



Roj: **SAN 2824/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:2824**

Id Cendoj: **28079230012019100307**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2019**

Nº de Recurso: **626/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN PRIMERA**

**Núm. de Recurso:** 0000626 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04207/2016

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

**Procurador:** JACOBO BORJA RAYON

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. NIEVES BUISAN GARCÍA

### **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 veinte de junio de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 626/2016, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Jacobo Borja Rayon, en nombre y representación de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 31 de mayo de 2016(SNC/DTSA/053/15/DTS) . Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 749.900.- euros.

### **AN TECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** - DT S Distribuidora de Televisión Digital SA interpuso recurso contencioso administrativo frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 31 de mayo de 2016 (SNC/DTSA/053/15/DTS), sobre resolución del procedimiento sancionador del que se acordó su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.** - Mediante escrito presentado el 28 de octubre de 2016 dicha entidad actora formalizó la demanda en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que " *se anule la resolución recurrida de 31 de mayo de 2016 por la que se interpuso a mi representada una sanción de 749.900 euros por supuesta infracción del artículo 57.3 de la LGCA por ser contraria a Derecho imponiendo las costas a la Administración recurrida*".

**TERCERO.** - El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 12 de febrero de 2018 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara íntegramente el presente recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas.

**CUARTO.** - Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó el mismo mediante Auto de 16 de marzo de 2018 practicándose las pruebas documentales propuestas y admitidas, con el resultado que figura en las actuaciones.

No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio traslado para conclusiones a las partes, quienes las evacuaron mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus pedimentos.

**QUINTO.** - Concluidos los autos se fijó para votación y fallo de este recurso el día 11 de junio de 2019, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVES BUISAN GARCÍA, quien 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 de 31 de mayo de 2016(SNC/DTSA/053/15/DTS), sobre resolución del procedimiento sancionador incoado por el incumplimiento por parte de dicha entidad actora de la obligación de financiación anticipada establecida en el artículo 5.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA), durante el ejercicio 2012, en la que se 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 2012, en más de un 10%, el deber de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como 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 749.900 euros (setecientos cuarenta y nueve mil novecientos 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 8.695.561,92 euros. De dicha cantidad al menos 2.930.101,92 euros deberán destinarse a la producción de películas cinematográficas de cualquier género.

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

- 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:

1. Se extiende el ámbito de la obligación de financiación desde los canales sobre los que DTS tiene responsabilidad editorial (que son los que determinan la condición de prestador de SCA a la actora) hasta los "canales ajenos".



2. Ni las resoluciones de la CNMC son fuente de derecho ni tampoco las normas reglamentarias, mucho menos para tipificar conductas sancionables.

3. Extensión a "canales ajenos" que es contraria a derecho en una interpretación literal, sistemática y también teleológica de la Ley, en cuanto instrumento de tal obligación de un derecho a la diversidad cultural y lingüística que se aplica desbordando su objeto, tal y como esta formulado en la LGCA.

- 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.

Se solicita, además, en el SUPPLICO de la demanda, mediante tercer Orosí, que la Sala 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 expuesta en la demanda.

**TERCERO** . - La infracción muy grave apreciada por la resolución recurrida y la correspondiente sanción impuesta, así como el requerimiento efectuado de inversión en la producción de obras europeas, se sustenta en que DTS ha incumplido, durante el ejercicio 2012, en más de un 10% el deber de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con infracción de lo dispuesto en el art. 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual .

El presente recurso está íntimamente relacionado con el seguido ante esta Sala con el número 181/2014, en el que se impugnaba la resolución de la misma Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de abril de 2014, sobre verificación del cumplimiento por parte de tal entidad actora de la obligación de financiación anticipada establecida en el art. 5.3 de la LGCA durante el ejercicio 2012, y en cuya resolución se declaraba el incumplimiento, por parte de DTS, de la obligación comprendida en dicho precepto.

Resolución que, como se hace constar en el antecedente de hecho de la que se combate en este pleito, es la que motivó el inicio de expediente sancionador de referencia, con fecha de 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 2012, a la obligación legal de financiación anticipada que en el mismo se contiene.

Pues bien, en el momento del dictado de la presente sentencia, se ha pronunciado esta misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional respecto de dicho recurso 181/2014 en la sentencia de 11 de abril de 2017 , en el sentido de estimar el recurso y anular la resolución recurrida, por ser disconforme a derecho. Y formulado y admitido recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a tal sentencia, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de junio de 2018 dictada en el recurso 3319/2017 , que declara no haber lugar a tal recurso de casación y por tanto confirma la estimación del recurso planteado por DTS.

La cuestión suscitada en el presente recurso (tal y como hace constar la entidad actora en conclusiones) resulta sustancialmente idéntica a la planteada y resuelta en sentido estimatorio primero por esta Sala y después por el Tribunal Supremo en la repetida sentencia de 20 de junio de 2018 (Rec. 3319/2017 ).

Así considera dicha sentencia, esencialmente, que *el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , debe interpretarse en el sentido de que -a falta de un desarrollo reglamentario acorde con las previsiones contenidas en dicha disposición legal-, la obligación de contribuir 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, impuesta a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, debe cuantificarse económicamente -en relación con aquellos prestadores que sean titulares de plataformas multicanales de televisión de pago- computando los ingresos obtenidos por la difusión de los canales de televisión sobre los que el operador tenga responsabilidad editorial, sin poder extenderse a los ingresos obtenidos de la comercialización de canales de televisión cuya responsabilidad editorial corresponda a terceros.*



En consecuencia, siendo firme la Sentencia de esta Sala de 11 de abril de 2017 , que anula la resolución de la CNMC de 29 de abril de 2014, en que se asienta la resolución sancionadora aquí impugnada, sentencia que se reitera ha sido confirmada por la STS de 20 de junio de 2018 , procedente resulta, sin necesidad de mayores consideraciones, estimar el recurso interpuesto y anular la resolución recurrida.

**CUARTO.** 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 los Rec. 1734/2015 y 628/2016, en los que han recaído Sentencia con fecha respectivas de 11 de abril de 2017 , 30 de enero de 2018 y 12 de junio de 2018 , en las que expusimos lo siguiente :

*(...) 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 . >>*

**QUINTO.** - En cuanto a las costas, siguiendo asimismo el criterio de nuestras Sentencias de 11/04/2017 , 30/01/2018 y 12/06/2018 , 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 y haberse dictado la STS de 20 de junio de 2018 (Rec. 3319/2017 ), cuando el presente recurso estaba ya pendiente de votación y fallo.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

#### FA LLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U., 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 de fecha 31 de mayo de 2016 (SNC/D TSA/053/15/DTS) por la que se interpuso a dicha entidad actora una sanción de 749.900 euros, resolución que se anula por ser contraria a Derecho, sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes.

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.