



Roj: **SAN 3164/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3164**

Id Cendoj: **28079230012018100414**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2018**

Nº de Recurso: **547/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000547 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03542/2016

Demandante: ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACION S.A.

Procurador: GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil dieciocho.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **547/2016** interpuesto por la entidad **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A.** (en adelante **ATRESMEDIA** .), representada por la Procuradora Sra. Robledo Machuca, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 12 de mayo de 2016; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente las pretensiones de la actora, declare la nulidad de la resolución recurrida, condenando a la Administración al abono de las costas causadas.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto, por ser plenamente ajustada a Derecho la resolución administrativa impugnada, con imposición de costas a la parte contraria.

TERCERO.- Re cibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 3 de julio de 2018.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. LOURDES SANZ CALVO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 12 de mayo de 2016, que impone a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A., dos multas por un importe total de 484.852 €, la primera de 237.891 € por una infracción continuada por vulneración del artículo 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) tipificada como grave en el artículo 58.3 de dicha norma y la segunda de 246.961 €, por una infracción continuada por vulneración del artículo 7.6 de la citada Ley 7/2010, tipificada como grave en el artículo 58.3 de la mentada Ley .

Infracciones que se sustentan por la resolución impugnada, en los siguientes hechos: haber emitido la entidad recurrente del 30 de junio al 30 de octubre de 2015, en su canal de televisión Neox, 327 capítulos de la serie "Dos Hombres y Medio" con la calificación de "apta para todos los públicos" y haber comenzado, 20 de esos capítulos en horario de protección reforzada, cuando la calificación apropiada a los contenidos de la serie sería, como mínimo, la de "no recomendada para menores de 12 años" (NR12), y que por la temática abordada, escenas e imágenes, resultan unos contenidos audiovisuales inadecuados para los menores de 12 años, y pueden resultar perjudiciales para su desarrollo físico, mental o moral.

SEGUNDO.- La parte actora efectúa, con carácter previo, las siguientes consideraciones:

Que ha venido emitiendo, como el resto de los operadores, aquellas obras audiovisuales que contaran con la calificación del Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA), con la calificación otorgada por dicho organismo.

Sin embargo, en abril de 2014 recibió un requerimiento de la CNMC por considerar inadecuada la calificación de "Apta para todos los públicos" (TP) con la que Atresmedia venía emitiendo la serie "Dos Hombres y Medio", que es la otorgada para todas las temporadas de la serie por el ICAA.

Dicho requerimiento fue atendido preventivamente por la recurrente, pero la situación cambió cuando en mayo de 2015 se aprobó una modificación de la Ley del Cine (el Real Decreto- Ley 6/2015) y un nuevo artículo 8.2 en el que, refiriéndose expresamente al artículo 7.6 de la LGCA, estableció que cuando exista una calificación otorgada por el ICAA, esta debe prevalecer, y el operador "atenderá" a la calificación otorgada a dicho organismo.

El mes siguiente, junio 2015, la recurrente aprobó en el seno del Comité de contenidos de televisión e infancia, acoger la redacción literal del citado nuevo artículo 8.2 de la Ley del Cine , así como desarrollarlo en el mismo sentido y así quedó formalizado en el Código formalizado con la CNMC, que lo publicó e hizo extensivo su contenido al resto de los operadores que pudieran difundir contenidos audiovisuales por otros medios.

De acuerdo con todo ello, Atresmedia cambió la calificación otorgada a la serie "Dos Hombres y Medio" para volver de nuevo a la calificación de "Apta para Todos los Públicos" otorgada por el Instituto del Cine. Si bien, al notificarla la CNMC el 23 de noviembre de 2015 la apertura del procedimiento sancionador, de forma preventiva volvió a cambiar de nuevo la calificación de la serie, mientras impugnaba en vía jurisdiccional la resolución recaída en dicho procedimiento.

Como motivos de impugnación, alega los siguientes:

- Nulidad de la resolución recurrida por una errónea aplicación de la normativa, por cuanto el artículo 58.12 de la LGCA no subsume las infracciones del artículo 7 sino las del artículo 12, de dicha Ley.



- En cuanto al fondo, principio de legalidad y tipicidad en materia sancionadora: los hechos no son punibles porque no son típicos. El artículo 8 de la Ley del Cine (en la redacción dada por el Real Decreto -Ley 6/2015) expresamente se remite al artículo 7.6 en cuanto a la calificación de obras audiovisuales por el ICAA, por lo que no es admisible su no aplicación al ámbito de los servicios audiovisuales que defiende la CNMC. Cita en ese sentido la Sentencia de esta Sala y Sección, de 11 de noviembre de 2016 (Rec. 445/2015). También el Código de Autorregulación, en el Sistema de Calificación por edades aprobado en junio de 2015, proclama la prevalencia de las calificaciones del ICAA sobre las que pudiera otorgar un operador de televisión.
- Ausencia de culpabilidad. La recurrente no tuvo voluntad de incumplir la norma al programar la emisión de la calificación de la serie con la calificación TP, porque así lo había calificado el ICAA y porque la actualización del Código de Autorregulación de junio de 2015 proclama que las calificaciones del ICAA deben prevalecer sobre las de un operador de televisión.
- Vulneración de los principios de Confianza legítima y Seguridad jurídica.

El Abogado del Estado, opone que la serie "Dos Hombres y Medio", fue emitida con sus 327 capítulos en los canales de la actora con la incorrecta calificación de "TP" considerando que sus contenidos son potencialmente perjudiciales para los menores, por lo que no se ciñe a los criterios de calificación por los que se permite considerarla como apta para todos los públicos, ni emitirla durante las franjas consideradas de protección reforzada.

Esta conducta constituye una vulneración de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 7.2 de la Ley 7/2010 a emitir fuera de las franjas horarias en las que se puede emitir en abierto contenidos que pueden resultar perjudiciales para los menores, lo que se subsume en el tipo infractor del artículo 58.3 de dicha Ley .

Asimismo, dicha conducta constituye una vulneración de las previsiones respecto de la calificación por edades y la emisión de contenidos perjudiciales para los menores, recogidas en el Código de Autorregulación sobre contenidos Televisivos e Infancia de 2015 y en consecuencia de las obligaciones establecidas en el artículo 7.6 LGCA, lo que se subsume en el tipo infractor grave del artículo 58.12 de la citada Ley .

Esgrime también, que la Ley del cine, artículo 8.2 según la redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2015 , no puede ser interpretada como pretende la parte, sino que dicho precepto debe ser interpretado conjuntamente con la regulación específica del sector audiovisual televisivo y con las competencias propias de la CNMC, es decir, conjuntamente con lo dispuesto en los artículos 7.6, 9.3 y 12 de la LGCA.

De acuerdo con lo anterior, la calificación de "TP" en el presente caso resulta claramente insuficiente para la emisión televisiva de la serie, según los criterios de gradación por edades contenidos en el Código de Autorregulación vigente.

TERCERO- Debe tomarse como punto de partida, que la actora no cuestiona el contenido de los capítulos de la serie "Dos Hombres y Medio" emitidos en el canal de televisión Neox, que se describen en los hechos probados de la resolución sancionadora, por lo que se dan aquí por reproducidos.

Según la CNMC, la emisión de 327 capítulos de la citada serie, 20 de los cuales comenzaron en horario de protección reforzada, con contenidos no recomendados para menores de 12 años, con la calificación de "apta para todos los públicos", constituye una vulneración de la calificación por edades y la emisión de contenidos inadecuados y perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores de 12 años, incumpliendo las obligaciones establecidas en los artículos 7.2 y 7.6 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual y los principios básicos del Código de Autorregulación aprobado en 2015.

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 establece que constituye infracción grave: "3. La vulneración de la prohibición, y en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor previstas en el artículo 7.2" y, " 12. 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".

El primer Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia es de 9 de diciembre de 2004, después se suscribió uno nuevo en 2011, si bien su conformidad con la normativa no se verifica por la CNMC sino en virtud de resolución de 23 de junio de 2015, que verifica también la conformidad con la normativa del nuevo sistema de calificación por edades notificado el 15 de junio de 2015, el cual se incluye como Anexo a dicha resolución, y se dispone su publicación.

CUARTO.- A la vista de los términos en que se ha planteado el debate procesal, alterando el orden de los motivos invocados en la demanda y comenzando por examinar el fondo del asunto, la cuestión suscitada se centra en dilucidar si tiene incidencia en el presente caso respecto a las infracciones apreciadas, el hecho de que la emisión de la serie "Dos Hombres y Medio", haya sido emitida con la calificación de "apta para todos los públicos" otorgada por el ICAA.

A tal fin, debe tenerse en cuenta la modificación de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, efectuada por el Real Decreto-Ley 6/2015, de 14 de mayo (BOE 15 de mayo 2015), en el apartado 2 del art. 8 de la citada Ley. Tras dicha reforma, el citado art. 8 , dispone en su segundo apartado:

"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** ."

Es decir, conforme al citado artículo 8.2 de la Ley del Cine , cuando se trate de una obra audiovisual (una serie), que haya sido calificada por el Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, como es el supuesto que nos ocupa, hay que estar a la calificación otorgada por el ICAA. Criterio que ha sido el seguido por esta Sala y Sección, en la SAN de 11 de noviembre de 2016 (Rec. 445/2016) en un supuesto similar al presente y que resulta aplicable al caso de autos, pues el artículo 8.2 tomado en consideración, se refiere tanto a películas cinematográficas (objeto del Rec. 445/2016) como a otras obras audiovisuales (serie en el presente) que hayan sido calificadas por el Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

En el mismo sentido en el Anexo al Código de Autorregulación de 2011 cuya conformidad a la normativa verificó la CNMC a través de la resolución de 25 de junio de 2015, se establece:



"Las series, miniseries y TV Movies, así como los largometrajes y cortometrajes que no hayan sido previamente calificados por el ICAA serán calificados por el operador en abierto adherido al Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia que realice la primera emisión televisiva en ámbito estatal a través de alguno de los canales de su responsabilidad"

Por tanto, siguiendo la doctrina establecida en la citada sentencia de 11 de noviembre de 2016, al haberse emitido los capítulos de la serie con la calificación de apta para todos los públicos, tal y como había sido calificada por el ICAA desde su primera temporada en 2006 y consecutivamente en los siguientes años para todas sus temporadas, no puede entenderse vulnerado el artículo 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, ni tampoco, en correlación dada la interrelación existente, el artículo 7.2 de la citada Ley, por lo que procede anular las sanciones impuestas.

Debe señalarse que la tan citada sentencia de la Sala de 11 de noviembre de 2016 que estimó el recurso interpuesto y anuló la única sanción impuesta por vulneración del artículo 7.6 de la LGCA, fue recurrida en casación por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, alegando motivos similares a los reiterados en el presente recurso. Pues bien, el Tribunal Supremo mediante auto de fecha 11 de mayo de 2017 declaró la inadmisión del citado recurso de casación nº 616/2017, argumentando que no puede ser acogida la afirmación de la recurrente respecto a que la sentencia sienta una doctrina gravemente dañosa a los intereses generales, en concreto, a la protección de la juventud y la infancia " *pues sucede que es la norma legal la que establece que los criterios del ICAA resultan determinantes e integrantes del Código de autorregulación*".

Por otro lado, cabe señalar que la resolución recurrida hace referencia al artículo 6 del Real Decreto 1084/2015, de 4 de diciembre (BOE de 5 de diciembre), por el que se desarrolla la Ley 55/2017, de 28 de diciembre, que se refiere a la calificación por edades y en concreto al apartado 4, precepto que establece: *"4. Estarán exceptuado de lo dispuesto en los apartados anteriores (régimen de calificación por edades del ICAA), y se regirán por su normativa específica, las películas para televisión y las series de televisión, así como aquellas otras obras audiovisuales creadas para su divulgación a través de medios en los que su regulación específica contemple sistemas de autorregulación, códigos de conducta u otros mecanismos para el control de los contenidos divulgados por dichos medios, que se regirán por lo dispuesto en dicha normativa específica. No obstante lo anterior, cuando dichas obras resulten beneficiarias de alguna ayuda recogida en el capítulo III de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, será objeto de calificación por el ICAA"*.

Sin embargo, basta decir, sin efectuar mayores consideraciones, que dicha norma no resulta de aplicación *ratione temporis* a los hechos sancionados, por cuanto la resolución impugnada acota del 30 de junio al 30 de octubre de 2015, el periodo temporal de la emisión de capítulos de la serie *"Dos Hombres y Medio"*, con la calificación apta para todos los públicos, mientras que el citado Reglamento no entra en vigor hasta el 6 de diciembre de 2015, es decir, con posterioridad a los mismos.

Por todo lo cual, procede la estimación del recurso interpuesto y anular las sanciones impuestas.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede la imposición de las costas procesales a la parte demandada.

FA LLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A. (ATRESMEDIA .)**, representada por la Procuradora Sra. Robledo Machuca, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 12 de mayo de 2016; con imposición de costas a la parte demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional que presenta.

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

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

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA