



Roj: **SAN 1585/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1585**

Id Cendoj: **28079230012017100182**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2017**

Nº de Recurso: **181/2014**

Nº de Resolución: **213/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **EDUARDO MENENDEZ REXACH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1585/2017,**
ATS 9775/2017,
STS 2525/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000181 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03555/2014

Demandante: DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, SA.

Procurador: D. JACOBO BORJA RAYÓN

Letrado: D. CARLOS ERGUETA SÁNCHEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

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 once de abril de dos mil diecisiete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **DTS Distribuidora de Televisión Digital SA, representada por el Procurador D. Jacobo Borja Rayón**, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre



cumplimiento de la obligación de inversión para la financiación de obras audiovisuales. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Iltmo. Sr. D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y es la Resolución de 29 de abril de 2014.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia del actor, con el resultado que obra en autos; finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 21 de marzo de 2017, continuando el 28 de marzo siguiente en el que, efectivamente, se votó y falló.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 29 de abril de 2014 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se determina el grado de cumplimiento, por parte de DTS, de la obligación de inversión para la financiación de obras audiovisuales durante el ejercicio de 2012 y que declara:

1º) Que ha incumplido la obligación en relación con películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación europeas y en relación con la financiación anticipada de películas cinematográficas, declarando la existencia de déficit en estos apartados por importe de 8.695.561,92 euros y 2.930.101,92 euros respectivamente, no resultando posible compensar este déficit en su totalidad al superar el 20% de la obligación;

2º) que ha dado cumplimiento a la obligación en relación con películas cinematográficas producidas en alguna de las lenguas oficiales españolas y de productos independientes, declarando que ha generado sendos excedentes por importe de 70.084,08 euros y 3.348.586,08 euros, respectivamente.

SEGUNDO.- La recurrente solicita que se declare la nulidad o anulabilidad de la resolución impugnada por la que se determina el grado de cumplimiento de la obligación mencionada.

Alega, en defensa de su pretensión, que es la propietaria de una plataforma multicanal de televisión de pago, en la que se agrupan decenas de canales de temática muy variada, algunos de los cuales son editados por DTS pero la mayoría son responsabilidad editorial de terceros, que no tiene ninguna relación con la demandante y sobre los cuales no tiene ningún control efectivo ni poder de decisión sobre su contenido, ni percibe ingresos por la inserción de publicidad en ellos, sino que se limita a incluir el canal en su oferta y los distribuye a cambio de una contraprestación económica en concepto de licencia; manifiesta su discrepancia con la Administración en cuanto a la interpretación del artículo 5.3. de la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA), ya que DTS declaró como ingresos computables en 2011, 256.085.000 euros imputables a canales que, siendo responsabilidad editorial de DTS, incluían contenidos que hacen nacer la obligación de financiación anticipada; inicialmente, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) fijó como ingresos computables 580.115.000 euros, sin explicar la procedencia de tal cantidad, pero la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia aceptó sus alegaciones, deduciendo el coste de adquisición de los derechos de transmisión, que importaban 60.319.000 euros, concretando la cantidad en 364.278.000 euros.

Fundamenta sus alegaciones en la existencia de una cuestión planteada por el Tribunal Supremo, sobre la constitucionalidad del artículo 5.1. párrafo 2º de la Ley 25/1994, admitida a trámite por el Tribunal Constitucional, y añade que aunque esta Ley ha sido derogada por la vigente LGCA la obligación se mantiene en iguales términos; la obligación de invertir el 5% impuesta por la legislación española carece de base en el derecho europeo y se impone a los responsables editoriales de la programación que la transmiten directamente con sus propios medios o la hacen retransmitir por un tercero; la entrada en vigor de la LGCA ha dado lugar a un cambio radical en la interpretación de la obligación que, sin embargo, no ha sufrido alteración normativa



alguna, reiterando el vigente artículo 5 LGCA las mismas obligaciones con algunos matices como la extensión a otros productos audiovisuales (series) o la imposición a prestadores de servicios de comunicación electrónica que difunden canales de televisión así como a los prestadores de servicios de catálogos de programas; sin embargo, hay que diferenciar entre los canales de los que la demandante es responsable editorialmente, de aquéllos que se limita a distribuir o transmitir dentro de su plataforma, sobre los que no tiene control efectivo; en conclusión, la ausencia de referencia explícita a la responsabilidad editorial en el nuevo artículo 5.3 LGCA no ha de entenderse como la supresión de esta exigencia sino, sistemáticamente, con arreglo a las definiciones del artículo 2 de la propia ley que requieren la concurrencia del control efectivo o responsabilidad editorial del prestador de servicios.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, se refiere también a la existencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo y añade que la obligación del 5% está regulada en el artículo 5 LGCA, desarrollada por el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, y se refiere a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, a diferencia del artículo 5.1. de la Ley 25/1994, derogada por la anterior, que imponía la obligación a los operadores de televisión que tengan responsabilidad editorial, por lo que resulta de aplicación, a partir de la entrada en vigor de la ley de 2010, el criterio de la CNMC, pues lo relevante a estos efectos no es la responsabilidad de la titularidad editorial de los contenidos, sino que son los productos audiovisuales emitidos los que hacen surgir la obligación, por lo que solicita la desestimación del recurso, con imposición de las costas a la demandante.

CUARTO.- Se plantean en la demanda dos tipos de alegaciones relacionados con 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 (LGCA), que mantiene la regulación anterior contenida en la Ley 25/1994 (artículo 5.1): por una parte se cuestiona la propia naturaleza de la obligación, que se reputa contraria al derecho de la Unión Europea y a determinados derechos fundamentales proclamados en la Constitución Española y, por otra, se critica el cambio de interpretación realizado por la Administración, a partir de la aplicación de la ley de 2010, al incluir para el cálculo económico de la base de la obligación todos los canales distribuidos por la demandante, sean o no de su responsabilidad editorial.

Respecto de las primeras, hay que tener en cuenta el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 (Recurso 104/2004), que desestimó el recurso directo 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 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 29/1994 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 [...]» (ST 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 desestimó en la citada sentencia, y en otra de 20 de julio de 2016 (Recurso 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 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 en 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.

Por los mismos argumentos procede rechazar la pretensión de la demandante, referida ahora al artículo 5.3 de la Ley 7/2010 que, como la propia DTS 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 nuevas cuestiones prejudicial o de inconstitucionalidad sobre el artículo 5.3 de la nueva ley, como se solicita en el otrosí de la demanda.

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.

SEXTO.- 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.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el presente recurso nº 181/2014 interpuesto por el Procurador Sr. Borja Rayón, en la representación que ostenta, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se anula, por ser contraria a derecho.

SEGUNDO.- No hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

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 artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.