Roj: **SAN 357/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:357**

Id Cendoj: **28079230012020100028**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **17/01/2020**
Nº de Recurso: **902/2018**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

***A U D I E N C I A N A C I O N A L***

***Sala de lo Contencioso-Administrativo***

***SECCIÓN PRIMERA***

***Núm. de Recurso:*** 0000902 /2018

***Tipo de Recurso:*** **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

***Núm. Registro General:*** **06695/2018**

***Demandante:*** **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIONES S.A.**

***Procurador:*** **MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL**

***Letrado:*** **MARÍA DE LA O DEL RÍO MORENO**

***Demandado:*** **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

***Abogado Del Estado***

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

***S E N T E N C I A Nº:***

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Dª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Dª. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a diecisiete de enero de dos mil veinte.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 902/18, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de "**MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIONES S.A.**", contra la resolución de 19 de julio de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora una multa de 1.094.006 euros como responsable de la comisión de seis infracciones administrativas graves, por las emisiones del programa "Sálvame" de los días 8, 9 y 10 de enero de 2018 con contenidos perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores de edad, lo que supone la infracción del art. 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), tipificada como grave en el art. 58.3 de la citada norma, y con una calificación por edades inadecuada, de NR-12, en horario de protección general, y NR-7 en horario de protección reforzada,

FONDO DOCUMENTAL CE

contradiciendo los criterios del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, lo que constituye una infracción tipificada en el art. 58.12 de la LGCA en relación con su art 7.6. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 1.094.006 euros.

## AN TECEDENTES 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 3 de enero de 2019 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara Sentencia por la que se declarara:

*"1. Contraria a derecho y nula, o subsidiariamente, la anulación de dicha Resolución, por no existir infracción por la emisión de supuestos contenidos perjudiciales para los menores según lo dispuesto en los artículos 7.2 y 7.6 de la LGCA, de conformidad con lo argumentado en el Fundamento Jurídico Primero, al haber calificado correctamente como NR12 y NR7 la emisión, respectivamente, de "Sálvame Naranja" y "Sálvame Limón" en el canal Telecinco los días 8, 9 y 10 de enero de 2018;*

*2. Contraria a derecho y nula, o subsidiariamente, la anulación de dicha Resolución, por vulneración del artículo 29.5 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público por la imposición de la doble sanción, tal y como se ha expuesto en el Fundamento Jurídico Segundo, al haber imputado la comisión de dos infracciones graves por cada uno de los días (8, 9, y 10 de enero de 2018), por la supuesta vulneración de los artículos 7.2 y 7.6 de la LGCA.*

*3. Contraria a derecho y nula, o subsidiariamente, la anulación de dicha Resolución, por conculcar el principio de tipicidad de las infracciones, promulgado en el artículo 25.1 de la Constitución Española , en conexión con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público , de conformidad con lo argumentado en el Fundamento Jurídico Tercero, al imputar de forma errónea la infracción grave del artículo 58.12 de la LGCA la vulneración del artículo 7.6 de la LGCA.*

*4. Contraria a derecho y nula, o subsidiariamente, la anulación de dicha Resolución, por conculcar el principio de tipicidad de las infracciones, promulgado en el artículo 25.1 de la Constitución Española , en conexión con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público , de conformidad con lo argumentado en el Fundamento Jurídico Cuarto, al imputar de forma errónea la infracción grave del artículo 7.2 de la LGCA a las emisiones del Sálvame Limón.*

*5. Contraria a derecho y nula, o subsidiariamente, la anulación de dicha Resolución, por vulnerar el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y de la jurisprudencia relevante y 74 del Código, al no haber apreciado la existencia de una infracción continuada, como se ha desarrollado en el Fundamento Jurídico Quinto.*

*6. Contraria a derecho y nula, o subsidiariamente, la anulación de dicha Resolución, por conculcar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, establecido, entre otros, en el artículo 35.1, letra c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas , como se ha desarrollado en el Fundamento Jurídico Sexto.*

*7. Subsidiariamente, para el caso de que no se acoja la solicitud efectuada en los puntos anteriores, la anulación parcial de la Resolución impugnada de modo que se deje sin efecto la sanción económica impuesta a Mediaset por los hechos analizados o, subsidiariamente, dicha sanción quede reducida a un importe inferior, de acuerdo con los argumentos expuestos en el Fundamento Jurídico Séptimo".*

***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 escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación integra del recurso, con expresa imposición de costas.

***TERCERO*** .- Mediante Auto de 13 de mayo de 2019 se acordó el recibimiento del recurso a prueba, admitiéndose la prueba pericial propuesta por la parte actora, y no habiendo más pruebas que practicar, se concedieron diez días a las partes para que formularan conclusiones. Una vez presentados los pertinentes escritos, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el 14 de enero del año en curso.

**SIENDO PONENTEel Magistrado Ilmo. Sr. Don Fernando de Mateo Menéndez**.

## FU NDAMENTOS DE DERECHO

***PRIMERO*** .- La sociedad demandante impugna la resolución de 19 de julio de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora una multa de 1.094.006 euros como responsable de la comisión de seis infracciones administrativas graves, por las emisiones del programa "Sálvame" de los días 8, 9 y 10 de enero de 2018 con contenidos perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores de edad, lo que supone la infracción del art. 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en lo sucesivo LGCA), tipificada como grave en el art. 58.3 de la citada norma, y con una calificación por edades inadecuada, de NR-12, en horario de protección general, y NR-7 en horario de protección reforzada, contradiciendo los criterios del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, lo que constituye una infracción tipificada en el art. 58.12 de la LGCA en relación con su art 7.6.

Los hechos por los que ha sido sancionada la parte actora es por haber emitido en su canal Telecinco contenidos con la calificación de "no recomendado para menores de 7 años", en los programas de "Sálvame Naranja" de los días 8, 9 y 10 de enero de 2018, que podrían no ser adecuados para los menores de 12 años y, por tanto, no debieran ser emitidos en la franja de protección reforzada de 17 a 20 horas, por tratar temas relacionados con la violencia física y la violencia psicológica, con graves conflictos emocionales, así como con la prostitución.

Se considera acreditado que en los días 8, 9 y 10 de enero de 2018, Mediaset España Comunicación, S.A. (en adelante, Mediaset) emitió el programa "Sálvame", que incluyó contenidos potencialmente peligrosos para el desarrollo de los menores.

Se basa la resolución sancionadora, en la emisión de dos tipos de contenidos inapropiados por poder perjudicar el desarrollo de los menores, y cuya calificación por edades no corresponden a los criterios del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia. El primero de ellos, hace referencia de un conflicto emocional de carácter grave, por afectar a un personaje conocido, con sus propios padres, y mostrar una relación personal dañada en la que los implicados se insultan abiertamente pese al estrecho vínculo familiar y, en el caso de los padres, se muestran reiteradamente en actitudes extremas y violentas hacia el reportero del programa. El conflicto es real, afecta a un personaje popular (presentador de televisión) con sus padres, y se muestra en ambientes naturales y cotidianos (paseos por parques), lo que ayuda a descartar que se trate de una ficción.

Mientras que el segundo de los contenidos, con el tratamiento de la prostitución con una clara connotación sexual y que ésta no es accesoria, sino principal, en relación con la vida de una persona que la presentan como colaboradora del programa, a la que realizan una entrevista, con continuas insinuaciones sobre el ejercicio de la prostitución por parte de dicha persona.

Igualmente, se considera acreditado que la calificación del programa es +12 permanente en el bloque "Sálvame Limón" (hasta las 17:00) y +7 permanente en el bloque "Sálvame Naranja" (a partir de las 17:00). Dicha calificación por edades resulta inadecuada a la vista de los contenidos emitidos y contradice los criterios del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

***SEGUNDO.-*** Debemos partir que la parte actora no cuestiona los hechos por los que ha sido sancionada, por lo que damos por reproducidos los contenidos de los programas, tal como se reproduce en la resolución impugnada y en el acta de visionado durante el expediente administrativo.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia requirió con fecha 11 de diciembre de 2014 a Mediaset para que adecuara la calificación del programa "Sálvame Diario", a lo establecido en el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia y a la LGCA.

Como resultado de ese requerimiento, Mediaset separó el programa en dos bloques, "Sálvame Limón", que se emite entre las 16:00 y las 17:00 horas, con la calificación de "no recomendado para menores de 12 años" (NR-12) y "Sálvame Naranja", que se emite a partir de las 17:00 con la calificación "no recomendado para menores de 7 años (NR-7)".

Así las cosas, el primer motivo de impugnación que se suscita por la sociedad recurrente, es que no ha habido infracción de los arts. 7.2 y 7.6 de la LGCA, puesto que la calificación otorgada por Mediaset a la emisión objeto de análisis resultó adecuada, según una interpretación correcta de los Criterios de Calificación.

Se argumenta que, en relación con el tratamiento de los conflictos familiares de la familia Carlos Ramón , el hecho de que se describa un conflicto familiar real no es, per se, susceptible de perjudicar el normal desarrollo de un menor, ya que dicho conflicto se puede tratar, como en el presente caso, si la presencia o presentación no es potenciadora de la angustia o el miedo, o si la presencia o presentación va seguida de una solución positiva inmediata, próxima o previsible, que son los criterios establecidos para la categoría por edades NR-7.

En ese sentido, tal y como se ha expuesto, durante el planteamiento del tema relativo a los desencuentros entre Carlos Ramón y su familia, no se presentan consecuencias negativas graves, ya que no se considera una "consecuencia negativa grave" presentar las desavenencias entre los miembros de una familia, ya que esto sería, eventualmente, en su caso, el conflicto emocional en sí mismo, no la consecuencia. A sensu contrario, el programa no cuenta con el protagonismo de niños como causantes o víctimas directas del miedo o de la angustia presentado con realismo, no se presenta de forma detallada y realista consecuencias negativas graves, ni se recrea en la generación o efecto del miedo o de la angustia, con recursos potenciadores del impacto, que serían los criterios definidores del NR-16 y/o NR-18.

Por lo que, la categoría NR-7 resultó adecuada y suficiente para el tratamiento de los problemas familiares de la familia Carlos Ramón los días 8, 9 y 10 de enero y, en consecuencia, no se han producido las conductas tipificadas en los arts. 58.3 y 58.12 de la LGCA derivadas de tales hechos.

Y en cuanto al tratamiento de la supuesta prostitución, el tratamiento del tema de Pura los días 8, 9 y 10 de enero de 2018 versó principalmente acerca de su relación con Juan Luis , y su posible deterioro por las nuevas informaciones que estaban apareciendo acerca de sus posibles trabajos del pasado, sin que el objeto fuera centrarse en detalles con connotación sexual de la otra actividad de Pura (la supuesta prostitución). Los contenidos emitidos encajan con el criterio definido en la categoría de edades NR-7, puesto que el tratamiento de este tema se ha realizado "sin connotación sexual" , y las alusiones de forma indirecta a la prostitución impiden que un menor de 12 años pueda apreciar esta temática.

***TERCERO.-*** Las infracciones del art. 7.2 de la LGCA, tipificadas como graves en el art. 58.3 de la citada norma, que se imputan a la parte actora, dispone: *"Está prohibida la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita.*

*Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores sólo 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. El indicador visual deberá mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos. Cuando este tipo de contenidos se emita mediante un sistema de acceso condicional, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual deberán de incorporar sistemas de control parental.*

*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 los 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.*

*Todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, incluidos los de a petición, utilizarán, para la clasificación por edades de sus contenidos, una codificación digital que permita el ejercicio del control parental. El sistema de codificación deberá estar homologado por la Autoridad Audiovisual (...)".*

Por otro lado, por resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de junio de 2015, se verificó la conformidad de la modificación del nuevo sistema de calificación por edades aprobado por los operadores adheridos al Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia. Asimismo, por resolución de la mencionada Comisión de 9 de julio de 2015, se fijaron los criterios de calificación de contenidos audiovisuales que servirán a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva en la calificación de contenidos, tal y como dispone el art. 7.6 de la LGCA, cuya vulneración también se imputa a la sociedad recurrente.

Pues bien, dando por reproducidos los hechos probados tal y como se recogen en la resolución recurrida, que no ha sido cuestionado y por lo que respecta a la valoración de dicho contenido y a la producción de perjuicio para el desarrollo mental y moral de los menores, esta Sección en la Sentencia de 27 de noviembre de 2018 -recurso nº. 384/2016-, en la que la parte recurrente era la misma sociedad que nos ocupa, que recoge lo dicho al respecto en las Sentencias de la Sección 8ª de esta Sala de 18 de mayo 2015 -recurso nº. 519/2013-, y 10 de febrero de 2016 -recurso nº. 111/2013-, declaramos que la producción de un "perjuicio para el desarrollo mental y moral de los menores", por determinados contenidos televisivos, constituye una previsión que viene integrada por un "concepto jurídico indeterminado", razonando la citada Sentencia de 18 de mayo de 2015: *<<La integración de la unidad de solución justa inherente a los conceptos jurídicos indeterminados es función del Tribunal tanto se entiendan los términos normativos previstos por el art. 17.2 de la Ley 25/1994 como conceptos*

*de los denominados "de experiencia" como si lo fueran de los calificados como "de valor"; pudiendo indicarse además ahora que los utilizados por la norma aplicada participan de ambas dimensiones.*

*Pero para realizar tal integración ahora y por ende para destruir la parte actora presunción de legalidad del acto administrativo, esto es, para concluir que los indicados contenidos son adecuados para los menores en lugar de perjudiciales, debiera haberse practicado una prueba cumplida, probablemente de naturaleza pericial (pues estamos ante un concepto jurídico indeterminado en cierta medida técnico) en lugar de formular puras y especulativas afirmaciones. La carga de la prueba de acreditar tal bondad de contenidos -o la incapacidad de captar contenidos perniciosos por parte de los más pequeños- le correspondía, como decimos, a la recurrente en aplicación de las generales reglas.*

*Más aún, en la medida en la que proceda contrastar los contenidos presentados y las necesidades de desarrollo y formación de los menores, según cada edad, así como, en cierta medida, por la dimensión ética que según doctrina de esta Sala contiene, hemos de traer a colación el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia suscrito por las cadenas privadas de televisión -entre ellas la recurrente- y el Ente Público Radiotelevisión Española.*

*Este Código resultará ahora de especial utilidad por diversas razones. En primer lugar porque, con carácter previo, desvinculado de las vicisitudes de un caso concreto y con vocación de generalidad, expresa los contenidos que son adecuados o perniciosos para los menores. El Código es además formulado -o suscrito- por las empresas operadoras del sector, quienes son bien conocedoras de los complejos contornos de relación entre sus actividades y los derechos fundamentales de las personas, singularmente de los menores. Y también porque, habiendo sido suscrito el expresado Código por la propia recurrente, ya sea por aplicación de la fuerza de obligar de los pactos y contratos ya sea por aplicación del principio de buena fe, del que emana el de sujeción a los propios actos, lo cierto es que la recurrente no podrá afirmar ahora que es adecuado para los menores algo que suscribió como nocivo con antelación. Y en último término, la prefiguración de adecuación de contenidos que el Código de Autorregulación hace, por referencia a precisas edades de menores, excusa ahora al Tribunal de sustituir la fuerte subjetividad que late tras este argumento recursal que nos ocupa por otra de signo contrario ni aun por el cauce de los procesalmente llamados hechos notorios.*

*Los estándares de protección reflejados en el expresado Código son por otra parte traducción de normas jurídicas previas como, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*El Código de autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, establece como principios por los que ha de regirse la programación televisiva en horario protegido, entre otros: "(...) e. Evitar la utilización instrumental de los conflictos personales y familiares como espectáculo, creando desconcierto en los menores>>.*

Según los criterios orientadores para la clasificación de programas establecidos en el Código de Autorregulación de 2011, que coinciden con los que se contienen en la resolución de 9 de julio de 2015, en relación con el tratamiento del sexo y la prostitución, se establece: *"e) Prostitución, se calificará como:*

*No recomendado para menores de 7 años, en aquellos casos en los que la presentación sea accesoria, haya presencia mínima o fugaz, o cuando la presencia o presentación concurra sin connotación sexual.*

*No recomendado para menores de 12 años, si la presencia está basada en el romanticismo o relación amorosa.*

*No recomendado para menores de 16 años, si la presencia o presentación no es accesoria y tiene connotación sexual.*

*No recomendados para menores de 18 años, en aquellos contenidos en los que se aprecie connotación sexual y la presencia o presentación sea explícita y detallada, haya protagonismo de niños, o la presencia o presentación sea explícita y detallada, y además sea frecuente o tenga recursos potenciadores del impacto".*

Por otra parte, dentro de la categoría de "Miedo o angustia" la edad de calificación dependerá de una serie de moduladores que valoran la conducta analizada, que son los siguientes: *"a) Graves conflictos emocionales o situaciones extremas, que generen angustia o miedo; experiencias traumáticas trágicas e irreversibles, extremo sufrimiento humano o animal, crueldad, inminencia angustiosa de la muerte. Se calificará como:*

*No recomendados para menores de 7 años aquellos contenidos cuya presencia sea accesoria, mínima o fugaz, o cuando la presencia o presentación no sea potenciadora de la angustia o el miedo, o cuando la presencia o presentación vaya seguida de una solución positiva inmediata, próxima o previsible, o sea una presencia o presentación irreal o fantástica y no detallada.*

*No recomendado para menores de 12 años, si la presencia o presentación lo es con consecuencias negativas graves o haya una presencia o presentación detallada de la angustia o el miedo.*

*No recomendado para menores de 16 años, el protagonismo de niños como causantes o víctimas directas del miedo o de la angustia presentado con realismo, así como la presencia o presentación detallada y realista de consecuencias negativas graves.*

*No recomendado para menores de 18 años, la recreación en la generación o efecto del miedo o de la angustia, con recursos potenciadores del impacto"*.

En relación con los contenidos emitidos en el programa "Sálvame" los días 8, 9, y 10 de enero de 2018 respecto a la presentación del conflicto familiar, tal y que se deriva de los hechos probados de la resolución sancionadora, se deduce que el contenido de los tres programas se centra en destacar los problemas familiares del personaje famoso e incide en los comportamientos que pueden ser más reprochables: insultos, actitudes violentas, reproches, acusaciones de adicciones, etc. Los videos y las intervenciones de los colaboradores destacan los aspectos más conflictivos y resaltan el sufrimiento de sus protagonistas. No se presentan puntos de vista positivos ni soluciones a la situación.

***CUARTO.-*** Así las cosas, la Sala comparte la valoración que se hace en la resolución impugnada, que se trata de contenidos que pueden resultar perjudiciales para el desarrollo mental y moral de los menores expuestos: *"La exhibición continua y reiterada de comportamientos como los descritos, violentos e irrespetuosos entre padres e hijos y hacia terceros, puede hacer pensar que refleja un modelo de conducta digno de imitación o al menos carente de reproche. Son comportamientos expuestos en público, lo que puede contribuir a crear una sensación de normalidad que en absoluto es esperable en las relaciones familiares, sobre todo en las más estrechas, con las paternofiliales, y crear confusión sobre la manera en que una persona adulta y madura ha de relacionarse con sus familiares más cercanos. Y todo ello pese a que el conflicto familiar se presenta como extremadamente doloroso para los protagonistas"*.

Ello implica que la emisión de un conflicto personal y familiar como espectáculo en horario protegido, vulnera el Código de Autorregulación, no llegando a ofrecerse una solución positiva a dicho conflicto en los programas. Y, por otro lado, el tratamiento de una situación de grave conflicto personal, implica que su calificación por edades hubiera debido ser más estricta que la de NR-12 otorgada al bloque "Sálvame Naranja" y, la de NR-7 del bloque "Sálvame Limón".

Pero, además, de lo expuesto, en las mismas emisiones se trató de un tema relacionado con la prostitución. De conformidad, con el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia se refiere a la prostitución dentro del apartado correspondiente al sexo. La emisión de contenidos relacionados con la prostitución, se califica como NR-16 si la presencia no es accesoria y tiene una clara connotación sexual. Mientras que la calificación otorgada por el operador al bloque "Sálvame Limón" (NR-7), implica una presentación accesoria, una presencia mínima o fugaz o bien que concurra sin connotación sexual, y la del bloque "Sálvame Naranja" (NR-12), corresponde a una presencia basada en el romanticismo o en una relación amorosa.

Y tal y como se deriva de los hechos probados de la resolución sancionadora, los contenidos emitidos durante los tres días en cuestión, pueden ser perjudiciales para el desarrollo mental y moral de los menores de edad. Y a este respecto, se dice en la citada resolución: *"En efecto, la presentación de la prostitución como una actividad económica y una fuente de actividad para una mujer joven no es adecuada por diversos motivos, que abarcan la consideración del cuerpo femenino y su sexualidad como un valor a proteger; el respecto y la valoración de la intimidad como una faceta esencial de la propia imagen; la frivolización del sexo y de los valores que han de presidir una sexualidad sana o las consecuencias de acudir a una actividad no regulada que en ocasiones puede esconder situaciones delictivas. Presentar a la infancia la prostitución como la actividad que practicaba una colaboradora sin mayor reproche, sino como motivo para una mera polémica, también puede incitar la curiosidad sobre el consumo de este tipo de servicios sexuales"*.

Y, por otro lado, las calificaciones por edades otorgadas por la parte actora infringen los criterios del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia dentro del apartado relativo a los contenidos sexuales.

Por otro lado, se ha practicado prueba pericial a instancia de la parte actora, habiéndose aportado informe pericial emitido por don Casiano , Doctor en Ciencias Políticas y Sociología, Profesor del Departamento de Ciencias de la Comunicación y Sociología de la Universidad DIRECCION000 , en el que se indica en relación con los problemas de Carlos Ramón con su familia, que estamos ante *"un conflicto grave pero positivable. Es decir, hay vías de solución. Y no sólo eso: los contenidos de Sálvame están constantemente orientados hacia esa resolución. El marco no es el conflicto, es la positivación del conflicto"*. Y respecto al supuesto ejercicio de la prostitución de la colaboradora, se dice que *"no existe en las imágenes presencia o presentación explícita, y mucho menos detallada, de ningún tipo de acto con connotación deliberadamente sexual. La diferencia entre lo que se hace explícito y lo que permanece implícito (ya sea insinuado o simbolizado) es en este caso*

*tremendamente relevante el cerebro en desarrollo de un menor de hasta los 12 años de edad que se encuentra en el final de un estadio de desarrollo madurativo denominado período de preparación y organización de las operaciones concretas en el que su capacidad de razonamiento está limitada más allá de lo concreto, de lo literal y de lo observable".*

Sin embargo, la Sala no considera convincente dicho informe valorando conforme a las reglas de la sana critica a tenor del art. 318 de la L.E.Civil, además de no ser la profesión del perito la más adecuada para realizar el dictamen, como ya dijimos respecto al mismo perito en nuestra Sentencia de 27 de noviembre de 2018 -recurso nº. 384/2016-. Por otra parte, llegamos a la misma conclusión de no ser convincente en relación con el informe emitido por la psicología doña Erica , además que el mismo no es admisible pues se propuso solamente en la demanda la prueba pericial de don Casiano , y así se admitió la misma, no proponiéndose dos pruebas periciales.

Por todo lo cual, resultan acreditadas las infracciones apreciadas por la resolución sancionadora.

***QUINTO.-*** En segundo lugar, la parte recurrente aduce la vulneración del art. 29.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, por la imposición de la doble sanción. Una sanción grave por emitir con las calificaciones NR-7 y NR-12, un contenido que estima la resolución sancionadora, que debería haberse calificado con una calificación más restrictiva que dichas calificaciones (art. 7.6 de la LGCA), y otra sanción de carácter grave, porque considera que estas emisiones se habrían producido en unas franjas horarias en las que las calificaciones de los contenidos sólo pueden ser, cómo máximo, NR-16, en la franja de protección general (Sálvame Limón), y NR-7 en protección reforzada (Sálvame Naranja), y, por lo tanto, se ha perjudicado el normal desarrollo del menor (art. 7.2 de la LGCA).

Se argumenta que si se considera que las calificaciones NR-7 y NR-12 fueron inadecuadas (infringiéndose el art. 7.6 LGCA), por insuficientes, y que la calificación apropiada debió haber sido NR-18, necesariamente ha de concluirse en el presente caso que, la franja horaria en la que se emitió el programa tampoco fue la adecuada (infringiéndose el precepto contenido en el art. 7.2 LGCA).

Por lo tanto, habrá que estar al caso concreto para determinar si, como en este supuesto, la inadecuada calificación de contenidos (art. 7.6 LGCA) ha implicado, inevitablemente, la vulneración de la franja horaria de protección (art. 7.2 LGCA), y, por ende, hay un concurso medial atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

El art. 29.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, establece que: *"Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida".*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1999 -recurso nº.9/1996 - interpreta el concurso medial en el sentido que, *"exige para la aplicación del concurso medial, una necesaria derivación de unas infracciones respecto de las demás y viceversa, por lo que es indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras".*

Así las cosas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2017 -recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 3.149/2016-, en el mismo sentido que las Sentencias de dicho Tribunal de 12 de diciembre -recurso de casación para la unificación de doctrina nº1.844/2016- y de 16 de diciembre de 2016 -recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 1.849/2016-, se declara: *<<La actuación de la recurrente ha vulnerado el artículo 7.2 y 7.6 de la Ley 7/2010 . Así, como señala la resolución sancionadora, el bien jurídico protegido por el artículo 7.2 de la Ley 7/2010 es la protección de los menores frente a la programación prohibiendo la emisión en abierto de contenidos televisivos que pueden resultar perjudiciales para su desarrollo físico, mental o moral. Por el contrario, el artículo 7.6, al exigir una clasificación por edades, pretende "dotar a los padres y tutores de una herramienta eficaz para que puedan ejercer su responsabilidad de controlar los contenidos televisivos seguidos por los menores a su cargo" según se indica en el preámbulo del Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia suscrito por la recurrente.*

*Por ello, han sido dos las conductas de la recurrente que han dado lugar a la comisión de dos -en este caso cuatro- infracciones y, por ende, a la imposición de dos -en este caso cuatro- sanciones: por un lado, la emisión de contenidos televisivos perjudiciales para el desarrollo de los menores y, por otro, la incorrecta calificación de los programas.*

*Como indica en relación con este extremo la resolución imponiendo las sanciones "no se da la necesariedad alegada entre ambas imputaciones, pues el prestador, en última instancia, podría haber optado por emitir los programas correctamente calificados y, con ello, infringir un solo precepto o haberlos emitido fuera del horario de protección reforzada"...*

*En definitiva, la emisión de un programa con un contenido violento, erótico y poco adecuado para los menores supone, por sí sola, conculcación de lo prevenido en el artículo 7.2 de la Ley 7/2010 y es, por ello, punible, al amparo del artículo 58.3 de la misma norma . Pero, por otro lado, el artículo 7.6 de la citada Ley claramente prevé que 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 lo que este precepto habilita, además, por sí solo a sancionar, para el caso de una indebida clasificación, como ha sido el caso.*

*La infracción leve del artículo 7.6 es desligable de la infracción grave del artículo 7.2 y no es subsumible en la principal, al no ser necesariamente presupuesto una -conducta leve- de la otra -conducta grave-. No es en consecuencia vehículo o medio para la comisión de la infracción grave. En definitiva, no existe relación de necesariedad entre ambas imputaciones, la comisión de una y otra infracción son independientes. Se trata más bien de un concurso real o material, con una pluralidad de actos o diversas acciones, cada una de ellas susceptible de sanción separada. El deber de información que supone la conducta establecida en el artículo 7.6 debe entenderse también referido y dirigido a los padres y responsables de los menores y, en ese sentido, el "resultado pluriofensivo", además de la afectación al interés de los menores de edad que destaca la sentencia recurrida y todas las que la han seguido.*

*El legislador, como apuntó el Abogado del Estado, en asunto análogo (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1844/2016) ha partido de la compatibilidad entre las normas contenidas en los apartados 2 y 6 del artículo 7 de la Ley 7/2010 >>.*

Por tanto, a tenor de lo expuesto, no cabe apreciar concurso medial en relación con las infracciones de los apartados 2 y 6 del art. 7 de la LGCA por las que ha sido sancionada la sociedad recurrente, pues la comisión de una y otra infracción son independientes, no existiendo relación de necesariedad entre las mismas, por lo que procede desestimar este motivo de impugnación.

***SEXTO.-*** Seguidamente, la sociedad actora invoca la vulneración del principio de tipicidad del art. 25 de la Constitución, en consonancia con lo dispuesto en el art. 27 de la Ley 40/205, de 1 de octubre, por la inadecuada subsunción del art. 7.6 de la LGCA en el tipo infractor del art. 58.12 de la citada norma.

Se dice que, la vulneración del art. 7.6 de la LGCA no es constitutivo de una infracción grave, tal y como ha resuelto el Tribunal Supremo en las Sentencias nº. 2.575/2016, de 12 de diciembre de 2016, en el recurso nº. 1.844, y la nº. 2.526/2016, de 16 de diciembre de 2016, en el recurso nº. 1.849/2016, en las que el Alto Tribunal se pronunció sobre la infracción del 7.2 y 7.6 de la LGCA.

Según la sociedad recurrente, debe tenerse en cuenta que las emisiones objeto del Sálvame de los días 8, 9 y 10 de enero de 2018, no fueron objeto de análisis por el Comité de Autorregulación, ni motivaron reclamación alguna, ni se desatendió un dictamen de la Comisión Mixta de Autorregulación al respecto. Se puede discutir que en este caso la calificación no ha sido la adecuada, lo que sería, en cualquier caso, y tal y como ha dispuesto el Tribunal Supremo en las anteriormente mencionadas sentencias, constitutivo de una infracción leve, tipificada en el art. 59.2 de la LGCA, pero en ningún caso que se ha producido un incumplimiento del Código de Autorregulación. Incumplir un Código exige un plus de intensidad en el comportamiento de los operadores, -ignorando y menospreciando los mecanismos de autocontrol que él mismo se ha comprometido a respetar-, lo que explica el mayor reproche que le ha atribuido la legislación, que ha considerado debía tipificarse como infracción grave.

Así las cosas, el art. 58.12 de la LGCA tipifica corno infracción grave *"el incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley "*. Y el art. 12 establece: " *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.*

Mientras el art. 7.6 de la LGCA, dispone que *"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"*.

Pues bien, en las infracciones graves recogidas en el art. 58 de la LGCA solamente se hace referencia en relación con el incumplimiento del art. 7, al apartado 2 del mismo, en el art. 58.3, en el que se califica como infracción grave: *"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"*. En este sentido, en las Sentencias del Tribunal Supremo, anteriormente reseñadas, al tratar el motivo de impugnación atinente a la doble sanción por unos mismos hechos, de 23 de febrero de 2017 -recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 3.149/2016-, de 12 de diciembre -recurso de casación para la unificación de doctrina nº1.844/2016- y de 16 de diciembre de 2016 -recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 1.849/2016-, se declara: << *A mayor abundamiento, como también indica esta resolución, no parece que todas las circunstancias prevenidas en el artículo 7 de la Ley 7/2010 deban ser asumidas bajo una misma infracción administrativa ya que la propia ley, en su artículo 58.3 establece como infracción autónoma de carácter grave "la vulneración de la prohibición, y en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, prevista en el artículo 7.2" mientras que el resto de los números del artículo 7, al carecer de individualización como infracciones graves o muy graves, se incluyen en el artículo 59.2 como infracciones leves*>>.

Es decir, conforme a lo expuesto la vulneración del art. 7.6 de la LGCA, que ha quedado acreditada como ha quedado anteriormente expuesta, no se puede incluir dentro de la infracción grave del art. 58.12 de LGCA, por lo que se ha infringido el principio de tipicidad, debiendo calificarse como una infracción de carácter leve del art. 59.2 de la LGCA.

***SÉPTIMO.-*** También se alega por la parte actora la existencia de una incompleta calificación de los hechos, en vulneración del principio de tipicidad promulgado en el art. 25.1 de la Constitución Española, en consonancia con lo dispuesto en el art. 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Se argumenta que la resolución sancionadora no especifica qué calificación considera que habría sido la adecuada. Atendiendo al sistema de calificación por edades, las dos únicas edades por encima de NR-12 son NR-16 y NR-18, así que se deduce que alguna de estas dos tendría, según la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que haber sido la calificación correcta. Sin embargo, lo anterior es de suma relevancia, ya que la calificación por edades determina la tipificación de los hechos, al menos, para las emisiones del programa "Sálvame Limón" (emitidas entre las 16 y 17 horas). Esto es así, puesto que, si se considera que la calificación adecuada tendría que haber sido NR-18, sería correcta la imputación del art. 7.2 de la LGCA, ya que sí se habría vulnerado la franja horaria de protección general. Sin embargo, si hubiera bastado con calificar como NR- 16, no habría habido vulneración alguna de la franja horaria de protección general en las emisiones del "Sálvame Limón", ya que en esta franja cabe la emisión de contenidos calificados hasta NR-16.

En los hechos probados de la resolución sancionadora se considera acreditada que la calificación del programa es +12 permanente en el bloque Sálvame Limón (hasta las 17:00) y +7 permanente en el bloque Sálvame Naranja (a partir de las 17:00). Dicha calificación por edades resulta inadecuada a la vista de los contenidos analizados y contradice los criterios del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia. Y más adelante, se establecen los horarios de los tres días de enero de 2018, 8, 9 y 10, en que se emitieron los diferentes contenidos del programa "Sálvame".

Pues bien, los contenidos de las emisiones del citado programa pueden resultar perjudiciales para el desarrollo de los menores, e incumplen los criterios de graduación de clasificación por grupos de edad, con las calificaciones de NR-12, en horario de protección general, y NR-7 en horario de protección reforzada, y en la propuesta de resolución se dice que las calificaciones apropiadas a los contenidos de los programas son las de "no recomendada para menores de 16 años" (NR-16) para los programas de 8 y 10 de enero de 2018, y de "no recomendada para menores de 18 años" (NR-18) para el programa de 9 de enero de 2018.

Por tanto, los hechos por los que ha sido sancionada la sociedad recurrente por la vulneración del art. 7.2 de la LGCA, al emitir dos tipos de contenidos que puede resultar perjudicial para el desarrollo de los menores, NR-7 y NR-12, y del art. 7.6 de la citada norma, por haberse incumplido los criterios de graduación de clasificación por grupos de edad, por lo que no cabe apreciar vulneración del principio de tipicidad por la incompleta calificación de los hechos, debiéndose desestimar este motivo de impugnación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

***OCTAVO.-*** Relacionado con el motivo de impugnado que acabamos de analizar, es el que funda la sociedad recurrente en la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española, por la distinta tipificación que se ha venido realizando del incumplimiento previsto en el art. 7.6 de la LGCA.

Así, se aduce por la parte actora que, en ocasiones, se ha sancionado el incumplimiento del art. 7.6 de la LGCA como infracción leve, tipificada en el art. 59.2 de la LGCA, compatibilizando esta sanción con la infracción grave por incumplimiento del art. 7.2 de la LGCA: una infracción grave y una leve; en otras ocasiones, la infracción del art. 7.6 de la LGCA se subsumía en la infracción grave del art. 7.2 de la LGCA, en virtud del principio de non bis in ídem: una infracción grave; en otras se ha producido la subsunción del art. 7.6 de la LGCA en el tipo infractor del art. 58.12 de la LGCA (infracción grave) e imposición de una única infracción grave, sin sancionar la vulneración del art. 7.2 de la LGCA; la imposición de una infracción grave por incumplimiento del art. 7.2 de la LGCA y valoración del posible incumplimiento del Código de Autorregulación como criterio de graduación de la sanción: una infracción grave; subsunción del art. 7.6 de la LGCA en el tipo infractor del art. 58.12 de la LGCA (infracción grave), y otra infracción grave por la vulneración del art. 7.2 de la LGCA: dos infracciones graves, y ausencia de motivación que fundamente el cambio de criterio en su forma de sancionar el incumplimiento del art. 7.6 de la LGCA.

El art. 35.1, letra c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, invocado por la parte demandante, dispone que: *"serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (...) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos"*.

A este respecto en la resolución sancionadora si bien se viene a reconocer que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, no ha mantenido un criterio unánime al sancionar este tipo de conductas, pues en otras ocasiones ha optado por multar por una sola infracción: la del art. 7.2 de la LGCA en relación con su art. 58.3 de dicha norma.

Pero a continuación, se dice: *"En primer lugar, cabe señalar al respecto que no es la primera vez que la CNMC ha impuesto las dos sanciones graves en casos similares. Por ejemplo, en su resolución de fecha 14 de julio de 2016 (expediente NUM000 ), posterior a los ejemplos citados por MEDIASET en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.*

*En todo caso, ha de recordarse que, con carácter general, las administraciones no están vinculadas al precedente. Por ello, la LPACAP no impide que una administración se separe del criterio seguido en otras ocasiones. Su artículo 35 solo exige en estos casos su motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.*

*A juicio de esta Comisión, la emisión de contenidos poco adecuados para los menores supone por sí sola, la conculcación de lo prevenido en el artículo 7.2 de la LGCA y es, por ello, punible al amparo del artículo 58.3 de la misma norma. Además, por otro lado, el artículo 7.6 de la LGCA claramente prevé que 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 lo que este precepto habilita además, por sí solo, a sancionar para el caso de una indebida clasificación, como ha sido el caso.*

*En el supuesto analizado, el criterio mantenido en la presente resolución se debe también a la confirmación en sede judicial de dicha doctrina, concretamente en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2016 (RC 03/1844/2016 ) y 16 de diciembre de 2016 (RC 03/1849/2016 ), que confirman las Sentencias desestimatorias previas de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2015 (PO 08/519/2013 ) y de 18 de mayo de 2015 (PO 08/520/2013 ), respectivamente.*

*Frente a la alegación de MEDIASET de que la existencia de una resolución posterior que no atendió ese criterio, hay que responder que, en todo caso, dicha resolución se ajustó a las circunstancias concretas del caso, y reconocía la posibilidad de la sanción autónoma por la errónea calificación del programa y que el tipo sancionador utilizado no exige la errónea clasificación por parte del prestador del servicio de comunicaciones electrónicas, aunque se deriva de la errónea aplicación de los criterios de calificación"*.

Por tanto, a tenor de lo expuesto, se encuentra motivada debidamente en la resolución impugnada, la imposición de las sanciones por las infracciones de los apartados 2 y 6 del art. 7 de la LGCA, eso sí, hay que considerar como infracciones leves la conculcación del art. 7.6 de la LGCA como ha quedado reseñado, por lo que no cabe apreciar la conculcación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, debiéndose desestimar este motivo de impugnación.

***NOVENO.*** - Se invoca por la parte actora, la infracción del art. 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y de la jurisprudencia relevante, y del art. 74 del Código Penal, al no haber apreciado, en su caso, la existencia de una infracción continuada. Se pone de manifiesto que se trató de la emisión del mismo programa "Sálvame Limón" y "Sálvame Naranja", en

tres días consecutivos (8, 9 y 10 de enero), que habrían supuestamente infringido el mismo precepto legal (art. 7 de la LGCA), por el tratamiento del mismo asunto, y que fueron repetidas aprovechando idéntica ocasión, dado el convencimiento de Mediaset de estar actuando conforme a la legalidad.

En primer término, tenemos que señalar que el citado Real Decreto fue derogado por la disposición derogatoria única.2.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, pero en el art. 39.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se viene a establecer sustancialmente el mismo contenido que en el derogado art. 4.6 del Real Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto, al disponer que: *"Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"*.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de junio de 2013 -recurso nº.1.947/2010-, que viene a recoger lo dicho en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004 -recurso nº. 6.573/2001-, declara que *"para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal , se exige que concurran con carácter general los siguientes requisitos:*

*a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.*

*b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.*

*Y c) La unidad del precepto legal v vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza"*.

En el caso que nos ocupa, pues si bien nos encontramos ante una reiteración de conductas, además de infringir los mismos preceptos, no responde a un mismo proceso psicológico y material, y la conducta infractora se agota en cada caso, ya que si bien, los temas por los que ha sido sancionada la sociedad recurrente, por la emisión durante tres días seguidos del mes de enero de 2018, se hacían referencia a los conflictos familiares de la familia  Carlos Ramón  y al pasado de una colaboradora, lo cierto, es que se podían haber tratado dichos temas sin infringir los las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, incumpliendo los códigos de autorregulación, por lo que las conductas infractoras se agotan en cada caso.

Por otro lado, las Sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la parte actora, de 31 de octubre de 2018 -recurso nº. 5.920/2017- y de 8 de noviembre de 2018 -recurso nº. 4.055/2017-, versan sobre supuestos distintos al que nos ocupa, ya que hacen referencia a la apreciación de la infracción continuada en relación con comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas encubiertas de diferentes productos, y por haber superado los límites de emisión dedicados a los mensajes publicitarios en canales de televisión, respectivamente.

En consecuencia, procede desestimar este motivo de impugnación.

***DÉCIMO.-*** Finalmente, con carácter subsidiario, la sociedad demandante alega que las sanciones impuestas resultan desproporcionadas.

Se dice que, en cuanto a la temática abordada, tanto la materia relacionado con  Pura , como los conflictos personales de la familia  Carlos Ramón , estuvieron bien tratados en todos los programas, lo que sin duda es a todas luces desproporcionado sería estimar que los problemas familiares de  Carlos Ramón  merezcan la calificación NR-16 y, mucho menos, la de NR-18. Y, sin embargo, la Comisión no ha discriminado por franjas horarias, sino que ha considerado de la misma forma la emisión íntegra de los programas "Sálvame Limón" y "Sálvame Naranja" para concretar la cuantía de la sanción.

En relación con la ausencia de intencionalidad, debe considerarse que el mismo programa ("Sálvame"), se emitió a lo largo de los tres días que han sido objeto de doble sanción de forma independiente, con contenidos prácticamente idénticos. En este sentido, la Comisión, sin considerar que habría habido, en su caso, una única infracción continuada, ha imputado dos infracciones por cada uno de los días que se emitió el Sálvame por la misma temática.

Para la sociedad recurrente, en lo que respecta a la cuantificación de la sanción, esta resulta desproporcionada teniendo en cuenta además lo expresado por la Comisión en la Resolución recurrida, que admite que para cuantificar la sanción ha tenido en cuenta *"la audiencia media de menores de 16 y 18 años que siguieron el programa"*. Sin embargo, ateniéndonos a lo que la propia Comisión aducía anteriormente en la Propuesta de Resolución, el Sálvame emitido los días 8 y 10 de enero de 2018 tuvo que haberse emitido, si acaso, como

NR16. Por lo tanto, siguiendo el criterio de la Administración, solamente tendría que computarse la audiencia de menores entre 16 y 18 años que vieron el programa el 9 de enero para la cuantificación de la sanción, pero no la de los menores de entre 16 y 18 años que estuvieron expuestos al programa los días 8 y 10 de enero.

Asimismo, en cuanto al impacto de la eventual infracción, este se valora en función del número de menores afectados, de los cuales, solamente se podría haber responsable a este operador de aquellos menores sin supervisión parental. Pues bien, de acuerdo con datos de Kantar Media (TNS) consultados por Mediaset, en el total de los tres días, solamente 21.000 menores de entre 17 y 7 años vieron este programa sin supervisión parental. Esta es una cifra muy inferior a los 112.000 menores de entre 12 y 18 años que habrían visto estas emisiones, y que según la Comisión es uno de los criterios que ha seguido para cuantificar las sanciones.

Así las cosas, el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues el margen de apreciación que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollado ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho. De modo que la proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone a la Administración, y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras.

En consecuencia, al ámbito jurisdiccional corresponde no sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, a través de la aplicación de criterios legales previstos en las normas o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son, en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

Y ello, sin que por los Tribunales de Justicia se pueda sustituir el criterio de la Administración al graduar la sanción imponible a una infracción administrativa, cuando ésta sea conforme con la norma aplicable, ni resulte procedente reducir una sanción en base a una apreciación subjetiva de la que debería aplicarse, cuando la Administración se pronuncia, dentro de los límites que dimanan de una norma, de manera motivada en elementos de juicio objetivos y basada en los hechos acreditados en el expediente, ajustándose en su decisión al principio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos o la infracción y la sanción impuesta.

Las infracciones por las que ha sido sancionada la parte actora se encuentran tipificadas en como graves los arts. 58.3 -vulneración de la prohibición y, en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor-, y 58.12 de la LGCA -incumplimiento de los códigos de autorregulación-.

Conforme al art. 60.2 de la LGCA, infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual. Y en el apartado 4 del mismo artículo se dispone que: *"La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , los siguientes criterios:*

*a) La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida.*

*b) Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.*

*c) La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona.*

*d) La repercusión social de las infracciones.*

*e) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción".*

En el presente caso, por las infracciones por la vulneración del art. 7.2 de la LGCA (una por cada día de emisión), se imponen: 208.501,00 euros por el programa del día 8 de enero de 2018; 217.501,00 euros por el programa del día 9 de enero de 2018 y 203.001,00 euros por el programa emitido el día 10 de enero de 2018.

Para ello, la resolución sancionadora *"ha tenido en cuenta las franjas horarias de protección reforzada afectadas, la audiencia media de menores de 16 y 18 años que siguieron el programa (incluso pese a que la calificación otorgada era de "NR12"), el tipo de contenidos emitidos (violencia: presentación de graves conflictos personales como espectáculo y sexo: prostitución), la intencionalidad del operador en su aspecto negligente, el ámbito de cobertura de la emisión (nacional) y la calificación otorgada por el prestador del servicio (NR-7).*

*También ha de tenerse en cuanta que MEDIASET fue expresamente requerida para adecuar el contenido de su programa "Sálvame", como se ha expuesto, por lo que la conducta sancionada podría suponer una infracción de la resolución que así lo acordaba".*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Pues bien, las circunstancias apreciadas por la Administración para la fijación de la sanción justifican la determinación de su cuantía, siendo de destacar, por otra parte, la frecuencia con la que la parte aquí actora es sancionada por la emisión de contenidos inadecuados en horario protegido y por falta de calificación o incorrecta calificación, como se pone de manifiesto en las Sentencias de la Sección Octava de esta Sala de 12 marzo -recurso nº. 409/2013-, 27 de abril -recurso nº. 408/2013-, y 18 de mayo de 2015 - recurso nº. 519/2013-.

A lo que debemos añadir, que se han apreciado dos tipos de contenidos inapropiados por poder perjudicar el desarrollo de los menores, aunque para que concurra el ilícito sería suficiente que lo fuera uno solo de ellos.

Pero es que, en todo caso, las cuantías de las sanciones impuestas por las infracciones se sitúan en la mitad inferior de la sanción a imponer en todos los casos, por lo que en virtud de lo expuesto no cabe apreciar infracción del principio de proporcionalidad.

Respecto a las infracciones del art. 7.6 de la LGCA que hay que calificarlas como leves, a diferencia de la resolución sancionadora, el art. 60. 3 de la citada norma establece que serán sancionadas con multa de hasta 100.000 euros para los servicios de comunicación televisiva. Teniendo en cuenta los criterios aplicados en la resolución recurrida, que la Sala estima adecuados, procede imponer una multa de 33.000 euros por el programa del día 8 de enero; 31.000 euros por el programa del 9 de enero y 29.000 euros por el programa del día 10 de enero de 2015.

En consecuencia, se estima en parte del recurso contencioso-administrativo.

***UNDÉCIMO.-*** A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales.

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

## FALLAMOS:

Que estimando en parte 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 COMUNICACIONES S.A."**, contra la resolución de 19 de julio de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora una multa de 1.094.006 euros como responsable de la comisión de seis infracciones administrativas graves, por las emisiones del programa "Sálvame" de los días 8, 9 y 10 de enero de 2018 con contenidos perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores de edad, lo que supone la infracción del art. 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), tipificada como grave en el art. 58.3 de la citada norma, y con una calificación por edades inadecuada, de NR-12, en horario de protección general, y NR-7 en horario de protección reforzada, contradiciendo los criterios del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, lo que constituye una infracción tipificada en el art. 58.12 de la LGCA en relación con su art 7.6, declaramos la nulidad de la citada resolución solamente en cuanto a la calificación y cuantía de las vulneraciones del art. 7.6 de la LGCA en los términos reflejados en el Fundamento de Derecho Décimo, confirmándose en todo lo demás la citada resolución, con desestimación de las restantes pretensiones de la parte actora; sin hacer expresa imposición de las costas.

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

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ