



Roj: **SAN 1281/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1281**

Id Cendoj: **28079230012018100169**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2018**

Nº de Recurso: **557/2016**

Nº de Resolución:

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: 0000557 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 0003629/2016

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

Procurador: JACOBO BORJA RAYÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y 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 trece de marzo 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 **557/2016**, interpuesto por el Procurador Sr. Borja Rayón en nombre y representación de la entidad **DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. (DTS)**, frente a la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 21 de abril de 2016; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES 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 anulando la resolución recurrida por ser contraria a la Ley y al Derecho, ordenando que en el cálculo de la cantidad a pagar por la demandante en concepto de financiación anticipada correspondiente al ejercicio de 2014 se excluyan todos los ingresos correspondientes a todos los "canales ajenos", sobre los que DTS no tiene responsabilidad editorial, sin perjuicio de lo que en el otrosí se explica para el caso que allí se explica, condenando en costas a la Administración.

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 el recurso interpuesto, con expresa 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 27 de febrero de 2018 en que tuvo lugar.

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 21 de abril de 2015, sobre verificación del cumplimiento 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 que, DTS:

- Ha incumplido la obligación de destinar el porcentaje del 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, presentando un déficit de 7.435.915 €, que no resulta compensable al superar el 20% de la obligación del ejercicio.

- Ha incumplido la obligación de destinar el citado porcentaje del 5 por ciento, prevista en el párrafo tercero del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, respecto de películas cinematográficas, presentando un déficit de 1.405.289 €, que no resulta compensable al no disponer de excedente en esta obligación en el ejercicio 2013.

- Ha incumplido la obligación, prevista en el párrafo cuarto del citado artículo 5.3, de destinar dicho porcentaje de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de la producción de películas cinematográficas en alguna de las lenguas oficiales en España, presentando un déficit de 88.932 €, que no resulta compensable al no disponer de excedente en esta obligación en el ejercicio 2013.

- Ha cumplido la obligación prevista en el párrafo quinto del artículo 5.3 de porcentaje de financiación anticipada de películas cinematográficas de productores independientes, presentando un excedente de 1.592.691,10 €, que podrá aplicar al cumplimiento de la obligación del ejercicio 2014, con el límite del 20% de la inversión mínima a que resulte obligado.

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

- La discrepancia con la resolución impugnada se entra en que DTS no incluyó en la base de cálculo del 5% para la determinación de la cantidad debida por financiación anticipada del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual, los ingresos correspondientes a los canales sobre los que no tiene responsabilidad editorial, es decir, aquellos sobre los que no tiene poder de decisión sobre su contenido.

- Hay determinados canales de televisión difundidos por DTS (AXN, Calle 13, Fox, Fox Crime, National Geographic...), denominados "canales ajenos", sobre los que ésta no tiene la responsabilidad editorial que el artículo 2 de la Ley 7/2010 exige en la definición y determinación de quien se considera "prestador de servicios de comunicación audiovisual", que es el presupuesto de la obligación de financiación anticipada del artículo 5.3 de dicha Ley.

- Se ha producido un cambio de criterio por la Administración, pese a que no existe la menor alteración de las normas legales vigentes (europeas e internas) que justifiquen ese cambio de criterio, y sin motivación, con infracción del artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, pues hasta el año 2011, los únicos canales cuyos ingresos se computaban para determinar dicha base de cálculo eran los canales sobre los que DTS tenía responsabilidad editorial. La única referencia indirecta que aparece en la resolución, es en el antecedente segundo, donde introduce dos categorías de servicios que dice que lo configuran también como prestador de catálogo de

programas. Esgrime que la resolución impugnada para el año 2014 es idéntica a la dictada para el año 2013 salvo en que se ha suprimido la mención que en la relativa a 2013 se hacía a que también configuraba a DTS como un prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, lo que, a juicio de la actora, demuestra la falta de consistencia de la resolución recurrida que no sabe con exactitud como justificar el cambio de criterio, respecto del aplicado en 2011.

- El hecho de que en el artículo 5.3 de la vigente Ley 7/2010 no se incluya la expresión "responsabilidad editorial" al establecer el obligado a la financiación anticipada, en nada afecta, desde el momento en que se señala al "prestador de servicios de comunicación audiovisual" como sujeto pasivo de la obligación. Y el prestador de servicios de comunicación audiovisual se define en el artículo 2.1 y 2.2 por referencia, precisamente a la responsabilidad editorial.

- Una de las novedades de la Ley 7/2010 consiste en la incorporación, por lo que aquí nos interesa, de una nueva figura que se añade en el párrafo 9 del artículo 5.3 al someter a la obligación de financiación establecida en dicho artículo a los prestadores de servicios de catálogos de programas, pero la configuración de DTS como un prestador de un catálogo de programas, tampoco permite prescindir del dato de la responsabilidad editorial, pues en el artículo 2.2 de la Ley el catálogo de programas figura como la segunda modalidad de ese servicio de comunicación audiovisual que exige siempre la responsabilidad editorial.

- La prohibición de interpretaciones extensivas para obligaciones sujetas a las restricciones del artículo 31 de la Constitución .

- En el tercer otrosí solicita a la Sala que plantee la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la obligación de financiación anticipada del art 5.3 de la Ley 7/2010 , no por razón de la libertad de empresa en tanto que dicha cuestión ha sido resuelta por la 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, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Frente a dicha pretensión opone el Abogado del Estado, que no puede estimarse la pretensión consistente en que se vuelva a calcular la obligación de financiación excluyendo "todos los ingresos correspondientes a todos los canales ajenos sobre los que DTS no tiene responsabilidad editorial", porque el recurrente tenía la carga de cuantificar el importe en que dicha obligación debía ser anulada, o al menos señalar las bases para una ulterior liquidación en la ejecutoria.

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 mas que le sea proveído en paquetes que no puede alterar. En tanto que existe emisión se decide contenido, aunque se adquiera a tercero un paquete completo.

Esgrime la imposibilidad de que la fragmentación de la cadena de valor determine una menor obligación de financiación anticipada, pues dicha obligación a no puede depender de los propios sujetos obligados, pues la configuración de la cadena de valor empresarial debe ser neutra a efectos de la efectividad de la citada obligación, lo que corrobora la irrelevancia de que ciertos canales que emite el recurrente sean de producción ajena.

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 centran 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, en el que ha recaído



Sentencia de 11 de abril de 2017, y también en el posterior Rec. 1734/2015 , al que recayó Sentencia de 30 de enero de 2018 , por lo que seguiremos lo dicho en ambas sentencias.

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 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> , 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 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> , 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 Sentencia 11 de abril de 2017 que carecía de pertinencia el planteamiento de nuevas cuestiones de inconstitucionalidad.

Ahora, siguiendo la línea ya expuesta en el Rec. 1437/2015, 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.

Pues bien, como dijimos en nuestra SAN de 30 de enero de 2018 , 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* <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> , queda de manifiesto que nuestras dudas se centraban en la posible vulneración del artículo 38 de la Constitución <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> (libertad de empresa), sin que en aquel auto planteásemos duda alguna acerca de que también pudieran considerarse vulnerados los artículos 14 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> , 20 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> y 33 de la Constitución <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> , 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", ex poniendo 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 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> 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, a la vista del planteamiento de la actora y como así 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 2014 al que se refiere la resolución impugnada.



Pues bien, como así se pone de relieve por la actora en conclusiones, 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.

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 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp>, 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, la resolución recurrida se refiere a un ejercicio (2014) en que 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. Criterio seguido también en la Sentencia de 30 de enero de 2018 (Rec. 1734/2015) relativa al ejercicio 2013.

Cabe recalcar que es el Real Decreto 988/2015, como ya se ha expuesto, 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 2014) 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, 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 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp>.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

PRIMERO- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Borja Rayón en nombre y representación de la entidad **DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. (DTS)**, frente la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 21 de abril de 2016; que se anula por ser contraria a Derecho, ordenando que en el cálculo de la cantidad a pagar por la demandante, en concepto de financiación anticipada correspondiente al ejercicio



2014, se excluyan todos los ingresos correspondientes a los "canales ajenos", sobre los que DTS no tiene responsabilidad editorial.

SEGUNDO .- 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 **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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ