.

OCTAVO.- Es tima también la actora vulnerado el principio de legalidad sancionadora al no encajar los hechos en la infracción apreciada. Sostiene al efecto, que de la lectura del artículo 7.2 de la LGCA resulta, que los contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias no se consideran perjudiciales para los menores y de ahí que tengan una limitación horaria distinta a los que si son perjudiciales. Por ello, considera que la



limitación horaria en cuanto a contenidos esotéricos y paraciencias, no está incluida en el artículo 58.3 de la LGCA al referirse este artículo a los contenidos perjudiciales para los menores.

El motivo debe seguir la misma suerte que los anteriores. El artículo 58.3 de la LGCA tipifica como infracción grave: " *La vulneración de la prohibición de, y en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, previstas en el artículo 7.2*". Y el citado artículo 7.2, cuyo contenido se ha transcrito en el Fundamento de Derecho segundo, que prohíbe la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, establece de forma específica que " *Los programas (...) relacionados con el esoterismo y las paraciencias, solo podrán emitirse entre las 22 horas y las 7 de la mañana*".

Es decir, la restricción horaria establecida para la emisión de dichos contenidos por el citado artículo 7.2 LGCA obedece, en una interpretación lógica y sistemática de la norma, a que se consideran perjudiciales para el menor.

Debe tenerse en cuenta, abundando en lo expuesto y al hilo de las alegaciones de la actora, que si bien, con carácter general, se establece en el citado artículo 7.2, que " *los contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores sólo podrán emitirse en abierto entre las 22 y las 6 horas*", el propio precepto establece modulaciones. Así, por ejemplo, restringe aún más dicha franja horaria para los programas dedicados a juegos de azar y apuestas, que solo podrán emitirse entre la 1 y las 5 de la mañana, y la amplía en los programas relacionados con el esoterismo o paraciencias, acotando su emisión entre las 22 horas y las 7 de la mañana, pero siempre teniendo sobre la base de que se trata de contenidos que pueden resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores.

Por tanto, habiéndose acreditado que la emisión del canal TAROTVISION tanto a través de la web www.tarotvision.es es accesible en abierto sin ningún tipo de filtro o control parental y de los canales locales CR35 de Madrid y CR55 de Sevilla, y que se han emitido fuera del horario legalmente establecido (22 a 7 horas), contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias, se ha infringido el artículo 7.2 de la LGCA, conducta incardinable en la infracción grave tipificada en el artículo 58.3 de la misma ley, que se ha apreciado como continuada del artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

NOVENO.- Pr opugna la actora la inconstitucionalidad del párrafo 6º del artículo 7.2 de la LGCA en lo que respecta a la limitación horaria establecida para la emisión de los programas relacionados con el esoterismo y las paraciencias, por vulnerar, a su juicio, la libertad de creencias del artículo 16.3 CE con alusión a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de creencias religiosas o seculares.

Sin embargo, considera la Sala que nada tiene que ver con la libertad de creencias el hecho de que, en aras a tutelar la protección de los menores, se establezca una restricción horaria para la emisión de dichos programas. No se prohíbe la emisión de programas relacionados con el esoterismo y las paraciencias, sino que su emisión se acota a una determinada franja horaria, por cuanto son programas que pueden resultar perjudiciales para el desarrollo, mental o moral de los menores.

DÉCIMO.- Finalmente, se considera vulnerado el principio de proporcionalidad , al no considerar acreditadas las dos circunstancias agravantes que aplica la resolución impugnada, con base en argumentos que no son sino reiteración de los efectuados en relación con el fondo del asunto y a los que se ha dado respuesta en los Fundamentos de Derecho precedentes.

Las infracciones graves conforme al artículo 60.2 de la LGCA pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual.

En el apartado 4 del mismo precepto se dispone que: " *La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en la actualidad artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) , los siguientes criterios:*

- 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".*



En el presente caso, se ha impuesto una sanción de 270.000 €, razonándose en la resolución impugnada que se han tenido en cuenta para su fijación los siguientes criterios:

Como atenuante, el grado de culpabilidad de la infracción (art. 29.3.a) de la Ley 40/2015) que ha actuado en este caso con negligencia.

Como agravantes: la naturaleza continuada de la infracción (art. 29.3.b y 29.6 de la Ley 40/2015) y la repercusión social de la misma, justificándose la aplicación de la segunda circunstancia 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.

Frente a lo alegado por la actora, resulta acreditada la concurrencia de la agravante de continuidad en la conducta infractora, al concurrir los presupuestos establecidos al efecto por el artículo 29.6 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público: realización de una pluralidad de acciones, que infringen el mismo precepto administrativo, aprovechando idéntica ocasión, como resulta de lo argumentado en los Fundamentos de Derecho precedentes. Y también la agravante de repercusión social de la infracción, a la vista de los argumentos esgrimidos por la propia resolución.

Las circunstancias tenidas en cuenta por la Administración para la fijación de la sanción justifican la determinación de su cuantía, que se considera proporcionada a la entidad de los hechos, por lo que no cabe apreciar infracción del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo y, en definitiva, del recurso contencioso administrativo interpuesto.

UNDÉCIMO.- A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas procesales a la parte actora.

Vi stos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Pérez Vivas en nombre y representación de la entidad **AUXASYS S.L.**, frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 14 de diciembre de 2017; con imposición de costas a la actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia en Audiencia Pública. Doy fe.

Madrid a

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA