



Roj: **SAN 4666/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:4666**

Id Cendoj: **28079230012016100467**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2016**

Nº de Recurso: **445/2015**

Nº de Resolución: **534/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000445 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00958/2015

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A.

Procurador: MANUEL SANCHEZ PUELLES Y GONZALEZ CARVAJAL

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Madrid, a once de noviembre de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 445/15, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de "**MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**", contra la resolución de 8 de enero de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora una multa de 112.100 euros por la vulneración del apartado 6 del art. 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tipificada como grave en el art. 58.12 de la citada norma. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 112.100 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Admitido el recurso contencioso-administrativo y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 9 de octubre de 2015 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando el acto impugnado en el presente recurso.

SEGUNDO .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escritos, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO .- Una vez contestada la demanda, se concedieron diez días a las partes para que formularan conclusiones y, una vez presentados los pertinentes escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el 8 de noviembre del año en curso.

SIENDO PONENTEEl Magistrado Ilmo. Sr. Don **FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad demandante impugna la resolución de 8 de enero de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora una multa de 112.100 euros por la vulneración del apartado 6 del art. 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tipificada como grave en el art. 58.12 de la citada norma .

Los hechos por los que ha sido sancionada la parte actora es por haber emitido en el canal CUATRO, la película "American Playboy" el 7 de junio de 2014 (sábado), entre las 15,53 y las 17,39, en horario de protección general y con la calificación otorgada de "no recomendada para menores de doce años" (NR12).

SEGUNDO .- La parte actora alega, en síntesis, los siguiente: Que a la película "American Playboy" se otorgó la calificación por el Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA), para ser emitida en salas de cine y distribuida en DVD con la calificación de no recomendada para menores de 13 años (NR13). Dicha calificación pasó a ser NR12 en virtud de la Orden CUL/314/2010, de 16 de febrero.

La resolución sancionadora infringe el art. 8.1 de la Ley 55/2007, del Cine, que establece la competencia del ICAA para otorgar la calificación por edades de películas cinematográficas. El apartado 2 del citado precepto ha sido modificado por el Real Decreto-Ley 6/2015, de 14 de mayo, derivándose del mismo que la calificación por edades establecidas por el ICAA para películas cinematográficas es la relevante a efectos de la emisión de dicha película en televisión. En este sentido, se pronuncia la respuesta de 18 de mayo de 2015 del ICAA a la consulta realizada por Mediaset.

Se argumenta que no ha existido una infracción del art. 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, pues no existe en el Código de Autorregulación ninguna obligación, por parte del operador televisivo, de revisar las calificaciones otorgadas por el ICAA. Así, en el nuevo Código de Autorregulación aprobado el 23 de junio de 2015, se dice que las calificaciones otorgadas por el ICAA serán aplicables por todos los operadores de televisión en abierto adheridos al Código de Autorregulación.

Se señala que se ha vulnerado la prohibición de actuación en contra de los propios actos, ya que la calificación de la película por la que ha sido sancionada la parte actora, fue otorgada por la autoridad pública referente en la materia, el ICAA. Y en dicho sentido se pronunció en su momento la SETSI en la resolución del expediente AE/S TV/11/2012.

Aplicación del principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, pues sería aplicable el art. 8.2 de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, en la modificación producida por el Real Decreto-Ley 6/2015, de 14 de mayo.

Finalmente, se aduce la vulneración del principio de proporcionalidad en la sanción. Hay que tener en cuenta que la parte actora actuó con el convencimiento del respecto a la normativa aplicable, teniendo en cuenta que utilizó la calificación otorgada por una autoridad competente en la materia, como es el ICAA. Por tanto, no habría intencionalidad alguna de incumplimiento por parte del operador. Lo anterior muestra que en la resolución sancionadora, no se ha ponderado adecuadamente la importancia de los factores de graduación, que deben tenerse en cuenta a los efectos de calcular el importe de la sanción, que hubiese conducido a la no imposición de la sanción o, al menos, a una propuesta de sanción inferior, de carácter simbólico o de importe mínimo.



TERCERO .- Debemos partir que la parte actora no cuestiona el contenido de la película "American Playboy" emitida en el canal de televisión CUATRO, por lo que lo damos por reproducido, tal como se reproduce en la resolución impugnada y en el acta de visionado durante el expediente administrativo.

Según la resolución sancionadora, la emisión de la citada película entre las 15,53 horas y las 17,39 horas del 7 de junio de 2014 (sábado), constituye una vulneración respecto a la calificación por edades y la emisión de contenidos perjudiciales para los menores, recogidas en los Códigos de Autorregulación del sector, versiones 2004 y 2011, y, en consecuencia, de las obligaciones establecidas en el art. 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual .

El art. 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo , prohíbe "la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y, en particular, la de aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita" . Y añade que: "Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse en abierto entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente.(...) .

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

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

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

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

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

Por su parte, el art. 58.12 establece que constituye infracción grave: "El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley". Y dicho art. 12 dispone: "1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración.

Dichos códigos deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual o colectivo.

2. Cuando un prestador apruebe un código por sí solo, o bien en colaboración con otros prestadores, o se adhiera a un código ya existente, deberá comunicarlo tanto a las autoridades audiovisuales competentes como al organismo de representación y consulta de los consumidores que correspondan en función del ámbito territorial de que se trate. Para los prestadores de ámbito estatal, dicho órgano es el Consejo de Consumidores y Usuarios. La autoridad audiovisual verificará la conformidad con la normativa vigente y de no haber contradicciones dispondrá su publicación.

3. Las autoridades audiovisuales deben velar por el cumplimiento de los códigos y, entre éstos, del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

4. Los códigos de autorregulación deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Las funciones de la autoridad audiovisual a los efectos del apartado 2 del presente artículo se entienden sin perjuicio de las facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto" .

En lo referente al Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia de 9 de diciembre de 2004, en el Anexo de criterios orientativos para la clasificación de programas televisivos, vigente a la sazón, pues el Código de Autorregulación de 2011, no fue aprobado hasta la resolución de 23 de junio de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en lo atinente a programas no recomendados para menores de 13 años (NR13) se alude a los comportamientos sociales como "la presentación de comportamientos que, sin finalidad educativa o informativa, incite la imitación de actitudes intolerantes, racistas, sexistas y violentas, conductas competitivas que no respeten las reglas o los derechos de los demás; arribismo a cualquier precio; lenguaje soez o blasfemo, inadecuado para el menor de trece años; prostitución, etec..." . Añadiéndose más



adelante, en relación al sexo, lo siguiente: *"La presentación de relaciones afectivo-sentimentales que aparezcan con manifestaciones sexuales explícitas, la insinuación procaz, de actos de carácter sexual y/o contenido erótico, excepto en aquellos casos en que el romanticismo sea predominante, o su tratamiento humorístico o paródico genere un efecto de distanciamiento y atenuación del carácter erótico"* .

En términos semejantes se pronuncia el Código de Autorregulación, aprobado por la resolución de 23 de junio de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en que desaparece la calificación NR13 y pasa a ser la de NR12, que dice lo siguiente en relación con lo no recomendado para dichos menores: *"Comportamientos sociales: 1. La presentación no criticada y sin finalidad educativa o informativa que incite a la imitación de actitudes intolerantes o discriminatorias, así como la presentación de lenguaje soez expresado de manera ofensiva y violenta..."*

Sexo: la presentación de manifestaciones sexuales explícitas, la insinuación grosera de actos de carácter sexual y/o contenido erótico, excepto en aquellos casos en el que el romanticismos sea predominante, o su tratamiento humorístico o paródico genere un efecto de distanciamiento y atenuación del carácter erótico" .

La cuestión básicamente a dilucidar en el presente recurso contencioso-administrativo, es si la emisión de la película en cuestión por el canal de televisión CUATRO con la calificación otorgada por el ICAA, es decir, de no recomendado para menores de 12 años, calificación vigente en el momento de emitirse dicha película el 7 de junio de 2014, en virtud de la Orden CUL/314/2010, de 16 de febrero, por la que se modifican los grupos de edad para la calificación de las películas cinematográficas y otras obras audiovisuales, implica una infracción del art. 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo .

Así las cosas, debemos tener en cuenta para la resolución del presente recurso contencioso-administrativo, la modificación que ha habido en la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, por el Real Decreto-Ley 6/2015, de 14 de mayo, en el apartado 2 del art. 8 de la citada Ley . Actualmente el art. 8, referente a la calificación de las películas y obras audiovisuales, ha quedado de la siguiente manera: *"1. Antes de proceder a la comercialización, difusión o publicidad de una película cinematográfica u obra audiovisual por cualquier medio o en cualquier soporte en territorio español, ésta deberá ser calificada por grupos de edades del público al que está destinada, mediante resolución del Director del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales previo informe de la Comisión de Calificación o por los órganos competentes de aquellas Comunidades Autónomas que ostenten competencias para la calificación de las películas y los materiales audiovisuales. Se exceptúan las obras audiovisuales que, de acuerdo con su normativa específica, sean objeto de autorregulación.*

2. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , cuando se trate de películas cinematográficas u otras obras audiovisuales que hayan sido calificadas por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales o por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, se atenderá a las calificaciones así obtenidas.

3. Reglamentariamente podrá establecerse el régimen aplicable a los avances de las películas cinematográficas así como a la participación de las mismas en festivales, que podrá excepcionar el régimen general de calificación previa en los términos que se establezcan" .

Es decir, conforme a lo expuesto, cuando se trate de películas cinematográficas, como es el supuesto que nos ocupa, hay que atender a la calificación otorgada por el ICAA. En el mismo sentido en el Código de Autorregulación de 2011, aprobado por resolución de 23 de junio de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, consta lo siguiente: *" El presente código parte de la consideración básica de que la clasificación del contenido audiovisual desempeña un papel relevante en la protección televisiva de los menores. No debe olvidarse que estos acceden, cada vez más, a idénticos o similares contenidos a través de diversos medios audiovisuales, tales como cine, vídeo, videojuegos e Internet. Por ello, es deseable que los sistemas de clasificación de contenidos por edades sean más homogéneos y coherentes entre sí. Los criterios de clasificación que se recogen en el anexo al código se han establecido con la referencia de las calificaciones por edades otorgadas por el Instituto de las Ciencias y Artes Audiovisuales (ICAA) a las películas cinematográficas, en especial a las calificadas como no recomendadas para menores de doce y dieciséis años"*.

El art. 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , vigente a la sazón, actualmente recogido en el art. 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público , establece que *"las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor"* .

En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de junio de 2014 -recurso nº. 4910/2010 - , se declara que *<<... el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y "...tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora, ya que no tendría sentido confirmar*



judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable, resolución esta última que podría ser objeto de un nuevo recurso judicial">> . Dicha Sentencia se basa en las Sentencias del citado Tribunal de 24 de enero de 2006 -recurso nº.419/2002 -, 31 de enero de 2007 -recurso nº. 8.873/2003 -, 13 de febrero de 2008 -recurso nº. 2.110/2004 -, 23 de enero de 2012 -recurso nº. 5.962/2008 -, 30 de enero de 2012 -recurso nº. 6.116/2008 -, 14 de febrero de 2012 -recurso nº. 462/2008 -, 5 de marzo de 2012 -recurso nº. 1.104/2009 -, 7 de mayo de 2012 -recurso nº. 3.346/2009 -, 27 de junio de 2012 -recurso nº. 5.157/2009 -, 30 de octubre de 2012 -recurso nº. 964/2010 -, 14 de noviembre de 2012 -recurso nº. 4.152/2010 -, 24 de octubre de 2013 -recurso nº. 533/2011 - y 4 de noviembre de 2013 -recurso nº. 251/2011 -.

Por tanto, es de aplicación lo relatado al supuesto que nos ocupa, al encontrarnos en materia sancionadora y resultar favorable a la parte actora, sin necesidad de entrar a analizar, si en el supuesto de la no aplicación de la reforma operada en la materia que estamos tratando, no se vulneraría el art. 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, pues lo cierto es que la película en cuestión se emitió en el canal de televisión CUATRO con la calificación de no apta para menores de 12 años (NR12), tal y como había sido calificada por el ICAA, por lo que procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo, y anular la sanción impuesta.

CUARTO. - A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas procesales a la parte demandada.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de "**MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**", contra la resolución de 8 de enero de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora una multa de 112.100 euros por la vulneración del apartado 6 del art. 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tipificada como grave en el art. 58.12 de la citada norma, declaramos la nulidad de la citada resolución por no ser conforme a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

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

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA