



ACORD 6/2015, de 14 de gener, del Ple del
Consell de l'Audiovisual de Catalunya

**RESOLUCIÓ SANCIONADORA del procediment sancionador núm. 2/2014-S
(Protecció de menors. Esoterisme. TV Nacional B - 35.2 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 9/2014, de 19 de febrer, ha analitzat els continguts de les emissions del canal 35.2 de Barcelona al llarg de 48 hores. La mostra d'anàlisi comprèn des de les 00.00 hores del 6 de febrer fins a les 23.59 hores del 7 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:

«[...] Al llarg de les emissions entre les 7.45 hores del matí i les 1.35 de la matinada s'observen diversos exemples on el canal 35.2 de Barcelona s'identifica amb l'ús de tècniques esotèriques.

En primer lloc, les persones que expliquen el funcionament del canal i que atenen les consultes de les persones teleespectadores es presenten repetidament com a "vidents" i "tarotistes" [...]

En segon lloc, a la part superior esquerra de la pantalla s'hi pot llegir en tot moment la paraula "**VIDENCIA**" associada a un número amb prefix 806. A sota també s'hi inclou la informació sobre el nombre de "**VIDENTES**" que hi ha disponibles. 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".

A l'últim, al llarg de les emissions del canal apareix periòdicament l'adreça de la web www.ondamex.com, que emet els continguts de la televisió Ondamex, que coincideixen amb els emesos pel canal analitzat. Aquesta web es presenta com "El portal en el que podràs consultar las mejores brujas y profesionales tarotistas que te ayudarán a través de las consultas de videncia en TV a encontrar las respuestas que buscas sobre el amor, dinero, búsqueda de trabajo y salud [...]».

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.



Pel que fa a la senyalització de la programació, l'Informe 9/2014 estableix el següent:

"[...] Totes les emissions del canal 35.2 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 emissions del canal 35.2 es presenten igual al llarg de les 24 hores del dia, amb la pantalla dividida en quatre parts [...], que són les següents:

1. La part esquerra conté informació de les diferents vies d'accés als serveis oferts pel canal (trucada telefònica o missatge SMS):
 - Hi apareixen dos telèfons amb prefix 806 (un d'associat a la paraula *VIDENCIA* i un d'associat a la paraula *CELESTINA*) i un número de missatges SMS (25090 associat al codi MT).
 - D'altra banda, de les 02.00 a les 7.15 hores, la paraula *CELESTINA* és substituïda per les paraules *CHAT* i *SEXO*.
2. La part central superior es destina a la programació pròpiament dita, esotèrica o musical. Conté una franja blanca, a la part inferior, on apareix l'adreça del web *www.ondamex.com*, que es va alternant amb diferents números de telèfon i de missatges SMS:
 - Hi apareix un telèfon amb prefix 806 associat a la paraula *AMISTAD*, un 902 associat a la paraula *VISA*, un 905 associat a *CHAT* i un número de missatges SMS (25090 associat al codi ON).
 - D'altra banda, de les 0.00 a les 5.00 hores, hi apareixen 4 números diferents de telèfon amb prefix 803 associat a les paraules *GAYS*, *LESBI*, *VIDEOLLAMADA*, *ERÓTICO* i *SEXUAL* i un telèfon amb prefix 806 associat a la paraula *VIDENCIA* [...]".

Finalment, de l'anàlisi de les emissions des de les 00.00 hores del 6 de febrer fins a les 23.59 hores del 7 de febrer de 2014, corresponents al canal 35.2 de Barcelona, l'Informe 9/2014 en conclou que:

"[...] Entre les 7.45 hores del matí i les 1.35 hores de la matinada, aproximadament, la programació del canal 35.2 de Barcelona alterna la programació de continguts esotèrics i l'emissió de videoclips musicals [...]".

2n. Vist l'Informe 9/2014, de 19 de febrer, el Ple del Consell, mitjançant l'Acord 56/2014, 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. 690/2014) 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 94/2014, 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. 1042/2014) 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. 1360/2014) 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. D'una banda, l'interessat al·lega la vulneració de l'apartat 2 de l'article 24 de la Constitució espanyola (en endavant, CE) atesa, segons manifesta, la "[...] denegación improcedente de práctica de pruebas pertinentes en derecho [...]".

D'altra banda, INGEST al·lega la vulneració del principi a la presumpció d'innocència atès que, segons considera, la seva imputació en els fets objecte d'aquest procediment sancionador s'ha efectuat sense prova de càrrec. Concretament, posa de manifest, en primer lloc, que "[...] la ausencia de pruebas que demuestren que Infraestructuras y Gestión 2002, SL, sea el prestador del servicio de comunicación audiovisual que difunde la programación a través del CH 35.2 de Barcelona [...]". En segon lloc, la inexistència de proves sobre el fet il·lícit. En aquest sentit, posa de manifest que l'Informe 9/2014, de 19 de febrer, de l'Àrea de Continguts d'aquest Consell, "[...] no constituye prueba de cargo [...]". En tercer lloc, determina que "[...] la relación de sentencias que se citan en la propuesta de resolución no constituyen prueba de que esta mercantil actúe como prestadora audiovisual en los hechos objeto de este expediente [...]". En quart lloc, INGEST reitera la seva condició de prestador de serveis



de telecomunicacions i justifica aquesta al·legació tot fent referència a l'ofici de la Direcció General de Mitjans de Comunicació del Departament de la Presidència de la Generalitat de Catalunya, de 14 de març de 2012, mitjançant el qual pretén acreditar la seva condició de prestador de serveis de comunicacions electròniques i una resolució de la directora general de Promoció Institucional de la Generalitat Valenciana, de 15 de juny de 2009, mitjançant la qual es declara la manca de responsabilitat d'INGEST en relació amb les emissions, no autoritzades, de contingut esotèric pels canals 44 (655,25 MHz), 60 (783,25 MHz) i 61 (791,25 MHz). En cinquè, l'interessat entès que és inacceptable la inversió de la càrrega de la prova en un procediment sancionador. En sisè, i darrer lloc, INGEST considera inaplicable, al cas que ens ocupa, l'apartat 2 de l'article 136 de la LCA.

Fonaments de dret

Primer. Anàlisi de les al·legacions de l'interessat

- **Pel que fa a la denegació de la pràctica de prova**

L'interessat sol·licita, en el seu escrit d'al·legacions al plec de càrrecs, l'obertura d'un període de prova i proposa els mitjans següents:

1. Testifical de la senyora Mònica Gasol Tost, cap de l'Àrea de Continguts d'aquest Consell. Segons manifesta, la finalitat d'aquesta prova és sotmetre a contradicció el contingut de l'Informe 9/2014, de 19 de febrer, pel que fa a la imputació d'INGEST en la conducta tipificada com a infracció administrativa.
2. Documental pública consistent a oficiar a la *Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Barcelona*, per tal que emeti un informe "[...] en el que se explique si las instalaciones existentes en el centro emisor denominado "Tibidabo" [...] son exclusivamente las propias y necesarias para la prestación de servicios y explotación de redes de comunicaciones electrónicas [...]".

Com ja s'establia a la proposta de resolució, de 18 de novembre de 2014, el caràcter manifestament improcedent i innecessari d'aquestes proves 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 6 i 7 de febrer de 2014, pel canal 35.2 de Barcelona, resta totalment acreditada atesa la presumpció de veracitat de què gaudeix l'Informe 9/2014 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 9/2014, 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.

En aquest sentit, l'interessat, en les seves al·legacions a la proposta de resolució, posa de manifest que "[...] el hecho de que presuntamente sean "emisiones piratas" tampoco impide que los funcionarios que realizan el informe y visionan la programación puedan identificar al prestador audiovisual titular de las mismas a raíz de los contenidos de la propia programación como generalmente ocurre con cualquier canal de televisión [...]".

Així mateix, il·lustra aquesta al·legació tot fent referència a la Direcció General de





Mitjans Audiovisuals de la Generalitat de Catalunya que, segons al·lega INGEST, “[...] sabe diferenciar perfectamente y sin ninguna duda la actividad del operador de red de la actividad del prestador audiovisual que es el responsable editorial de los contenidos [...]”.

Ateses aquestes al·legacions, cal posar de manifest que aquest Consell sap diferenciar perfectament entre prestadors de serveis de telecomunicacions i prestadors de serveis de comunicació audiovisual i, de la mateixa manera, sap que per prestar aquests serveis és necessari disposar de dos títols diferents: el que habilita per prestar serveis de xarxa i el que habilita per emetre continguts audiovisuals. A aquest efecte, com ja hem posat de manifest al llarg d'aquest procediment, 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 a la seva prestació és necessari disposar d'una llicència que té la condició d'autorització operativa (article 46 de la LCA) i que s'atorga mitjançant la convocatòria del concurs corresponent (articles 49 a 52 de la LCA).

En el cas que en 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 corresponent títol, difon els continguts audiovisuals. Així, ni l'Informe 9/2014, 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.

D'altra banda, l'interessat al·lega que la testifical sol·licitada “[...] no solo tenía la finalidad de requerir información a la testigo sobre la identidad del prestador audiovisual [...] sino también se pretendía someter a contradicción el propio informe, los contenidos supuestamente visionados que se relatan en el informe y que esta parte niega y no reconoce, pues no son contenidos emitidos por esta mercantil [...]”. En aquest sentit, és important posar de manifest que l'emissió de continguts esotèrics el 6 i 7 de febrer de 2014, pel canal 35.2 de Barcelona, resta totalment acreditada atesa la presumpció de veracitat de què gaudeix l'Informe 8/2014 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). Certament, aquesta presumpció de veracitat és *iuris tantum* i la càrrega de la prova recau, en aquest sentit i sense necessitat de practicar la testifical sol·licitada, sobre l'interessat.

Així, pel que fa l'emissió de continguts audiovisuals pel canal 35.2 de Barcelona, cal tenir en compte que per l'emissió d'aquests continguts resulta necessari disposar d'un servei de telecomunicacions; per la qual cosa, INGEST pot, com a prestador d'aquests serveis, identificar al 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, això no obstant, l'interessat es limita a establir que aquests continguts no li pertanyen sense identificar, en cap moment, el responsable editorial dels mateixos.



En segon lloc, 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.

- **Pel que fa a l'eventual vulneració del principi a la presumpció d'innocència**

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.

A aquest efecte, com ja hem posat de manifest al llarg d'aquest procediment, 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 35.2 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. En efecte, l'interessat fa referència en el seu escrit d'al·legacions a la proposta de resolució a dos documents que va aportar juntament amb el seu escrit d'al·legacions al plec de càrrecs: un ofici de la Direcció General de Mitjans de Comunicació del Departament de la Presidència de la Generalitat de Catalunya, de 14 de març de 2012 (document núm. 1) i una resolució de la directora general de Promoció Institucional de la Generalitat Valenciana, de 15 de juny de 2009, mitjançant la qual es declara la manca de responsabilitat de l'interessat en relació amb les emissions, no autoritzades, de contingut esotèric pels canals 44 (655,25 MHz), 60 (783,25 MHz) i 61 (791,25 MHz) (document núm. 2).

Pel que fa la resolució de la directora general de Promoció Institucional de la Generalitat Valenciana, cal tenir en compte que no constitueix un precedent administratiu, atès que, d'una banda, no és una resolució dictada per aquest Consell i, de l'altra, aquesta resolució no té una naturalesa i una finalitat anàlogues a la d'aquesta proposta de resolució. Ans el contrari, el precedent en el cas que ens ocupa el trobem en les propostes de resolució dictades en els procediments sancionadors 11/2013-S, 12/2013-





S, 13/2013-S i 14/2013-S, incoats a INGEST per l'emissió de continguts audiovisuals pels canals 66 de Tarragona.

D'altra banda, pel que fa a l'ofici de la Direcció General de Mitjans de Comunicació del Departament de la Presidència de la Generalitat de Catalunya, mitjançant el qual es requereix l'interessat que informi sobre si és el responsable editorial dels serveis de comunicació audiovisual que es presten pel canal múltiple 35 de la UHF o si, per contra, aquesta responsabilitat és d'una tercera persona i, en aquest supòsit, que identifiqui els prestadors de serveis de comunicació audiovisual als quals està prestant suport per emetre pel canal esmentat, cal tenir en compte, a aquest efecte, que, curiosament, l'interessat no aporta la resposta que va donar al requeriment efectuat per la Direcció General, en la qual, en principi, s'hauria identificat el prestador de serveis de comunicació audiovisual al qual l'interessat prestava suport per emetre pel canal 35 de Barcelona.

Així mateix, és important posar en relleu que, segons manifesta l'interessat l'eventual responsable de les emissions realitzades pel canal 35.2 de Barcelona podria ser "Ondamex TV". En aquest sentit, cal tenir en compte que el fet que els continguts emesos per Televisión Ondamex, via web, siguin coincidents amb els emesos pel canal 35.2 de Barcelona no desvirtua la presumpció que INGEST és el responsable dels continguts emesos per aquest canal de televisió, amb independència que aquests continguts siguin els mateixos que els emesos eventualment per internet i per una altra societat.

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 únicament és exigible a la 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 –rec. 111/2014–; SSTSJ de Catalunya de 14 de juliol de 2014 –rec. 111/2014–; SSTSJ de Catalunya de 2 de juliol, de 9 d'abril, de 26 de març i de 5 de març de 2014 –rec. 111/2014–).



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 35.2 de Barcelona s'han realitzat sense títol habilitant, aquest Consell no disposa del mitjà probatori que acrediti, 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 35.2 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, no serà altre que 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. Aquesta darrera sentència estableix literalment el següent:

«[...] Una derivación de la presunción de inocencia en materia sancionadora consiste en que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción pesa sobre la Administración. Pero esta consecuencia no abarca a todos y cada uno de los hechos que pueden ser relevantes en el seno del proceso, regidos por los principios generales distributivos de dicha carga que se recogen en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conforme a éstos, **cada parte está gravada con la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, regla condicionada a la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio.**

La justificación del origen de los fondos es un hecho positivo cuyas consecuencias son favorables a la sancionada y cuyos medios de prueba se





hallan, de existir, a su plena disposición por tratarse de operaciones económicas en las que hubo intervenido. Es indiscutible entonces que la falta de prueba de ese específico hecho debe repercutir en perjuicio de su pretensión. Para cumplir con esta carga procesal no representa ningún inconveniente la motivación de la resolución sancionadora, cuyos fundamentos de Derecho tercero y sexto tratan profusamente sobre la insuficiencia de los documentos exhibidos por la interesada con tal objeto, indicando las carencias y defectos de la prueba documental que bien pudo suplir y corregir la demandante durante el proceso judicial.

[...]

Ya hemos expuesto en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia, con remisión a la precedente de 27 de enero de 2012, cómo la Sala de instancia hace una interpretación correcta del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando, aprehendidos unos medios de pago que, por su cuantía, debían haber sido declarados administrativamente (y no lo fueron) exige a su porteador que acredite el origen lícito del dinero.

Exigencia que no vulnera aquel precepto legal pues resulta lógico que quien es poseedor de los fondos esté en condiciones de acreditar su origen, tratándose como se trata de medios de prueba que, según entonces afirmamos, “se hallan, de existir, a su plena disposición por tratarse de operaciones económicas en las que hubo intervenido” [...].»

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–, que estableixen, totes, el següent:

“[...] Como señala la sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2010 “El principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente”. Este principio, que ya venía siendo acogido por la jurisprudencia de esa Sala (SSTS de 8 de marzo, 28 de noviembre de 1996, 28 de febrero de 1997, 30 de julio de 1999, 29 de mayo de 2000, 8 de febrero de 2001, 18 de febrero de 2003 y 17 de julio de 2003), ha sido definitivamente consagrado por el legislador en el art. 217.º de la LEC, al disponer que “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”; en el mismo sentido, la sentencia de la Sala social del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 (rec. 60/2013): “si todo ello lleva a la conclusión de que el grupo es mayor que el que la parte recurrente sostiene y que, por tanto, su actitud en este punto es fraudulenta, es a ella a quien se desplaza ya la carga de la prueba de que su comportamiento como tal grupo de empresas ha sido correcto”.

La lógica consecuencia que de todo ello se deriva, no puede ser otra que la de hacer recaer sobre las empresas demandadas la carga de probar la verdadera naturaleza de los vínculos de gestión y dirección, económicos, patrimoniales o de plantilla, una vez que constan en autos circunstancias suficientes que ponen de manifiesto la concurrencia de relaciones y coincidencias que puedan ir mucho más allá de las ordinarias y normales relaciones de mercado entre dos empresas distintas y con personalidad jurídica propia y diferenciada [...]”».

Finalment, pel que fa a l'aplicació de l'apartat 2 de l'article 136 de la LCA cal tenir en compte, contràriament a l'al·legat per INGEST, que mitjançant els Acords 154/2014



152/2014, 153/2014 i 154/2014, tots ells 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 y 66/2014, tots ells 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.

Segon. Tipificació dels fets

L'emissió de continguts esotèrics pel prestador de serveis de televisió INGEST des de les 00.00 hores del 6 de febrer fins a les 23.59 hores del 7 de febrer de 2014, comporta que el prestador de serveis de televisió ha incomplert les obligacions que estableix la normativa vigent en relació amb la protecció de la infància i l'adolescència.

Tercer. Qualificació de la infracció

L'incompliment de qualsevol dels deures imposats amb relació a la protecció de la infància i la joventut constitueix una infracció molt greu prevista a la lletra c de l'article 132 de la LCA.

Quart. Sanció aplicable

La sanció que s'ha d'imposar consisteix, doncs, en una multa i en la suspensió de l'activitat, i, per determinar-ne la quantia i el temps de suspensió, cal tenir en compte el que estableix l'article 137 de la LCA, que obliga a graduar la sanció que s'imposi tenint en compte les circumstàncies que ressenya.

De la conducta infractora objecte d'examen, se'n desprèn l'existència d'intencionalitat, atès que l'emissió de programació de contingut esotèric no pot venir determinada per una manca de diligència o per una conducta negligent de l'interessat, sinó per una conducta activa i volguda. Així mateix, cal prendre en consideració la reiteració de la conducta infractora, ja que l'informe de l'Àrea de Continguts va constatar 48 hores d'emissió de continguts esotèrics del 6 al 7 de febrer de 2014.

La concurrència de les circumstància d'intencionalitat i/o de reiteració empara establir el grau de la sanció en un nivell superior al mínim establert legalment.

D'altra banda, el prestador de serveis de televisió INGEST ha estat declarat responsable de quatre infraccions molt greus, tipificades 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, mitjançant les resolucions sancionadores fermes adoptades pels acords 63/2014, 64/2014, 65/2014 i 66/2014, tots quatre de 14 de maig, en relació amb els expedients administratius 11/2013-S, 12/2013-S, 13/2013-S i 14/2013-S.

L'apartat 2 de l'article 136 de la LCA estableix que en el supòsit de comissió reiterada en el termini d'un any de dues infraccions molt greus, declarades així per resolucions fermes, el Consell pot acordar, en el marc del procediment sancionador corresponent, el cessament definitiu de la prestació de serveis audiovisuals per part del responsable.

D'acord amb les consideracions anteriors, i tenint en compte el principi de proporcionalitat, que obliga a establir l'adequació necessària entre la gravetat del fet





constitutiu de la infracció i la sanció aplicada, s'ha d'imposar a l'interessat la sanció següent:

- Pel que fa a la quantia de la multa a imposar, ha de ser de cent vint-i-cinc mil euros (125.000,00 €), és a dir, la quantia mínima que preveu la lletra a de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA, per la comissió d'infraccions molt greus (90.001 €), graduada a l'alça atesa la concurrència d'una de les sis circumstàncies que estableix l'article 137 de la LCA (35.000,00 €). I, pel que fa a la suspensió de l'activitat: 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.
- El cessament definitiu de la prestació de serveis audiovisuals, d'acord amb l'apartat 2 de l'article 136 de la LCA.

Cinquè. Autoritat competent per imposar la sanció

El Consell de l'Audiovisual de Catalunya és l'òrgan competent per imposar les sancions, de conformitat amb el que estableix la lletra g de l'article 10 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, d'aquest Consell.

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

ACORD

1. 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.
2. Imposar al prestador de serveis de televisió INGEST la sanció següent:
 - Pel que fa a la quantia de la multa a imposar, ha de ser de cent vint-i-cinc mil euros (125.000,00 €), és a dir, la quantia mínima que preveu la lletra a de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA, per la comissió d'infraccions molt greus (90.001 €), graduada a l'alça atesa la concurrència d'una de les sis circumstàncies que estableix l'article 137 de la LCA (35.000,00 €). I, pel que fa a la suspensió de l'activitat: 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.
 - El cessament definitiu de la prestació de serveis audiovisuals, d'acord amb l'apartat 2 de l'article 136 de la LCA.

La multa s'ha de fer efectiva al compte número **ES04 2100 0591 47 0200187322** de l'entitat "la Caixa" (fent-hi constar com a referència CAC-2/2014-S) en els terminis que estableix l'apartat 2 de l'article 62 de la Llei de l'Estat 58/2003, de 17 de desembre, general tributària:

- a) Si la notificació d'aquest Acord es fa entre els dies 1 i 15 de cada mes, des de la data de recepció de la notificació fins al dia 20 del mes posterior o, si aquest no fos hàbil, fins a l'immediat hàbil següent.



- b) Si la notificació d'aquest Acord es fa entre els dies 16 i últim de cada mes, des de la data de recepció de la notificació fins al dia cinc del segon mes posterior o, si aquest no fos hàbil, fins a l'immediat hàbil següent.

Així mateix, us advertim que la manca de compliment de la sanció dins dels terminis esmentats més amunt pot donar lloc, sense més tràmits, a executar-la de manera forçosa, d'acord amb els articles 95 a 97 de la LRJPAC.

3. Notificar aquest Acord a INGEST.

Barcelona, 14 de gener de 2015



Roger Loppacher i Crehuet
President



Daniel Sirera Bellés
Conseller secretari