



Roj: **SAN 2363/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2363**

Id Cendoj: **28079230012018100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2018**

Nº de Recurso: **628/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN PRIMERA**

**Núm. de Recurso:** 0000628 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04211/2016

**Demandante:** DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL S.A.

**Procurador:** JACOBO BORJA RAYON

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D<sup>a</sup>. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a doce de junio de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo PO 628/2016 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. JACOBO BORJA RAYON, en nombre y representación de DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL S.A.U. (DTS) frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de 31 de mayo de 2016 (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ.

### **AN TECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO**.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional el 27 de julio de 2016, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito de 31 de marzo de 2017, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia anulando la resolución recurrida por ser contraria a la Ley y al Derecho.

**SEGUNDO**.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda de 7 de julio de 2017, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, solicitó se dicte una sentencia desestimando el recurso interpuesto, con imposición de costas.

**TERCERO**.- Re cibido el recurso a prueba, mediante Auto de 27 de octubre de 2017, fue practicada la admitida y evacuado el trámite de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 29 de mayo de 2018. Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por la representación procesal de DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL S.A., la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 31 de mayo de 2016, sobre resolución del procedimiento sancionador incoado por el incumplimiento por parte de dicha entidad de la obligación de financiación anticipada establecida en el artículo 5.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA), durante el ejercicio 2013. En concreto, dicha resolución acuerda lo siguiente:

1º) Declarar a DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, SAU, responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter muy grave por incumplir durante el ejercicio 2013, en más de un 10%, el deber de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación, lo que supone la infracción de lo dispuesto en el art. 5.3 en relación a lo dispuesto en el art. 57.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual .

2º) Imponer a DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, SAU, de conformidad con lo previsto en el art. 60 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , una multa por importe de 850.000 euros (Ochocientos cincuenta mil euros).

3º) Requerir a DTS para que invierta en la producción de obras europeas, en los términos indicados en el apartado octavo de los Fundamentos de Derecho, antes de la finalización del ejercicio 2019, la cantidad de 12.389.417,82 euros. De dicha cantidad al menos 5.099762,72 euros deberán destinarse a la producción de películas cinematográficas de cualquier género y 2.413.700,64 euros a la producción de películas en lenguas oficiales en España.

La inversión de estas cantidades se realizará sin perjuicio de las que correspondan en cada ejercicio de conformidad con lo previsto en el art. 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual .

**SEGUNDO**.- Su stenta la actora su pretensión anulatoria en los siguientes alegatos:

- Nulidad de la resolución impugnada por violación del principio de tipicidad sancionadora pues la conducta imputada no encaja en el tipo de infracción del art. 57.3 de la LGCA en relación con los artículos 2.1, 2.2 y 5.3 de la misma ley.

- Nulidad de la resolución impugnada por prescindir completamente de todo análisis de los aspectos subjetivos de la infracción, por falta de culpabilidad y existencia de confianza legítima: DTS ha aplicado el mismo criterio que empleó la Administración demandada hasta la liquidación correspondiente al año 2011.

- Nulidad de la resolución por inexistencia de culpabilidad por aplicación de las categorías recogidas en el derecho penal en la materia.

- Nulidad de la resolución por infracción de procedimiento y competencia.

Y en el SUPPLICO de la demanda, solicita se dicte sentencia por la que se anule la resolución recurrida y mediante tercer Otrosí, pide a la Sala que proceda a plantear la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 de la Constitución y en los artículos 35 a 37 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional , en el supuesto de que si no se aceptasen sus argumentos sobre la cuestión de fondo del asunto, se formulen tres cuestiones relativas a la constitucionalidad de una norma con rango de ley aplicable al caso que expone en su demanda.



Frente a dicha pretensión opone el Abogado del Estado, que no puede estimarse la pretensión de la actora. Señala que la resolución recurrida está correctamente motivada y que no ha existido cambio de criterio, pues se ha limitado a aplicar el criterio adoptado en la resolución referente al ejercicio 2012.

Aduce respecto a la sujeción de DTS al pago de la obligación de financiación anticipada, que todo su argumento gira en torno a la ausencia de responsabilidad editorial, sin embargo, la recurrente elige, para la oferta a sus clientes un concreto contenido que les pone a disposición, por lo que no resulta ajeno al contenido audiovisual, por más que le sea proveído en paquetes que no puede alterar. En tanto que existe emisión se decide contenido, aunque se adquiriera a tercero un paquete completo.

Indica que también se encuentra pendiente ante la Sala el PO 1734/2015, así como el 626/2016, en los que se sigue el mismo criterio, solicitando mediante Otrosí que se proceda a la suspensión de los autos hasta que se dicte sentencia en el procedimiento 1734/2015, recurso interpuesto contra la resolución de la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC de 21 de mayo de 2015, por estar íntimamente relacionado con el que nos ocupa, existiendo indudable conexión directa, por ser la resolución que en él se ventila, antecedente lógico de la presente impugnación.

Finalmente efectúa unas consideraciones sobre la inexistencia de dudas de constitucionalidad, haciendo notar que la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo en el Rec. 104/2004, fue dirigida contra el Real Decreto 1652/2004, por el que se aprueba el Reglamento que regula la Inversión Obligatoria para la Financiación Anticipada de Largometrajes y Cortometrajes Cinematográficos y Películas para Televisión, Europeos y Españoles. Y la STS de 7 de julio de 2016, recaída en dicha causa, manifiesta que en el auto en que planteaban la cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 35/2016, se expresa que las dudas se centraban en la vulneración del artículo 38 C.E (libertad de empresa), sin que *"planteásemos duda alguna de que también pudieran considerarse vulnerados los artículos 14, 20, 31 y 33 de la Constitución que se citaban como infringidos por la demandante"*, ya que *"con relación a dichos preceptos constitucionales que invoca la recurrente esta Sala no albergaba dudas entonces y tampoco ahora"*.

**TERCERO.**- Las alegaciones sobre las dudas de constitucionalidad de la obligación legal de inversión impuesta a los prestadores de servicios audiovisuales en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, que mantiene la regulación anterior contenida en la Ley 25/1994, de 12 de julio (artículo 5.1), fueron también formuladas por DTS en el Rec. 181/2014, de esta Sección, así como en el 1734/2015, en los que ha recaído ya Sentencia de 11 de abril de 2017, y de 30 de enero de 2018, por lo que seguiremos lo dicho en ellas.

<< Así, debemos partir del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 (Rec. 104/2004), que desestimó el recurso contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles. En el procedimiento seguido ante el Tribunal Supremo se planteó, por lo que aquí interesa, una cuestión al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio. El Tribunal Constitucional la ha desestimado en la sentencia 35/2016, de 3 de marzo de 2016 por considerar que *«[...] la norma cuestionada responde a una finalidad legítima y establece una medida que resulta adecuada al fin perseguido»*, concluyendo el Tribunal Constitucional que el citado artículo 5.1 de la Ley 25/1994, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio, no vulnera el derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución, en particular en su manifestación de libertad de "inversión", como se expone en la repetida sentencia del Tribunal Supremo.

Con base en esos argumentos consideramos en la citada Sentencia que carecía de pertinencia el planteamiento de nuevas cuestiones de inconstitucionalidad.

Ahora, si bien alega la actora que las dudas de constitucionalidad que plantea no son por razón de la libertad de empresa al haber sido resuelta dicha cuestión por la citada STC 35/2016, sino por vulneración del artículo 31.3 de la Constitución, en relación con el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad, hay que señalar que la citada STS de 20 de julio de 2016, expresa que en el auto en el que se planteaba *"la cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 35/2016, de 3 de marzo de 2016, queda de manifiesto que nuestras dudas se centraban en la posible vulneración del artículo 38 de la Constitución (libertad de empresa), sin que en aquel auto planteásemos duda alguna acerca de que también pudieran considerarse vulnerados los artículos 14, 20, 31 y 33 de la Constitución, que se citaban como infringidos por la demandante. Por tanto, con relación a estos preceptos constitucionales que invoca la recurrente esta Sala no albergaba dudas entonces; y tampoco*



ahora", exponiendo las razones que sustentan la inexistencia de dichas dudas de constitucionalidad en relación con esos otros derechos.

En el mismo sentido se pronuncia, la posterior STS de 20 de julio de 2006 (Rec. 95/2004 ), que en concreto, sobre la vulneración del artículo 31.3 de la Constitución , expresa en el Fundamento de Derecho tercero: " Pero lo que aquí importa en definitiva es que, aun admitiendo que nos encontremos ante una prestación patrimonial pública, ésta se encuentra prevista por ley y la obligación legal de inversión que se discute está destinada a una actividad de interés público y constitucionalmente legítima, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia que dio respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Sala (STC 35/2016, de 3 de marzo ), aunque el Tribunal refiriera tal afirmación de forma específica a la libertad de empresa dado el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Por consiguiente, al estar la medida controvertida prevista por ley y tener una finalidad constitucionalmente admisible en ningún caso habría vulneración del artículo 31.3 de la Constitución en relación con las exigencias constitucionales referidas a las prestaciones patrimoniales de carácter público".

Por ello, carece también de pertinencia el planteamiento de nuevas cuestiones de inconstitucionalidad sobre el artículo 5.3 de la nueva Ley 7/2010 , que como la propia DTS reconoce, en lo que ahora importa está concebida en los mismos términos que la anterior, como se solicita en el otrosí de la demanda. >>

**CUARTO.-** En cuanto al resto de las alegaciones, como se reconoce por el Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda, el debate procesal se centra en dilucidar si en la determinación de la base de cálculo de la obligación de financiación anticipada del artículo 5.3 de la Ley 7/2010 , se incluyen o no, los ingresos correspondientes a los canales sobre los que DTS no tiene responsabilidad editorial, los denominados en la demanda "canales ajenos", ello, en relación con el ejercicio 2013 al que se refiere la resolución impugnada.

Pues bien, como pone de relieve el representante del Estado, el presente recurso, está íntimamente relacionado con el seguido ante esta Sala con el número 1734/2015, en el que se impugnaba la resolución de 22 de mayo de 2015, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre verificación del cumplimiento por parte de la entidad recurrente de la obligación de financiación anticipada establecida en el art. 5.3 de la LGCA durante el ejercicio 2013, y en cuya resolución se declaraba el incumplimiento de DTS de la obligación comprendida en dicho precepto, resolución que como se hace constar en el antecedente de hecho de la de 31 de mayo de 2016, en este acto combatida, es la que motivó el inicio de expediente sancionador de referencia, el 10 de diciembre de 2015, al entender que DTS había podido vulnerar lo dispuesto en el art. 5.3 de la LGCA, al no haber dado cumplimiento en el ejercicio 2013, a la obligación legal de financiación anticipada que en el mismo se contiene.

Pues bien, en el momento del dictado de la presente sentencia, la Sala ya se ha pronunciado en el recurso 1734/2015 , sentencia de 30 de enero de 2018 , que estimaba el recurso y anulaba la resolución recurrida, por su disconformidad a derecho, según el criterio de la Sala ya adoptado en anterior sentencia de 11 de abril de 2017 .

Razones de unidad de doctrina y de seguridad jurídica, nos obligan a remitirnos a los fundamentos jurídicos de la sentencia de 30 de enero de 2018 , anulatoria de la resolución de la CNMC de 22 de mayo de 2015, que a su vez es en la que se sustenta la resolución de 31 de mayo de 2016, al incoar el expediente sancionador que finalizó con la imposición de la sanción recurrida. Así decíamos en la sentencia de 30 de enero de 2018 :

<< Esta Sala y Sección se ha pronunciado en la Sentencia de fecha 11 de abril de 2017 (Rec. 181/2014 ), citada ya en el Fundamento de Derecho precedente, dictada entre las mismas partes del presente recurso, sobre la misma cuestión aquí suscitada, si bien relativa a un ejercicio distinto (20012), por lo que dada la similitud existente entre ambos supuestos, debemos estar al criterio establecido en la citada sentencia, que no es firme al haber sido recurrida en casación por el Abogado del Estado.

Así, señalábamos en la citada sentencia de 11 de abril de 2017 sobre dicha cuestión lo siguiente:

"QUINTO.- En cuanto a las restantes alegaciones, pretenden que para el cálculo de la obligación de inversión se computen únicamente los ingresos obtenidos por los canales que son de la responsabilidad editorial de la demandante, no de los que distribuye en su plataforma pero sobre los no que tiene tal responsabilidad; en la resolución de la CNMC, modificando el cálculo realizado inicialmente que incluía los ingresos por todos los canales, se descuentan las cantidades pagadas por DTS en concepto de licencia de distribución de los canales que no edita, pero se da por supuesto que se deben considerar todos los canales, tanto si los edita como si no, sin ofrecer mayores explicaciones respecto del cambio de criterio.

La demandante se basa en la evolución normativa para defender que las obligaciones de los operadores de televisión se han mantenido en los mismos términos, aunque la ley de 2010 ha ampliado su cumplimiento a otros productos y a otros operadores.



La Ley 25/1994 establecía en su artículo 5.1 . lo siguiente:

"Artículo 5. Obras europeas

1. Los operadores de televisión deberán reservar el 51 por 100 de su tiempo de emisión anual a la difusión de obras audiovisuales europeas.

Los operadores de televisión que tengan la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan largometrajes cinematográficos de producción actual, es decir, con una antigüedad menor de siete años desde su fecha de producción, deberán destinar, como mínimo, cada año, el 5 por 100 de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos incluidos los supuestos contemplados en el artículo 5.1 de la Ley de fomento y promoción de la cinematografía y del sector audiovisual. El 60 por 100 de esta financiación deberá destinarse a producciones cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España...".

En desarrollo de esta previsión se dicta el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para la televisión, europeos y españoles, aprobado por Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, cuyo artículo 1 establece:

"1. Ámbito de aplicación:

1. Están sujetos a lo dispuesto en este reglamento los operadores de televisión cuya inspección y control sea competencia del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 25/1994, de 12 de julio , por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

2. De acuerdo con la mencionada ley, se entiende por operador de televisión la persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva y que la transmita o la haga transmitir por un tercero. Asimismo, se considerarán establecidos en España aquellos operadores que cumplan las condiciones previstas en el artículo 2 de la citada Ley 25/1994, de 12 de julio ".

El artículo 2, relativo a la verificación del cumplimiento de la obligación de inversión establece que "Los operadores de televisión que tengan la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan largometrajes cinematográficos de producción actual deberán remitir a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, antes del día 1 de abril de cada año natural, un informe en el que se indique la forma en que han dado cumplimiento a lo dispuesto en los párrafos segundo a cuarto del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994 [...]".

De esta regulación se deduce claramente que la obligación se impone a los operadores televisivos que sean responsables del contenido editorial del canal correspondiente, sin mencionar a los que pueda distribuir sin tener tal responsabilidad.

Para el Abogado del Estado la Ley de 2010 se refiere a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva, de modo que lo relevante no es la responsabilidad de la titularidad editorial de los contenidos, sino que los productos emitidos son los que hacen surgir la obligación.

Esa conclusión no se deduce, sin embargo, del artículo 5.3. de la ley que está redactado en los términos siguientes:

"Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica deberán contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con el 5 por 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción. Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura estatal o autonómica esta obligación será del 6 por 100".

Junto a estos obligados se añade, en el propio artículo 5.3., a los " prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas".

Hay que acudir a las definiciones contenidas en el artículo 2 que considera prestador del servicio de comunicación audiovisual a " La persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio", y añade que "Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial



corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales".

Por lo tanto, aunque la nueva ley precisa técnicamente la denominación de los obligados, ahora llamados prestadores de servicio de comunicación audiovisual, antes operadores televisivos, sigue manteniendo el criterio de la responsabilidad del contenido editorial como idea central y remite al desarrollo reglamentario para determinar el procedimiento, los mecanismos de cómputo y la información que podrá recabarse de los operadores.

Sucede, sin embargo, que como consecuencia de la evolución tecnológica, junto a los llamados por la ley de 1994 operadores de televisión (ahora denominados prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva), se amplía el ámbito objetivo y subjetivo de la obligación, pero no cambia la forma de realizar el cálculo económico de la base de la obligación.

Esta interpretación viene avalada por el desarrollo reglamentario a que alude la ley, que se contiene en el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, que deroga el Reglamento de 2004, hasta entonces vigente.

En su Preámbulo la nueva norma declara su objetivo, que no es otro que "contribuir a definir con claridad y determinación el sistema de contribución anual a la financiación de la producción europea. Así, por un lado, se busca proporcionar seguridad jurídica al cumplimiento de la obligación, de forma que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual obligados por la norma puedan ordenar sus actuaciones de acuerdo con unas previsiones ciertas, fiables y sostenibles. Por otro lado, la norma que se aprueba arbitra mecanismos de flexibilidad en el cumplimiento de la obligación de financiación para que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual puedan desarrollar su actividad y explotar todo el potencial de la misma de la mejor forma posible".

Este explícito reconocimiento de confusión e inseguridad, que expresa el nuevo reglamento no parece compatible con la afirmación por parte de la demandada acerca de la existencia de un claro mandato que se deduciría del artículo 5.3. de la ley de 2010 para incluir en la obligación de los prestadores del servicio audiovisual, como la demandante, tanto los resultados económicos obtenidos de la explotación de los canales de su responsabilidad editorial, como también de los que se limita a distribuir.

En lo que ahora interesa, el artículo 2 del Real Decreto de 2015 señala como prestadores obligados a los siguientes:

- a) Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, de acuerdo a la definición del artículo 2.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo .
- b) Los prestadores de servicios de catálogo de programas, sea cual sea la forma de difusión, de acuerdo con la definición del artículo 2.16 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo .
- c) Los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión, de acuerdo con la definición del artículo 2.15 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo .

En el artículo 6.1.e) se consideran ingresos computables, que hasta entonces no estaban expresamente contemplados, "los obtenidos de la comercialización de canales que den lugar a la obligación de financiación, cuya responsabilidad editorial corresponda a un tercero, de los cuales se deducirán los pagos que se realicen al editor de canales". Es decir, se configura de nuevo el contenido de la obligación y la forma de cálculo económico, antes inexistente.

Así la interpretación que se realiza para determinar ese cálculo en la resolución impugnada carecía, en el momento de dictarla, de base normativa alguna, pues no se deducía de los términos del artículo 5.3. de la Ley de 2010, no estaba contemplada en el Reglamento de 2004 y no se estableció hasta el Real Decreto de 2015 en los términos que se acaban de exponer, que hacen más oneroso el cumplimiento de la obligación para la demandante; hay que tener en cuenta, además, que según su Disposición Transitoria Única, lo establecido en el Real Decreto sólo será de aplicación a las operaciones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor en tanto no suponga una restricción de derechos de los prestadores obligados a la financiación anticipada de la producción europea, por lo que no es de aplicación al presente procedimiento.

SEXO.- Por todas las razones anteriores procede estimar el recurso y anular la Resolución impugnada; en aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción , no procede hacer imposición de costas a ninguna de las partes dadas las serias dudas de derecho existentes ante la complejidad de la legislación aplicable, como se deduce de los anteriores Fundamentos de Derecho".



*Argumentación que resulta plenamente aplicable al caso de autos, por cuanto al igual que en el supuesto contemplado en dicha sentencia, cuando se dicta la resolución aquí recurrida de 22 de mayo de 2015, no había entrado en vigor el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre (BOE 7/11/2015), por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de la financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, que deroga el Reglamento de 2004 hasta entonces vigente.*

*Y este R.D. 988/2015, como ya se ha expuesto, es el que considera ingresos computables en la base de cálculo, que hasta entonces no estaban expresamente contemplados, en su artículo 6.1.e ) "los obtenidos de la comercialización de canales que den lugar a la obligación de financiación, cuya responsabilidad editorial corresponda a un tercero, de los cuales se deducirán los pagos que se realicen al editor de canales".*

*Por ello, no resultando de aplicación la Disposición Transitoria Única del citado R.D. 988/2015, sin necesidad de efectuar mayores consideraciones y no desvirtuando las argumentaciones expuestas por el Abogado del Estado las razones que sustentan el criterio de esta Sala y Sección, fijado en relación con un determinado periodo temporal, procede estimar el recurso interpuesto.*

*En consecuencia, procede anular la resolución recurrida por no ser conforme a Derecho, ordenando que en el cálculo de la cantidad a pagar por la demandante (en concepto de financiación anticipada correspondiente al ejercicio 2013) del artículo 5.3 de la Ley 7/2010 se excluyan todos los ingresos correspondientes a los "canales ajenos", sobre los que DTS no tiene responsabilidad editorial, sin que frente a lo alegado por el Abogado del Estado, se aprecie en el presente caso obstáculo procesal para acordar que se proceda a efectuar dicho cálculo, por cuanto el invocado artículo 219.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está pensado para supuestos en que se reclame el pago de una cantidad de dinero determinada, que no es el caso.>>*

**QUINTO.-** En cuanto a las costas, siguiendo el criterio de nuestra Sentencia de 11 de abril de 2016 , y de 30 de enero de 2018 , no procede hacer imposición de costas a ninguna de las partes, dadas las serias dudas de derecho existentes ante la complejidad de la legislación aplicable, ex artículo. 139.1 de la Ley de esta Jurisdicción .

En atención a lo expuesto y en nombre de Su Majestad el rey, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

## FA LLO

**ESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad **DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. (DTS)**, representada por el Procurador Sr. Borja Rayón, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 31 de mayo de 2016, que se anula por ser contraria a Derecho.

Sin hacer expresa imposición de costas

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA