



RESOLUCIÓ DEL RECURS POTESTATIU DE REPOSICIÓ del procediment sancionador núm. 5/2014-S (*Protecció de menors. Esoterisme. TV Nacional F - 35.6 de Barcelona*) incoat al prestador de serveis de televisió Infraestructuras y Gestión 2002, SL

Fets

1r. L'Àrea de Continguts del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, mitjançant l'Informe 13/2014, de 3 de març, ha analitzat els continguts de les emissions del canal 35.6 de Barcelona. La mostra d'anàlisi comprèn des de les 00.00 hores fins a les 24.00 hores dels dies 15 i 21 de febrer de 2014.

Aquesta anàlisi posa de manifest l'existència de determinats incompliments de la legislació aplicable als prestadors de serveis de televisió pel que fa a la protecció de menors. Concretament, s'hi estableix el següent:

"[...] Presència de continguts esotèrics

L'anàlisi de les emissions del canal 35.6 de Barcelona detecta la presència de continguts esotèrics.

Ús de tècniques esotèriques

Els continguts emesos pel canal analitzat, de les 8.00 a les 2.00 hores del 15 de febrer i de les 12.00 a les 2.00 del 21 de febrer, responen a la definició de *programes de contingut esotèric* que estableix l'article 12 de la Instrucció general del Consell de l'Audiovisual de Catalunya sobre protecció de la infància i l'adolescència, senyalització orientativa i dret a la informació de les persones usuàries dels serveis de televisió: "s'entén per programes de contingut esotèric aquells en què es posen en pràctica, entre d'altres, tècniques com ara [...] la vidència".

A tall d'exemple, s'inclou la transcripció parcial de dues de les trucades emeses dins de la franja horària que va de les 7.00 a les 22.00 hores, on la Llei 7/2010 general de la comunicació audiovisual prohibeix els continguts relacionats amb l'esoterisme, i que mostra l'esquema habitual de les consultes, a les quals es dona resposta mitjançant la tirada de les cartes del tarot.

[...]

També s'inclou una imatge de la pantalla emesa dins de la franja horària que va de les 7.00 a les 22.00 hores, i que mostra com la persona conductora del programa manipula les cartes del tarot [...].

Pel que fa a la senyalització de la programació, l'Informe 13/2014 estableix el següent:



“[...] Totes les emissions del canal 35.6 de Barcelona analitzades estan qualificades *per a tothom*, atès que s’emeten sense cap codi de senyalització [...]”.

Així mateix, l'Informe de l'Àrea de Continguts estableix, pel que fa a les sobreimpressions que apareixen en pantalla, el següent:

«Les sobreimpressions adopten formats diferents en funció de la franja d'emissió:

- a) Durant la franja basada en la intervenció de diferents persones que fan ús de la tècnica del tarot per donar resposta a les trucades de les persones telespectadores, que va de les **8.00 a les 2.00 hores del 15 de febrer i de les 12.00 del migdia a les 2.00 del 21 de febrer**, s’han detectat les sobreimpressions següents [...]:
- A la part inferior de la pantalla i de manera permanent hi apareixen tres números de telèfon:
 - A la banda dreta, un d’identificat com a “Gabinete”, “Gabinete del amor”, “Especial rituales” o “Rituales”, amb prefix 806 (1).
 - A la part central, dos números de telèfon de participació en el programa, de mida més gran, de nou amb prefix 806 i associats al nom de la persona conductora que apareix en pantalla (2).A sota dels tres números de telèfon s’hi pot llegir, de mida més petita: “ASTRODIVINO SL Apdo. Correos 9 28411 Morazarzal. Precio máximo Red Fija 1,21E/min Red mòvil 1,56E/min IVA incluido +18” (3).
 - Al monitor ubicat al fons del plató, hi apareixen de manera alterna dos números de telèfon també amb prefix 806, un d’associat a “Gabinete 24 horas” o “Teléfono rituales” i un altre d’associat a “Consultas en directo” (4).

[...]

- b) En la franja en què s’emeten clips de YouTube, que va **entre les 6.00 i les 8.00 hores del 15 de febrer**, hi apareixen de manera permanent les sobreimpressions següents [...]:

- A la banda esquerra de la pantalla, ocupant-ne una mica més d’un terç, publicitat de diversos números amb prefix 803 de diferents serveis de caràcter sexual i també d’un número amb prefix 806 associat als missatges “gente como tú”, “busca gente real” i “habla y queda”, entre d’altres (1). La Instrucció general del CAC sobre protecció de la infància i l’adolescència, senyalització orientativa i dret a la informació de les persones usuàries dels serveis de televisió prohibeix l’emissió de publicitat de caràcter eròtic entre les 6.00 i les 22.00 hores.
- Immediatament a sobre de la pantalla dedicada a l’emissió de clips de YouTube, diversos números de serveis de caràcter sexual amb prefix 803 (2).
- La franja inferior de la pantalla inclou missatges SMS de les persones telespectadores, amb el número al qual s’han d’enviar (3).
- A l’últim, a sota dels missatges SMS, hi ha un text de mida més petita intel·ligible amb els mitjans tècnics disponibles (4).

[...]





- c) En la franja en què s'emeten clips de YouTube, que va entre les 6.00 i les 12.00 hores del 21 de febrer, hi apareixen de manera permanent les sobreimpressions següents [...]:
- La meitat esquerra de la pantalla inclou missatges SMS de les persones telespectadores, amb el número al qual s'han d'enviar (1).
 - Immediatament a sota de la pantalla dedicada a l'emissió de clips de YouTube, un número de telèfon amb prefix 806 associat als missatges "línea de amigos", "en directo 24 horas" i "diviértete con gente como tú", entre d'altres (2).
 - A la franja inferior de la pantalla hi ha un text de mida més petita intel·ligible amb els mitjans tècnics disponibles (3).
 - A l'últim, a sota del text intel·ligible descrit al punt anterior, s'hi sobreprimeixen notícies d'actualitat (4).

[...]

Segons el Codi de conducta dels serveis de tarifació addicional i classificació dels serveis,¹ el número 806 que el programa proporciona per tal d'intervenir en directe és el que correspon a serveis d'oci i entreteniment, entre els quals figuren "los servicios de contenido esotérico, astrológico, de adivinación, cartomancia y/o predicción del futuro por otros medios" [...].

Finalment, de l'anàlisi de les emissions de les 00.00 hores a les 24.00 hores dels dies 15 i 21 de febrer de 2014, corresponents al canal 35.6 de Barcelona, l'Informe 13/2014 en conclou que "[...] Entre les 8.00 i les 2.00 hores del 15 de febrer i entre les 12.00 i les 2.00 del 21 de febrer, aproximadament, els continguts emesos pel canal 35.6 de Barcelona responen a la definició de *programes de contingut esotèric* que estableix l'article 12 de la Instrucció general del Consell de l'Audiovisual de Catalunya sobre protecció de la infància i l'adolescència, senyalització orientativa i dret a la informació de les persones usuàries dels serveis de televisió, atès que els conductors dels espais fan ús de la vidència per tal de donar resposta a les preguntes plantejades per les persones telespectadores [...]."

2n. Vist l'Informe 13/2014, de 3 de març, el Ple del Consell, mitjançant l'Acord 59/2014, de 30 d'abril, i de conformitat amb el que disposa l'article 34.2 de l'Estatut orgànic i de funcionament del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, aprovat per l'Acord 3/2001, de 28 de febrer (en endavant, EOF), va decidir obrir un període d'informació prèvia per tal de donar audiència al prestador de serveis de televisió Infraestructuras y Gestión 2002, SL (en endavant, INGEST), com a part interessada, perquè en el termini màxim de deu dies, a comptar de l'endemà d'haver rebut la notificació d'aquest Acord, formulés les manifestacions que considerés oportunes.

El 6 de juny de 2014 ha tingut entrada en aquest Consell (registre d'entrada núm. 687/2014) un escrit signat pel senyor Esteban Ortiz de Urbina Díaz, en nom i representació d'INGEST, en el qual s'efectuen al·legacions al període d'informació prèvia.

3è. De conformitat amb els fonaments exposats a l'Acord d'obertura del període d'informació prèvia, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, mitjançant l'Acord

¹ Resolució del 15 de setembre de 2004, de la Secretaria d'Estat de Telecomunicacions i per a la Societat de la Informació, per la qual es disposa la publicació del Codi de conducta per a la prestació dels serveis de tarifació addicional.



97/2014, de 23 de juliol, va decidir incoar un procediment sancionador al prestador de serveis de televisió INGEST per l'eventual incompliment del deure de protecció de la infància i la joventut, que es materialitza mitjançant l'emissió de continguts esotèrics dins de l'horari protegit, fet susceptible de constituir una infracció molt greu, tipificada a la lletra c de l'article 132 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (en endavant, LCA).

Una vegada notificat l'Acord d'incoació al prestador de serveis de televisió, la instructora del procediment va emetre el plec de càrrecs, que es va notificar a l'interessat, a qui es va atorgar un termini de deu dies per formular al·legacions i proposar les proves oportunes. La notificació del plec de càrrecs i el tràmit d'audiència a l'interessat consten degudament incorporats a l'expedient, en la forma que estableix la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LRJPAC).

El 9 d'octubre de 2014 va tenir entrada en aquest Consell (registre d'entrada núm. 1045/2014) un escrit signat pel senyor Esteban Ortiz de Urbina Díaz, en nom i representació d'INGEST, presentat a correus el 8 d'octubre anterior, en què s'efectuen un seguit de manifestacions al plec de càrrecs.

4t. El 18 de novembre de 2014 la instructora de l'expedient va considerar procedent confirmar els càrrecs imputats i va formular la proposta de resolució corresponent, que es va notificar a l'interessat per tal que, en el termini de deu dies, pogués formular les al·legacions que considerés adients, de conformitat amb el que estableix l'article 14.1 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat (en endavant, Reglament sancionador).

El 18 de desembre de 2014 va tenir entrada en aquest Consell (registre d'entrada núm. 1361/2014) un escrit signat pel senyor Esteban Ortiz de Urbina Díaz, representant d'INGEST, presentat al registre del Ministeri d'Economia i Competitivitat el 15 de desembre de 2014, en què s'efectuen un seguit de manifestacions a la proposta de resolució.

5è. Mitjançant l'Acord 9/2015, de 14 de gener, el Ple del CAC va declarar el prestador de serveis de televisió INGEST, responsable de la comissió d'una infracció molt greu, tipificada a la lletra c de l'article 132 de la LCA, per l'incompliment dels deures imposats en relació amb la protecció de la infància i la joventut, i li va imposar la sanció de cent vint-i-cinc mil euros (125.000 €), 2 dies de suspensió de l'activitat en els termes que estableix la lletra a de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA i el cessament definitiu de la prestació de serveis audiovisuals, d'acord amb l'apartat 2 de l'article 136 de la LCA.

Aquest Acord es va intentar notificar personalment, al lloc assenyalat a aquest efecte i per dues vegades, però no va ser possible i, en conseqüència, es va lliurar en llista el 27 de gener de 2015.

El 25 de febrer de 2015 va tenir entrada en aquest Consell un escrit (registre d'entrada núm. 172/2015) signat pel senyor Esteban Ortiz de Urbina Díaz, en nom i representació d'INGEST, el qual interposa un recurs de reposició contra l'Acord 9/2015, de 14 de gener.

En aquest recurs de reposició, l'interessat posa de manifest, en primer lloc, la caducitat eventual de l'expedient sancionador. Concretament, al·lega que "[...] si el acuerdo de incoación fue dictado en fecha 23 de julio de 2014, el plazo máximo para notificar la





resolució sancionadora venció el dia 23 de enero de 2015, y si la fecha en que se produjo la notificación de la resolución sancionadora fue la del 27 de enero de 2015, el procedimiento está caducado, por lo que procede decretar la anulación del mismo y el archivo de las actuaciones, y por ende, la nulidad de la resolución sancionadora aquí recurrida [...]”.

En segon lloc, el recurrent al·lega la nul·litat de la resolució sancionadora per vulneració del dret de defensa en el seu vessant de proposar prova. Concretament, posa de manifest que “[...] esta parte considera que se vulneró el derecho de defensa a lo largo del procedimiento sancionador, por impedir la práctica de pruebas pertinentes en derecho que tenían por finalidad demostrar la ausencia de pruebas de cargo y la nula participación de esta mercantil en los hechos que han sido objeto de sanción [...] por lo que se vulneró un derecho susceptible de amparo constitucional y ello ha de acarrear la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida (ex. art. 62.1 a) Ley 30/1992 [...]”.

En tercer lloc, INGEST al·lega la nul·litat de la resolució sancionadora per vulneració del principi de responsabilitat. En aquest sentit, posa de manifest que no és el titular legítim de les emissions que són objecte d'aquest expedient sancionador, atès que, segons manifesta, és un prestador de serveis de telecomunicacions de transport del senyal dels serveis de comunicació audiovisual i, així mateix, que no existeix cap prova que acrediti la seva condició de prestador de serveis de comunicació audiovisual.

En quart lloc, INGEST al·lega la vulneració del principi de presumpció d'innocència, atesa la inexistència de prova de càrrec suficient en relació amb els fets imputats i la seva autoria. En aquest sentit, la recurrent posa de manifest que “[...] de la documental obrante en el expediente no hay prueba alguna de que esta sociedad tenga control alguno o dirección editorial alguna sobre programas o contenidos televisivos difundidos en el canal 35.6 de Barcelona, ni que seleccione, organice o produzca los programas o contenidos de dicho canal, por lo que no hay prueba alguna de que esta sociedad sea una prestadora de servicios de comunicación audiovisual [...]”.

En cinquè i darrer lloc, INGEST posa de manifest l'aplicació improcedent de l'apartat 2 de l'article 136 de la LCA. En aquest sentit, l'interessat al·lega que aquest article “[...] lo que viene a establecer es una agravante por reincidencia [...]” i, segons considera, en el cas que ens ocupa no es donen els requisits per tal que aquest agreujant es pugui aplicar.

6è. Vist l'informe de l'Àrea Jurídica d'aquest Consell, les consideracions del qual es reproduïxen íntegrament:

<< Consideracions jurídiques

Primera. En relació amb l'eventual caducitat de l'expedient sancionador

Com a primer motiu del recurs de reposició, l'interessat al·lega l'eventual caducitat de l'expedient sancionador 5/2014-S, atès que, segons considera, el període transcorregut entre la data de l'acord d'incoació de l'expedient (23 de juliol de 2014) i la data en què va tenir coneixement de la resolució sancionadora (27 de gener de 2014) és superior al termini de sis mesos que estableix l'article 16 del Reglament sancionador, en relació amb l'apartat 2 de l'article 42 de la LRJPAC.

En aquest sentit, cal tenir en compte que l'expedient sancionador s'inicia efectivament el 23 de juliol de 2014 i, en conseqüència, el termini màxim per notificar-ne la resolució



expressa finalitzava el 23 de gener de 2015. A aquest efecte, és important posar de manifest que el 19 de gener de 2015 es va intentar practicar la notificació de l'Acord 9/2015, però, no va ser possible. Així, d'acord amb el que estableix l'apartat 2 de l'article 59 de la LRJPAC, es va intentar notificar novament el 20 de gener de 2015 – dins dels tres dies hàbils següents. I, finalment, atès que la notificació no es va poder efectuar, la resolució sancionadora va quedar pendent de recollida a l'oficina de correus. La recollida de la resolució sancionadora es va produir a correus el 27 de gener de 2015.

En definitiva, els dos intents de notificació de l'Acord 9/2015, que estableix preceptivament l'apartat 2 de l'article 59 de la LRJPAC, es van realitzar dins del termini de durada màxima del procediment (19 i 20 de gener de 2015), per la qual cosa, i d'acord amb l'apartat 4 de l'article 58 de la LRJPAC, es produeix l'efecte d'entendre complerta l'obligació de notificar dins del termini màxim. En aquest sentit, la STS de 3 de desembre de 2013 –rec. 557/2011– fixa, a aquest efecte, la doctrina legal següent:

«[...] Por tanto y en definitiva, si el intento de notificación se lleva a cabo en una fecha comprendida dentro del plazo máximo de duración del procedimiento (siempre, por supuesto, que luego quede debidamente acreditado, y se haya practicado respetando las exigencias normativas a que esté sujeto), producirá aquel concreto efecto que dispone ese artículo 58.4 de la Ley 30/1992, con independencia o aunque su acreditación acceda al expediente cuando ya vencié ese plazo.

En este sentido, y sólo en él, rectificamos la doctrina legal declarada en aquella sentencia de 17 de noviembre de 2003 , sustituyendo la frase de su párrafo segundo antes transcrito que dice “[...] el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación [...]”, por esta otra: **“el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo”**. Rectificación que llevaremos al fallo de esta sentencia, ordenando su publicación en el Boletín Oficial del Estado, pues sólo así será posible satisfacer la finalidad que persigue el inciso final del artículo 100.7 de la LJCA.

En consecuencia, **rechazamos aquel primer motivo de impugnación, pues los dos intentos de notificación de los que dimos cuenta se llevaron a cabo antes de que venciera el plazo máximo de duración del procedimiento sancionador [...].**»

En definitiva, i ateses les al·legacions esmentades més amunt, la notificació de la resolució sancionadora es va efectuar en termini i la caducitat al·legada pel recurrent no pot prosperar.

Segona. En relació amb l'eventual nul·litat de l'expedient sancionador

- ***Sobre l'eventual impossibilitat de practicar la prova proposada. Manca de vulneració del dret a la tutela judicial efectiva***

Com s'estableix a l'Acord 9/2015, el caràcter manifestament improcedent i innecessari de la prova testifical i de la documental pública, proposades per l'interessat, comporta que s'hagi de rebutjar que es practiquin (apartat 3 de l'article 80 de la LRJPAC). Així, en primer lloc, cal tenir en compte, pel que fa a la testifical proposada, que l'emissió de continguts esotèrics el 15 i 21 de febrer de 2014, pel canal 35.3 de Barcelona, resta totalment acreditada atesa la presumpció de veracitat de què gaudeix l'Informe 13/2014





de l'Àrea de Continguts (articles 46 i 137 de la LRJPAC, STC 76/1990, SSTS de 25 de febrer de 1998, de 14 de setembre de 1990, de 20 de juny de 1991 i SSTSJ de Madrid de 12 de març de 1996, i de Múrcia de 3 de març de 1997, entre d'altres). Això no obstant, atès que aquestes emissions es van realitzar sense títol habilitant (emissions pirates), ni l'Informe 13/2014, ni les persones que el signen no poden determinar el prestador de serveis de comunicació audiovisual titular de les emissions esmentades. És a dir, la presumpció de veracitat abastaria la realització del fet il·lícit, però no la participació d'INGEST en aquest fet, a la qual s'arriba arran de la prova indiciària.

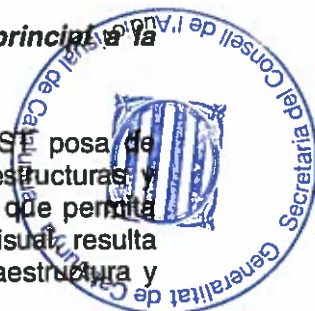
A aquest efecte, l'interessat, en el seu recurs de reposició, posa de manifest que "[...] por mucho que se califiquen las emisiones de "piratas" no por ello dejan de tener un prestador audiovisual que es el titular de las mismas [...]". En aquest sentit, com s'ha posat de manifest al llarg del procediment sancionador, en el cas que ens ocupa, la llicència per emetre continguts audiovisuals pel canal 35 de Barcelona no ha estat atorgada a cap prestador de serveis de comunicació audiovisual. Dit en altres paraules, és un canal que es troba vacant i sense titular legítim, per la qual cosa, l'emissió de continguts audiovisuals per aquest canal es considera "pirata" i és impossible, segons les dades disponibles, poder establir la persona física o jurídica que, sense disposar del títol corresponent, difon els continguts audiovisuals. Així, ni l'Informe 13/2014, ni les persones que el signen no poden determinar el prestador de serveis de comunicació audiovisual titular de les emissions esmentades i, en conseqüència, la testifical sol·licitada per l'interessat és improcedent i innecessària.

Això no obstant, pel que fa l'emissió de continguts audiovisuals pel canal 35.6 de Barcelona, cal tenir en compte que per emetre aquests continguts cal disposar d'un servei de telecomunicacions, per la qual cosa, INGEST pot, com a prestador d'aquests serveis, identificar el prestador de serveis de comunicació audiovisual al qual presta suport per emetre per aquest canal i, d'aquesta manera, restaria acreditada la seva manca de responsabilitat en relació amb aquests continguts. Però, sorprenentment, l'interessat es limita a establir que aquests continguts no li pertanyen, sense identificar-ne el responsable editorial en cap moment.

D'altra banda, pel que fa a la documental pública, cal tenir en compte que el fet que l'interessat sigui un prestador de serveis de telecomunicacions o no ho sigui no és competència d'aquest Consell i aquest fet no és l'objecte d'aquest procediment. En conseqüència, la pràctica d'una prova que té per finalitat acreditar un extrem que no és objecte de l'expedient és improcedent i innecessària. I, a aquest efecte, reiterem el que s'ha establert al llarg de tot el procediment sancionador en el sentit que el fet que l'interessat sigui un prestador de serveis de telecomunicacions o no ho sigui no és competència d'aquest Consell i, així mateix, el fet que ostenti la condició de prestador de serveis de telecomunicacions no és incompatible amb la prestació de serveis de comunicació audiovisual, tenint en compte, així mateix, que per prestar-los cal disposar d'una llicència que té la condició d'autorització operativa (article 46 de la LCA) i s'atorga mitjançant la convocatòria del concurs corresponent (articles 49 a 52 de la LCA).

- Sobre l'eventual vulneració del principi de responsabilitat i del principi de la presumpció d'innocència

Pel que fa a l'eventual vulneració del principi de responsabilitat, INGEST posa de manifest que "[...] estando únicamente acreditada la actividad de Infraestructuras y Gestión 2002, SL, como operador de red y no existiendo ninguna prueba que permita atribuir a esta sociedad la prestación del servicio de comunicación audiovisual, resulta claramente erróneo, como mínimo, deducir de forma automática que Infraestructura y



Gestión 2002, SL, también es la prestadora del servicio de comunicación audiovisual [...]”.

D'altra banda, en relació amb l'eventual vulneració del principi a la presumpció d'innocència, la recurrent posa de manifest que “[...] la única prueba sobre la que se sustenta la sanción impuesta, es el famoso informe 13/2014 pero es que el mismo, en el mejor de los casos para la Administración, solo probaría los contenidos emitidos, pero tal informe, no contiene prueba alguna que demuestre que esta Sociedad preste un servicio de comunicación audiovisual de televisión en el CH 35.6 de Barcelona, de hecho, es que en el informe se identifican a otros responsables como más adelante se dirá, pero lo esencial es que en ningún lugar del informe se cita siquiera a Infraestructuras y Gestión 2002, SL, por lo que difícilmente dicho informe puede servir como prueba de que esta sociedad sea un prestador de servicio audiovisual en el citado CH 35.6, que desde luego no lo es [...]”.

El prestador de serveis de televisió INGEST al·lega que no és el titular legítim de les emissions que són objecte d'aquest expedient sancionador, atès que, segons manifesta, és un prestador de serveis de telecomunicacions de transport del senyal dels serveis de comunicació audiovisual, per la qual cosa, la seva responsabilitat únicament és en relació amb el transport del senyal audiovisual i no amb el seu contingut. Concretament, en el seu recurs de reposició INGEST manifesta que és un operador de xarxa de comunicacions electròniques i no presta cap servei de comunicació audiovisual.

A aquest efecte, com ja hem posat de manifest al llarg del procediment sancionador, el fet que l'interessat sigui un prestador de serveis de telecomunicacions o no ho sigui no és competència d'aquest Consell i, així mateix, el fet que ostenti la condició de prestador de serveis de telecomunicacions no és incompatible amb la prestació de serveis de comunicació audiovisual. Ans el contrari, en el cas que ens ocupa, aquesta compatibilitat queda de manifest ateses les resolucions judicials que, contràriament al que ha manifestat l'interessat, consideren INGEST com un prestador de serveis de comunicació audiovisual (SSTS de 2 de juny de 2009 –rec. 96/2005 i rec. 38/2006–, de 27 de novembre de 2012 –rec. 442/2010–, de 10 de desembre de 2012 –rec. 3998/2009–, de 21 de febrer de 2013 –rec. 254/2010–, de 18 de novembre de 2013 –rec. 3267/2010–, SSTSJ de Madrid de 10 d'abril de 2013 –rec. 632/2010–, de Catalunya de 16 de desembre de 2010 –rec. 954/2010–, de Navarra de 20 de desembre de 2012 –rec. 324/2012–).

En definitiva, queda acreditat que l'interessat, amb independència que sigui un prestador de serveis de telecomunicacions, és un prestador de serveis de comunicació audiovisual. I, en conseqüència, el que resulta obvi, atesa la manca de prova en sentit contrari, és que l'interessat és el responsable de l'emissió de continguts audiovisuals pel canal 35.6 de Barcelona, que són l'objecte d'aquest expedient sancionador. D'aquí que puguem establir que aquest Consell ha actuat amb la diligència necessària per establir el responsable de l'emissió dels continguts audiovisuals objecte d'aquest expedient sancionador, sense que, com ja hem establert, l'interessat hagi aportat cap mena de prova que desvirtui que ell no és el veritable infractor.

Així mateix, és important destacar que, segons manifesta l'interessat, l'eventual responsable de les emissions realitzades pel canal 35.6 de Barcelona podria ser “ASTRODIVINO, SL”. En aquest sentit, cal tenir en compte que Astrodivino, SL, és presumptament una societat que presta serveis esotèrics via telefònica i, amb aquesta finalitat, s'anuncia pel canal 35.6 de Barcelona. Així, l'únic que fa aquesta societat és





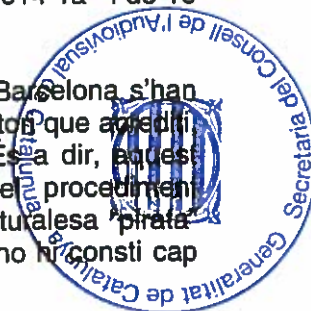
utilitzar aquest canal de televisió per donar publicitat als serveis de naturalesa esotèrica, que presta mitjançant el número de tarifació addicional 806. En aquest sentit, l'informe de l'Àrea de Continguts estableix literalment que «[...] A sota dels tres números de telèfon s'hi pot llegir, amb un text de mida més petita: "ASTRODIVINO, SL Apdo. Correos 9 28411 Moralzarzal. Precio máximo Red Fija 1,21 €/min. Red móvil 1,56 €/min IVA incluido +18" [...]».

En definitiva, Astrodivino, SL, és un anunciant de la prestació de serveis esotèrics via telefònica i, en conseqüència, no té la condició de prestador de serveis de comunicació audiovisual, per la qual cosa, no se'l pot considerar responsable dels continguts emesos pel canal 35.6 de Barcelona. Per contra, INGEST, com a prestador de serveis de comunicació audiovisual, sí que és el responsable dels continguts emesos pel canal esmentat.

En conclusió, l'existència de diverses resolucions judicials que estableixen que INGEST és un prestador de serveis de comunicació audiovisual (SSTS de 2 de juny de 2009 –rec. 96/2005; de 2 de juny de 2009 –rec. 38/2006; de 27 de novembre de 2012 –rec. 442/2010; de 21 de febrer de 2013 –rec. 254/2010; STS de 18 de novembre de 2013 –rec. 3267/2010–), i en alguns casos sense títol habilitant –concessió i/o llicència– (STS de 10 de desembre de 2012 –rec. 3998/2009; SSTSJ de Madrid de 10 d'abril de 2013 –rec. 632/2010; de Catalunya de 16 de desembre de 2010 –rec. 954/2010; de Navarra de 20 de desembre de 2012 –rec. 324/2012–), i l'ofici de la Direcció General de Mitjans de Comunicació del Departament de la Presidència de la Generalitat de Catalunya, que pressuposa l'emissió de continguts audiovisuals pel canal 35 de Barcelona per part de l'interessat, són indicis suficients per desvirtuar el principi de presumpció d'innocència; tenint en compte, així mateix, que la bona fe no és exigible únicament a l'Administració, sinó també als administrats. En particular, aquesta bona fe obliga INGEST a identificar, si és el cas, el prestador de serveis de comunicació audiovisual al qual presta suport per emetre pel canal 35 de Barcelona, prova, d'altra banda, extraordinàriament senzilla per demostrar la seva manca de culpabilitat i que no és comparable amb les dificultats de la prova contrària que hauria de realitzar aquest Consell, atès que les emissions per aquest canal es realitzen sense títol habilitant –emissions pirates.

En aquest sentit, cal tenir en compte que no és admissible exigir a una de les parts en conflicte l'aportació de proves de les quals no disposa, ni tampoc fer-ho quan és la contrària la que hi té un accés més fàcil o més disponibilitat. Sobre això, l'apartat 7 de l'article 217 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (en endavant, LEC) estableix que "Per a l'aplicació del que disposen els apartats anteriors d'aquest article, el tribunal ha de tenir present la disponibilitat i la facilitat probatòria que correspon a cada una de les parts del litigi." En conseqüència, per a l'aplicació de les regles legals sobre la càrrega de la prova, cal tenir en compte la disponibilitat i la facilitat probatòria que correspon a cadascuna de les parts en conflicte (STS de 17 d'octubre de 2014; SSAN de 2 de juliol, de 9 d'abril, de 26 de març i de 5 de març de 2014; SSTSJ Catalunya de 15 de novembre, de 7 d'octubre, de 30 de setembre i de 26 de setembre de 2013; SSAP Barcelona de 10 de setembre de 2014 –rotlle núm. 10/2014 1a– i de 10 de setembre de 2014 –rotlle núm. 335/2013 3a).

En el cas que ens ocupa, i atès que les emissions pel canal 35.6 de Barcelona s'han realitzat sense títol habilitant, aquest Consell no disposa del mitjà probatori que aporta de forma directa, que INGEST sigui el titular d'aquestes emissions. És a dir, aquest canal es troba vacant, atès que no s'ha adjudicat mitjançant el procediment corresponent (capítol III del títol IV de la LCA), per la qual cosa, la naturalesa "pirata" d'aquestes emissions comporta que en els registres d'aquest Consell no hi consti cap



prestador de serveis de comunicació audiovisual que en sigui el titular legítim. En conseqüència, d'acord amb la disponibilitat i la facilitat probatòria que estableix l'apartat 7 de l'article 217 de la LEC, correspon a INGEST –qui millor pot acreditar que no realitza les emissions pel canal 35 de Barcelona– identificar el prestador de serveis de comunicació audiovisual a qui està prestant els serveis de xarxa per emetre continguts audiovisuals.

Per contra, INGEST, amb una conducta totalment passiva i contrària a la bona fe processal (SSTS de 26 de juny i de 27 de maig de 2014; de 9 de juliol de 2013 i de 13 de setembre de 2012), es limita a establir que és un prestador de serveis de telecomunicacions, sense determinar a quin prestador de serveis de comunicació audiovisual està prestant el servei de xarxa per emetre pel canal 35.6 de Barcelona, per la qual cosa, atesos els criteris de disponibilitat i de facilitat probatòria, no hi ha dubte que és INGEST, i no aquest Consell, atès que les emissions pel canal esmentat es van realitzar sense títol habilitant, qui té més disponibilitat dels elements probatoris pel que fa a determinar qui és el responsable de les emissions, que, d'altra banda, serà aquell al qual eventualment li està prestant serveis de telecomunicacions o de xarxa per emetre continguts audiovisuals.

La identificació del prestador de serveis de comunicació audiovisual al qual INGEST està prestant eventualment serveis de telecomunicacions per emetre continguts audiovisuals és un fet positiu les conseqüències del qual són favorables a l'interessat i, a més, cal tenir en compte que disposa dels mitjans de prova necessaris per acreditar qui és, de manera efectiva, l'emissor de continguts audiovisuals pel canal 35 de Barcelona. En conseqüència, la manca de prova d'aquest fet ha de repercutir en perjudici d'INGEST. Són il·lustratives, a aquest efecte, les SSTS de 8 de març i de 28 de novembre de 1996, de 28 de febrer de 1997, de 30 de juliol de 1999, de 29 de maig de 2000, de 8 de febrer de 2001, de 18 de febrer de 2003, de 17 de juliol de 2003, de 30 de març de 2010 i de 30 de setembre de 2014 –rec. 4503/2011. I, en el mateix sentit, les SSTSJ Catalunya de 17 de juliol de 2014 –rec. 7/2014–, de 7 de maig de 2014 –rec. 992/2014–, de 3 d'abril de 2014 –rec. 764/2014– i de 10 de febrer de 2014 –rec. 1489/2013.

- Sobre l'eventual improcedència de l'aplicació de l'apartat 2 de l'article 136 de la LCA

Finalment, pel que fa a l'aplicació de l'apartat 2 de l'article 136 de la LCA és important posar de manifest, en primer lloc, que aquest article tipifica una veritable sanció i no estableix, com pretén INGEST, un agreujant per reincidència. La reincidència és una circumstància que, de conformitat amb la lletra f de l'article 137 de la LCA, cal tenir en compte per establir el grau de la sanció, però que, en cap cas té la condició de sanció pròpiament dita.

En segon lloc, contràriament al que al·lega INGEST, que mitjançant els acords 151/2014, 152/2014, 153/2014 i 154/2014, tots de 10 de desembre, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya va desestimar els recursos de reposició interposats per l'interessat contra les resolucions sancionadores adoptades mitjançant els acords 63/2014, 64/2014, 65/2014 i 66/2014, tots de 14 de maig, dictats en els procediments sancionadors 11/2013-S, 12/2013-S, 13/2013-S i 14/2013-S. Així, aquestes resolucions sancionadores han esdevingut fermes en via administrativa i, en conseqüència, resulta legítimament aplicable l'apartat 2 de l'article 136 de la LCA, tot acordant, en el marc d'aquest procediment sancionador, el cessament definitiu de la prestació de serveis audiovisuals per part d'INGEST.>>



Per tot el que s'ha exposat, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta, per unanimitat, el següent

ACORD

1. Desestimar el recurs potestatiu de reposició interposat per INGEST i confirmar l'Acord 9/2015, de 14 de gener, mitjançant el qual es declara a l'interessat responsable de la comissió d'una infracció molt greu, tipificada a la lletra c de l'article 132 de la LCA.
2. Notificar aquest Acord a INGEST.

Barcelona, 22 d'abril de 2015



Roger Loppacher i Crehuet
President



Daniel Sirera Bellés
Conseller secretari

