



Roj: **STS 2525/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2525**

Id Cendoj: **28079130032018100284**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/06/2018**

Nº de Recurso: **3319/2017**

Nº de Resolución: **1057/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.057/2018

Fecha de sentencia: 20/06/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3319/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 12/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: ELC

Nota:

R. CASACION núm.: 3319/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1057/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 20 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-3319/2017, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de abril de 2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo 181/2014, formulado por la representación procesal de la mercantil DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de abril de 2014, por la que se resuelve el procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, incoado a la citada mercantil y dirigido al cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, relativa al ejercicio 2012.

Ha sido parte recurrida la mercantil DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A., representada por el procurador don Jacobo Borja Rayón, bajo la dirección letrada de don Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castrillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 181/2014, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 11 de abril de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

« 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. » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Abogado del Estado recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 8 de junio de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 18 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« 1º) Admitir el recurso de casación preparado por el abogado del Estado contra la sentencia de 11 de abril de 2017, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 181/2014.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si la responsabilidad editorial sobre los programas emitidos es un requisito que debe darse en todo caso para que sea exigible la obligación de financiación anticipada a la que se refiere el artículo 5.3 de la Ley /2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, incluso para los prestadores de servicios definidos en el artículo 2.15 de la citada Ley.

3º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.».

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 20 de octubre de 2017, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el Abogado del



Estado por escrito de fecha 1 de diciembre de 2017, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguientes SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito se estime el recurso de casación, fijando la interpretación de los artículos 5.3 y 2.15 LGCA en los aspectos que ofrecen interés casacional objetivo de acuerdo con los sostenido en este recurso. Anulando la sentencia recurrida y dictándose en su lugar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con costas.

Por Otrosí interesa la celebración de vista pública. » .

QUINTO.- Por Providencia de 5 de diciembre de 2017, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida (la mercantil DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó el procurador don Jacobo Borja Rayón en escrito presentado el 25 de enero de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, me tenga por opuesto al recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia y en su día, sin más trámites por ser innecesarios dados los términos como se plantea el recurso, dicte sentencia interpretando las normas en los términos que se contienen en el apartado "TERCERO" número 1 del cuerpo de este escrito y desestimando el recurso confirmando la sentencia recurrida y de acuerdo con las pretensiones que se contienen en el número 2 del mismo apartado "TERCERO "por ser de justicia que pedimos en Madrid a 24 de enero de 2018. » .

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por providencia de 11 de mayo de 2018 se designa Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señala este recurso para vista pública el día 12 de junio de 2018, fecha en que tuvo lugar el acto, continuándose posteriormente la deliberación para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por el Abogado del Estado al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de abril de 2017 , que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de la mercantil DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de abril de 2014, por a que se resuelve el procedimiento de control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas y dirigido al cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , relativa al ejercicio 2012.

El Tribunal de instancia fundamenta su decisión de estimar el recurso contencioso-administrativo y declarar nula la resolución impugnada con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] 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. » .

El recurso de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 5.3 y 2.15 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual .

Se aduce que la sentencia impugnada yerra al analizar el alcance de los ingresos computables porque está confundiendo el sujeto obligado a la financiación con el contenido de la obligación de financiación.

También se arguye que la sentencia recurrida tampoco acierta al entender que no cambia con la Ley General de Comunicación Audiovisual la forma de realizar el cálculo económico de la base de la obligación.

A su juicio, se amplía el sujeto obligado, puesto que en la Ley 25/1994 se requería que el operador de televisión tuviera la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan largometrajes cinematográficos de producción actual, mientras que en la Ley 7/2010 se requiere que el sujeto obligado sea prestador de servicios de comunicación audiovisual.

Se postula que se declare que la responsabilidad editorial es un requisito que debe darse solo en cuanto a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, pero no respecto de los prestadores de



servicios de comunicación electrónica que difunden canales de televisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual .

SEGUNDO.- Sobre la formación de jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual .

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, con el objeto de la formación de jurisprudencia, se centra en determinar si el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , debe interpretarse en el sentido de entender que la obligación de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas y series para televisión sólo es exigible si se tiene la responsabilidad editorial sobre los canales que emite la prestadora de los servicios, de modo que están excluidos de esa obligación los prestadores de un servicio de comunicación electrónica que se limite a difundir canales de televisión.

Concretamente, según se refiere en el auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2017 , la controversia jurídica que se suscita consiste en determinar si la responsabilidad editorial sobre los programas emitidos es un requisito que debe darse en todo caso para que sea exigible la obligación de financiación anticipada a la que se refiere el artículo 5.3 de la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , incluso para los prestadores de los servicios definidos en el artículo 2.15 de la citada Ley .

A tal efecto, resulta pertinente poner de manifiesto que la respuesta jurisdiccional que demos a esta cuestión, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, comporta resolver si, tal como propugna el Abogado del Estado, la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional impugnada ha infringido el artículo 5.3 y el artículo 2.15 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual .

Delimitado en estos términos el debate casacional, cabe precisar que debe quedar al margen de este proceso la cuestión relativa a si los servicios que presta la entidad mercantil DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. -propietaria de una plataforma multicanal de televisión de pago-, pueden encuadrarse en los servicios de comunicación electrónica que difunden canales de televisión que se definen en el artículo 2.15 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , porque, como se puso de relieve en el acto de la vista celebrada en la sede de este Tribunal Supremo, se trata de una cuestión que no fue discutida en el proceso de instancia. Ello motivó que no hubiera ningún pronunciamiento en la sentencia impugnada, y que, por lo tanto, no sea susceptible de enjuiciamiento al resolver esta litis.

También deben quedar al margen de este proceso casacional las cuestiones suscitadas sobre la interpretación del artículo 6.1 e) del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre , por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, que considera ingresos computables, a los efectos de determinar el contenido económico de la obligación de financiación que incumbe a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad primada obligados, los ingresos 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, debido a que se trata de una norma aprobada con posterioridad a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de abril de 2014 que -ratione temporis- no resulta aplicable.

Una vez delimitada objetivamente la controversia casacional, procede dejar constancia de que el Tribunal de instancia fundamenta su decisión de anular la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de abril de 2014, con base en el argumento de que, atendiendo al momento en que se adopta dicha resolución, era únicamente aplicable el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo , pues no había sido objeto dicho precepto legal de desarrollo reglamentario. De la exégesis de la citada previsión legal, el Tribunal de instancia entiende que no se deduce que deben computarse como ingresos los obtenidos derivados de la explotación de canales respecto de los cuales se limita a distribuir y sobre los que no asume el prestador del servicio ninguna responsabilidad editorial.

La ratio decidendi de la sentencia impugnada se sustenta en la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

«[...] 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.

[...]

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.».

Esta Sala considera que el Tribunal de instancia ha realizado una interpretación adecuada del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , al sostener que de los términos de dicha disposición legal no se deduce que deban considerarse como ingresos computables los obtenidos de la comercialización de canales que den lugar a la obligación de financiación cuya responsabilidad editorial corresponde a un tercero, puesto que esta previsión inclusiva se corresponde a una modificación de la regulación reglamentaria, que configura ex novo el contenido económico de la obligación, y que se produjo con la entrada en vigor del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre.

Por ello, no compartimos el reproche que efectúa el Abogado del Estado a la sentencia impugnada, de haber confundido el sujeto obligado a la financiación con el contenido de la obligación de financiación, porque de los fragmentos de la sentencia que hemos transcrito con anterioridad, se evidencia con claridad que, tal como habían suscitado las partes en el proceso de instancia, se trata de dilucidar si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había incurrido en un error en la interpretación del artículo 5.3 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual , en relación con la cuantificación económica de dicha obligación, en el sentido de si sólo cabía computar los ingresos obtenidos derivados de la explotación de los canales que DTS emite productos audiovisuales en su plataforma sobre los que asume responsabilidad editorial y no respecto de la totalidad de los que se difunden por ellos.

Debe ponerse de manifiesto, con el objeto de comprender el alcance y contenido de la obligación de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que impone el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , cuál es la finalidad esencial de dicha previsión normativa, que es la de promover la inversión forzosa de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en este sector, pues como sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia 35/2016, de 3 de marzo de 2016 , enjuiciando la validez constitucional de la anterior 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 (tras su modificación por la Ley 22/1999), no cabe dudar de la legalidad constitucional de una medida adoptada por el legislador con el fin de promover la industria cinematográfica y audiovisual española, así como la producción cinematográfica de otros países europeos frente a producciones competidoras externas que determina la imposición de que los operadores televisivos inviertan forzosamente en el sector audiovisual, por lo que no puede considerarse que pudiera caracterizarse como una restricción injustificada del derecho de propiedad o a la libertad de empresa.

El Consejo de Estado en su dictamen de 8 de octubre de 2015, concluyó que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), derogó la Ley 25/1994, de 12 de julio, si bien mantuvo en vigor el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio. Destaca el Dictamen que el artículo 5.3 LGCA introdujo algunas novedades en relación con la obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales europeas, que esencialmente se refirieron a los siguientes extremos:



- La obligación pasó a imponerse, advierte el Alto Cuerpo Consultivo de Estado, no únicamente a los operadores de televisión, sino, más ampliamente, a los "prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva", señalándose que "también están sometidos a la obligación de financiación establecida en este artículo los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas".
- La obligación de financiación se elevó de un 5% a un 6% para los prestadores de servicios públicos de comunicación audiovisual.
- Los sujetos obligados no son únicamente aquellos que emiten películas de cine, como preveía la anterior legislación, sino también películas y series para televisión, películas y series de animación, todas ellas de una antigüedad inferior a siete años.

En este contexto hermenéutico, tal como se infiere, también de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2009 (C-222/07), no cabe eludir que el establecimiento de la obligación de financiación de las obras cinematográficas europeas que se impone a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, debe regularse para respetar el principio de seguridad jurídica de forma clara y precisa en una norma con rango de ley (en cuanto afecta a derechos o libertades constitucionalmente reconocidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución , cuyas restricciones están sometidas al principio de reserva de ley) y que esta obligación debe exigirse en los términos estrictos fijados en la norma, en cuanto se trata de la imposición de la prestación de carácter patrimonial.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

El artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , debe interpretarse en el sentido de que -a falta de un desarrollo reglamentario acorde con las previsiones contenidas en dicha disposición legal-, la obligación de contribuir a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con el 5 por 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción, impuesta a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, debe cuantificarse económicamente -en relación con aquellos prestadores que sean titulares de plataformas multicanales de televisión de pago- computando los ingresos obtenidos por la difusión de los canales de televisión sobre los que el operador tenga responsabilidad editorial, sin poder extenderse a los ingresos obtenidos de la comercialización de canales de televisión cuya responsabilidad editorial corresponda a terceros.

En consecuencia con lo razonado, debemos rechazar la pretensión revocatoria deducida y declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de abril de 2017, dictada en el recurso de casación número 181/2014.

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, y, en referencia a las costas de instancia, se mantiene el pronunciamiento de la sentencia impugnada, que no hizo expresa imposición a ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , tras fijar la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto en el precedente fundamento jurídico segundo de esta sentencia, respecto de la interpretación aplicativa del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual :

Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de abril de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 181/2014 .

Segundo.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, manteniéndose, en referencia a las costas de instancia, el pronunciamiento de la sentencia impugnada.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Maria Isabel Perello Domenech Diego Cordoba Castroverde

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ