



Roj: **SAN 3895/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3895**

Id Cendoj: **28079230012018100475**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2018**

Nº de Recurso: **669/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000669 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04495/2016

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. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a cinco de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo PO 669/2016 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora D^a. GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA, en nombre y representación de ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACION S.A. (ATRESMEDIA) frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de 14 de julio de 2016 (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional el 1 de septiembre de 2016, 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 de 27 de enero de 2017, 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 de 14 de febrero de 2017, 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 mediante Auto de 15 de marzo de 2017 y practicada la admitida, fue evacuado el trámite de conclusiones señalándose seguidamente para votación y fallo el día 25 de septiembre de 2018.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por la representación procesal de la mercantil ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A., la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 14 de julio de 2016, que impone a la recurrente, dos multas por un importe total de 270.002 euros, una por importe de 150.001 por una infracción del artículo 58.3 de la LGCA y otra por importe de 120.001 euros por infracción del artículo 58.12 de dicha norma en relación con el 7.6. de la misma.

Infracciones que se sustentan por la resolución impugnada en los siguientes hechos: haber emitido la entidad recurrente, en su canal de televisión MEGA, de emisión nacional, la película "007: LICENCIA PARA MATAR", con la calificación de "apta para todos los públicos", el día 26 de octubre de 2015 (lunes), entre las 15:23:25 y las 18:04:30 horas, parte de ella en protección reforzada y que por la temática abordada, escenas e imágenes, resultan unos contenidos audiovisuales inadecuados para los menores que pueden resultar perjudiciales para su desarrollo físico, mental o moral, lo que incumple lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LGCA y en el art. 7.6 de la LGCA, en relación con las conductas tipificadas en los artículos 58.3 y 58.12 de la LGCA

SEGUNDO.- La parte actora fundamenta la presente demanda, en los siguientes motivos de impugnación:

- Nulidad de la resolución recurrida por una errónea aplicación de la normativa: la sanción impuesta no se corresponde con la infracción supuestamente cometida.

- 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 película de James Bond con la calificación TP, porque así lo había calificado el ICAA y porque la actualización del Código de Autorregulación de junio de 2015 en tres distintas ocasiones 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.

- Falta de proporcionalidad en la sanción.

El Abogado del Estado, opone que la película "007 LICENCIA PARA MATAR" fue emitida con una calificación por edades inadecuada, considerando que sus contenidos son potencialmente perjudiciales para los menores, al abundar escenas de violencia física con presentación real, escenas de angustia por inminencia de muerte o sufrimiento, escenas relacionadas con el tráfico y producción de estupefacientes y escenas con presentación realista de maltrato y violencia de género. Esta conducta constituye una vulneración de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 7.2 de la Ley 7/2010, al 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.

TERCERO- Debe tomarse como punto de partida, que la actora no cuestiona la emisión de la aludida película, en las fechas que se describen en los hechos probados de la resolución sancionadora, que se dan aquí por reproducidos.

Según la CNMC, la proyección de la citada película 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.- Por lo tanto, la única cuestión suscitada se centra en dilucidar si tiene incidencia en el presente caso respecto a las infracciones apreciadas, el hecho de que la película titulada "007: LICENCIA PARA MATAR", haya sido emitida con la calificación de "apta para todos los públicos" otorgada por el ICAA.

Cuestiones similares ya han sido planteadas ante esta Sala en otros recursos ya resueltos, por lo que razones de unidad de doctrina y de seguridad jurídica, aconsejan remitirnos a los razonamientos jurídicos de nuestras anteriores sentencias. Citamos, por todas, la más reciente de 17 de julio de 2018, dictada en el recurso 547/2016, en la que decíamos:

<< 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.- En el presente supuesto, al igual que el enjuiciado en la sentencia transcrita, la proyección de la referida película, que data del año 1989 y había sido reproducida en multitud de ocasiones en operadores públicos y privados en televisión en abierto, dentro y fuera del horario de protección reforzada, había sido calificada de *apta para todos los públicos (TP)*, calificación otorgada por el Ministerio de Cultura en expedientes de calificación cine nº 207289 y exptes vídeo/DVD nº 34953 y 62754, por lo que, al igual que dijimos en los recursos 547 y 445 de 2016, no puede entenderse como vulneración del 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.

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.

En atención a lo expuesto, y en nombre de Su Majestad el Rey, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

FA LLO

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad **ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACION 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 14 de julio de 2016, y **ANULAR** la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho.

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 **notificación**; 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