



Roj: **SAN 2013/2019 - ECLI: ES:AN:2019:2013**

Id Cendoj: **28079230012019100222**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2019**

Nº de Recurso: **255/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000255 / 2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02882/2018

Demandante: TELEFÓNICA AUDIOVISUAL DIGITAL S.L.U

Procurador: ANA MARÍA LLORENS PARDO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a diez de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 255/18, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de la mercantil **TELEFÓNICA AUDIOVISUAL DIGITAL, S.L.U.**, contra la resolución de 5 de abril de 2018 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se requiere a la parte actora para que, desde la notificación de la presente resolución, adoptara las medidas oportunas para que en sus emisiones adecuara el tratamiento de las personas con discapacidad a lo establecido en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, y ofreciera una imagen respetuosa e inclusiva de este colectivo. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en indeterminada.



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 26 de septiembre de 2018 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia por la que se anulara y se dejara sin efecto la resolución de 5 de abril de 2018, con imposición de costas a la Administración demandada.

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 del recurso contencioso-administrativo, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO .- Mediante Auto de 10 de diciembre de 2018, no recurrido por las partes, se denegó el recibimiento del recurso a prueba, y 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 7 de mayo del año en curso.

SIENDO PONENTE El Magistrado Ilmo. Sr. Don FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad demandante impugna la resolución de 5 de abril de 2018 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se requiere a la parte actora para que, desde la notificación de la presente resolución, adoptara las medidas oportunas para que en sus emisiones adecuara el tratamiento de las personas con discapacidad a lo establecido en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en lo sucesivo LGCA), y ofreciera una imagen respetuosa e inclusiva de este colectivo.

Los hechos en que se funda el reseñado requerimiento son por haber emitido la parte actora, prestadora del servicio de comunicación audiovisual, los días 23, 27 de febrero, y 1, 2, 3 y 4 de marzo de 2018, el primer capítulo de la serie "Mira lo que has hecho", obra de ficción con las características propias de una comedia satírica.

En el citado capítulo, el protagonista Estanislao entra en casa acompañado de su hermano. Ambos vienen de la calle y Estanislao lleva en la mano un "plumas", en el que se puede apreciar que tiene un agujero producido por una colilla que le ha tirado momentos antes su cuñada desde la ventana. Se produce el siguiente diálogo entre los dos hermanos:

- Y ahora ¿qué hago con esto, le pongo un parche? ¿Qué hago?

- Es una putada, ya no... - Si cabe el dedo, tío...

- Es una señora mayor que ha tirado una colilla desde arriba.

- ¡Qué señora mayor! Esto son chavales, los del NUM000 , que fuman y lo tiran. Ya ves la broma, dos semanas llevo la chaqueta y la tengo que tirar.

De repente, se levanta su cuñada y le pregunta irónicamente:

- ¿Qué te pasa cuñado?

- Mira, mira que gracia (mientras golpea la chaqueta y salen las plumas) . Algún vecino retrasado que ha tirado una colilla y me ha hecho un agujero en la chaqueta.

En ese momento, el padre de Estanislao , que está sentado en el sofá, le dice:

- Se dice Síndrome de Down, hijo.

- Muy bien, lingüista (mientras se ríe su hermano) .

SEGUNDO .- La parte actora alega, en síntesis, lo siguiente: En primer lugar, se argumenta sobre el contexto en que tiene lugar la secuencia analizada en la resolución.

Se dice que el diálogo en cuestión tiene lugar en el primer episodio de la serie, precisamente en aquél en donde se presentan al espectador los distintos personajes que integran la trama y se apuntan sus rasgos característicos. Una de las formas más habituales de que el espectador conozca la idiosincrasia, y el carácter de cada personaje es a través de los diálogos que el personaje en cuestión mantiene con otros personajes,

como el efectuado por el padre del protagonista respecto de unos vecinos que viven en el mismo edificio (*"en ese momento, el padre de Estanislao , que está sentado en el sofá, le dice..."*), de manera que el espectador se pueda hacer una idea, desde el principio, del rol que tendrá cada personaje a lo largo de la serie, roles que responden a unos parámetros creativos recurrentes en series de ficción tanto nacionales como extranjeras.

Ni que decir tiene que esta práctica es común a decenas de obras de ficción, sean series, cortometrajes o películas cinematográficas y forma parte indudable de la libertad de creación reconocida a los autores de cualquier obra (incluida la audiovisual), en el marco de la libertad de expresión garantizada no solo en nuestra Constitución, sino en distintos Convenios internacionales, entre otros. Se trata de personajes de ficción en situaciones irreales.

En segundo lugar, se alude a la obligatoriedad de la norma infringida. Se señala que el art. 8.5 de la LGCA, utiliza el término "procurar", por lo que su utilización en sí misma resta obligatoriedad y carácter imperativo a la norma. Lo que tal norma establece es un modo de actuación que han de procurar seguir los destinatarios de esa recomendación, que no es otro, que evitar ofrecer de manera habitual, consciente e intencionada una visión que no ofrezca una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad, y difícilmente se puede predicar esa actividad de la parte demandante quien recibe por vez primera un requerimiento como el que se concreta en la resolución objeto del presente recurso, y ello, a pesar de ser editor de más de una decena de canales de televisión que ofrecen de manera ininterrumpida contenidos audiovisuales.

A tenor del elenco de infracciones fijadas por el legislador, la infracción de lo previsto en el art. 8.5 de la LGCA, tendría la consideración de falta leve.

Y, en tercer y último lugar, se alude por la parte actora a la libertad de creación y sus límites. El precepto alegado en su resolución por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no recoge en sí mismo un derecho de las personas con discapacidad, sino únicamente una recomendación para las entidades prestadoras de servicios de comunicación audiovisual que deberán "procurar" en el desarrollo de su actividad, ofrecer una imagen ajustada y normalizada de las personas con discapacidad, sin que haya quedado demostrado que la parte recurrente no ha procurado tal cosa.

Es precisamente en atención a estas circunstancias que se debe hacer la debida ponderación entre ambas normas: la que confiere derechos fundamentales protegidos al máximo rango de nuestro ordenamiento jurídico, como son los derechos a la libertad de expresión y libertad artística, frente a una norma legal que sienta un principio de actuación, cuyo incumplimiento es considerado por el propio legislador como una infracción de carácter leve.

TERCERO .- La infracción que se le imputa a la parte recurrente, es la del apartado 5 del art. 8 de la LGCA, que dispone: *"Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual procurarán ofrecer en sus emisiones una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana, evitando difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir. De igual modo, procurarán que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad"* .

El citado art. 8 se encuentra dentro del Título II de la LGCA, dedicado a la normativa básica de la comunicación audiovisual y dentro de dicho título en su Capítulo I, que regula los derechos del público. La propia Exposición de Motivos de la Ley destaca la importancia de dichos derechos: *"la norma aspira a promover una sociedad más incluyente y equitativa y, específicamente en lo referente a la prevención y eliminación de discriminaciones de género, en el marco de lo establecido en materia de publicidad y medios de comunicación en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.*

Estos son los principios que inspiran el articulado de esta ley que regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal y que en su sistemática ha colocado en primer lugar, tras los artículos de Objetivos, Definiciones y Ámbito de Aplicación, el reconocimiento de derechos. Así el Capítulo I del Título II está consagrado íntegramente a la garantía de los derechos de los ciudadanos a recibir comunicación audiovisual en condiciones de pluralismo cultural y lingüístico -lo que implica la protección de las obras audiovisuales europeas y españolas en sus distintas lenguas-, así como a exigir ante las autoridades la adecuación de los contenidos al ordenamiento constitucional vigente. Este capítulo trata de forma individualizada las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación a los menores y personas con discapacidad que merecen a juicio del legislador y de las instituciones europeas una protección especial" .

Mientras que el art. 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atribuye a la citada Comisión la supervisión y control del correcto funcionamiento del mercado



de comunicación audiovisual, y, en concreto, las funciones de "controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas para hacer efectivos los derechos del menor y de las personas con discapacidad conforme a lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley 7/2010 (...)" (Sentencias de la Sección Octava de esta Sala de 10 de marzo de 2015 -recurso nº, 423/2013 -, y de 18 de mayo de 2015 -recurso nº. 519/2013 -, entre otras). Se impone por ello a la citada Comisión, la obligación de hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad que a éstas les reconoce el ordenamiento jurídico.

En este sentido, el incumplimiento de lo establecido en el art. 8.5 de la LGCA, se incardinaría como infracción leve del art. 59.2 de la reseñada norma.

Por otro lado, puede señalarse lo dispuesto en la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Se dice en el considerando 45 de su Exposición de motivos que, "se deben equilibrar cuidadosamente las medidas para proteger a los menores y la dignidad humana con el derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea" .

Y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, dispone en el art. 3: "Los principios de la presente Convención serán:

a) *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas...*

d) *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas..."* .

Mientras que el art. 8 establece: "1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

a) *Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;*

b) *Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;*

c) *Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.*

2. Las medidas a este fin incluyen:

a) *Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a:*

i) *Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;*

ii) *Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;*

iii) *Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;*

b) *Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;*

c) *Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención;*

d) *Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas".*

Por su parte, en el Preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se dice: "Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad" .

Mientras que el art. 5, letra a), sobre el "Ámbito de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal" , dispone: " Las medidas específicas para garantizar la igualdad



de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal se aplicarán, además de a los derechos regulados en el Título I, en los ámbitos siguientes:

a) *Telecomunicaciones y sociedad de la información* .

Por tanto, conforme a lo expuesto, lo previsto en el citado apartado 5 del art. 8 de la LGCA, impone obligaciones a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación con las personas con discapacidad, que merecen, a juicio del legislador, una protección especial, no teniendo, como aduce la parte actora, un mero carácter programático.

CUARTO .- A continuación, debemos analizar si el diálogo recogido en la escena de la serie que nos ocupa, va en contra de lo establecido en el reseñado art. 8.5 de la LGCA.

La citada escena del capítulo primero de la serie, que es una serie satírica y de ficción, vienen a equiparar a las personas con Síndrome de Down con personas retrasadas, en concreto, en el siguiente dialogo: Estanislao dice: *"Algún vecino retrasado que ha tirado una colilla y me ha hecho un agujero en la chaqueta.*

En ese momento, el padre de Estanislao , que está sentado en el sofá, le dice:

- Se dice Síndrome de Down, hijo.

- Muy bien, lingüista (mientras se ríe su hermano)".

Así las cosas, el tratamiento que se da en dicho diálogo hacia las personas con Síndrome de Down, discapacitados psíquicos, y la imagen que se transmite de este colectivo no son adecuados ni correctos desde el punto de vista social y normativo anteriormente reseñado, a pesar de que la serie es una obra de ficción con escenas humorísticas y satíricas.

Es decir, como se dice en la resolución recurrida *"en la citada escena se efectúa una equiparación de las personas que padecen Síndrome de Down con personas retrasadas, pero desde un punto de vista peyorativo y no justificado, pues ni siquiera tiene una connotación humorística que se pueda situar en un contexto en el que determinadas menciones sobre personas con discapacidad o sobre cualquier persona, independientemente de sus capacidades, puedan considerarse adecuadas, o al menos aceptadas, en función del objetivo perseguido o de las circunstancias concurrentes en el programa"* .

QUINTO .- Se aduce también por la parte actora que, la resolución recurrida infringe los derechos a libertad artística y de expresión garantizados en la Constitución.

En la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017 -recurso nº- 2.139/2015 - se dice: *"Respecto del derecho a la producción y creación literaria y artística que, junto a la científica y técnica, reconoce el art. 20.1. b) de la Constitución , y su relación con las libertades de expresión e información, esta sala ha declarado, en su sentencia 441/2014, de 29 de julio , que se trata de un derecho autónomo, lo que en principio excluiría que le afectaran los requisitos a que están sujetas las libertades de expresión e información. Según dicha sentencia:*

""[A]unque en algunos textos internacionales sobre derechos humanos no se reconoce este derecho como un derecho autónomo respecto de las libertades de expresión e información, en nuestro ordenamiento jurídico es un derecho autónomo. Tal autonomía ha sido declarada por el Tribunal Constitucional. En la STC 51/2008, de 14 de abril , el Tribunal afirma que "el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares". Declara también en Tribunal Constitucional en esta sentencia que "[c]omo en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica"".

Por otra parte, las libertades reconocidas en el art. 20 de la Constitución , tiene sus límites. Así, *"la libertad de expresión encuentra también su límite en el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales, cuya afectación no resulte necesaria para la realización constitucional del derecho. Delimitación que solo es posible hacer mediante la adecuada ponderación de los valores constitucionales enfrentados, entre los que destaca la garantía de la existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político, debiendo recordarse que, tal y como reconoce el apartado 4 del art. 20 CE , todas las libertades reconocidas en el precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, que cumplen una "función limitadora" en relación con dichas libertades"*. (SS.TC. 107/1988, de 8 de junio , 20/2002, de 28 de enero , 151/2004, de 20 de septiembre , y 9/2007, de 15 de enero).



Es decir, se establece un límite específico en relación con la protección de la juventud y de la infancia, dentro del cual, hay que entender que se encuentran las personas con discapacidad psíquica, como las personas con Síndrome de Down.

Y, en el caso que nos ocupa, la mención que se hace en la escena en cuestión de las personas con Síndrome de Down no se adecúa a lo dispuesto en la LGCA, pues lo que transmite es una percepción estereotipada sobre este tipo de personas y una imagen poco respetuosa y no inclusiva. La utilización de la palabra "retrasado", como sinónimo de Síndrome de Down, no se ajusta a la realidad, o al menos tiene un sesgo ofensivo que no ayuda en nada a facilitar la integración social de este colectivo. Implicando, igualmente, un factor que incita a repetir este tipo de conductas poco apropiadas. Por lo que no puede prevalecer el derecho de libertad artística o de expresión, sobre la protección de dichos discapacitados.

Procede, en consecuencia, en virtud de lo expuesto, la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

SEXTO. - A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas procesales a la parte actora.

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

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de la mercantil **TELEFÓNICA AUDIOVISUAL DIGITAL, S.L.U.**, contra la resolución de 5 de abril de 2018 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se requiere a la parte actora para que, desde la notificación de la presente resolución, adoptara las medidas oportunas para que en sus emisiones adecuara el tratamiento de las personas con discapacidad a lo establecido en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, y ofreciera una imagen respetuosa e inclusiva de este colectivo, declaramos la citada resolución conforme a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

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.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.