



Roj: **STS 1880/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1880**

Id Cendoj: **28079130032021100073**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **06/05/2021**

Nº de Recurso: **3216/2020**

Nº de Resolución: **647/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 357/2020,**  
**ATS 8580/2020,**  
**STS 1880/2021**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### Sentencia núm. 647/2021

Fecha de sentencia: 06/05/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **3216/2020**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: **3216/2020**

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### Sentencia núm. 647/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 6 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número **3216/2020**, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2020, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 902/18, sobre Sanción de la CNMC. Se ha personado como parte recurrida el Procurador D. Manuel Sánchez Puelles en representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA, con la asistencia letrada de D. Alfonso Muñoz Vigil.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procedimiento contencioso-administrativo número 902/18 seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por Mediaset España Comunicación SA, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 19 de julio de 2018, recaída en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/057/18, que impone a dicha entidad, una multa por un importe de 1.094.006 Euros, por seis infracciones graves, correspondientes a los artículos 7.2 y 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA).

La sanción se impone a la entidad MEDIASET como autora 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 tipificada como grave en el art. 7.2 y 58.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, 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.

**SEGUNDO.-** La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 17 de enero de 2020, cuya parte dispositiva acuerda:

*<<Que estimamos 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 SA", 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.>>*

Contra la referida sentencia, la Administración del Estado y Mediaset España Comunicación SA manifestaron su intención de interponer recurso de casación que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, comparecieron en tiempo y forma ante el Tribunal Supremo.

Por Auto de la Sala de admisión del Tribunal Supremo de fecha 9 de octubre de 2020, se acordó:



"1º) Declarar la inadmisión del recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad Mediaset España Comunicación SA, contra la sentencia de 17 de enero de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Primera, en el recurso nº 902/2018, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último párrafo del fundamento jurídico tercero de la presente resolución.

2º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia referida en el punto anterior."

Y declaró que la cuestión planteada que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

"3º) .....determinar si los hechos tipificados como infracción por el artículo 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), deben calificarse como infracción grave -artículo 58.12 LGCA- o como infracción leve- artículo 59.2 LGCA-.

4º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 7.6, 12, 58.12, 59.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), sin perjuicio de la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras normas que considere de aplicación."

**CUARTO.-** La ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, presentó su escrito de interposición del recurso de fecha 1 de diciembre de 2020, en el que realizó las consideraciones oportunas a su derecho en relación a los siguientes epígrafes:

Primero.- Sobre la sentencia recurrida y los términos del auto de admisión del recurso de casación así como los preceptos legales infringidos.

Segundo.- La base jurídica constitucional e internacional de la protección al menor en el ámbito de la comunicación audiovisual.

Tercero.- Determinación de las normas europeas sobre la corregulación en la determinación de contenidos emitidos por los prestadores de servicios audiovisuales y la protección al menor.

Cuarto.- La base jurídica de la protección al menor en el ámbito de la comunicación audiovisual parte del principio de libertad de contenidos pero tratando de forma individualizada las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación con el objetivo de protección de los menores. Estas obligaciones se contienen en lo que a este recurso se refiere en el artículo 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA).

Quinto.- La resolución sancionadora no incumple el principio de tipicidad. La corregulación para la protección del menor en la emisión de contenidos audiovisuales. El incumplimiento de los contenidos del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia supone vulneración del art. 7.6 y puede ser subsumido en el tipo de infracción grave descrito en el artículo 58.12 de la LCGA.

Sexto.- Sobre la sentencia que debe resolver este recurso una vez fijada jurisprudencia: sobre el *ius litigatoris* tras fijar jurisprudencia.

Terminando por suplicar dicte sentencia estimatoria, se fije jurisprudencia en el sentido señalado en el último párrafo del FJ 6 de este escrito, y con arreglo a dicha doctrina, case y anule la sentencia recurrida dictando nueva sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, confirmando la resolución de la CNMC recurrida *"en el particular relativo a las tres emisiones 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 infracción grave, (3 emisiones, 3 infracciones graves, 3 sanciones) en el art. 58.12 de la LGCA en relación con su art. 7.6 "*.

**QUINTO.-** El representante legal de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA presento su escrito de oposición el 3 de marzo de 2021, suplicando la desestimación íntegra del recurso de casación, con todo lo demás que en Derecho proceda.

**SEXTO.-** No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, se señaló para votación y fallo el día 16 de marzo de 2021, habiéndose desarrollado su deliberación en sucesivas sesiones hasta el 27 de abril.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Objeto y planteamiento del recurso.



La representación de la Administración General del Estado interpone el presente recurso de casación nº **3216/2020** contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de Enero de 2020 (recurso nº 902/2018) que estima en parte el recurso contencioso-administrativo deducido por Mediaset España Comunicaciones, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de julio de 2018 (expediente NUM000).

La citada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia imponía a Mediaset España Comunicación SA, una multa por importe total de 1.094.006 euros por la comisión de seis infracciones graves, tres correspondientes a las infracciones del artículo 7.2 y 58.3 de la Ley General de Comunicaciones Audiovisuales, y otras tres por la infracción del artículo 58.12 en relación con el artículo 7.6, tipificadas todas ellas como graves en dicha norma.

La sentencia de la Audiencia Nacional rebaja la calificación de la infracción relativa al artículo 7.6 LGCA de grave a leve, y con arreglo a lo establecido en el artículo 60.3 LGCA reduce la cuantía de las tres multas, fijándolas en la suma de 33.000 Euros por el programa del día 8 de enero, 31.000 Euros por el programa del día 9 de Enero y 29.000 Euros por el programa del día 10 de enero de 2015, desestimando el recurso en todo lo demás.

Los hechos que motivaron la imposición de la sanción, así como las cuestiones debatidas en el proceso de instancia y sobre los que no existe controversia son, en esencia, la emisión de contenidos inapropiados según su calificación por edades en los programas de "Sálvame" de los días 8, 9 y 10 de enero de 2018, cuya descripción figura en la resolución sancionadora de la CNMC.

En el escrito de interposición del recurso de casación la Administración del Estado recurrente censura la sentencia de instancia por la errónea calificación jurídica de los hechos objeto de sanción. Aduce, al respecto que las calificaciones por edades otorgadas infringen los criterios del Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia y sostiene que se infringe lo dispuesto en el artículo 7.6 y en consecuencia tales hechos deben ser subsumidos en el tipo de infracción grave del artículo 58.12 LGCA como incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de la LGCA.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación y, en particular, la señalada en el Auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 9 de octubre de 2020, en el que se declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en determinar "si los hechos tipificados como infracción por el art. 7.6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) deben calificarse como infracción grave -art. 58.12 LGCA- o como infracción leve -art. 59.2 LGCA-." Esta misma cuestión ha sido examinada en el recurso de casación nº 3155/2020 deliberado conjuntamente con el presente, en el que se ha dictado Sentencia nº 583/2021 de 29 de abril, cuya fundamentación reproducimos.

**SEGUNDO.-** Sobre la interpretación de la sentencia recurrida.

Las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo en el aspecto que interesa en el presente recurso de casación, -la nueva calificación jurídica de la sanción como leve- son en síntesis las que figuran en el sexto Fundamento Jurídico, del siguiente tenor literal:

"[...] - 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 40/2015, 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 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. 3.149/2016-, de 12 de diciembre -recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1.844/2016- 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."

**TERCERO.-** Sobre los precedentes de esta Sala.

Como se comprueba en el fundamento que se ha reproducido, la sentencia recurrida se apoya en la jurisprudencia de esta Sala, en concreto en varias sentencias dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina ( SSTS de 12 y 16 de diciembre de 2016 - recursos 1844 y 1849/2016- y de 23 de febrero de 2017 -recurso 3149/2016-). En todas ellas se desestimaron los recursos interpuestos, en los que se alegaba como sentencia de contraste una sentencia de la Audiencia Nacional que de forma aislada se separaba de la interpretación seguida en casos análogos por la Sala de lo Contencioso Administrativo de dicho Tribunal.

Sin embargo, la cuestión debatida en aquellos recursos para la unificación de doctrina no coincide con la del recurso que nos ocupa, a pesar de lo cual la sentencia de instancia se apoya en una afirmación de aquellas sentencias de esta Sala que sólo se explica por las concretas circunstancias que allí concurrían, pero que no era consecuencia de una interpretación jurídica específica sino, cabalmente, tan sólo un *obiter dictum* referido a los procesos de instancia. Expliquemos esto detenidamente.

La cuestión debatida en aquellos recursos de casación para la unificación de doctrina era si la emisión de contenidos perjudiciales para los menores con la calificación de apto para menores, constitutiva de la infracción del artículo 7.2 de la LGCA, suponía una infracción simultánea del artículo 7.6 (la necesaria calificación por edades de conformidad con los términos indicados en el precepto), no subsumible en la



principal del 7.2; o si, por el contrario, la infracción del 7.6 era subsumible en la del 7.2 por ser necesariamente presupuesto o medio para la comisión de esta última infracción. La conclusión de esta Sala (dando la razón a la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, a excepción de la sentencia que en los tres supuestos se presentaba como de contraste) era la siguiente:

"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." ( sentencia de 23 de febrero de 2017 -recurso de casación para la unificación de doctrina 3149/2016-, fundamento de derecho noveno)

El problema, como se advierte con la sola lectura del párrafo transcrito, es que en el mismo se califica reiteradamente a la infracción del artículo 7.2 como grave y la del 7.6 como leve. Y apoyándose en tal afirmación, la sentencia de instancia en el presente procedimiento concluye:

"Pues bien, conforme a la jurisprudencia expuesta y el criterio de esta Sala esa interpretación es incorrecta, y como ha señalado el Tribunal Supremo, " *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*".

Sin embargo, el que las tres sentencias de esta Sala dictadas en aquellos recursos se refiriesen reiteradamente a la infracción del artículo 7.2 como infracción grave ex artículo 58.3, y a la infracción del 7.6 como infracción leve ex artículo 59.2, todos ellos de la LGCA, no tiene la relevancia que le atribuye la Sala de instancia. Y ello por la sencilla razón que dichas sentencias en ningún momento examinaron la tipificación de tales infracciones. Sucedió que en aquellos procedimientos la resolución sancionadora calificaba la infracción del artículo 7.2 como infracción grave y la del 7.6 como leve, así lo hacían también las partes y, finalmente, así lo hacía igualmente la sentencia de la Audiencia Nacional. En ese contexto, las sentencias de esta Sala mantenían aparentemente tal tipificación, pero no era una cuestión examinada en ellas, sino que se empleaba la referencia de calificación tal como venía en el pleito de instancia, pues lo que se debatía y se analizaba por esta Sala era la cuestión ya mencionada de si existía o no concurso medial entre la infracción "leve" del artículo 7.6 y la "grave" del 7.2. Por consiguiente, la cuestión de si la infracción del 7.6 está correctamente tipificada por la resolución sancionadora ahora en litigio como infracción grave del artículo 58.12 o es una infracción leve ex artículo 59.2 de la LGCA es una cuestión que no queda resuelta en modo alguno por el precedente al que apela la sentencia de instancia, sino que hemos de resolverla en el presente procedimiento tal como plantea el auto de admisión del recurso.

El error de la sentencia recurrida al estimar el recurso por un mal entendimiento de los precedentes de esta Sala nos lleva de manera inexcusable a casar dicha sentencia y a examinar como Sala de instancia las alegaciones formuladas en el recurso contencioso administrativo *a quo*, entre las que se encuentra como principal cuestión sustantiva la referida a la tipificación que dió lugar a la admisión de la casación.

**CUARTO.**- Sobre las objeciones de legalidad formuladas en el recurso contencioso administrativo *a quo*.

La sentencia recurrida resumía las alegaciones formuladas en la instancia de la siguiente manera:

"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".*

El Abogado del Estado en su escrito de contestación solicita "la desestimación íntegra del recurso, con expresa imposición de costas." (Antecedente de Hecho segundo)

**QUINTO.-** Sobre la tipificación de la infracción del artículo 7.6 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

Examinamos ahora la cuestión de fondo a la que se refieren, desde diversas perspectivas, el resto de alegaciones.

El artículo 7 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, cuyo rótulo es el de "derechos del menor", enumera en siete apartados una serie de obligaciones y prohibiciones para los emisores de contenidos en protección de los derechos de los menores. En lo que ahora importa, los apartados 2 y 6 tienen el siguiente tenor:

" **Artículo 7. Los derechos del menor.**

[...]

2. Está prohibida 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.

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.

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.

Los programas dedicados a juegos de azar y apuestas, sólo pueden emitirse entre la 1 y las 5 de la mañana. Aquellos con contenido relacionado con el esoterismo y las paraciencias, solo podrán emitirse entre las 22 horas y las 7 de la mañana. En todo caso, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tendrán responsabilidad subsidiaria sobre los fraudes que se puedan producir a través de estos programas.

Quedan exceptuados de tal restricción horaria los sorteos de las modalidades y productos de juego con finalidad pública.

En horario de protección al menor, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual no podrán insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética.

[...]

6. Todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva deben disponer de una calificación por edades, de acuerdo con las instrucciones sobre su gradación que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

La gradación de la calificación debe ser la homologada por el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

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."

La tipificación de la infracción de las obligaciones y prohibiciones establecidas en el artículo 7 se efectúa en los artículos 57, 58 y 59, en los que se enumeran las infracciones muy graves, graves y leves respectivamente. En lo que atañe al presente litigio interesan los siguientes apartados:

" **Artículo 58. Infracciones graves.**

Son infracciones graves:

[...]

3. 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.

[...]

12. El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley.

[...]"

" **Artículo 59. Infracciones leves.**

Son infracciones leves:

[...]

2. El incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves.

[...]"

La resolución sancionadora de la que trae causa el presente litigio tipificaba los hechos infractores de la siguiente manera:

" III. Tipificación de los hechos probados

**3.1 Emisión de contenidos perjudiciales para los menores en horario de protección reforzada y errónea calificación por edades del programa**

**3.1.1 Consideraciones generales**

El artículo 7.2 de la LGCA solo permite la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que no puedan perjudicar seriamente (pues en ese caso se prohíbe) el desarrollo físico, mental o moral de los menores entre las 22:00 y las 6:00 del día siguiente. Asimismo, prevé tres franjas horarias consideradas de "protección reforzada" en las que no pueden emitirse contenidos calificados para mayores de 13 años:

- Entre las 8:00 y las 9:00 horas de los días laborables.
- Entre las 17:00 y las 22:00 horas de los días laborables.
- Entre las 9:00 y las 12:00 horas de los sábados, domingos y festivos de ámbito estatal.

En consecuencia, la emisión de contenidos que infrinjan dichas reglas puede ser constitutiva de una infracción grave de conformidad con el artículo 58.3 de la LGCA, que tipifica de esa manera la vulneración de la prohibición y, en su caso, de las condiciones de emisión, de contenidos perjudiciales para los menores.

La producción de " *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. No obstante, las previsiones del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia pueden servir como criterio interpretativo, de manera que un operador no puede afirmar que es adecuado para los menores un contenido que en base a los criterios que suscribió voluntariamente es reconocido como nocivo con antelación.

Por su parte, el apartado 6 del citado artículo se refiere a la obligación de todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva de disponer de una calificación por edades, de acuerdo con las instrucciones sobre su gradación que dicte la CNMC, a quien le corresponde la vigilancia, control y sanción de la adecuada calificación de los programas por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva. Esta calificación debe ser acorde con las instrucciones sobre su graduación que dicte la autoridad audiovisual y corresponderse en todo caso con la homologada por el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia.

De acuerdo con las calificaciones del citado Código, los contenidos emitidos en las franjas de protección reforzada no pueden tener una calificación de "NR-12" o superior.

El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta, como el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, al que MEDIASET se ha adherido, se tipifica en el artículo 58.12 de la LGCA como una infracción grave.

Por Resolución de la CNMC de fecha 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 CNMC de fecha 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 artículo 7.6 de la LGCA.

El sistema de calificación por edades de productos audiovisuales del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia contiene criterios orientadores para la clasificación de programas televisivos en los que se tiene en cuenta, entre otros, aspectos relativos a comportamientos sociales y temática conflictiva. Estos criterios tienen un carácter meramente orientador,

indicativo y no exhaustivo. Además, el Código contiene principios que los operadores deben seguir en su programación en horario protegido, entre los que se incluye "*Evitar la utilización instrumental de los conflictos personales y familiares como espectáculo, creando desconcierto en los menores*" (punto II.1.e).

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 concorra 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 su parte, dentro de la categoría de "Miedo o angustia" se ha de analizar si el programa audiovisual incluye escenas de graves conflictos emocionales o situaciones extremas, entre otros supuestos. La edad de calificación dependerá de una serie de moduladores que valoran la conducta analizada. 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 accesorio, 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 el caso analizado, debe destacarse, en primer lugar, que MEDIASET califica con "NR-7" el bloque "Sálvame Naranja" del programa "Sálvame", que se emite en horario de protección reforzada, pues, de otra manera, si lo calificara como "NR- 12" no podría hacerlo en ese horario.

Tal y como expone la propuesta de resolución, en cada uno de los programas analizados se aprecian 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. Aunque para la verificación de los ilícitos sería suficiente que lo fuera uno solo de ellos, a juicio de la Sala ambos concurren en el programa correspondiente a cada día, por lo que se analiza en los siguientes apartados diferenciando ambos.

### **3.1.2. En relación con la presentación del conflicto familiar**

De la exposición de hechos se deduce que, en la emisión del programa de los tres días a los que se refiere esta resolución, se busca expresamente como contenido de los mismos la descripción de los problemas familiares del presentador y su exhibición. Se trata de la presentación 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.

Ello supone una abierta vulneración del principio del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, según el cual en la programación en horario protegido se deben evitar la utilización instrumental de los conflictos personales y familiares como espectáculo, creando desconcierto en los menores.

Sin ánimo de exhaustividad, esa intencionalidad se aprecia, por ejemplo, al destacar el comportamiento hostil de los protagonistas en los avances de los vídeos emitidos los días 8 y 9 de enero, que actúan como cebo o gancho, centrando el contenido de esa manera en la reacción nerviosa de los padres a las palabras despectivas o insultantes de su hijo. En la entrevista emitida el día 8 de enero, el reportero insiste en sus preguntas pese a sus advertencias con el ánimo de provocar una reacción airada que pueda ser objeto de debate en el plató por los tertulianos.

En concreto, en el programa emitido el día 8 de enero de 2018, se presenta a través de la emisión de vídeos y comentarios en el plató por parte del presentador y los tertulianos, el conflicto entre el presentador de televisión y sus padres. El presentador había comentado sus desavenencias en otro programa de la misma cadena, lo que sirve para retomarlo en "Sálvame" y reproducir los reproches e insultos hacia sus padres. Sin separación de contenidos, el tema se retoma en "Sálvame Naranja" con vídeos de avance idénticos que plantean de nuevo el conflicto familiar. A las 19:15 se emite el vídeo completo que se ha venido adelantando y que consiste en una tensa entrevista a los padres del presentador mientras pasean por un parque.

La presentación del conflicto personal es el tema del programa, no un aspecto secundario o accesorio que surge durante el tratamiento de otro asunto.

El recurso es nuevamente utilizado al día siguiente, en el que el reportero vuelve a entrevistar a los padres en un parque. La emisión del vídeo ha sido precedida de una entrevista con el personaje público en que el reconoce que concurren problemas de drogadicción y que su madre se encuentra gravemente enferma del corazón. En



el vídeo, nuevamente, el padre, con un lenguaje soez (*"estoy hasta los huevos", "coño"*) reacciona airadamente, lo que se destaca en la tertulia posterior con expresiones como *"es la escena más violenta que he visto entre un reportero y alguien conocido"*. Las expresiones utilizadas en el vídeo denotan la intención de subrayar la situación de conflicto: *"guerra enquistada, "tensar la cuerda"*)

Idéntico tratamiento del tema se encuentra en el programa del 10 de enero, que empieza con este tema, concretamente con el vídeo que contiene el manotazo y los gritos del padre al reportero y la referencia a unas duras declaraciones del padre a otro medio de comunicación sobreimpresas en un banner: *"... nos está matando. No entiendo el porqué del odio de mi hijo. Nunca he sido un mal padre... Mi mujer lleva mucho tiempo enferma y desde hace un año no ha recibido ni una llamada de nuestro hijo"*.

Tras el bloque publicitario se emite el mismo vídeo y se da paso a los colaboradores y a nuevos vídeos que hacen referencia a las declaraciones. En ellas se reconoce que, a su juicio, el personaje en cuestión tendría "adicciones" que influyen en la mala relación. También se recogen extractos del programa del día anterior, con declaraciones del presentador en las que reconoce su sufrimiento e intervenciones de tertulianos que reconocen que ha pensado en el suicidio. En la tertulia posterior se habla de las posibles adiciones como origen de los problemas. Uno de los intervinientes, incluso, insulta a uno de los miembros de la familia en un tono airado (*"idiota, que cosa más tonta, de verdad"* -16:38:28-).

Ya en el bloque "Sálvame Naranja" (calificado como NR-7), al retomar el tema (18:48), se emite un nuevo vídeo (18:54) con la escena del padre gritando y golpeando al reportero, las declaraciones del día anterior del presentador reconociendo su sufrimiento al ver las imágenes, la intervención de una colaboradora reconociendo que los padres están "desbordados" y que ha pensado en el suicidio, el resumen de las declaraciones del padre a otro medio con la referencia a las adicciones de su hijo y al dolor que les produce la situación (*"nos está matando", "nos está haciendo muchísimo daño", "este sufrimiento no se lo deseo a ningún padre"*) y se reconoce que la solución está lejana porque la ruptura parece ser *"más definitiva que nunca"* y, para concluir de nuevo la agresión al reportero. El programa también incluye una entrevista con el protagonista. Los colaboradores en sus intervenciones pasan por alto la voluntad de retirar el conflicto del foco público e intentar encauzarlo. Por el contrario, resaltan las contrariedades y recuerdan los reproches (que el padre hizo unas declaraciones duras, que el presentador no visitó a su madre cuando estuvo gravemente enferma, etc.).

De los hechos expuestos 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 vídeos 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.

Las anteriores consideraciones, a juicio de esta Comisión, llevan a considerar 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.

Esta utilización de un conflicto personal y familiar como espectáculo en horario protegido es precisamente lo que el Código de Autorregulación quiere evitar, por lo que también supone una vulneración de éste.

Además, el tratamiento de una situación de grave conflicto personal de la forma expuesta implica que su calificación por edades hubiera debido ser más restrictiva. La presentación continua y detallada de un grave conflicto emocional, como lo es la mala relación con la familia más cercana cuando éste es fuente de grave sufrimiento para los protagonistas, lo que supone una consecuencia negativa eminentemente grave, exige una calificación más estricta que la de "NR-12" otorgada al bloque "Sálvame Naranja" y, desde luego, que la de "NR-7" del bloque "Sálvame Limón".

Asimismo, tratándose de un programa de tipo magazine, no se puede apreciar elementos atenuantes de la calificación "NR-12" según la Guía de Calificación, tales como educación o pedagogía adecuada para la infancia, o que el programa se haya diseñado para la prevención, denuncia o concienciación sobre drogas, alcohol, sustancias tóxicas, prácticas generadoras de psicopatías u otros temas que generen alarma social y que puedan afectar negativamente a los menores, dirigido específicamente a la infancia.



**3.1.3 En relación con el tratamiento de la prostitución** Además del contenido que se refiere a la presentación como espectáculo de un conflicto familiar con graves consecuencias para sus protagonistas, se da la circunstancia de que en los mismos programas se abordó otro contenido que, igualmente constituye un contenido perjudicial para el desarrollo de los menores y que, asimismo, supone una infracción del Código de Autorregulación. Es por ello que, incluso en el supuesto hipotético de que el tratamiento de alguno de los dos temas generase dudas sobre su posible calificación jurídica, no impediría la imposición de la correspondiente sanción en lo que respecta al otro.

El Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia se refiere a la prostitución dentro del apartado correspondiente al sexo. Los criterios de calificación por edades son los expuestos más arriba y, según los mismos, la emisión de contenidos relacionados con la prostitución se calificará como "NR-16" si la presencia no es accesoria y tiene una clara connotación sexual. La calificación otorgada por el operador al bloque "Sálvame Limón" (NR-7) implicaría una presentación accesoria, una presencia mínima o fugaz o bien que concorra sin connotación sexual. La del bloque "Sálvame Naranja" (NR-12) correspondería a una presencia basada en el romanticismo o en una relación amorosa. Por tanto, a la vista del contenido del programa descrito en las actas de visionado que se han reproducido, ninguna de las calificaciones otorgadas por el prestador es apropiada y cabe descartar su ajuste a los criterios del citado Código de Autorregulación.

Se considera, por el contrario, que hay una presentación con clara connotación sexual y que ésta no es accesoria, sino principal.

En cuanto a la connotación sexual, esta parece ser propia de la prostitución, por lo que solo cuando se muestra claramente una relación amorosa o de carácter romántico se descartaría el requisito.

En lo que se refiere al carácter no accesorio, según se ha expuesto, en el programa del día 8 de enero de 2018, el bloque "Sálvame Naranja", calificado como "NR-7", comenzó con las dificultades personales de una de las colaboradoras del programa, que anteriormente era conocida por ser actriz de cine erótico. Tras un vídeo inicial en la que se cuestionan aspectos sobre su persona y que incluye imágenes de los programas de días anteriores en los que acudió como invitada, un colaborador insinúa que el personaje podría *"tener un trabajo"*. Aunque no se menciona abiertamente que ejerza la prostitución, el debate se centra en este extremo y en si lo conoce su pareja, a la sazón también colaborador del programa.

Tras la pausa publicitaria, el personaje que está siendo cuestionado es presentado, de forma sorpresiva, como nueva *colaboradora* del programa. A continuación, se le realiza una entrevista, que se centra en la reacción de su pareja, aparentemente disgustada por ello. A tal fin, se emite un nuevo vídeo con unas declaraciones suyas de los días 4 y 5 de enero de 2018. La entrevista continúa y la nueva colaboradora se emociona ante las insinuaciones del colaborador sobre su supuesta ocupación, pero el programa continúa con otro vídeo en el que se insinúa que grababa vídeos con los hombres con los que se acostaba. El presentador reconduce el tema hacia las supuestas pruebas que acreditarían el ejercicio de la prostitución y el colaborador que dispone de las pruebas muestra a cámara un anuncio que claramente se refiere a una oferta de servicios de carácter sexual y que dice: *"Famosa TV. Solo VIPS. 24 horas"* (17:57) mientras se proyecta un banner que dice *"¡¡Atención!! Mauricio le enseña a Covadonga la prueba definitiva sobre su pasado"*.

Las continuas insinuaciones sobre el ejercicio de la prostitución por parte de quien es presentada como "nueva colaboradora" no son esporádicas, sino el verdadero tema del programa, más allá de su debut como colaboradora o su relación de pareja. El colaborador va exponiendo las supuestas pruebas que así lo acreditarían con ánimo de relacionarla con la actividad.

La presentación de la prostitución como fuente de ingresos (además, que permite un elevado nivel de vida), con independencia de si ha acreditado que la colaboradora se dedica a esa actividad o no durante el programa, constituye una conducta a la que los menores no deberían estar expuestos, pues pueden razonablemente pensar que es una conducta normalizada y a imitar. No se exponen los aspectos negativos o sórdidos de la actividad, sino que esta se presenta exclusivamente desde el punto de vista de los ingresos que permite obtener.

Pero, además, durante el programa se expone, y por parte de la interesada se admite, que se dedica, o ha dedicado, a hacer espectáculos de *"strep-tease"*, es decir, en los que se desnuda con un fin erótico a cambio de dinero. Ello constituye una exposición de una conducta con contenido eminentemente sexual.

A lo largo de la entrevista, se enfrenta a la colaboradora ante situaciones de conflicto: su supuesto pasado como prostituta, sus problemas de pareja o su trauma infantil.

Por su parte, el programa del día 9 de enero de 2018 retoma el tema del pasado de la colaboradora. En el plató se encuentra su pareja, también colaborador del programa. Las insinuaciones al ejercicio de la prostitución son evidentes y los colaboradores dudan abiertamente de que se paguen 8.000 euros por un mero baile.

Durante el programa se escucha el testimonio de una persona que afirma haber trabajado junto a ella y que reconoce abiertamente "ejerce de princesa".

En un momento dado, la presentadora, visiblemente alegre, se regocija de que podría tener "comensales" como "princesa", eufemismo para referirse a una prostituta y que es título de una famosa película española en que las protagonistas lo son, lo que constituye un claro ejemplo de la banalización con la que se afronta el asunto.

La presentación de la prostitución, aunque velada y escondida bajo eufemismos, es lo suficientemente expresa para identificarla sin lugar a dudas.

Y para desterrar dudas, al final de algunos de los vídeos insertados, se escucha el tema de la canción principal de la película "Pretty Woman" (17:11:42).

El asunto es tratado extensamente durante el programa. Ya en el bloque "Sálvame Naranja", continúa con el testimonio en el plató de quien se ha presentado como su excompañera, que afirma contundentemente que ha "ejercido el tema de las cenas" y de otro grabado de un trabajador de una "agencia". La agencia dispondría de un catálogo o *book* en el que habría figurado. El supuesto testigo reconoce haber recogido pagos para ella de 8.000 euros por dos horas. La tertulia finaliza a las 18:30.

De lo expuesto se deduce que no se produce un tratamiento accesorio o tangencial, sino que el programa se centra en si la colaboradora ha ejercido la actividad o no.

El asunto también es tratado de forma extensa en el programa del día 10 de enero. En el plató se encuentra el antiguo marido de la protagonista, a quien se entrevista a partir de las 16:45 y que "defiende" el honor de ésta. Durante la entrevista, el presentador reconoce que el término "cenar" es metafórico (16:48:25) y se reconoce que la colaboradora lo está pasando anímicamente muy mal, exponiendo así, de nuevo, el sufrimiento que produce un conflicto personal.

El tema se retoma a las 17:41, ya en el bloque "Sálvame Naranja". El vídeo que introduce el asunto plantea las sospechas sobre el origen deshonesto de algunos de los ingresos de la protagonista y resume las diferentes intervenciones de los dos días anteriores que plantearían estas dudas. La entrevista al exmarido comienza mientras se inserta un *banner* que reconoce que las dudas sobre las fuentes de ingresos de su ex mujer le "han destrozado", mientras en la pantalla gigante del plató se emite una imagen de ella llorando. La primera colaboradora empieza preguntando sobre si ella lo está pasando mal, extremo que corrobora el entrevistado.

La entrevista y el correspondiente coloquio continúan hasta las 18:38, cuando se emite un nuevo vídeo con el adelanto de un nuevo testimonio.

Durante el programa, y hasta en diez ocasiones, se coloca un cartel sobrepresionado con un contenido intencionadamente ambiguo: "Un joven asegura que su padre contrató los "bailes artísticos" de ML como regalo por su 18 cumpleaños, en breve".

A las 19:23, tras retomar por última vez el tema, se emite un último vídeo en el que se incluye el audio de un supuesto cliente que reconoce haber pagado por un *streptase* y por "pasar una noche con ella". El vídeo sirve para centrar la entrevista a quien era su pareja.

En conclusión, se considera que el contenido de los programas, en relación con el asunto de la supuesta dedicación de la colaboradora a la prostitución, los tres días de emisión del programa, puede ser perjudicial para el desarrollo mental y moral de los menores de edad. 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 frivolidad 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.

Ciertamente, el tratamiento del tema en los tres programas evita las menciones directas a la prostitución y emplea otras expresiones ("*vida alternativa*", "*cenas*", "*baile artístico*", "*trabajar en las lucecitas*", "*la profesión más antigua del mundo*"). Aun aceptando que la prostitución se limita a mantener relaciones sexuales a cambio de dinero con otras personas a cambio de dinero (así lo define la RAE) y que no lo es pagar a una mujer para que se desnude mientras baila con una finalidad erótica, las continuas insinuaciones presentes en el tratamiento del tema evidencian que el mayor interés se centra en si la colaboradora ha ejercido la prostitución y a tal fin se despliega una serie de supuestas pruebas que sirven para explicar aspectos de la actividad, tales como la forma de contactar, posibles tarifas, etc.

Además, y como se ha expuesto, las calificaciones por edades otorgadas por el prestador tampoco se ajustan a los criterios del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia dentro del apartado relativo a los contenidos sexuales. A juicio de esta Comisión, se produce una presentación con connotación sexual que no tiene carácter accesorio. Ello supone la infracción del citado Código.

### 3.1.4 Tipificación de las conductas descritas

A modo de síntesis, puede concluirse que en la emisión de "Sálvame" de los tres días analizados se produce la vulneración del artículo 7.2 de la LGCA por emitir en cada uno de ellos dos tipos de contenidos que puede resultar perjudicial para el desarrollo de los menores: En primer lugar, la exposición de conflictos familiares graves y, en segundo lugar, la presentación de la prostitución como una actividad que hubiera podido ejercer una de las colaboradoras del programa.

Asimismo, a la vista de dichos contenidos, se hubiera producido una vulneración del artículo 7.6 de la LGCA por haberse incumplido el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, en concreto, del principio según el cual se debe evitar los conflictos personales y familiares como espectáculo y los criterios de graduación de clasificación por grupos de edad. "

El apartado 12 del artículo 58 estipula con toda claridad que el incumplimiento de los códigos de autorregulación a que se refiere el artículo 12 de la LGCA es una infracción grave. El citado precepto dice lo siguiente:

" **Artículo 12.** *El derecho a la autorregulación del prestador del servicio de comunicación audiovisual.*

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."

Pues bien, de los hechos declarados probados en la resolución sancionadora se deduce claramente que el contenido de los programas de <<Salvame>> por cuya emisión fue sancionada la actora infringen sin género de duda alguno los códigos de autorregulación firmados por Mediaset como hemos visto en la resolución sancionadora anteriormente transcrita.

Las alegaciones de la empresa sancionada no logran desvirtuar la comisión de la infracción sancionada. En el fundamento tercero de su demanda la parte afirma de manera manifiestamente equivocada que si el precepto infringido es el 7.6, la infracción es necesariamente la leve del 59.2, pues de las conductas tipificadas en el artículo 7, solamente la recogida en el 7.2 se califica como grave omitiendo cualquier referencia a la infracción grave del 58.12 ("incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley") expresamente contemplada en el referido apartado 7.6.

El artículo 12 LGCA estipula que todo producto audiovisual debe disponer de una calificación por edades con una gradación según las instrucciones dictadas por el Consejo Estatal de Medios audiovisuales, gradación de la calificación que "debe ser la homologada por el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia". Y concluye el precepto señalando 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".

Constando tal obligación de adecuación de la calificación a la gradación homologada por el correspondiente Código de autorregulación y siendo así que es un hecho incontestable que los programas de <<Salvame>> por cuya emisión se sancionó a la recurrente, se emitieron con flagrante contradicción de los criterios de los



Códigos de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, al que MEDIASET se ha adherido, no cabe duda de que se infringió la obligación del artículo 7.6, incurriendo en el tipo de infracción grave establecido en el artículo 59.12. Dado el tenor de la Ley, la resolución sancionadora formula la infracción de manera correcta al señalar que se han vulnerado las obligaciones establecidas en el artículo 7.6 de la LGCA "lo que se subsume en el tipo infractor grave del artículo 58.12", refiriéndose a continuación al artículo 12 al detallar el tenor del artículo 58.12 ("Son infracciones graves: [...] El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley"). Así, aunque los códigos de autorregulación están regulados en el artículo 12, la obligación de atender sus contenidos y gradación de calificación por edades está contemplada en el artículo 7.6, y es dicha obligación la que al ser incumplida constituye la infracción grave del artículo 58.12, que se refiere expresamente al incumplimiento de los códigos de autorregulación contemplados en el artículo 12. En este contexto resultan irrelevantes los argumentos de la parte referidos a los precedentes sancionadores de la Administración, que ceden ante la interpretación de la legalidad efectuada por los Tribunales como la que efectuamos en este caso sobre la infracción de las obligaciones contenidas en el artículo 7.6 de la LGCA.

**SEXTO.-** Dicho lo anterior resta analizar la alegación esgrimida por Mediaset en la instancia de falta de proporcionalidad de las sanciones en relación a las tres multas impuestas por las infracciones del artículo 58.12 en relación al artículo 7.6 LGCA, que, como hemos razonado, tienen la consideración de graves. En la resolución sancionadora de la CNMC se imponen las multas por importe de 165.000,01 Euros por el programa del día 8 de enero de 2018, 155.001,00 por el programa del día 8 de Enero de 2018 y la suma de 145.000,01 Euros correspondiente al programa del día 10 de enero de 2018, esto es, se fija la cuantía de cada una de las infracciones en atención a las circunstancias concurrentes en cada una de las emisiones de los programas de <<Sálvame>>, cuantía que se sitúa en la franja inferior de las previstas en el artículo 60.2 de la LGCA para las infracciones graves (de 100.000 a 500.000 Euros)

En la resolución sancionadora se toman en consideración los criterios del artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre y las previsiones del artículo 60.2 y 4 LGCA singularmente, las franjas horarias de protección reforzada, la audiencia media de los menores entre 16 /18 años, el tipo de contenidos emitidos, la intencionalidad del operador, el ámbito de cobertura así como la calificación otorgada por el prestador del servicio y el previo requerimiento realizado a Mediaset para la adecuación de los contenidos, conjunto de circunstancias que sustentan las cuantías de las multas que se sitúan en la mitad inferior de las contempladas para las infracciones graves, razones por las que cabe rechazar el alegato de la recurrente al no resultar acreditada la falta de proporcionalidad

**SÉPTIMO.-** Conclusiones y costas.

De acuerdo con las consideraciones expresadas en el los fundamentos Quinto y Sexto, hemos de casar y anular la sentencia recurrida y, por las mismas razones, desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por <<Mediaset España Comunicaciones S.A>>. contra la resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de julio de 2018 dictada en el expediente sancionador NUM000 MEDIASET.

En relación con la cuestión de interés casacional y de conformidad con la interpretación efectuada de las normas aplicables al presente litigio, hemos de declarar que el incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 7.6 de la Ley General de Comunicación Audiovisual constituye una infracción grave comprendida en el artículo 58.12 del citado cuerpo legal, pues dichas obligaciones consisten precisamente en el cumplimiento de los códigos de conducta regulados en el artículo 12 a los que expresamente se refiere el artículo 58.12, preceptos todos ellos de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

De conformidad con lo previsto en los artículos 93.4 y 139.1, la Sala aprecia que concurrían serias dudas de derecho en el litigio, por lo que no se impone condena en costas en la instancia, corriendo en la casación cada parte con las propias y con las comunes por mitad.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos jurídicos quinto, sexto y séptimo:

1.- Declarar que ha lugar y, por tanto, estimar el recurso de casación nº **3216/2020** interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera) en el recurso contencioso-administrativo número 902/2018, que casamos.

2.- Anular la sentencia objeto del recurso.



3.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mediaset España Comunicaciones S.,A. contra la resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de julio de 2018 dictada en el expediente sancionador NUM000 MEDIASET.

4.- No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ