



Roj: **STS 1719/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1719**

Id Cendoj: **28079130032021100067**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/04/2021**

Nº de Recurso: **3155/2020**

Nº de Resolución: **583/2021**

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

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 547/2020,**
ATS 8979/2020,
STS 1719/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 583/2021

Fecha de sentencia: 29/04/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **3155/2020**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

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

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

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: **3155/2020**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 583/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 29 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **3155/2020**, interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 28 de enero de 2020 en el recurso contencioso-administrativo 959/2016. Es parte recurrida Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., representada por la Procuradora D.^a Gloria Teresa Robledo Machuca y bajo la dirección letrada de D. Ramón Vigil Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 28 de enero de 2020, estimatoria del recurso promovido por Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. contra la resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 16 de octubre de 2014, por la que se resuelve el expediente sancionador SNC/DTSA/468/14/ATRESMEDIA II. En dicha resolución se declaraba que la demandante era responsable de la comisión de dos infracciones administrativas de carácter grave del artículo 58.12 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, por haber emitido en su canal NEOX los capítulos de la serie "Física o química" el día 16 de septiembre de 2013, entre las 11:27:57 h. y las 12:51:16 h. y el día 18 de septiembre de 2013, entre las 11:23:06 h. y las 12:56:06 h., con la calificación de programa "no recomendado para menores de 7 años" (NR7), que, por la temática abordada, escenas e imágenes, resultan unos contenidos inadecuados para los mayores de 7 años; se le imponían una sanción de multa de 105.700 euros por la emisión mencionada de 16 de septiembre de 2013 y otra sanción de multa de 104.900 euros por la emisión efectuada el 18 de septiembre de 2013.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 16 de junio de 2020, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 9 de octubre de 2020 por el que se admite el recurso de casación, apreciándose que la cuestión planteada en el mismo que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en 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, debe calificarse como infracción grave -artículo 58.12 LGCA- o como infracción leve -artículo 59.2 LGCA-.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación defendiendo en el correspondiente escrito que cuando las calificaciones por edades otorgadas infringen los criterios del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia se produce una vulneración del artículo 7.6 de la LGCA y en consecuencia tales hechos pueden ser subsumidos en el tipo de infracción grave descrito en el artículo 58.12 de la LGCA como incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley.

Termina dicho escrito con el suplico de que se estime y se fije la jurisprudencia en el sentido señalado en el último párrafo del fundamento jurídico 5 del escrito, y con arreglo a dicha doctrina se 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 19 de julio de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SNC/DTSA/057/18/MEDIASET, en el particular relativo a declarar las dos emisiones con una calificación por edades inadecuada, contradiciendo los criterios del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, constituye infracción grave (2 emisiones, 2 infracciones graves, 2 sanciones) en el art. 58.12 de la LGCA en relación con su art 7.6, por lo que no ha transcurrido tampoco el plazo de prescripción establecido para las infracciones graves desde la comisión de los hechos hasta la notificación de la incoación del procedimiento sancionador.



QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que solicita que se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2020 dictada en el recurso contencioso-administrativa 959/2016.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 9 de marzo de 2021 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 16 de marzo del mismo año, habiéndose desarrollado su deliberación en sucesivas sesiones hasta el 27 de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 28 de enero de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional en materia de sanción por emisión de contenidos audiovisuales con una calificación de edad inadecuada. La sentencia recurrida había estimado el recurso interpuesto por la mercantil Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., al considerar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había impuesto una sanción por un tipo que no se correspondía con la infracción cometida.

El recurso fue admitido a trámite por Auto de esta Sala de 9 de octubre de 2020, que declaró de interés casacional determinar si los hechos tipificados como infracción por el artículo 7.6 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010, de 31 de marzo, LGCA) deben calificarse como infracción grave del artículo 58.12 de la LGCA o como infracción leve del artículo 59.2 de la LGCA.

El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, sostiene en su recurso que la resolución sancionadora no infringió el principio de tipicidad, ya que el incumplimiento de los contenidos del Código de Autorregulación supone la vulneración del artículo 7.6 de la Ley General de Comunicación Audiovisual y puede ser subsumido en el tipo de infracción grave establecido en el artículo 58.12 de la citada Ley.

Al margen de otras consideraciones, Atresmedia considera, por el contrario, que, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la infracción del artículo 7.6 de la LGCA constituye una infracción leve desligable de la grave del artículo 7.2 y no subsumible en ésta, al no ser presupuesto de ella. Entiende por tanto que una vulneración del artículo 7.6 no puede ser subsumida en el tipo de la infracción grave del artículo 58.12 de la LGCA.

SEGUNDO.- Sobre la interpretación de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida estima el recurso con base en las siguientes razones jurídicas:

" **CUARTO.-** El siguiente de los motivos que se alegan y que afecta al fondo, se refiere a la imposibilidad de sancionar como infracción grave sobre la base de lo dispuesto en el art. 58.12 de la LGCA cuando el artículo supuestamente infringido es el 7.6 de la ley, que conlleva una infracción de carácter leve.

Esta cuestión ha sido ya tratada por la Sala en un asunto muy similar, procedimiento 902/2018, en cuya reciente sentencia de 17 de enero de 2020, decíamos al respecto:

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

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

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

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

Así las cosas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2017 -recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 3.149/2016 -, en el mismo sentido que las Sentencias de dicho Tribunal de 12 de diciembre - recurso de casación para la unificación de doctrina 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: <<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"...

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

SEXO.- 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 40/2005, 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.>>.

QUINTO.- Partiendo del precedente de la sentencia transcrita, en el caso ahora enjuiciado y a salvo de las circunstancias de hecho que son diferentes, en la resolución sancionadora se tipifican los hechos (fundamento tercero), como vulneración de las obligaciones establecidas en el art. 7.6 de la LGCA, lo que, a juicio de la CNMC se " subsume en el tipo infractor grave del art. 58.12". Argumenta la resolución que en cuanto a la " tipificación de las conductas sancionadas,.. son dos conductas con un resultado pluriofensivo y que por ello es posible la sanción autónoma de las dos infracciones. Tanto la emisión de contenidos potencialmente perjudiciales como su errónea calificación según el código de autorregulación aplicable. Entre las dos infracciones existe un concurso real, no meramente de normas, de manera que pueden separarse por tratarse de acciones paralelas y no subsumirse una en otra". Y continúa la resolución " se podía sancionar a Atresmedia por la infracción de ambos preceptos. No obstante, mientras que la propuesta de resolución optaba por proponer solamente la sanción de la infracción del art. 7.2 de la LGCA, se considera igualmente adecuada en este caso, la sanción que corresponde al tipo que se refiere a la vulneración del código de autorregulación aplicable. Así las cosas, pudiéndose optar por la sanción de ambas infracciones, no puede merecer reproche la elección, a favor del infractor de una sola de ellas".



Finalmente y aún cuando la resolución es muy confusa al respecto, se sanciona a Atresmedia por dos infracciones y se le imponen las sanciones que corresponden al tipo que se refiere a la vulneración de la obligación contenida en el art. 7.6 de la LGCA, de ajustar debidamente la calificación de los contenidos emitidos en los dos programas y su inadecuada calificación en atención a los criterios de los códigos de autorregulación aplicable, si bien entiende la CCNMC que dicha sanción es grave por estar subsumida en el art. 58.12 de la ley.

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*". (fundamentos de derecho cuarto y quinto)

TERCERO.- Sobre los precedentes de esta Sala.

Como se comprueba en los fundamentos que se han 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 interpretación de la Audiencia Nacional, a excepción de la sentencia que en los tres recursos de casación 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 dio 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:

" **SEGUNDO.-** La actora discrepa de dicha resolución y en su demanda, solicita su nulidad, aduciendo los siguientes motivos:

a) Declare la nulidad de la Resolución por tratarse de una Resolución dictada en ejecución de una sentencia que no se atiene a los términos de la misma.

b) Declare la nulidad de la Resolución por estar ante un procedimiento sancionador caducado, al haber excedido el plazo de 6 meses desde su incoación hasta la Resolución ahora recurrida.

c) Declare la nulidad de la Resolución por haber aplicado una sanción que no se corresponde con la infracción denunciada. Imposibilidad de sancionar como

infracción grave sobre la base de lo dispuesto en el art. 58.12 LGCA cuando el

artículo supuestamente infringido es el 7.6 LGCA que conlleva una infracción de carácter leve.

d) Declare prescrita la infracción por estar ante una sanción de carácter leve y no grave como afirma la Resolución.

e) Declare la nulidad de la infracción por no poder existir vulneración del Código de Autorregulación al haberse emitido la serie conforme a la calificación otorgada a la misma por el ICAA para su comercialización.

f) Declare la nulidad de la infracción por ajustarse las emisiones a los criterios sentados en el Código de Autorregulación para la calificación de +7 con la que fue emitida.

g) Declare la nulidad de la sanción por vulnerar el procedimiento sancionador los principios de culpabilidad, seguridad jurídica y confianza legítima.

h) Declare la inexistencia de infracción, dejando sin efecto la sanción impuesta en la Resolución impugnada, por el resto de motivos de fondo expuestos en el presente.

El Abogado del Estado en su escrito de contestación solicita la desestimación de la demanda y la confirmación de la resolución impugnada por considerarla totalmente ajustada a Derecho." (fundamento de derecho segundo)

En cuanto a las dos primeras alegaciones, asumimos la respuesta que dio la Sala de instancia en los términos que siguen:

" **TERCERO.-** Comenzando por los dos motivos formales de nulidad que se alegan en el escrito de demanda, el primero se refiere a la supuesta nulidad de la resolución, por cuanto la resolución que se impugna debería limitarse a ejecutar la sentencia dictada por esta Sala en el anterior recurso 327/2014, sentencia de 26 de abril de 2016, en cuyo Fallo se estimaba el recurso presentado por dicha entidad frente a la imposición de sanciones por estos mismos hechos, siendo la razón de tal nulidad la vulneración del derecho de defensa de la demandante que, ante un cambio de tipificación en la resolución sancionadora en relación con la contenida en la propuesta, no se le había concedido el trámite de audiencia previa para que hubiera podido pronunciarse al respecto. La Sala ordenaba la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno para salvaguardar el derecho de defensa de la recurrente en el ejercicio de la potestad sancionadora.

La tesis de la parte es que la ejecución de la sentencia en sus propios términos solo permitía dictar una nueva resolución dejando sin efecto la declarada nula y procediendo a restaurar la situación al momento previo a



su dictado, por lo que debería haber acordado devolver las cantidades indebidamente ingresadas así como sus intereses.

La tesis expuesta debe rechazarse, considerando la Sala que la CNMC actuó correctamente, cuando, en ejecución de dicha sentencia, que le fue notificada el 2 de septiembre de 2016, y declarada firme el día 18 de septiembre, mediante resolución de 29 de septiembre acordó conceder a Atresmedia el trámite de audiencia emplazándole para que en 15 días alegase lo que considerara pertinente en relación con la nueva calificación de los hechos, lo que así efectuó la parte, en escrito de 18 de octubre de 2016, produciéndose a continuación la resolución de 25 de octubre de 2016 que se impugna.

El segundo de los motivos debe asimismo ser rechazado. Expone la parte que el expediente sancionador en todo caso habría caducado por cumplimiento del plazo máximo para resolver, sosteniendo la tesis de que la retroacción debe ser al momento en que la Administración vulneró el derecho de defensa de la actora, que, a su juicio, es el momento en que se dictó la resolución, tiempo en que solo restaban 6 días para notificar la nueva resolución.

La resolución impugnada, por el contrario, sostiene que el momento de la retroacción ha de ser al tiempo en que el trámite omitido debió de tener lugar, es decir la notificación de la propuesta, o en su caso la presentación de alegaciones por parte de Atresmedia. Añade que el cómputo del plazo no se reanuda por otro lado, hasta la firmeza de la sentencia, el 28 de septiembre de 2016, y desde entonces aún quedaba 1 mes y 23 días de plazo de duración máximo del procedimiento, por lo que es evidente que no ha transcurrido el plazo máximo de duración al tiempo del dictado de la resolución.

La Sala se muestra conforme con el razonamiento de la CNMC, pues aún cuando en la sentencia de 26 de abril de 2016, no se especifique el exacto momento a que deben retrotraerse las actuaciones, empleando la expresión "momento procedimental oportuno", parece lógico que éste ha de ser coincidente con el trámite de audiencia omitido y no el momento del dictado de la resolución definitiva como pretende la actora.

En definitiva, ambos motivos deben ser rechazados." (fundamento de derecho tercero)

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:

" **TERCERO.- Tipificación de los hechos probados**

De acuerdo con la descripción de los Hechos probados, ATRESMEDIA ha emitido en el canal NEOX, en los capítulos de la serie "FÍSICA Y QUÍMICA" de referencia, contenidos relacionados con el consumo de alcohol y drogas que se estiman susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, bajo la calificación de "programa no recomendado para menores de 7 años" (NR7).

Del visionado de los contenidos de los referidos programas que ha tenido lugar en el marco de la fase de instrucción del presente expediente, se advierte que en estos capítulos se recogen una serie de situaciones que entran de lleno en muchos de los temas considerados como más negativos y peligrosos para los menores, especialmente en el caso de los niños y de los preadolescentes, tales como (a título meramente ilustrativo):



- Consumo de diferentes drogas por menores (marihuana, ketamina, pastillas) y en distintos entornos, incluido el centro docente. Tratamiento de estos consumos con planos de detalle de preparación de rayas, proceso de esnifado, intercambio de pitillos de marihuana y alusiones verbales a las drogas.
- Consumo de alcohol por parte de los alumnos y de los profesores.
- Prácticas sexuales entre tres adolescentes, dos chicos y una chica, que acaban con violencia hacia la menor e intento de violación.
- Práctica de sexo explícito entre adolescentes en diferentes entornos, entre otros los servicios del centro docente.
- Violencia entre alumnos (insultos y agresiones).
- Uso frecuente de insultos y lenguaje soez (transcripciones en los documentos de instrucción).

Esta conducta constituye una vulneración de las previsiones respecto a la calificación por edades y la emisión de contenidos perjudiciales para los menores recogidas en los Códigos de autorregulación del sector (versiones de 2004 y 2011) y, en consecuencia, de las obligaciones establecidas en el **artículo 7.6** de la LGCA, lo que se subsume en el tipo infractor grave del **artículo 58.12**, que establece que "*Son infracciones graves: (...) El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley.*"

Existiendo en el Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, que resulta de aplicación en el sector, calificaciones de edad superiores a la de NR7, los programas objeto de análisis en el presente expediente deberían haber sido calificados de forma más restrictiva.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria advierte la comisión de dos infracciones administrativas graves (una por cada capítulo) tipificadas en el artículo 58.12 de la LGCA, al haberse vulnerado la obligación establecida en el artículo 7.6 de la LGCA por no haber ajustado debidamente la calificación de los contenidos emitidos en los dos programas de continua referencia a las calificaciones por edades previstas en el Código de Autorregulación."

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 capítulos por cuya emisión fue sancionada la actora infringen sin género de duda alguno los códigos de autorregulación de 2004 (firmado por Atresmedia) y 2011. Así, la resolución sancionadora razona del siguiente modo:

"En cuanto al fondo, la presentación del consumo de drogas realizada en estos programas se vincula a un consumo compartido entre amigos o colegas, susceptible de disfrutarse en celebraciones y desprende la idea de que contribuye a la diversión, facilita las relaciones interpersonales y no produce graves consecuencias para los que las consumen.



El consumo de alcohol, en el capítulo del día 18 de septiembre de 2013, se presenta como algo necesario para divertirse ("... nos obligáis a ir a una fiesta sin priva, ¿y encima tenemos que decir que el mundo sin alcohol es de puta madre?", "...una fiesta sin alcohol es un coñazo"), como algo que amortigua el sufrimiento y ayuda a sobrellevar las cargas de la vida (las dos profesoras bebiendo en su domicilio para enfrentarse a problemas o la profesora echando de menos el alcohol para aguantar los celos) y como algo generalizado y obligatorio en fiestas, aunque su temática sea sin alcohol (profesores bebiendo en la fiesta).

Todo lo anterior constituyen presentaciones del consumo de alcohol y de la utilización habitual y los efectos del consumo de drogas ilícitas, susceptibles de crear conductas imitativas, al realizarse por personajes cercanos al menor (los alumnos) o por personajes responsables de su educación (los profesores), en un entorno cercano al menor (el instituto).

En cualquiera de los casos, estos contenidos se califican en el Código de 2004 como no recomendados para menores de 13 años (NR13), y en el Código de 2011 como no recomendados para menores de 16 años (NR16), por lo que resulta inapropiada la calificación de "no recomendada para menores de 7 años" (NR7) de ambos capítulos.

Debe también señalarse, en relación a las alegaciones de ATRESMEDIA, que el requerimiento mencionado en el artículo 9 de la Ley 7/2010 ("3. Cuando el contenido audiovisual contradiga un código de autorregulación suscrito por el prestador, la autoridad requerirá a éste la adecuación inmediata del contenido a las disposiciones del código o la finalización de su emisión") no forma parte del procedimiento sancionador, ni constituye un presupuesto previo para su incoación.

ATRESMEDIA, con la firma del "Acuerdo para el fomento de la autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia" de 9 de diciembre de 2004, asume unos compromisos individuales; por un lado, el de señalar los programas mediante una calificación orientativa que informará a los telespectadores sobre su mayor o menor idoneidad para los menores y, por el otro, el de no insertar entre las 06:00 y las 22:00 horas programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación, ni programas, escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores. Los contenidos considerados no adecuados para los menores se concretan y detallan en el Código de Autorregulación y van más allá de lo estrictamente establecido en el texto de la LGCA, por lo que las calificaciones realizadas por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA) no eximen a ATRESMEDIA del cumplimiento de sus obligaciones, ni constituyen señal de un grado suficiente del cumplimiento exigible tras la firma del Acuerdo. Por ello, tales motivos alegados por ATRESMEDIA deben ser también rechazados."

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 apodíctica y 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.

En efecto, el citado artículo 12 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 capítulos por cuya emisión se le sancionó a la recurrente se emitieron con flagrante contradicción de los criterios de los Códigos de Autorregulación de 2004 y 2011, 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 las características de los códigos de autorregulación, así como los



relativos 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.

Rechazada la alegación de que la infracción del artículo 7.6 es una infracción leve, decae también la consecuencia de que la misma hubiera prescrito, como se sostiene en el fundamento tercero de la demanda.

También ha de ser rechazada la alegación de la parte de que la serie "Física y Química" fue emitida con la calificación que le fue otorgada por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Escénicas (ICAA). La mercantil actora dedica a este alegato el fundamento cuarto de su demanda de instancia y vuelve a tratarlo en el apartado 2 de su contestación al recurso de casación del Abogado del Estado. Aunque la sentencia recurrida, que resolvía en esencia por remisión a otra precedente, no incorporaba propiamente hechos probados -en contra de lo que en casación ha sostenido Atresmedia-, tal cuestión carece de relevancia una vez casada dicha sentencia. Lo cierto es que la afirmación de la parte en su recurso contencioso administrativo de que la serie fue emitida conforme a la calificación otorgada por el ICAA no ha sido acreditada. Debe reseñarse que la prueba solicitada por la parte a este respecto se formulaba en términos manifiestamente equívocos en relación con la venta en video y DVD (que se solicitase oficio al ICAA para que certificase "la calificación con la que se comercializa esta serie, en todas sus temporadas en los formatos expuestos"), cuando de lo que se trataba es de la emisión por televisión. En cualquier caso, consta en autos oficio del ICAC del siguiente tenor:

"En contestación a su oficio de 21 de marzo de 2018, en el que piden información solicitada por la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se comunica que la calificación de la obra "Física o Química" no se ha otorgado por este instituto, ya que si bien el ICAA tiene competencias en materia de calificación, las películas y obras audiovisuales también pueden ser calificadas por las Comunidades Autónomas que tengan competencias en la materia.

En este caso, las calificaciones fueron otorgadas por la Generalitat de Catalunya, a través del ICEC (Institut Català de les Empreses Culturals), que en aquellas fechas se denominaba ICIC."

Ya con lo anterior bastaría para rechazar esta alegación que se sustenta en una afirmación incierta. Pues aunque el artículo 8.1 de la Ley del Cine (Ley 55/2007, de 28 de diciembre) equipara a los órganos calificadores de las Comunidades Autónomas al ICAC, lo cierto es que no fue el ICAC el organismo que otorgó calificación alguna a la serie -en contra de las reiteradas afirmaciones de la parte- ni consta en qué términos se solicitó y otorgó la calificación por el Instituto catalán. Por otra parte, ha de advertirse que si bien el artículo 7.6 de la LGCA prevé en su primer apartado que los productos audiovisuales deben disponer de una calificación por edades "de acuerdo con las instrucciones sobre su gradación que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales" -referencia que hoy día hay que entender dirigida al ICAC-, también lo es que a continuación el precepto añade que dicha gradación "debe ser la homologada por el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia", y ya hemos visto que no lo fue en este caso, en el que los capítulos por cuya emisión se sancionó a la mercantil actora eran manifiestamente contrarios a los dictados del código de 2004 y versiones posteriores. A este respecto tiene razón la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando afirma en su resolución sancionadora que

"[...] Los contenidos considerados no adecuados para los menores se concretan y detallan en el Código de Autorregulación y van más allá de los estrictamente establecido en el texto de la LGCA, por lo que las calificaciones realizadas por el Instituto de la Cinematográfica y de las Artes Audiovisuales (ICAA) no eximen a ATRESMEDIA del cumplimiento de sus obligaciones, ni constituyen señal de un grado suficiente del cumplimiento exigible tras la firma del Acuerdo. Por ello, tales motivos alegados por ATRESMEDIA deben ser también rechazados."

Debe añadirse además, en el mismo sentido, que la calificación genérica que pudiera otorgar el ICAC u órgano autonómico a una serie a partir de primeros episodios o episodios pilotos no puede eximir a los prestadores de servicios audiovisuales de la necesaria diligencia en someter a nueva calificación episodios posteriores que pudieran exceder los rasgos o contenidos de los sometidos inicialmente a control de calificación, y ello con independencia de los procedimientos de revisión de calificaciones ya otorgadas que pueda prever el código de autorregulación.

No puede considerarse exactamente en los mismos términos la calificación otorgada para un producto audiovisual unitario que la otorgada a una serie que se prolonga a lo largo de períodos de tiempo en ocasiones muy dilatados, pues la emisión de capítulos con contenidos que exceden manifiestamente una calificación inicial o de una primera temporada no puede quedar amparada por dicha calificación, con total despreocupación por parte del emisor de verificar que los concretos contenidos de capítulos posteriores no sobrepasen la calificación genérica inicialmente otorgada.



Por las mismas razones debe decaer la invocación de los principios de culpabilidad, confianza legítima y seguridad jurídica que realiza la parte, por haberse emitido la serie en su integridad bajo esa misma calificación de 2008 a 2013, vigente ya por tanto en el inicio de la emisión el código de 2004.

Digamos por último que la clara previsión del artículo 7.6 y 12 de la LGCA (de 2010) en relación con los códigos de Autorregulación hace innecesario entrar en las referencias que las partes hacen a la exclusión que el artículo 8.1 *in fine* de la Ley del Cine (de 2010) efectúa respecto a la obligación de someter determinados productos televisivos como las series a su calificación por el ICAC, luego recogida por el artículo 6.4 del Real Decreto 1084/2015, en desarrollo de dicha Ley.

SEXTO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con las consideraciones expresadas en el fundamento anterior, hemos de casar y anular la sentencia recurrida y, por las mismas razones, desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. contra la resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de octubre de 2014 dictada en el expediente sancionador SNC/DTSA/468/14/ATRESMEDIA II.

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 y sexto:

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la sentencia de 28 de enero de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 959/2016.
2. Anular la sentencia objeto de recurso.
3. Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. contra la resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de octubre de 2014 dictada en el expediente sancionador SNC/DTSA/468/14/ATRESMEDIA II.
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.