



Roj: **SAN 3850/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3850**

Id Cendoj: **28079230012018100469**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2018**

Nº de Recurso: **340/2017**

Nº de Resolución: **538/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000340 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03427/2017

Demandante: DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL S.A.U.

Procurador: JACOBO BORJA RAYON

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LOURDES SANZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a quince de octubre de dos mil dieciocho.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **340/2017** 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 25 de mayo de 2017; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, 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 en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se anule en su totalidad la resolución recurrida de 25 de mayo de 2017.

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

TERCERO.- Re cibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 9 de octubre de 2018.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. LOURDES SANZ CALVO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por Distribuidora de Televisión Digital S.A., la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 25 de mayo de 2015, 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 2014. En concreto, dicha resolución acuerda lo siguiente:

1º) Declarar a DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, SAU, responsable de la comisión de una infracción administrativa muy grave por incumplimiento en más de un 10% del deber de financiación anticipada, durante el ejercicio 2014, de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, lo que incumple lo dispuesto en el art. 5.3 en relación a lo dispuesto en el art. 57.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

2º) Imponer a DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, SAU, de conformidad con lo previsto en el art. 60 de la citada LGCA, una multa por importe de 661.796 € (seiscientos sesenta y un mil setecientos noventa y seis 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 7.435.915 euros, de los cuales 1.307.666,46 € corresponden a la producción de películas cinematográficas de cualquier género.

Cabe precisar, que si bien en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se cita también como recurrida la resolución de la CNMC de 23 de mayo de 2017, que confirma en alzada el recurso interpuesto por DTS contra el acuerdo de 17 de abril de 2017, por el que se tuvo por interesada y personada en el citado procedimiento a la Confederación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles (FAPE), sin embargo, como la demanda se centra exclusivamente en la resolución sancionadora de 25 de mayo de 2017, es esta última la que consideramos objeto del presente recurso. Así, lo ha entendido también el Abogado del Estado que centra la contestación a la demanda en la resolución de 25 de mayo de 2017.

SEGUNDO.- La actora, tras efectuar un relato de hechos y antecedentes, sustenta su pretensión anulatoria en los siguientes motivos:

- 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. Cita la Sentencia de esta Sala de 11 de abril de 2017 (Rec. 181/2014), que ya se ha pronunciado, pero en relación con el ejercicio 2012, respecto a que la obligación de financiación anticipada de obra audiovisual europea solo comprende los canales sobre los que la recurrente tenía responsabilidad editorial.

- 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 infracciones de procedimiento y competencia.



Frente a dicha pretensión opone el Abogado del Estado, que no puede estimarse la pretensión de la actora, que la sentencia de 11 de abril de 2017 no es firme al haberse tenido por preparado recurso de casación contra la misma, por Auto de 8 de junio de 2017, no existiendo vulneración del principio de tipicidad.

Añade, en esencia, que tampoco cabe apreciar vulneración del principio de culpabilidad y de confianza legítima, ni se han producido las vulneraciones procedimentales y de competencia invocadas.

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 2014, 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.

Por tanto, el presente recurso está íntimamente relacionado con el seguido ante esta Sala con el número 557/2016, en el que se impugnaba la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de abril de 2016, 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 2014, y en cuya resolución se declaraba el incumplimiento de DTS de la obligación comprendida en dicho precepto. Resolución que, como se hace constar en los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, dio lugar al inicio del expediente sancionador de referencia, el 7 de marzo de 2017, 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 2014, 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 ha dictado en el Rec. 557/2016, Sentencia de 13 de marzo de 2018, que estima el recurso y anula la resolución recurrida, por su disconformidad a derecho, al no apreciarse vulneración del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, siguiendo el criterio de la Sala ya adoptado en anterior sentencia de 11 de abril de 2017.

La sentencia de 11 de abril de 2017 (Rec. 181/2014), ha adquirido firmeza en la actualidad, al haber desestimado el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de junio de 2018 (Rec. 3319/2017), el recurso de casación interpuesto contra la misma por el Abogado del Estado, por lo que el alegato efectuado por el Abogado del Estado sobre la falta de firmeza de aquella sentencia, debe ahora decaer.

Es más, lo anterior ha motivado que el representante de la Administración del Estado demandada, que también había recurrido en casación la Sentencia de 13 de marzo de 2018, haya desistido del citado recurso, teniéndole desistido del mismo por Decreto de 26 de julio de 2018, del Letrado de la Administración de Justicia, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

En consecuencia, siendo firme la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 2018, que anula la resolución de la CNMC de 21 de abril de 2016, en que se asienta la resolución sancionadora aquí impugnada, procede, sin necesidad de mayores consideraciones, estimar el recurso interpuesto y anular la resolución recurrida.

CUARTO.- En cuanto a las costas, siguiendo el criterio de nuestra Sentencia de 12 de junio de 2018 (Rec. 628/2016), 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

FALLAMOS

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 25 de mayo de 2017, que se anula por ser contraria a Derecho; sin 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 **notificación**; 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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ