ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Dª M. Rosa Iglesia Blasco, Letrado/a de la Admon. de Justicia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, DOY FE: Que en el recurso n.º PO 761/2015 obra lo siguiente:

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo
SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso:	**0001761/2015**
Tipo de Recurso:	**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Núm. Registro General:	**05630/2015**
Demandante:	**MEDIASET ESPAÑA COMUNIACIÓN, SA.**
Procurador:	**D. MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ CARVAJAL**
Letrado:	**D. MARIO RODRÍGUEZ VALDERAS**
Demandado:	**COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**
Abogado Del Estado	
Ponente Ilmo. Sr.:	**D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH**

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:
D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:
Dª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ
Dª. LOURDES SANZ CALVO
D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ
Dª. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil diecisiete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Mediaset España Comunicación, SA, representada por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal,** contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre sanción por infracción grave de la Ley General de Comunicación Audiovisual. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Iltmo. Sr. D. Eduardo Menéndez Rexach.

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA201801000005703.1.11.151800532527 8 (07/02/2018 - 01:08:45)

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA20180100000005703.2.11.151800532527 8 (07/02/2018 - 01:08:45)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y es la Resolución de 16 de julio de 2015.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia de la actora; una vez finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 3 de octubre de 2017 en el que, efectivamente, se votó y falló.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 16 de julio de 2015, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), que declara a la demandante responsable de una infracción administrativa de carácter grave, tipificada en el artículo 58.5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) y le impone una sanción de 130.000 euros por incumplir el requerimiento de la CNMC, de 8 de mayo de 2014, en relación con la calificación por edades de determinados capítulos del programa "Crónicas carnívoras".

SEGUNDO.- La recurrente solicita que se declare nula la resolución por considerar que infringe el ordenamiento jurídico al concurrir alguno o todos los motivos de impugnación que señala en los fundamentos jurídicos de su demanda.

En defensa de su pretensión alega que antes del 8 de mayo de 2014 emitió determinados capítulos del programa mencionado, en el canal "Energy", de lunes a viernes, con la calificación de no recomendado para menores de 7 años (NR7), según lo establecido en el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia; en esa fecha la CNMC le requiere, sin darle audiencia, para que adopte

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA201801000005703.3.11.151800532527 8 (07/02/2018 - 01:08:45)

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA20180100000005703.4.11.151800532527 8 (07/02/2018 - 01:08:45)

medidas para la correcta calificación por edades del programa y la adecuación de su emisión, teniendo en cuenta las franjas de protección reforzada, por presentar dicho programa el consumo de comida de modo que podría resultar perjudicial para la salud, crear condiciones imitativas o incitar a pautas de comportamiento no adecuadas entre adolescentes; el 23 de mayo de 2014 contestó al requerimiento, asignando al programa la calificación NR7 y emitiéndolo fuera de la franja de control reforzada y, si emitía en esa franja, se comprometía a incluir en el programa, durante el concurso de comida, sobreimpresiones sobre vida y alimentación saludables; dicha contestación no obtuvo respuesta de la CNMC que a los nueve meses inició el procedimiento sancionador, concluido con la resolución impugnada.

Fundamenta sus alegaciones en los siguientes motivos:

1) Infracción del principio de legalidad, por prescindir del procedimiento establecido por no darle audiencia previa al requerimiento que, además, contiene una calificación definitiva sobre la antijuridicidad de la conducta y ha de ser un acto previo a la incoación del expediente sancionador (artículo 9.1 y 3 LGCA); además, el incumplimiento de un requerimiento de adecuación de contenidos audiovisuales del artículo 9.3 citado, no está tipificado como infracción.

2) Infracción de los principios de tipicidad y proporcionalidad ya que entiende que la inadecuada calificación de un programa constituye una infracción leve, pero se califica de grave por el mero hecho de estar recogida en un requerimiento de adecuación.

3) Infracción de la prohibición de aplicación analógica de disposiciones sancionadoras, ya que la resolución considera el "Código Paos" (Código de corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud), pues este Código está previsto para la emisión de mensajes publicitarios y, sin embargo, el Código de Autorregulación no hace referencia alguna al "Código Paos" y establece una separación entre contenido televisivo y publicidad.

4) Infracción del principio de legalidad por incumplimiento del Código de Autorregulación, pues de los 373 programas sólo se analizan dos; además, las emisiones no contaron con comportamientos sociales de temática conflictiva o contenidos de violencia o sexo que aconsejaran una calificación superior a NR7: no hubo presentación de sustancias perjudiciales para la salud, pese a que la resolución hace referencia al consumo exagerado de alimentos hipercalóricos; el consumo de comida que se muestra no es susceptible de crear conductas imitativas y no hubo presentación positiva de personas que asumieran comportamientos nocivos.

En definitiva, Mediaset cumplió con el requerimiento, según lo indicado en su escrito de medidas, al calificar como NR7 las emisiones que realizó fuera de la franja protegida, salvo en seis casos que comenzaron poco antes de las 20 horas.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, se remite a los hechos y fundamentos de la resolución impugnada y solicita la desestimación del recurso, con imposición de las costas a la demandante.

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA201801000005703.5.11.151800532527 8 (07/02/2018 - 01:08:45)

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA20180100000005703.6.11.151800532527 8 (07/02/2018 - 01:08:45)

CUARTO.- Los hechos que la resolución declara probados, que aquí se dan por reproducidos, no son directamente cuestionados por la demandante; consisten, esencialmente, en la emisión en el canal Energy del programa "Crónicas Carnívoras", entre el 26 de mayo de 2014 y el 18 de diciembre del mismo año, en 406 ocasiones de las cuales 33 se calificaron como no recomendadas para menores de 12 años (NR +12), dos se emitieron sin calificación y el resto con la calificación de no recomendadas para menores de 7 años (NR +7) y, de entre estas últimas, se emitieron seis en horario de protección reforzada; previamente la demandante había sido requerida por la CNMC para que en plazo de diez días adecuara la calificación por edades del contenido del programa y se asegurase de que la emisión se adecuara a las franjas de protección reforzada establecidas en el Código de Autorregulación y en el artículo 7.2 LGCA, informando en el propio requerimiento de que su incumplimiento podría dar lugar a la apertura de un expediente sancionador, de conformidad con el artículo 58.5 LGCA, que tipifica como infracción grave *"el incumplimiento de las instrucciones y decisiones de la autoridad audiovisual"*.

Los motivos en que se basa el recurso han sido resumidos más arriba; empezando por la alegada infracción del principio de legalidad, contiene una doble argumentación: por un lado estima que se ha infringido el procedimiento, al no concederle trámite de audiencia y, por otro, que el incumplimiento de los requerimientos del artículo 9.3. LGCA, no está tipificado como infracción; sin embargo, la propia redacción del artículo 58.5 acabado de transcribir, permite comprobar que no distingue entre los diversos tipos de instrucciones y decisiones, sino que engloba ambos, sin distinción o especificación alguna; en cuanto al trámite de audiencia previa al requerimiento, éste se realizó en aplicación del artículo 9.3 LGCA, previsto para los supuestos en que *"el contenido audiovisual contradiga un código de autorregulación suscrito por el prestador"*, en este caso el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia, de 4 de diciembre de 2004, mencionado en el requerimiento, que también incluía el artículo 7.2 párrafo 3º LGCA, sobre franjas horarias de protección reforzada; esta previsión es diferente a la contemplada en el apartado segundo del citado artículo 9, que prevé la audiencia del prestador del servicio para adecuar el contenido aparentemente ilícito o para poner fin a su emisión del contenido ilícito, con la posibilidad de alcanzar un acuerdo que, de ser efectivamente observado, excluye el expediente sancionador; esta audiencia no es exigida en los supuestos del artículo 9.3. en que se constata ya que el contenido vulneraba el Código de Autorregulación, por lo que, comprobado que el operador no había cumplido en el plazo concedido, se procedió a la incoación del expediente sancionador, en el que pudo presentar cuantas alegaciones estimó oportunas tanto a la incoación del procedimiento cuanto a la propuesta de resolución, alegaciones éstas de contenido similar a las de la demanda, razonadamente rechazadas en la resolución de la Comisión.

QUINTO.- La infracción de los principios de tipicidad y proporcionalidad, se basa en que la inadecuada calificación de un programa constituiría una infracción leve, pero aquí se califica como grave por el mero hecho de estar recogida en un requerimiento de actuación; basta para desestimar esta alegación acudir a la lectura del artículo 58.3. LGCA que tipifica como infracción grave "*La vulneración de la*

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA201801000005703.7.11.151800532527 8 (07/02/2018 - 01:08:45)

prohibición, y en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, previstas en el artículo 7. 2."; este artículo 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.*"

Respecto de "*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. 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 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 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".

La resolución considera, correctamente, que del visionado del programa en cuestión, que es un programa de no ficción, en el que el presentador se enfrenta al reto de ingerir enormes cantidades de comida con un alto nivel calórico y de grasas en muy poco tiempo, realza este tipo de conducta que es susceptible de perjudicar seriamente el desarrollo físico del menor, por lo que los hechos aquí tipificados hubieran encajado en el tipo de infracción grave del artículo 58.3 LGCA, es decir, en contra de lo que se afirma en la demanda, la infracción no se convierte, en este caso, de leve a grave por el hecho de estar incluida en un requerimiento de la Comisión, lo que impide estimar esta alegación.

Tampoco incurre la Resolución en una aplicación analógica del "Código Paos" para integrar el tipo sancionador; es cierto que en el requerimiento se menciona dicho Código, pero lo hace por el carácter complementario del Código de Autorregulación, que es el que se considera infringido, y para recordar la importancia de promover hábitos de alimentación saludable entre los menores; en definitiva, la supresión a la mención del mencionado Código en nada alteraría la tipificación de los hechos como infracción grave.

Por último, se considera nuevamente infringido el principio de legalidad porque de los 373 programas sólo se analizan dos y porque en todo caso la calificación realizada (NR7) resulta adecuada ya que las emisiones no contenían comportamientos contrarios a la protección de los menores que aconsejaran una calificación superior; la primera alegación es desmentida por la resolución en la que se lee se solicitó informe a la empresa KANTAR MEDIA de las emisiones del programa entre el 26 de mayo y el 18 de diciembre de 2014, en el que se constató que entre esas fechas se produjeron 406 emisiones de "Crónicas carnívoras" de las que 33 se calificaron como NR12, dos se emitieron sin calificación y el resto como

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA201801000005703.8.11.151800532527 8 (07/02/2018 - 01:08:45)

NR7; seis de estas últimas emisiones lo fueron en horario de protección reforzada en cuatro días distintos de los meses de julio y agosto.

En conclusión, se analizaron todos los programas emitidos en ese espacio de tiempo, lo que no es contradicho porque en los hechos probados se detalle el contenido de sólo dos de ellos pues se hace, y así lo dice la resolución, a título de ejemplo para reflejar el contenido del programa que, desde luego, no era adecuado a la calificación realizada por la emisora respecto de un programa que, como dice la resolución, promueve hábitos alimenticios poco saludables, algunos en franjas de protección reforzada, sin que la emisora, advertida de este extremo, reaccionara en el sentido exigido, pese a disponer de un plazo para ello. La demandante considera que el contenido del programa no aconsejaba una calificación superior a NR7 por tres razones: 1) no hubo presentación de sustancias nocivas para la salud, lo que es cierto, pero también lo es que desde luego no resulta saludable comer dos kilos de alitas picantes de pollo en media hora (programa emitido el 18 de diciembre) o una hamburguesa de dos kilos, con numerosos ingredientes, entre otros una ración de patatas fritas con queso y salsa picante más un batido de vainilla de casi medio litro (programa del 26 de noviembre); 2) la resolución no fundamenta que el consumo de comida mostrado es susceptible de crear conductas imitativas, afirmación que viene desmentida por el contenido del Fundamento de Derecho IV de la resolución, que analiza las alegaciones de Mediaset, en el que se razona que en el programa se enaltece la comida presentada o se presenta como positivo el objetivo propuesto, mostrando imágenes de menores comiendo los mismos platos que comerá el presentador del programa, sin que en ningún momento se advierta de los riesgos que conlleva tan descomunal ingesta, lo que es de aplicación también al argumento 3) consistente en que no hubo presentación positiva de personas que asuman comportamientos nocivos.

SEXTO.- Por todas las razones anteriores procede desestimar el recurso y, en aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción imponer las costas a la demandante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

F A L L A M O S

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso nº 1761/2015 interpuesto por el Procurador Sr. Sánchez-Puelles González-Carvajal, en la representación que ostenta, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se confirma por ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- Imponer a la demandante las costas del recurso.

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

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA201801000005703.9.11.151800532527 8 (07/02/2018 - 01:08:45)

cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

anteriormente relacio bien y fielmente cu original al que me remito en cesario, y en prueba de ello Expido el presente en Madrid, a 23 NOV. 2017

Doy fé

AUDIENCIA NACIONAL - FE PÚBLICA JUDICIAL - LETRADO/A ADMON. DE JUSTICIA - Sec. Primera de lo Contencioso Administrativo

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA201801000005703.10.11.1518005325278 (07/02/2018 - 01:08:45)

COPIA AUT¿½NTICA: DIREA0010670.NUMENTRADA20180100000005703.11.11.1518005325278 (07/02/2018 - 01:08:45)