



Roj: **SAN 3129/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3129**

Id Cendoj: **28079230012016100325**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2016**

Nº de Recurso: **327/2014**

Nº de Resolución: **392/2016**

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:** 0000327 / 2014

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 06473/2014

**Demandante:** ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.

**Procurador:** MANUEL LANCHARES PERLADO

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Madrid, a veintiseis de abril de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **327/2014** interpuesto por la entidad **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A.** (en adelante **ATRESMEDIA** .), representada por el Procurador Sr. Lanchares Pardo, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 16 de octubre de 2014; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES 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 cual: a) se declare la nulidad de la resolución; b) con carácter subsidiario, declare que la infracción habría prescrito, al tratarse de una infracción de carácter leve; c) con carácter subsidiario a las anteriores, declare la inexistencia de infracción, dejando sin efecto la sanción impuesta; d) subsidiariamente a todo lo anterior, declare la nulidad de la resolución por constituir la sanción impuesta por la Administración una conducta arbitraria proscrita por nuestro ordenamiento.

**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.

**TERCERO**.- Recibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 12 de abril de 2016.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. 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 16 de octubre de 2014, que declara a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A., responsable de la comisión de dos infracciones administrativas de carácter grave del artículo 58.12 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), por haber emitido en su canal NEOX los capítulos de la serie "FÍSICA O QUÍMICA", el día 16 de septiembre de 2013, entre las 11:27:57 h y las 12:51:16 h y el día 18 de septiembre de 2013 entre las 11:23:06 h y las 12:56:06 h, con la calificación de programa "no recomendado para menores de 7 años" (NR7), que por la temática abordada, escenas e imágenes, resultan unos contenidos inadecuados para los mayores de 7 años, imponiéndole dos sanciones de multa, una por cada infracción, en cuantías de 105.700 € y 104.900 €, respectivamente.

Argumenta la citada resolución en su apartado tercero, que la conducta en cuestión constituye una vulneración de las previsiones respecto a la calificación por edades y la emisión de contenidos perjudiciales para los menores recogidos en los Códigos de autorregulación del sector (versiones 2004 y 2011) y en consecuencia, de las obligaciones establecidas en el artículo 7.6 de la LGCA., conducta que se subsume en el tipo infractor del artículo 58.12 de la citada LGCA que establece que son infracciones graves: " (...) *El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de estas Ley*" .

**SEGUNDO**.- Sustenta la actora su pretensión impugnatoria en una serie de motivos que pueden sintetizarse en los siguientes: a) nulidad de la resolución recurrida por la indefensión generada al no haber podido efectuar alegaciones sobre los presupuestos de la nueva infracción por la que ha sido sancionado distinta de la contenida en la propuesta de resolución; b) aplicación de una sanción que no se corresponde con la infracción del artículo 7.6 de la LGCA, que daría lugar a una infracción leve del artículo 59 de dicha Ley y que estaría prescrita; c) indefensión al no concretarse cual es el Código de Autorregulación que se considera vulnerado, si el del año 2004 o el de 2011; d) inexistencia de infracción del artículo 12 de la LGCA y correcta calificación de la serie; e) vulneración de los actos propios y del principio de confianza legítima, pues las emisiones denunciadas no son más que reemisiones de una serie que había sido emitida desde febrero de 2008 hasta junio de 2011 con la citada calificación de +7, sin que se hubiera cuestionado su calificación durante dichos años, no habiendo mostrado tampoco los telespectadores una crítica a dicha calificación por las emisiones de dicha serie, partiendo la denuncia de un competidor; e) ausencia de culpabilidad y f) arbitrariedad de la Administración pues al considerar dicha parte que se trata de un procedimiento abierto por un cambio de criterio de la Administración, lo procedente hubiera sido la apertura de un incidente en el que la parte hubiera podido hacer alegaciones para finalmente obtener una resolución vinculante, pero no imponer una sanción desproporcionada basada en un repentino cambio de criterio de la Administración.

Siguiendo un orden lógico, se va a examinar en primer lugar, la solicitada nulidad de la resolución sancionadora, que se sustenta en la indefensión generada por la modificación de la calificación jurídica de la infracción por el órgano sancionador, efectuada sin haberse otorgado trámite de audiencia para aportar alegaciones de descargo frente a los presupuestos de la nueva infracción, que difieren de los de la infracción considerada en la propuesta de resolución.



Así, aduce la actora que la propuesta de resolución se fundamenta en la infracción del artículo 7.2 de la LGCA al entender que las emisiones debieron ser calificadas como no recomendadas para menores de 18 años y entender sobre esta base, que su emisión fuera del horario nocturno suponía un riesgo para el desarrollo de los menores que pudieran verlo y de haber existido dicha vulneración, se estaría ante una infracción grave del artículo 58.3 LGCA que era el precepto aplicado por la propuesta de resolución.

Sin embargo, la resolución sancionadora afirma que los contenidos de los capítulos emitidos fueron erróneamente calificados, no ya porque fueran contenidos para mayores de 18 (+18), sino porque debieron tener una calificación distinta, sin llegar a ser inadecuados para la juventud (ser calificados como +13 o +16), y que vulneran lo dispuesto en el artículo 7.6 de la LGCA, y aplica el artículo 58.12 de la LGCA cuando nunca se afirmó infringido y no subsume las obligaciones del artículo 7.6 sino lo dispuesto en el artículo 12.

Considera, enlazando con el segundo motivo de impugnación, que de existir infracción del artículo 7.6 de la LGCA debió aplicarse el artículo 59.2 LGCA, tratándose de una infracción leve, cuya prescripción debería haberse declarado.

El Abogado del Estado alega, en trámite de conclusiones, que el cambio de criterio del órgano sancionador respecto al instructor no ha generado indefensión material, pues la parte en que se apartó la resolución de la propuesta consistió en una mera eliminación de un aspecto negativo de su conducta, por cuanto la propuesta contemplaba que lo emitido no era adecuado para menores de 18 años y simultáneamente que había afectado a la infancia, mientras que la resolución sancionadora sólo ratifica el primer aspecto, sancionando por haber emitido un contenido inadecuado para mayores de 7 años.

**TERCERO.-** Se suscita la cuestión de si ese cambio de calificación jurídica de la infracción efectuado por la resolución sancionadora respecto a la propuesta por el instructor, sin trámite previo de audiencia a la entidad recurrente le ha generado indefensión material.

A tal fin debemos partir del artículo 55 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, que dispone que "el procedimiento sancionador en materia audiovisual se regirá por los principios generales previstos en el Capítulo II del Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su desarrollo reglamentario".

El artículo 138 de la LRJPAC, establece en su apartado 2 que "*En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su valoración jurídica*". En similar sentido el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, dispone en su artículo 20.3 que "*En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinantes en la fase de instrucción del procedimiento (...), con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad de la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días*".

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios esenciales del artículo 24 de la Constitución del orden penal, son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, al ser ambos manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado ( STC 18/1987, 150/1991 ) y de la doctrina constitucional ( SSTC 225/1997, de 15 de diciembre FJ 4, 87/2001, de 2 de abril FJ 6, 4/2002, FJ 3), se desprende que lo que resulta relevante desde la perspectiva del derecho de defensa, es que la sanción no se produzca "*por hechos o perspectivas jurídicas que no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas*".

La STS de 3 de noviembre de 2003 (Rec.4896/2000) señala que entre las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador se encuentra, desde luego, la de ser informado de la acusación para poder defenderse adecuadamente; y tal información comprende los hechos atribuidos, la calificación jurídica de los mismos y la sanción que se propone. Ahora bien, la estricta correlación entre acusación y decisión se refiere a los hechos y no tanto a la calificación jurídica, por cuanto manteniéndose inalterados los hechos objeto de cargo, la propuesta de resolución y, en definitiva, la decisión sancionadora puede utilizar otro título de condena con dos límites: la imposibilidad de que se incluya en dicha resolución del procedimiento una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos dirigida a quien se ve sometido al expediente sancionador, y la imposibilidad de apreciar en la resolución una calificación jurídica distinta de la comunicada si existe heterogeneidad en los bienes jurídicos protegidos o si la infracción definitivamente considerada incorpora algún elemento del tipo que no corresponde a aquella que fue notificada y sobre la que el sancionado no ha tenido, en consecuencia, oportunidad de defensa.

Más recientemente la STS de 21 de octubre de 2014 (Rec. 336/2013) se refiere a la doctrina constitucional ( SSTC 29/1989, de 6 de Febrero; 98/1989, de 1 de Junio; 145/1993, de 26 de Abril; 160/1994, de 23 de Mayo;



117/2002, de 20 de Mayo ; 356/2003, de 10 de Noviembre ( auto); 55/2006, de 27 de Febrero y 169/2012, de 1 de Octubre ). La citada sentencia, a la vista de dicha doctrina, expresa literalmente:

*"se deduce de esa doctrina constitucional que, sin previa audiencia sobre la cuestión, no puede producirse sanción por hechos o perspectivas jurídicas que de hecho no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas, lo que significa:*

*1º.- Que la resolución sancionadora no puede alterar, sin previa audiencia del expedientado, el relato fáctico contenido en la propuesta de resolución.*

*2º.- Que tampoco puede alterarse en la resolución sancionadora, sin previa audiencia, la calificación jurídica de la infracción.*

*3º.- Que no es incompatible con el derecho de defensa la imposición de una sanción, sin previa audiencia, distinta de la contemplada en la propuesta de resolución, siempre que no se altere la calificación jurídica del hecho imputado y la sanción se encuentre dentro de los márgenes correspondientes al tipo sancionador".*

En el caso de autos, en la propuesta de resolución se califican los hechos como infracción grave del artículo 58.3 LGCA por vulnerarse el artículo 7.2 de la LGCA al emitir el prestador del servicio audiovisual los dos capítulos de la serie en cuestión, los días 16 y 18 de septiembre de 2013, en horario de protección general de menores, por la inadecuada presentación del consumo de alcohol y drogas para menores, con las calificaciones de "no recomendados para menores de 7 años" (NR7), aunque por la temática abordada, escenas e imágenes, resultan inadecuados para los menores de 18 años y pueden resultar perjudiciales para su desarrollo físico, mental o moral. En cambio, la resolución sancionadora los califica como infracción grave del artículo 58.12 de la LGCA por haberse producido una vulneración de las previsiones 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 artículo 7.6 de la LGCA, lo que se subsume en el tipo infractor grave del artículo 58.12 " *El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley*", pues debían haberse tenido en cuenta, dada la temática abordada, calificaciones de edad superiores a la de NR7.

Por tanto, aunque se mantienen inalterables los hechos imputados y no se eleva la sanción impuesta, se modifica en la resolución sancionadora la calificación jurídica, que en la propuesta se refiere a una vulneración de los derechos del menor, mientras en la resolución se refiere a una vulneración de los códigos de autorregulación. Esto supone que en el caso de autos se ha tenido en cuenta en la resolución una perspectiva jurídica distinta.

En efecto, el artículo 12 LGCA, referido a los códigos de autorregulación establece, entre otros aspectos, que " *Dichos códigos deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual o colectivo*" y que " *Las autoridades audiovisuales deben velar por el cumplimiento de los códigos y, entre estos, el de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia*". La propuesta de resolución, aunque menciona el citado artículo 12 LGCA en el Fundamento de Derecho Segundo denominado " *Objeto del procedimiento sancionador*", lo hace en conexión con los derechos del menor regulados el artículo 7.2 LGCA, pero no en relación con el artículo 7.6 LGCA. Tampoco en la propuesta de resolución en el Fundamento de Derecho Tercero dedicado a los " *Hechos probados y tipificación de los mismos* " se hace referencia expresa al repetido artículo 12 LGCA, ni al 7.6, sino que se limita a concluir que se ha infringido lo dispuesto en el 7.2.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los apartados 2 y 6 del repetido artículo 7 respecto a conductas de resultado pluriofensivo que afectan al interés de los menores de edad. Aunque estos pronunciamientos se refieren a casos distintos al de autos, ponen de relieve la complejidad de la materia y los cambios experimentados respecto a la calificación de la infracción por la vulneración del artículo 7.6 de la LGCA, que habían venido siendo calificados por la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones como infracción leve del artículo 59.2 LGCA, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013 de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Así, la SAN, Sec. 8ª, de fecha 10 de marzo de 2015 (Rec. 423/13 ) argumenta en su Fundamento de Derecho cuarto, " *Si el programa tantas veces aludido, del que destacamos su contenido claramente incardinado en la infracción grave prevista en el artículo 7.2 de la Ley 7/2010 , apareció con la calificación de apto para todos los públicos (TP), tal como se significa en el Antecedente de Hecho Primero de la resolución recurrida, esta segunda conducta constituiría una infracción leve del artículo 7.6 de la misma norma , de la que cabe advertir se produce en modo y forma que puede desligarse de la de naturaleza grave, por suponer una acción paralela, no subsumible en la principal, cuya incidencia se produce en el plano de un deber de información de alcance que puede ponderarse de manera separada, encontrándonos entonces ante un caso de concurso real, no ante uno*



*de normas o leyes, lógicamente sólo posible cuando hubiera una omisión absoluta de la información preceptiva".* En similar sentido se pronuncian las SSAN, de la citada Sección, de 27 de abril de 2015 (Rec. 408/13) , 18 de mayo de 2015 (Rec. 519/2013) etc.

En el caso de autos, este cambio en la tipificación del artículo 7.2 en la propuesta al artículo 7.6 en la resolución, este último en relación con el artículo 58.12 LGCA, supone una perspectiva jurídica distinta que debiera haber conllevado el otorgamiento de un trámite de audiencia previa para que la entidad pudiera haberse pronunciado sobre este punto. La propuesta, conviene reiterar, se refiere a una vulneración de los derechos del menor en relación al artículo 7.2 de la LGCA que implica una infracción grave del artículo 58.3, mientras la resolución se fundamenta en última instancia en vulneración de los códigos de autorregulación del artículo 12 LGCA, aunque no menciona dicho precepto en el apartado dedicado a la tipificación, sino que se refiere al artículo 7.6, en relación con la infracción grave del artículo 58.12.

El Abogado del Estado en el trámite de conclusiones alega que el cambio de criterio del órgano sancionador respecto al instructor no ha generado indefensión material, pues entiende que la resolución se apartó de la propuesta en una mera eliminación de un aspecto negativo de su conducta, señalando que la propuesta contemplaba que lo emitido no era adecuado para menores de 18 años y simultáneamente que había afectado a la infancia. Sin embargo, esta alegación no puede ser acogida porque en la propuesta realmente no se diferenciaba entre una vulneración de los derechos del menor (ex artículo 7.2) y una vulneración del código de autorregulación en relación con la infancia (ex artículo 7.6 en relación con el artículo 12), sino que sólo se refería a la vulneración de los derechos del menor del artículo 7.2, aunque se apoyara en el artículo 12 y en el Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia. Por ello, la propuesta en el apartado dedicado a los hechos probados y tipificación sólo se concluye la infracción del artículo 7.2 LGCA.

Por el contrario, la resolución sancionadora sólo se refiere en la tipificación a las obligaciones del artículo 7.6 LGCA y sanciona por una infracción del artículo 58.12 de la citada Ley por "*incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley*".

Este cambio de perspectiva, que se combate en la demanda con distintos argumentos, no ha podido ser plenamente debatido por la demandante, al no haberse otorgado el citado trámite de audiencia previa. Esto no puede considerarse ajustado a Derecho, de acuerdo con la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo previamente expuesta.

No se cuestiona la facultad del órgano competente para resolver el procedimiento sancionador para imponer una sanción por una infracción diferente a la propuesta por el instructor, sino tan sólo que en las concretas circunstancias del supuesto que nos atañe pueda hacerse sin otorgar previa audiencia a la inculpada, pues sólo cumpliendo con dicho trámite se vería salvaguardado el derecho de defensa, conforme la jurisprudencia expuesta.

La vulneración del derecho de defensa conlleva la disconformidad a derecho de la resolución sancionadora recurrida, sin perjuicio de que la CNMC pudiera retrotraer las actuaciones al momento procedimental oportuno para salvaguardar el derecho de defensa de la recurrente en el ejercicio de la potestad sancionadora de que es titular, en su caso, conforme al criterio mantenido por esta Sala y Sección en las sentencias de 3 de marzo 2015 (Rec. Apel. 30/2014) , 12 de marzo de 2015 (Rec. Apel. 27/2014) , 10 de diciembre de 2015 (Rec. Apel. 24/2015) .

**CUARTO.-** Pese a la estimación del recurso, considera la Sala al amparo del artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , que no procede la imposición de costas a la vista de las específicas circunstancias concurrentes puestas de manifiesto en el Fundamento de Derecho precedente.

## FALLAMOS

**ESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A.** (en adelante **ATRESMEDIA** .), representada por el Procurador Sr. Lanchares Pardo, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 16 de octubre de 2014, resolución que se anula por no ser ajustada a Derecho; sin imposición de costas.

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

Notifíquese a las partes con indicación de que no cabe contra ella recurso de casación ordinario

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

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA