



Roj: **SAN 1002/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1002**

Id Cendoj: **28079230012020100120**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2020**

Nº de Recurso: **716/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000716 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05402/2018

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION S.A

Procurador: MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

SENTENCIA N^o:

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 dieciocho de febrero de dos mil veinte.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 716/2018, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González- Carvajal, en nombre y representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A., contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de julio de 2018. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 207.302.- euros.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 11 de septiembre de 2018, del que se acordó su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno tal parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 2018 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se tuviera por formalizada la demanda contra la resolución de 11 de julio de 2018 y, tras los trámites oportunos dicte sentencia por la que se declare:

"- 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 los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo, al haber calificado correctamente como NR7 la emisión de "Sálvame Naranja" en el canal Telecinco el día 9 de febrero de 2018;

- 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 Tercero, al haber imputado la comisión de dos infracciones graves, por la supuesta vulneración de los artículos 7.2 y 7.6 de la LGCA.

- 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 58.12 de la LGCA la vulneración del artículo 7.6 de la LGCA.

- 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 Quinto.

- 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 Sexto".

TERCERO.- La Sra. Abogada del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 23 de febrero de 2019 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas.

CUARTO.- Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó el mismo mediante Auto de 22 de febrero de 2019, practicándose las pruebas documentales y pericial propuestas y admitidas, con el resultado que figura en las actuaciones.

QUINTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad actora y después la Abogada del Estado, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivas pretensiones.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 4 de febrero de 2020, fecha en que ha tenido lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña Nieves Buisán García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por Mediaset España Comunicación S.A. la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 11 de julio de 2018 por la que se declara a Mediaset responsable de dos infracciones de los artículos 7.2 y 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, por la que se imponen dos sanciones de 107.301 € y 100.000 euros respectivamente, por la emisión del programa "Sálvame Naranja":

-Con la calificación de "no recomendada para menores de 7 años" en horario de protección reforzada, cuando la calificación apropiada a los contenidos del programa es la de no recomendada para menores de 12 años (NR-12).



-Y que por la temática abordada, escenas e imágenes, resultan unos contenidos audiovisuales inadecuados para los menores de 12 años y pueden resultar perjudiciales para su desarrollo físico, mental o moral.

Los hechos hacen referencia al Programa "Sálvame Naranja" emitido el día 9 de febrero de 2018 entre las 18:30 y las 18:35 horas, y entre las 19:17 y 19:18 horas.

SEGUNDO.- La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

No ha habido infracción del artículo 7.2 LGCA: La calificación NR7 otorgada por Mediaset resultó adecuada, lo que ha existido ha sido un error interpretativo manifiesto de la CNMC en la aplicación de los Criterios de Calificación, que se adjuntan como documento 1 y que forman parte del Código de Autorregulación como Anexo al mismo (docum. 3). La CNMC considera, a tenor del apartado 3.2.2 relativo a "insinuaciones sexuales", que la calificación adecuada es NR12 centrando la controversia en si la imagen de los colaboradores comiendo un plátano es una insinuación de acto sexual "no accesoria". Más los criterios de calificación sí recogen que en NR7 se pueden mostrar insinuaciones de actos sexuales de manera "no accesoria". Existe un error de derecho en el razonamiento de la resolución impugnada.

No ha habido infracción del artículo 7.2 porque la calificación otorgada por Mediaset a la emisión resulta adecuada. Un análisis adecuado de los dos momentos puntuales del programa por los que se le sanciona permite concluir que los vídeos suponen la presencia no accesoria, con connotación sexual, de la insinuación de un acto sexual y, por tanto, cumplen con el criterio definido para la categoría NR7.

Un examen pormenorizado de las imágenes evidencia que los videos cortos animados en modo "GIF" de ambas colaboradoras comiendo plátanos no han mostrado con detalle una felación: Clara acudía al plató caracterizada de Crescencia, en conmemoración del aniversario de su nacimiento, lo que explica el atrezo del programa. Empieza a repartir plátanos entre los colaboradores, la hora de la merienda es habitual en el programa. A las 18:34 se muestra a Clara comiendo el plátano, más no hay ruidos de succión ni gemidos femeninos, a diferencia de lo que indica la resolución. La insinuación no se muestra con detalles ni por imágenes ni por frases de los colaboradores, que solo emiten algunas risas jocosas y comentarios de soslayo. Los juegos de la cámara deformando el rostro de la colaboradora en espiral tampoco resaltan un supuesto erotismo. A las 19:17 se ve a Felisa dándole un bocado a un plátano, que se convierte en un GIF del plátano entrando y saliendo, que apenas dura 20 segundos.

La categoría NR12 no resultaría adecuada ya que requiere "*presencia o presentación explícita y detallada, con connotación sexual*" y no basta que la insinuación explícita sino que se añade la conjunción copulativa "y".

Vulneración del artículo 29.5 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público por la imposición de doble sanción. En el Artículo 7.2 LGCA se establecen dos franjas de horarios de protección: la de protección general, en la que pueden emitirse contenidos calificados como máximo con NR16, y la de protección reforzada, que soporta hasta la calificación de NR7. Si los dos montajes han vulnerado o no el artículo 7.2 LGCA por resultar inadecuados en cuanto a la franja horaria, requiere un juicio de legalidad que necesariamente pasa por verificar la calificación realizada en virtud del artículo 7.6 LGCA y por ende, en virtud de los criterios de calificación. Es decir, el medio para cometer el ilícito del artículo 7.2 LGCA ha sido, inevitablemente, a través de la errónea calificación por edades, por lo que la infracción del artículo 7.2 LGCA conlleva necesariamente la infracción del artículo 7.6.

Vulneración del principio de tipicidad (artículo 25 CE y 27 LRJSP) por la inadecuada subsunción del artículo 7.6 LGCA en el tipo infractor del artículo 58.12 LGCA.

La vulneración del artículo 7.6 LGCA no es constitutiva de infracción grave (SSTS de 12 de diciembre y 16 de diciembre de 2016) . La subsunción del artículo 7.6 en el tipo del artículo 58.12 LGCA supone entender que una calificación inadecuada implica, *per se*, un incumplimiento del código de autorregulación, lo cual supone una deficiente comprensión del Código de Autorregulación, y es incongruente con el bien jurídico que según la CNMC protege el artículo 7.6 LGCA (la del deber de información y no la de proteger al menor, como sostiene la entidad actora).

Vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE por la distinta tipificación que se ha venido realizando del incumplimiento de lo previsto en el artículo 7.6 LGCA.

En ocasiones se ha sancionado como infracción leve tipificada en el artículo 59.2 LGCA, en otras se subsumía en la infracción del artículo 7.2 LGCA en virtud del principio *non bis in ídem*, otras veces ha habido una subsunción en el tipo del artículo 58.12 LGCA e imposición de una única infracción grave, sin sancionar la vulneración del artículo 7.2 de la LGCA. En otros casos se ha llevado a cabo la imposición de sanción grave del artículo 7.2 LGCA y valoración del posible incumplimiento del Código de Autorregulación como criterio de

graduación de la sanción. Y en otros se han impuesto dos infracciones graves de los artículos 7.6 y 7.2 LGCA. Ausencia de motivación que fundamente el cambio de criterio en su forma de sancionar el incumplimiento del artículo 7.6 LGCA.

La sanción impuesta resulta desproporcionada y ello a tenor de los siguientes criterios: La duración de los dos momentos controvertidos ha sido ínfima; el perjuicio es muy limitado para los menores, pues eran insinuaciones, no acto sexual explícito y se desarrollaba como un juego de comida; solamente hay un salto de edad; de acuerdo con los datos disponibles, el programa tuvo una audiencia media de 33.000 menores de 12 años, y tan solo 29.000 menores entre 7 y 11 años habrían visto el programa, de los cuales solo 4000 (14% del total) estuvieron solos durante la emisión.

TERCERO.-Ha de ser analizada, en primer término, la sanción por infracción del artículo 7.2 LGCA impuesta a Mediaset en la resolución combatida, precepto cuyo tenor literal es el siguiente:

"2. 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 (...)"

En la medida en que procede contrastar los contenidos presentados y las necesidades de desarrollo y formación de los menores según cada edad, puesto que la causa de un "perjuicio para el desarrollo mental y moral de los menores" por determinados contenidos televisivos, constituye un "concepto jurídico indeterminado", tal y como esta Sala ha reiterado en sentencias de 17/01/2020 (Rec. 902/2018) y de 27/11/2018 (Rec. 384/16), la definición y concreción del mismo exige traer a colación el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia suscrito por las cadenas privadas de televisión -entre ellas Mediaset- y el Ente Público Radiotelevisión Española. Estándares de protección reflejados en el expresado Código que 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.

Conforme a tal Código de Autorregulación de 2011, coincidente con los contenidos en la Resolución de 9 de julio de 2015 (que establece los criterios de calificación de contenidos audiovisuales que servirán a los prestadores de servicios en la calificación de contenidos) se indica en relación al sexo que:

" la edad de calificación dependerá de una serie de moduladores que valoran la conducta analizada y que se explican a continuación (...) b) insinuación de actos sexuales. Se califican como:

Apto para todos los públicos, la presentación accesoria y la presencia mínima o fugaz.

No recomendado para menores de 7 años, si la presencia está basada en el romanticismo o relación amorosa o cuando la presencia o presentación sea no accesoria con connotación sexual.

No recomendada para menores de 12 años, si la presencia o presentación tiene connotación sexual y sea explícita y detallada.

No recomendada para menores de 16 años, en aquellos contenidos con connotación sexual en los que haya protagonismo de niños, o la presencia o presentación sea explícita y detallada, y además sea frecuente o con recursos potenciadores del impacto

Mediaset, en la demanda no discute la connotación sexual de lo que describe como " dos breves vídeos a modo de GIF de dos colaboradoras comiendo un plátano", sino que en lo que insiste tal entidad actora, sobre todo, es en el carácter accesorio y no explícito y detallado de las imágenes, considerando que no basta la insinuación explícita para entender cometida tal infracción del artículo 7.2 LGCA.

Dando por reproducidos los hechos probados tal y como se recogen en la resolución recurrida, que no han sido desvirtuados mediante medio probatorio alguno, esta Sala considera que según se desprende de las imágenes

por las que ha sido sancionada la entidad recurrente, introducir y sacar un plátano de la boca abierta por parte de dos mujeres no es una forma natural de actuar o de comérselo, sino que constituye una clara insinuación de una felación, lo cual resulta un acto de indudable contenido sexual al que los menores no deberían estar expuestos, y ello a pesar de que a la vez se produjeran risas y comentarios jocosos de otros de los intervinientes en la tertulia, aspectos jocosos perfectamente compatibles con contenidos audiovisuales perjudicial para el desarrollo mental o moral de los menores. Contenido audiovisual con connotación sexual al que tampoco puede otorgarse un carácter accesorio o secundario, como también pretende Mediaset, dado el protagonismo que llegan a adquirir las imágenes, emitidas en la pantalla gigante que preside el plató en el que se desarrolla el programa, y ocupando, en algunos instantes, y de manera exclusiva, el centro de atención del mismo.

CUARTO.- Se denuncia asimismo en la demanda la vulneración del artículo 29.5 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público por la imposición de una doble sanción.

Es esta una cuestión que, respecto de los mismos preceptos de la LGCA, ha sido ya planteada al Tribunal Supremo y resuelta por la STS de 23 de febrero de 2017 dictada en unificación de doctrina 3149/2016. Sentencia que razona lo siguiente:

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 necesidad 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". 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.

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 necesidad 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 lo que en base a dicha sentencia en unificación de doctrina, el motivo ha de ser desestimado.



QUINTO.- Se plantea a continuación en la demanda la vulneración del principio de tipicidad (artículo 25 CE y 27 LRJSP) por la inadecuada subsunción del artículo 7.6 LGCA en el tipo infractor del artículo 58.12 LGCA.

Controversia suscitada que ha sido asimismo resuelta por la sentencia de esta misma Sala y Sección de 17 de enero de 2020 (Rec. 902/2018), que en un recurso de gran similitud con el ahora enjuiciado y respecto de una demanda asimismo planteada por Mediaset, considera lo siguiente:

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 2575/2016, de 12 de diciembre de 2016, en el recurso nº 1844, y el nº 2526/2016, de 16 de diciembre de 2016, en el recurso nº 1849/2016, 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 como 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. 3149/2016-, de 12 de diciembre -recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1844/2016- y de 16 de diciembre de 2016 -recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 1849/2016-, 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.

Por lo que dicho motivo del recurso ha de ser estimado, en los términos que más adelante se detallaran.

SEXTO.- La vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE por la distinta tipificación que se ha venido realizando del incumplimiento de lo previsto en el artículo 7.6 LGCA, es un motivo de oposición que ha sido igualmente planteado y resuelto por esta misa Sala en la mencionada SAN de 17 de enero de 2020 (Rec. 902/2018), en la que expusimos lo siguiente:

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 (también la resolución que en el presente pleito se recurre) 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 (también en la resolución que ahora se recurre): "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 SNC/D TSA/006/16), 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".

Así pues, conforme a lo expuesto, también aquí se encuentra suficientemente motivada en la resolución impugnada la imposición de las sanciones por las infracciones de los apartados 2 y 6 del artículo 7 de la LGCA, por lo que no cabe apreciar la conculcación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y debe desestimarse tal motivo de impugnación.

SEPTIMO.- Resta por analizar, por último, la invocada desproporcionalidad de la sanción que igualmente se aduce por la entidad actora en la demanda, que se sustenta en que: La duración de los dos momentos controvertidos ha sido ínfima; el perjuicio es muy limitado para los menores, pues eran insinuaciones, no acto sexual explícito y se desarrollaba como un juego de comida; solamente hay un salto de edad; de acuerdo con los datos disponibles, el programa tuvo una audiencia media de 33.000 menores de 12 años, y tan solo 29.000 menores entre 7 y 11 años habrían visto el programa, de los cuales solo 4000 (14% del total) estuvieron solos durante la emisión.

Tal y como igualmente argumenta la repetida SAN de 17 de enero de 2020 (Rec. 902/2017): *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 estecampo 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 dimanen 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 como graves en el artículo 58.3 de la LGCA -vulneración de la prohibición y, en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor-, y en el artículo 58.12 de la LGCA -incumplimiento de los códigos de autorregulación-.

Conforme al art. 60.2 de la LGCA, las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual. Y el apartado 4 del mismo artículo 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".

Aplicando la anterior doctrina el presente caso, resulta que por la infracción del artículo 7.2 de la LGCA se impone a Mediaset la sanción de 107.301 euros, para lo cual la resolución sancionadora "ha tenido en cuenta las franjas horarias de protección reforzada afectadas, la audiencia media de menores de 12 años que siguieron el programa, el tipo de contenidos emitidos (sexo), 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 cuenta 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".

Considera la Sala que tales circunstancias apreciadas por la Administración para la fijación de la multa justifican la determinación de su cuantía, siendo de destacar, por otra parte, la frecuencia con la que Mediaset ha sido sancionada por la emisión de contenidos inadecuados en horario protegido y por falta de calificación o incorrecta calificación, tal y como se pone de manifiesto en las Sentencias de esta Sala (8ª) de 12 marzo -Rec. 409/2013-, 27 de abril -Rec. 408/2013-, y 18 de mayo de 2015 -Rec. 519/2013-. A lo que debemos añadir, que en todo caso, la cuantía de la sanción impuesta por la infracción se sitúa en la mitad inferior de la sanción a imponer en todos los casos, por lo que no cabe apreciar infracción del principio de proporcionalidad.

Respecto a la infracción del artículo 7.6 de la LGCA que hay que calificar como leve de conformidad con lo razonado en el fundamento de derecho quinto que antecede, el art. 60.3 de la citada norma establece que tales infracciones leves 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 y proporcionados, se considera procedente la imposición de una multa de 10.000 euros en lugar de la de 100.001 euros impuesta en la resolución combatida, por lo que el recurso contencioso-administrativo ha de ser estimado en este extremo.

OCTAVO.- La estimación parcial de la demanda conlleva, de conformidad con el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, que no proceda la imposición de costas procesales a ninguna de las partes.



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

FALLAMOS

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Mediaset España Comunicación, S.A contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de julio de 2018 por la que se imponen a dicha entidad actora dos sanciones de 107.301 € y 100.000 euros por vulneración, respectivamente, de los artículos 7.2 y 7.6 de la LGCA, declaramos la nulidad de la citada resolución solamente en cuanto a la calificación y cuantía de la sanción por vulneración del art. 7.6 de la LGCA, que se califica como leve y se reduce su importe a 10.000 euros, resolución que se confirma en el resto, sin expresa imposición de las costas a ninguna de las partes.

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.