



Roj: **SAN 1884/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1884**

Id Cendoj: **28079230012017100231**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/04/2017**

Nº de Recurso: **162/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000162 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03139/2014

Demandante: ORANGE ESPAGNE

Procurador: ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

SENTENCIA Nº:

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 veintiocho de abril de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 162/14, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de **FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U.**, contra la resolución de 22 de abril de 2014 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se resuelve el procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, en cumplimiento del apartado 3 del art. 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Admitido el recurso contencioso-administrativo y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 17 de diciembre de 2014 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso, y que dentro del plazo para dictar sentencia se elevara al Tribunal Constitucional cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo . En el caso, de que no se decidiera plantear dicha cuestión, se acordara la suspensión del recurso hasta tanto el Tribunal Constitucional no se pronunciara en relación con la cuestión planteada por el Tribunal Supremo en el recurso contencioso-administrativo nº. 104/2004 , y, subsidiariamente, en relación con los dos pronunciamientos anteriores, se revocara la resolución recurrida.

SEGUNDO .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escritos, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO .- Mediante Auto de 21 de mayo de 2015 se acordó el recibimiento del recurso a prueba, admitiéndose la prueba documental propuesta por la parte actora, y no habiendo solicitado las partes más pruebas se dio por finalizado el periodo probatorio, concediéndose diez días a las partes para la formulación de conclusiones. Una vez presentados los pertinentes escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el 25 de abril del año en curso.

SIENDO PONENTEEl Magistrado Ilmo. Sr. Don FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad demandante impugna la resolución de 22 de abril de 2014 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la obligación de financiación anticipada prevista en el apartado 3 del art. 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , en la que se resuelve lo siguiente: "**PRIMERO**.- Respecto de su obligación prevista en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo , de destinar el 5 por ciento de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación europeos , FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U., no ha dado cumplimiento a la obligación, resultando un déficit de 148.122,08 euros, que no resulta posible compensar al superar el límite del 20% de obligación.

SEGUNDO.- Respecto de su obligación prevista en el párrafo tercero, del apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo , de porcentaje de financiación anticipada de películas cinematográficas , FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U., no ha dado cumplimiento a la obligación, resultando un déficit de 117.373,25 euros, que no resulta posible compensar al superar el límite del 20% de obligación" .

SEGUNDO .- La parte actora, alega, en síntesis, lo siguiente: La Ley 25/1994, de 12 de julio, imponía a determinados agentes económicos que destinasen un cinco por ciento de su facturación a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos. Dicha financiación al cine es ilegal, y así el Tribunal Supremo, mediante Auto de 9 de diciembre de 2009 en el recurso nº. 104/2004 , elevó cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. La regulación de dicha obligación de financiación en la Ley 25/1994, de 12 de julio, es similar a la recogida en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, incluyéndose en esta última a "*los prestadores de servicios de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas*", supuesto de la sociedad aquí actora.

Por los mismos motivos recogidos en el citado Auto del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 , en relación con la Ley 25/1994, de 12 de julio, se solicita que se plantee por la Sala cuestión de inconstitucionalidad en relación con la obligación en cuestión recogida en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, siendo los argumentos empleados en dicha Auto aplicables, incluso más si cabe en relación con esta última norma, en que se amplía la imposición a operadores como la parte actora, que se encuentra mucho más desvinculada del sector del cine que un operador de televisión. Con carácter subsidiario, se solicita, que se acordara la suspensión del procedimiento hasta tanto el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la cuestión de inconstitucional suscitada sobre la Ley 25/1994, de 12 de julio.

Se añade por la sociedad recurrente, operador de telecomunicaciones, que la obligación de financiación anticipada recogida en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, no se encontraba en anterior Ley, y tiene dificultades para cumplir las obligaciones de financiación anticipada, ya que la parte actora es un prestador de servicios de comunicaciones electrónicas que ofrece servicios de comunicaciones fijas, comunicaciones móviles y acceso de banda ancha.



El apartado 3 del art. 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, no regula en modo alguno la forma de aplicación de la obligación impuesta a los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión, y ese mayor alcance de la obligación ha supuesto que los preceptos contenidos en el Real Decreto 1.652/2004, de 9 de julio, tampoco se ajusten a la naturaleza de los servicios que ofrecen los citados prestadores. Existen serias dudas acerca de si es correcta la aplicación de forma íntegra del Reglamento de 2004, como en la fecha de nacimiento o devengo de la obligación, sino también acerca de que ingresos y qué gastos son computables a tales efectos, ya que las reglas contenidas en los arts. 4 y 7 del citado Reglamento sólo pueden servir de orientación, pues no regula de modo inequívoco y como debiera tales cuestiones.

TERCERO .- En primer término se cuestiona por la sociedad recurrente, la obligación legal de inversión impuesta a los prestadores de servicios audiovisuales en el art. 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, que mantiene la regulación anterior contenida en la Ley 25/1994, de 12 de julio (art.5.1).

Sobre dicho motivo de impugnación seguiremos lo dicho al respecto en nuestra reciente Sentencia de 11 de abril de 2017 -recurso nº. 181/2014-. Debemos partir del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 -recurso nº. 104/2004-, que desestimó el recurso directo contra el Real Decreto 1.652/2004, 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 Alto Tribunal se planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acerca de la compatibilidad de la obligación impuesta por el art. 5.1 de la Ley 25/1994 con el derecho de la Unión y sobre si dicha obligación podía ser considerada como una ayuda de Estado. Así, aunque se impugnaba el Reglamento mencionado *"...el debate planteado en este proceso gira en torno a la norma legal a la que el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, sirve de desarrollo. Se trata del artículo 5.1 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, en el que la Ley 22/1999, de 7 de junio, introdujo un párrafo segundo que luego fue modificado por la disposición adicional segunda de la Ley 15/2001 de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual"* (S.TS. de 7 de Julio de 2016, citada).

El TJUE respondió, mediante su Sentencia de 5 de marzo de 2009, C-222/07 en el siguiente sentido: "1) La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, y, más concretamente, su artículo 3 y el artículo 12 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida adoptada por un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas y, más concretamente, el 60% de dicho 5% a obras cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales de dicho Estado miembro.

2) El artículo 87 CE debe interpretarse en el sentido de que una medida adoptada por un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas y, más concretamente, el 60% de dicho 5% a obras cuya lengua original sea cualquiera de las lenguas oficiales de este Estado miembro no constituye una ayuda del Estado en beneficio de la industria cinematográfica de ese mismo Estado miembro".

En aplicación de la interpretación proporcionada por el TJUE, la Sala Tercera del Tribunal Supremo desestimó en la citada Sentencia, y en otra de 20 de julio de 2016 -recurso nº. 95/2004-, las alegaciones sobre la incompatibilidad de la obligación legal de inversión con el derecho comunitario y, por los mismos fundamentos, procede ahora rechazar los de la demandante en este recurso.

En cuanto a la constitucionalidad del precepto legal mencionado, también se planteó, en el mismo recurso 104/2004 de la Sala Tercera, una cuestión al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del segundo párrafo del apartado 1 del art. 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, 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 en Tribunal Constitucional que el citado art. 5.1 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, 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 art. 38 de la Constitución, en particular en su manifestación de libertad de "inversión", como se expone en la repetida Sentencia del Tribunal Supremo.

Por los mismos argumentos procede rechazar la pretensión de la demandante, referida ahora al art. 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, que, como la propia sociedad recurrente reconoce y en lo que ahora importa, está concebida en los mismos términos que la anterior, lo que excluye la vulneración del derecho de la Unión así como de los derechos que menciona de la Constitución española. Por ello carece también de pertinencia el planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 5.3 de la nueva Ley, como se solicita en la demanda. Sin que el hecho de que en el citado precepto se incluya, además de imponer la obligación a los operadores de televisión, a *"los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas"*, supuesto en que se encuentra la sociedad demandante, desvirtúe lo expuesto.

CUARTO. - En segundo lugar, se aduce por la sociedad recurrente las dificultades para cumplir con las obligaciones que impone la Ley 7/2010, de 31 de marzo, debido a la ausencia de una normativa que determine de manera adecuada la forma de proceder al cumplimiento de sus obligaciones.

Según alega la parte actora, es un prestador de servicios de comunicaciones electrónicas que ofrece servicios de comunicaciones fijas, comunicaciones móviles y acceso de banda ancha. Y de modo meramente complementario a esos servicios difunde canales de televisión a aquellos de sus abonados que así lo deseen, y también presta servicio de catálogo de programas. Los clientes del servicio de banda ancha fija que desean además recibir televisión, reciben de modo gratuito un conjunto de canales denominado paquete básico, sobre cuya programación Orange no ostenta poder de decisión alguna. Adicionalmente, pueden contratar un conjunto adicional de canales por el que se paga una suscripción anual.

En el caso de los clientes de servicio móvil de Orange que disponga de un terminal adecuado para acceder a un servicio de TV, pueden hacerlo a través de dos modalidades: suscribiéndose mediante el pago de una cuota mensual a un paquete de programas, o bien, accediendo a determinados contenidos en el momento en el que el cliente lo desea a través de un pago por visión.

El art. 5.3 de la Ley 10/2010, de 31 de marzo, 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 art. 5.3 a los *"prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas"*, que es el caso de la sociedad demandante.

Así las cosas, resulta conveniente acudir a las definiciones contenidas en el art. 2 de la reseñada norma, que considera en el apartado 1 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, en el apartado 2 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 su parte, el apartado 15 del citado art. 2 establece: *"Prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión"*.

La persona física o jurídica prestadora del servicio de comunicación electrónica que ofrezca, conjuntamente con un servicio de acceso a comunicaciones electrónicas, una oferta de canales de televisión que en sus contenidos incluyan películas cinematográficas, películas para televisión o series para televisión, ofrecidas en un paquete seleccionado por el prestador de comunicación electrónica". Mientras que el apartado 16 dice: *"Prestador de un servicio de catálogo de programas"*.

La persona física o jurídica reconocida como prestador de servicio de comunicación audiovisual en la modalidad de «comunicación audiovisual a petición» que, directa o indirectamente, ofrece bajo demanda de clientes minoristas el visionado de películas cinematográficas, películas para televisión y series para televisión en un reproductor fijo, portátil o móvil con acceso a redes de IP".

A la sociedad recurrente le suscita dudas acerca de si es correcta la aplicación de forma íntegra el Reglamento de 2004 al supuesto que nos ocupa. Pues bien, la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 10/2010, de 31 de



marzo, dispone: *"Para el caso de la obligación de financiación establecida en el artículo 5 de esta Ley, seguirá en vigor lo dispuesto en el Real Decreto 1652/2004, de 8 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de películas cinematográficas y películas para televisión, europeas y españolas, en todo lo relativo a autoridades competentes y procedimiento aplicable"*.

Es decir, se prevé la aplicación del citado Reglamento de 2004 en la Ley 10/2010, de 31 de marzo, para la obligación de financiación prevista en el art. 5 de dicha Ley. Por otra parte, en la demanda se invocan a dudas con carácter genérico en cuanto a la aplicación del reseñado Reglamento del año 2004, aludiendo a que las reglas contenidas en los arts. 4 y 7 del mismo sólo pueden servir de orientación. Se hace referencia, sin concreción alguna, al momento del devengo, a los elementos que conforman la base imponible, a la propia cuota, o a las posibles deducciones.

Así las cosas, el art. 4 del Reglamento de 2004 regula los ingresos computables, mientras que en el art. 7 se hace referencia a los gastos computables en la financiación anticipada de las producciones, conteniendo los elementos necesarios para permitir aplicar la obligación de la financiación. Por otra parte, se envió por la Administración a los prestadores del servicio de comunicación electrónica, como es el caso de la sociedad recurrente, para el ejercicio 2012, un modelo estándar de informe de procedimientos, a fin de uniformar el método a seguir a la hora de realizar el desglose de los conceptos necesarios, modelo que no ha sido aplicado por la parte actora.

Finalmente, se alude por la sociedad demandante a la no aceptación, a los efectos de la acreditación de la inversión realizada, del certificado emitido por la distribuidora Warner Bros de la financiación realizada, en cuanto al ejercicio 2012, en las obras: Grupo 7, No habrá paz para los malvados, Maktub, Luces Rojas y Tengo ganas de ti.

El motivo para no ser aceptada, es por la no aportación del contrato. La letra c) del art. 7.4 Real Decreto 1.652/2004, de 9 de julio, establece, que no obstante lo dispuesto en el apartado 1, también podrán computarse las compras de derechos de explotación efectuadas a terceros, distintos de la empresa productora: *"c) Cuando los titulares de los derechos de explotación sean empresas distribuidoras, podrán computarse las cantidades abonadas por el operador de televisión, siempre que exista un mínimo garantizado para la empresa productora de la obra, circunstancia que deberá reflejarse en el contrato entre el operador de televisión y la empresa distribuidora, debiendo computarse como inversión únicamente dicho mínimo garantizado"*.

En todos estos supuestos se aplicará estrictamente lo dispuesto en el apartado 3, sin que sea de aplicación la excepción prevista en el apartado 5".

Puede bien, a tenor de lo expuesto, la certificación emitida por la distribuidora Warner Bros no conllevar que la inversión resulte computable a los efectos del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada prevista en el art. 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, al no cumplirse las condiciones exigidas legal y reglamentariamente para ello. Por tanto, las inversiones pretendidas por la sociedad actora para que se tengan en cuenta a los efectos del cumplimiento de la obligación de la financiación anticipada, a tenor del citado precepto, no son atendibles, al no constar el contrato en donde se refleje el mínimo garantizado que va al productor. En este mismo sentido, se ha pronunciado esta Sección en la Sentencia de 17 de noviembre de 2015 -recurso nº. 176/2014-.

Procede, en consecuencia, desestimar este último motivo de impugnación, y, por consiguiente, el presente recurso contencioso administrativo.

QUINTO. - A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas procesales a la parte actora.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de **FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U.**, contra la resolución de 22 de abril de 2014 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se resuelve el procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, en cumplimiento del apartado 3 del art. 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, declaramos la citada resolución conforme a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, 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 art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo 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

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ