

ACUERDO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR A TECHPUMP SOLUTIONS S.L., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN ARTÍCULO 89.1. DE LA LEY 13/2022

(SNC/DTSA/008/24)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 18 de abril de 2024

Vistas las actuaciones previas practicadas para el inicio del procedimiento sancionador, con referencia SNC/DTSA/008/24/TEHPUMP, dirigidas a determinar la existencia de indicios sobre posibles responsabilidades que dimanen del incumplimiento por parte de TECHPUMP SOLUTIONS, S.L., (en lo sucesivo, TECHPUMP), de lo dispuesto en el artículo 89.1.e) de la Ley 13/2022¹ (en adelante LGCA), la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA adopta el siguiente acuerdo:

¹ Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, BOE número 163, de 08/07/2022.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 6 de marzo de 2024, notificada el 15 de marzo de 2024, se acuerda la incoación del procedimiento sancionador con número de referencia REQ/DTSA/008/24/TECHPUMP, en la que ACUERDA:

“QUINTO.- El artículo 164 de la LGCA prevé la adopción de medidas provisionales en el procedimiento sancionador. Dichas medidas se acordarán de conformidad con el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Entre tales medidas se contempla en el citado artículo 164. 1 a): “Ordenar el cese inmediato de cualquier actividad presuntamente infractora”.

Tal y como se relata en los antecedentes de este acuerdo, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 27 de julio de 2023, requirió a TECHPUMP SOLUTIONS, S.L. para implementar, de conformidad con lo señalado en el artículo 89.1.e) de la LGCA un sistema de verificación de edad que garantizara que los menores de edad no acceden a los contenidos pornográficos que provee, dando un plazo de tres meses para su cumplimiento.

Transcurridos siete meses desde el citado requerimiento no consta que por la sociedad se haya satisfecho el mismo como se señala en este acuerdo, motivo por el cual se incoa el presente procedimiento sancionador. El lapso de tiempo transcurrido acredita ya la urgencia de solucionar la situación provocada, resultando necesario la adopción de medidas.

Es evidente el perjuicio que la conducta presuntamente infractora es susceptible de causar: perjuicio en el desarrollo físico, mental o moral de los menores dado que no consta un sistema de verificación de edad que impida a éstos el acceso a los contenidos de los servicios en cuestión.

La ponderación de intereses en juego necesaria antes de la adopción de cualquier medida provisional resulta claramente decantada hacia el interés general. No se identifica en los términos del apartado 4 del artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, perjuicio de difícil o imposible reparación al interesado o que implique violación de derechos amparados por las leyes. Se trataría de un perjuicio meramente económico que ha de ceder necesariamente ante el interés superior identificado. TECHPUMP S.L. no puede beneficiarse del mantenimiento de la situación actual que ha creado el propio sujeto desde el mismo momento que no ha implementado las medidas exigidas.

La medida propuesta cumple igualmente con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, dado que es objetivamente la única medida posible para evitar la situación generada.

A la vista de lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria considera que debe adoptarse la medida provisional consistente en el cese inmediato de la conducta presuntamente infractora. Esta medida lleva aparejada

necesariamente el cese inmediato en la prestación de los servicios de intercambio de videos indicados en el presente acuerdo en tanto TECHPUMP S.L no implemente de conformidad con lo señalado en el artículo 89.1.e) de la LGCA un sistema de verificación de edad que garantice que los menores de edad no accedan a los contenidos pornográficos que provee.

El incumplimiento de la citada medida podrá dar lugar a la imposición de multas coercitivas de conformidad con el artículo 165 LGCA.

Sin perjuicio de lo anterior, y con carácter previo a la imposición de la medida provisional indicada por esta Sala, se confiere a TECHPUMP S.L un plazo DIEZ DÍAS HABLES para formular alegaciones y aportar cuantos documentos a su derecho convenga.”

SEGUNDO.- En relación con la propuesta de medidas provisionales, TECHPUMP contesta el 3 de abril de 2024:

- Considera que no es posible implementar los sistemas de verificación de edad que se exigen, ya que vulneraría normativa de protección de datos.
- Cierra dos de sus servicios y declara que, según como avance expediente sancionador, cerrará el resto.
- Afirma que no ha identificado a ningún prestador de servicios pornográficos en España que implemente la verificación de edad que se solicita y que el propio Gobierno está trabajando en aprobar un sistema de verificación de edad. Solicita prueba a la CNMC de que lo que se le pide es viable.
- Entiende que por las mismas razones por las que se les ha incoado el presente expediente sancionador ya ha sido objeto de sanción por la Agencia Española de Protección de Datos, en el procedimiento PS/00555/2021, lo que conculcaría el principio non bis in ídem.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Habilitación competencial

El apartado segundo del artículo 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), establece que esta Comisión *“tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

De conformidad con lo previsto en el apartado 9 del artículo 9 de la LCNMC corresponde a esta Comisión *“Supervisar y controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, de acuerdo con lo previsto en el título V de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.”*.

Por cuanto el prestador de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataformas mencionados se encuentra establecido en España, esta Comisión es competente para supervisar de oficio el cumplimiento de la obligación de establecer sistemas de verificación de edad en los servicios de este prestador, dado que se encuadra en las obligaciones que los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma deben cumplir.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, a los artículos 8.2.j) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, y a lo establecido en el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con lo dispuesto en el artículo 164.1a) de la LGCA: el órgano decisorio competente para dictar la presente resolución es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

SEGUNDO.- Marco jurídico

Según se dispone en el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre:

“Artículo 56 Medidas provisionales

1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.

Y el artículo 164 de la LGCA establece:

“Artículo 164 Medidas provisionales en el procedimiento sancionador

1. Una vez iniciado el procedimiento sancionador por alguna de las infracciones tipificadas en los artículos 157, 158 y 159, se podrán adoptar medidas provisionales que, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, podrán consistir en las siguientes:

- a) Ordenar el cese inmediato de cualquier actividad presuntamente infractora.*
- b) Confirmar o modificar las medidas provisionales previas adoptadas conforme a lo dispuesto en el artículo anterior. Estas medidas provisionales serán válidas durante tres meses como máximo, prorrogables por otro período de hasta tres meses.*
- c) La suspensión provisional de la eficacia del título habilitante y la clausura provisional de las instalaciones, en el caso de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 5 y 6 del artículo 157.*

2. Sin perjuicio de los supuestos en los que este precepto fija un plazo máximo de duración, las medidas provisionales podrán mantenerse hasta la resolución del procedimiento sancionador, siempre que se considere necesario para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.”

En sus alegaciones sobre la adopción de medidas provisionales, TECHPUMP afirma que no puede implementar sistemas de verificación de edad porque vulneraría la normativa de protección de datos. Ante dicha alegación cabe señalar que lo cierto es que no se prohíbe a TECHPUMP recoger datos de terceros siempre y cuando estos datos se recojan con fines determinados, explícitos y legítimos y que su tratamiento cumpla con las disposiciones establecidas en la normativa de protección de datos.

En cuanto a que no ha identificado a ningún prestador de servicios pornográficos en España que implemente la verificación de edad que se le solicita y que el propio Gobierno está trabajando en aprobar un sistema de verificación de edad, debe señalarse que hay diversos procedimientos en trámite en la CNMC encaminados a que se implementen servicios efectivos de verificación de edad por parte de los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos sujetos a la jurisdicción española.

Por otro lado, aunque el Gobierno esté trabajando en establecer un sistema de verificación de edades uniforme en nuestro mercado, es el prestador de estos servicios quien, por su actividad, debe buscar los medios para cumplir la normativa que le resulta propia.

Por último, debe apuntarse que existen páginas web con sistemas destinados a impedir de manera eficaz el acceso a sus contenidos en tanto no se verifique la mayoría de edad del usuario (por ejemplo, <https://www.hammerporno.xxx>).

Respecto a que con la incoación del procedimiento sancionador SNC/D TSA/008/24 se conculcaría el principio non bis in ídem, al ya haber sido sancionado por los mismos hechos por la Agencia Española de Protección de

Datos (AEPD, en adelante), se debe señalar que en ambos procedimientos el bien jurídico protegido es diferente: la protección de datos del menor y de los usuarios en general de las páginas web frente a la protección del desarrollo físico, moral y mental de los menores encomendada a esta Comisión.

Adicionalmente, el procedimiento sancionador de la AEPD (PS/00555/2021) terminó por resolución de noviembre de 2022. Desde entonces, TECHPUMP ha mantenido la prestación de esos servicios y el acta de visionado que se levantó para el inicio del presente expediente se refiere a hechos desarrollados en enero y febrero de 2024, por lo que los hechos también serían diferentes.

Con ello no se conculcaría el principio de non bis in ídem al disponer el artículo 63.3 de la Ley 39/2015:

“No se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo.”

Por último, TECHPUMP declara que ha cerrado dos de sus servicios (<http://www.mucho porno.xxx> y <http://www.folie porno.fr>), y que cerrará el resto de servicios web si se adopta una resolución de medidas provisionales. Se ha comprobado que ya no se puede acceder a las páginas mencionadas. No obstante, conforme consta en las diligencias previas de este expediente, se siguen prestando, sin un sistema de verificación de edad efectivo, los siguientes servicios:

- “www.porn300.com”
- “www.superporno.com”
- “www.cumlouder.com”
- “www.serviporno.com”
- “www.soloporno.xxx” (redirige a “www.porn300.com”)
- “www.heureporno.com”
- “www.diverporno.com” (redirige también a “www.porn300.com”)

En consecuencia, TECHPUMP sigue prestando servicios cuyos contenidos son perjudiciales para los menores sin que haya establecido un sistema eficaz de verificación de edad que les impida el acceso. Estos hechos podrían infringir lo dispuesto en el artículo 89.1.e) LGCA, conforme al cual:

“Artículo 89. (...).

1. Los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, para proteger a los menores y al público en general de los contenidos audiovisuales indicados en el artículo anterior, tomarán las siguientes medidas:

(...).

e) *Establecer y operar sistemas de verificación de edad para los usuarios con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores que, en todo caso, impidan el acceso de estos a los contenidos audiovisuales más nocivos, como la violencia gratuita o la pornografía.*”

Y, en consecuencia, podrían ser constitutivos de la infracción muy grave contenida en el artículo 157.8 LGCA:

“Artículo 157. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves: (...)

• *8. El incumplimiento de la obligación de tomar las medidas necesarias para la protección de los menores en el servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma respecto de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral que, en todo caso, impidan el acceso a escenas que contengan violencia gratuita o pornografía, previstas en el artículo 89.1 letra e).”*

La jurisprudencia (entre otras, SSTS de 27 de noviembre –RC 5465/2011– y 21 de diciembre de 2012 –RC 5459/2011– y Auto del TS de 5 de marzo de 2009 –rec. 25/2008–) ha sistematizado los presupuestos necesarios para adoptar la tutela cautelar.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución fundada en Derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (ver, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio ; 13/1982 y de 1 de abril , 148/1993 de 29 abril).

Tales requisitos son básicamente los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida

- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen la violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación necesaria que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

Se fundamenta, a continuación, la concurrencia de los requisitos para la adopción de medidas provisionales:

1 Existencia de una norma jurídica que permita la adopción de medidas provisionales en el marco del presente expediente:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 164.1 LGCA, en relación con lo establecido en el artículo 155.2 LGCA, la CNMC es competente para adoptar de oficio medidas provisionales, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, cuando se haya iniciado un procedimiento sancionador por alguna de las infracciones tipificadas en los artículos 157, 158 y 159 LGCA.

2 Apariencia de buen derecho. (“fumus boni iuris”) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida:

Según consta en las actuaciones del procedimiento sancionador, TECHPUMP presta servicios de pornografía a través de diversas páginas web que podrían estar permitiendo el acceso de los menores a sus contenidos al carecer de un sistema eficaz de verificación de edad. Entre las medidas provisionales contempladas en el artículo 164 LGCA, sólo resulta apropiada para evitar perjuicios a los menores la contemplada en la letra a) de dicho artículo: ordenar el cese inmediato de cualquier actividad infractora.

3 Necesidad y urgencia de la medida (“periculum in mora”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer:

El 27 de julio de 2023, la CNMC requirió a TECHPUMP para implementar, de conformidad con lo señalado en el artículo 89.1.e) de la LGCA un sistema de verificación de edad que garantizara que los menores de edad no acceden a los contenidos pornográficos que provee, dando un plazo de tres meses para su cumplimiento.

La no cesación en la prestación de los servicios sin la implementación de un sistema de verificación de edad puede generar un perjuicio inmediato para los intereses de los menores protegidos en la LGCA, en los términos señalados en el apartado siguiente.

4 Proporcionalidad de la medida

Resulta evidente el perjuicio que la conducta presuntamente infractora es susceptible de causar: perjuicio en el desarrollo físico, mental o moral de los menores dado que no consta un sistema de verificación de edad que impida a éstos el acceso a los contenidos de los servicios en cuestión.

La ponderación de intereses en juego necesaria antes de la adopción de cualquier medida provisional resulta claramente decantada hacia el interés general. No se identifica en los términos del apartado 4 del artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, perjuicio de difícil o imposible reparación al interesado o que implique violación de derechos amparados por las leyes. Se trataría de un perjuicio meramente económico que ha de ceder necesariamente ante el interés superior identificado. TECHPUMP S.L. no puede beneficiarse del mantenimiento de la situación actual que ha creado el propio sujeto desde el mismo momento que no ha implementado las medidas exigidas.

La medida propuesta cumple igualmente con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, dado que es objetivamente la única medida posible para evitar la situación generada.

En consecuencia, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

ACUERDA

PRIMERO. - Ordenar el cese inmediato de la conducta presuntamente infractora. Esta medida lleva aparejada necesariamente el cese inmediato en la prestación de los servicios de intercambio de videos indicados en el presente acuerdo en tanto TECHPUMP S.L. no implemente, de conformidad con lo señalado en el artículo 89.1.e) de la LGCA, un sistema de verificación de edad que garantice que los menores de edad no accedan a los contenidos pornográficos que provee. El establecimiento y la operación de este sistema deberá ser verificado por la CNMC en los términos previstos en la LGCA.

Esta medida provisional se mantendrá hasta que se apruebe la resolución definitiva que ponga fin al presente expediente sancionador.

El incumplimiento de la citada medida podrá dar lugar a la imposición de multas coercitivas de conformidad con el artículo 165 LGCA.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a TECHPUMP SOLUTIONS, S.L., haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.