



Roj: **SAN 1743/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1743**

Id Cendoj: **28079230012018100219**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2018**

Nº de Recurso: **166/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1743/2018,**
ATS 12599/2018,
STS 584/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000166 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 0003337/2014

Demandante: MULTICANAL IBERIA, SLU

Procurador: VICTORIO VENTURINI MEDINA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

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.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 166/2014, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de MULTICANAL IBERIA SLU, contra la resolución de 22 de abril de 2014 de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA, por la que se resuelve el procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, dirigido al



cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de comunicación Audiovisual. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó como indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 25 de junio de 2014 del que se acordó su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno tal entidad actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 28 de octubre de 2014 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se tuviera por interpuesto el recurso contencioso-administrativo y se dictara sentencia por la que :

-Se declare la caducidad y en consecuencia se anule la resolución de 17 de enero de 2013 (sic)

-Se anule la Resolución de 22 de abril de 2014 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y, consecuentemente, se estime el presente recurso contencioso-administrativo por no resultar mí representada obligada por el artículo 5.3 LGCA, o, subsidiariamente

-De no estimarse la no sujeción de Multicanal a la citada obligación ni la caducidad, se estimen las alegaciones realizadas en el presente recurso contencioso-administrativo en relación con la condición de prestador telemático de Multicanal, los ingresos computables, el computo de todas las inversiones realizadas, así como las inversiones realizadas en otros contenidos audiovisuales por importe de 1.163.003 euros.

TERCERO.- La Sra. Abogada del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 29 de diciembre de 2014 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso interpuesto con condena en costas a la parte actora.

CUARTO .- Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó el mismo mediante Auto de 3 de marzo de 2015, practicándose la prueba documental propuesta y admitida, con el resultado que figura en las actuaciones.

No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad actora y después la Abogada del Estado, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO. Solicitada la suspensión del procedimiento por la entidad recurrente, se dio traslado para alegaciones a la Abogacía del Estado, denegándose tal suspensión mediante providencia de 20 de abril de 2016.

SEXTO. Presentada por la representación del Estado la sentencia dictada por el Tribunal Supremo recaída en el PO 104/2004 , se acordó unir la misma a las actuaciones, quedando tales actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 28 de febrero de 2018, fecha en que ha tenido lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVES BUISAN GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por la entidad Multicanal Iberia SLU la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 22 de abril de 2014 por la que se resuelve procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, dirigido al cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , relativa al ejercicio 2012, en la que se acuerda :

1º Respecto de su obligación prevista en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo , de destinar el 5 por ciento de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas, películas y series de televisión, documentales y series de animación europeas, Multicanal Iberia SL no ha dado cumplimiento a la obligación, presentando un déficit de 669.676,32 €. No resulta posible compensar este déficit en su totalidad, al superar el 20% de la obligación, por lo que queda pendiente de cuantificar la inversión faltante, a la espera del resultado del ejercicio 2013.

En el ejercicio 2011 Muticanal había generado un déficit por esa obligación de 1.011.869,04 €, que al no haber sido compensado pasa a ser definitivo.

2º Respecto de su obligación prevista en el párrafo tercero del apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de porcentaje de financiación anticipada de películas cinematográficas, Multicanal Iberia SL no ha dado cumplimiento presentando un déficit de 401.805,79 €. Tampoco en este caso resulta posible compensar este déficit en su totalidad, al superar el 20% de la obligación.

En el ejercicio 2011 Muticanal había generado un déficit por esa obligación de 641.489,43 €, que al no haber sido compensado pasa a ser definitivo.

3º. Respecto de su obligación prevista en el párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de porcentaje de financiación anticipada de la producción de películas cinematográficas en algunas de las lenguas oficiales en España, Multicanal Iberia SL no ha dado cumplimiento presentando un déficit de 241.083,48 €. No resultando posible compensar este déficit en su totalidad, al superar el 20% de la obligación.

En el ejercicio 2011 Muticanal había generado un déficit por esa obligación de 378.893,66 €, que al no haber sido compensado pasa a ser definitivo.

4º. Respecto de su obligación prevista en el párrafo quinto del apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de porcentaje de financiación anticipada de películas cinematográficas de producciones independientes, Multicanal Iberia SL no ha dado cumplimiento presentando un déficit de 120.541,74 €. No siendo posible compensar este déficit en su totalidad, al superar el 20% de la obligación.

En el ejercicio 2011 Muticanal había generado un déficit por esa obligación de 181.946,83 €, que al no haber sido compensado pasa a ser definitivo.

SEGUNDO. La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

-MULTICANAL no está sujeta a la obligación de financiación prevista en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA). Es un mero titular de canales o proveedor de contenidos (la mayor proveedora o productora de canales telemáticos de España: Odisea, Natural, Cinematk, Buzz y Panda), que suministra a las principales plataformas de televisión de pago.

-La obligación de financiación anticipada sólo es exigible a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva que emiten en abierto, con la única excepción contemplada en tal art. 5.3 LGCA, de los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difunden canales de televisión (las plataformas de pago que difunden canales) y los servicios de catálogos de programas. Y Multicanal no encaja en ninguna de dichas categorías.

- Una interpretación sistemática del artículo 2.3 LGCA (que define los servicios de comunicación audiovisual de cobertura estatal, en relación con el 2.1 LGCA, los Acuerdos de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 17/3/2011, 15/2/2012 y 14/4/2011 así como los antecedentes legislativos: artículo 47.k) de la LGCA, actualmente derogado, y Disposición adicional tercera de la misma, e igualmente la definición de operador de televisión prevista en la Ley 25/1994, confirman esta tesis.

El objetivo del artículo 5 LGCA es reconocer que el derecho de las personas a la programación en abierto incluya contenidos diversos que fomenten la diversidad cultural y lingüística, de modo que "para la efectividad de este derecho" (apartado 2 del precepto) se establecen las obligaciones de que dichos prestadores emitan y financien anticipadamente obras europeas.

Ha de acudir al artículo 2.3 en relación con el 2.2 de tal LGCA que define comunicación audiovisual de cobertura estatal, que distingue entre prestadores de servicio público, como TVE, del apartado a), de los que ostentan una licencia otorgada por el Estado (como Antena 3 o Telecinco), del apartado b). Siendo el apartado c) el que trata sobre servicios de comunicación audiovisual, al público, con cobertura más allá de una comunidad autónoma. Tratándose de una categoría de servicios en los que necesariamente debe existir una relación directa entre el prestador del servicio a nivel nacional y el consumidor final.

El artículo 5.3 LGCA establece un "numerus clausus" de sujetos obligados, que son sólo los que se expresamente se citan en el precepto. Considerar lo contrario significaría que otros servicios audiovisuales como, por ejemplo, los de comunicación audiovisual radiofónica definidos en los subapartados d), e) y f) del artículo.2.2 LGCA, como una modalidad de comunicación audiovisual, también estarían obligados a financiar anticipadamente obras europeas.

Multicanal no tiene ningún tipo de relación contractual con el consumidor sino que únicamente suscribe contratos con las plataformas de pago, que son las que difunden los canales a los usuarios, a cambio de una contraprestación.



El artículo 3 (b) de la Ley 25/1994 definía "Operador de televisión" como: *persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva con arreglo a la letra a) y que la transmita o la haga transmitir por un tercero* . En el artículo 3.a) se establecía la definición de "televisión" como: *la emisión primaria, con o sin cable, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público* . Multicanal no realiza la emisión de sus canales al público sino, simplemente, la entrega de los canales al difusor "multicanal" (transmisión punto a punto), siendo este último el que emite al público, bien a través de sus propias redes y servicios de comunicaciones electrónicas, o bien haciéndola transmitir por un tercero (subcontratando el servicio de transporte de la señal de difusión). Es el difusor "multicanal" quien entrega la señal y el contenido al público, bajo su iniciativa y responsabilidad, quien suscribe los contratos correspondientes con los usuarios finales y quien obtiene las correspondientes autorizaciones.

El artículo 5.1 de la Ley 22/1999 de "Televisión Sin Fronteras ", sobre Obras Europeas, constituye un Antecedente legislativo de nuestra LGCA que revela que la finalidad de instaurar la obligación de financiación anticipada fue para dar cumplimiento a la obligación de reservar el 51 por 100 de su tiempo de emisión anual a la difusión de obras audiovisuales europeas.

Los derechos del público que pretende proteger el artículo 5 LGCA sólo son exigibles a los servicios de comunicación audiovisual de cobertura estatal o autonómica que emiten en abierto, tal y como se desprende de una interpretación sistemática de los artículos 4, 5 y 24 LGCA teniendo en cuenta que el artículo 5 lleva por título "El derecho a la diversidad cultural y lingüística" por lo que su objetivo es reconocer el derecho de las personas a que la programación en abierto contenga contenidos diversos, incluyendo aquellos que fomenten la diversidad cultural y lingüística. Por ello los apartados 5.2 y 5.3 LGCA establecen la obligación de que únicamente dichos prestadores que emiten en abierto, financien anticipadamente obras europeas.

Además, el derecho positivo de la Unión Europea también confirma que Multicanal no estaba sujeta a la obligación de financiación anticipada: el Considerando 45 de la Directiva 97/36/CE y la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, que por primera vez prevé la posibilidad de que los Estados miembros impongan a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual la obligación de contribuir a obras audiovisuales europeas (artículo 13 de la actual Directiva 2010/13/UE).

Se razona a continuación en la demanda respecto a que exigir el cumplimiento de la obligación de inversión a Multicanal es una carga excesivamente onerosa e injustificada y, asimismo, sobre la caducidad del procedimiento de verificación del grado de cumplimiento de la obligación en 2012. Subsidiariamente, sobre el contenido temático de Multicanal y de sus canales, lo que a juicio de la entidad actora conlleva el carácter no computable de determinadas obras, discrepándose, por todo ello, respecto de la cifra de ingresos computables que se considera ha de ser la declarada y conformada por la firma auditora en el IPA, según se desglosa en el documento 7 adjuntado, la de 13.344.65162 €, a la que hay que descontar la cifra de 2045.245 € indebidamente incluida por la CNMC, de donde resulta la cifra final de ingresos computables de 11.348.281,40 euros.

TERCERO. La Abogacía del Estado sustenta su oposición a las pretensiones de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones :

Inadmisibilidad de la pretensión anulatoria por estar referida a Resolución distinta a la que constituye el objeto del recurso: la primera pretensión del súplico de la demanda alude a la Resolución de 17 de enero de 2013.

Obligación del recurrente de participar en la financiación del artículo 5.3 LGCA: de la lectura de dicho precepto en relación con los artículos 2.1 y 2.2 de tal LGCA la obligación de financiación derivada de la mera consideración como prestador de servicio de comunicación audiovisual, y ello a su vez del control efectivo o dirección editorial de un canal o catálogo de programas elaborado con la finalidad de proporcionar contenidos para informar, entretener, educar etc. De las propias alegaciones de la entidad actora resulta que la misma tiene el control efectivo del contenido de los canales que produce, a fin de que otros operadores los difundan al público. La recurrente configura los canales que produce según su criterio, sin que los operadores que los difunden puedan alterarlos, en tanto que constituyen una unidad.

La ausencia de exigir una relación directa con el público, que se invoca en la demanda, no resulta de la correcta interpretación de los artículos 2.3 y 2.2 LGCA. Así, el primero se refiere al destino a la prestación de un público radicado en más de una Comunidad autónoma, entendiéndose que se ha redactado pensando en el supuesto más habitual.

Diferencias respecto de la obligación de financiación establecida en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio Televisión Española (LFRTVE), de cuyo artículo 6.1 en relación con el 6.3 se desprende, de modo inequívoco, que la obligación de financiación solo alcanza a los prestadores de servicio minorista, del servicio al público, más sin que dicha precisión aparezca en la LGCA, y por tanto pueda



entenderse que no estén sujetos a la obligación prevista las sociedades con responsabilidades editoriales sobre un canal, que sin embargo no lo comercializan directamente al público, como es el caso de la recurrente.

Particular referencia al antecedente legislativo de la obligación analizada, cual es la previsión del artículo 5.1 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, cuyo valor como pauta interpretativa confirma asimismo la sujeción del entidad actora a la obligación de financiación del artículo 5.3 de la LGCA.

Imposibilidad de que la carga referida individualmente a la recurrente sea más onerosa que respecto a otros operadores, dado que la obligación se cuantifica con relación con los ingresos. Ni la norma establece requisitos mínimos de las obras que se produzcan con cargo a la obligación de financiación, ni obliga a la recurrente a destinar los fondos a la producción de contenido en solitario, sino que resulta posible participar el proyectos ajenos.

Se razona por último, por la Abogada del Estado, sobre la inexistencia de la caducidad del expediente, y sobre el carácter temático de Multicanal y sus canales.

CUARTO. Co n carácter previo al enjuiciamiento del fondo de la controversia se ha de hacer mención a que la anulación de la Resolución de "17 de enero de 2013" que en el primer apartado del súplico de la demanda se solicita por Multicanal SL, consiste en un mero error material o de transcripción sin mayor incidencia en el pleito al ser evidente, según se desprende de toda la argumentación y fundamentación de la demanda y del escrito de conclusiones, en relación con las demás actuaciones practicadas que la Resolución impugnada en el pleito es la de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 22 de abril de 2014, por lo que a la misma ha de estarse en la presente sentencia.

Respecto de la caducidad del procedimiento que igualmente, como objeción procesal, se invoca por la parte actora en la demanda, basa Multicanal tal caducidad en el hecho de que la resolución combatida fue notificada a la misma el 23/04/2014, es decir 1 año y 21 días después de la fecha (02/04/2013) en la que tal recurrente había contestado al requerimiento de información de la SETSI. Entendiendo tal demandante que de conformidad con el artículo 2.4 del Real Decreto 1652/2004, que regula el procedimiento administrativo de verificación del cumplimiento de la obligación de inversión, el plazo máximo en el que se debía haber informado a Multicanal, era de seis meses. El incumplimiento por la Administración de su deber de resolver en tal plazo, se argumenta, tiene como consecuencia la caducidad en cuanto la Administración ejercita potestades de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. Se adjunta como Documento 3 una Resolución de la SETSI de 30/07/2012 en el expediente sancionador AE/S/TV 39/2011 en tal sentido. De no apreciarse la caducidad, se vulnera el artículo 14 CE, con apartamiento de los precedentes administrativos cuya consecuencia es la anulabilidad (artículos 54 y 63 LRJPAC). La interpretación los artículos 55 de la LGCA, 42 de la LPAC y 2.4 del Real Decreto 1652/2004 confirma que el plazo de 6 meses debe contar desde la presentación de las declaraciones sobre cumplimiento de la obligación de financiación del ejercicio pertinente, hasta la recepción del informe definitivo mediante Resolución dictada por la CNMC.

Para resolver tal motivo de inadmisibilidad ha de traerse a colación el contenido del artículo 2 del Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, que aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, aplicable al presente supuesto, a cuyo tenor:

1. 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 12 de julio, utilizando para ello el modelo que se adjunta como anexo de este reglamento. Se entenderá por largometraje cinematográfico de producción actual aquel que cuente con una antigüedad menor de siete años computados desde su fecha de producción.

2. A la vista de los citados informes, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información podrá requerir de los operadores de televisión, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19.2 y 3 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, los datos adicionales, con el detalle que fuese preciso, así como la presentación de la documentación original necesaria para comprobar el cumplimiento de la citada obligación (...)

4. Antes de transcurridos seis meses desde la presentación por los operadores de televisión de los informes a que se refiere el apartado 1, la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, a la vista de los informes de la comisión de seguimiento a que se hace referencia en el artículo 10.2.c), notificará por escrito a cada operador de televisión si ha dado cumplimiento a su obligación de financiación. Dicha notificación incorporará la establecida en el artículo 8.3.



Precepto que ha de ponerse en relación con la doctrina de esta misma Sala de la SAN (8ª) de 24 de abril de 2017 Rec. 514/2013 , en la que se razona lo siguiente:

(...) Re respecto de la pretendida prescripción, por transcurso de plazo de seis meses, no podemos aceptar dicha tesis, toda vez que la normativa que resulta de aplicación no prevé esa consecuencia para el caso de que se exceda el plazo que se prevé en la misma. Distinta conclusión deriva si resultase de aplicación el 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.

(...) Tal y como hemos señalado en nuestras sentencias anteriores, no estamos ante un procedimiento que pueda considerarse que tenga carácter penal o sancionador, por lo que la retroactividad que se pretende no es aplicable al presente supuesto. Así deriva, sin dificultad, de la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006, recurso de casación 10.037/2003 y de 15 de octubre de 1990 . La norma que nos ocupa no tiene carácter penal, con independencia de que pueda derivarse, por su incumplimiento, un expediente sancionador. Sólo cabría apreciar efecto retroactivo a la nueva regulación y sus consecuencias del plazo de seis meses, si la nueva norma expresamente lo autorizase. La conclusión que ha obtenido la Sala niega que se produzca la prescripción o caducidad del expediente iniciado, por lo que desestimamos también esta pretensión.

Es cierto que a efectos de cómputo del referido plazo no puede tomarse en consideración, como argumenta la entidad actora y pretende el Abogado del Estado en la contestación, el borrador del informe de cumplimiento de la obligación correspondiente al ejercicio 2012, que con fecha de 17 de septiembre de 2013 el Secretario de Estado de Telecomunicaciones envió a Multicanal, pues tal borrador, efectivamente conlleva un análisis preliminar de la Administración que no es firme, pudiendo estar sujeto a importantes modificaciones hasta la efectiva elaboración del informe definitivo, que en el presente supuesto se notificó el 22 de abril de 2014.

Mas también lo es que según deriva de la interpretación sistemática del referido artículo 2 del Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio , en relación con la doctrina de esta Sala que se acaba de exponer no estamos ante un procedimiento que tenga carácter penal o sancionador: *La norma que nos ocupa no tiene carácter penal, con independencia de que pueda derivarse, por su incumplimiento, un expediente sancionador . Sin que pueda desprenderse del contenido de la referida norma, que el incumplimiento del plazo de seis meses en ella previsto conlleve la caducidad, caducidad que, por tanto no puede declararse por la Sala, ante la falta de previsión normativa al respecto.*

QUINTO. Para la resolución del fondo de la controversia interesa traer a colación lo estipulado en el artículo 5.1 La Ley 25/1994 , por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, a cuyo tenor:

"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..."

Así como el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para la televisión, aprobado por Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, dictado en desarrollo de la anterior, 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 "



Por su parte el artículo 2, relativo a la verificación del cumplimiento de la obligación de inversión dispone 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 [...]".*

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 sujetos 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".

Siendo necesario acudir por último, 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",* precepto que 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".*

SEXTO. De escrita la normativa de aplicación, la cuestión suscitada en el presente litigio resulta sustancialmente idéntica a la planteada y resuelta por esta misma Sala y Sección en la SAN de 11 de abril de 2017 (Rec. 181/2014) en la que se razona que, de la regulación contenida en la Ley 25/1994 y Real Decreto 1652/2004 : *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.*

Sentencia de 11 de abril de 2017 que añade que: *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.

SÉPTIMO. En el presente supuesto la propia entidad Muticanal, se define en la demanda como titular o proveedora de canales, titulares o proveedores de canales cuyo "modus operandi" es el siguiente: suscriben contratos de compra de derechos de series, documentos y películas que incluyen en la programación, y después suscriben contratos de cesión de derechos de comunicación pública a cambio de contraprestación con las plataformas de TV. Ello requiere la entrega por parte de tales titulares de los canales a las plataformas, que se produce mediante transmisión punto por punto (del titular del canal a las instalaciones técnicas de la plataforma) de una señal portadora de la programación que posteriormente se comunica al público. En cuanto tales productoras o proveedoras de canales, deciden la programación y temática concreta que van a incluir en el correspondiente canal, siendo las plataformas de TV, quienes deciden incluir dichos canales en su oferta de canales y si deben integrarse en un paquete comercial u otro (junto con otros canales o no, de prestación propia o ajena...).

Pues bien, tomando en consideración dicho modo de operar en relación con la doctrina de esta Sala expuesta en los fundamentos jurídicos anteriores, ha de partirse de la consideración, como elemento esencial y determinante de la obligación de financiación anticipada prevista en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, GCA , el de la responsabilidad del contenido editorial de los programas. A tal efecto resulta enormemente elocuente el artículo 2 LGCA, ya transcrito, que define como 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", y ello en relación con la demás normativa de aplicación y con la doctrina de nuestra anterior sentencia de 11 de abril de 2017 , de tanta cita.

Responsabilidad editorial que, en el presente supuesto, sin duda corresponde a Multicanal SL, en cuanto decide la programación y temática concreta que va a incluir en el correspondiente canal. Declaración de responsabilidad editorial del contenido de los programas, que conlleva haya de dictarse un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión principal de su demanda, en cuanto entidad obligada a contribuir a la financiación anticipada prevista en el repetido artículo 5.3 LGCA.

OCTAVO. Se razona por último en la demanda sobre el carácter temático de Multicanal y de sus canales, lo que a juicio de tal entidad actora conlleva que determinadas obras no puedan ser computadas, discrepándose, por ello, respecto de la cifra de ingresos computables que se considera ha de ser la declarada y conformada por la firma auditora en el IPA.

Se basa para ello Multicanal en el apartado 7 del artículo 5.3 LGCA, a cuyo tenor: *Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuya obligación de inversión venga derivada de la emisión, en exclusiva o en un porcentaje superior al 70% de su tiempo total e emisión anual, de un único tipo de contenidos, siendo estos películas cinematográficas, series de televisión, producciones de animación o documentales, podrán materializarla invirtiendo únicamente en este tipo de contenidos.* Entendiendo, dicha entidad actora, que tal precepto parte de que el prestador de servicios de comunicación audiovisual es el responsable editorial de un único canal, en lugar de varios canales, que es el caso de Multicanal. Y ello dado que durante el ejercicio 2012 acreditó que el canal XTRM dedicó más del 70% de su tiempo total a la emisión de películas cinematográficas y en canal PANDA más de 70% de su tiempo total de emisión a programas de animación.



Considera no obstante esta Sala, al igual que el Abogado del Estado en la contestación, que de una interpretación tanto literal como sistemática del precepto, no es posible obtener la conclusión alcanzada por la entidad recurrente. Debiendo interpretarse, por el contrario, que resulta de tal normativa de aplicación que la emisión de un único tipo de contenidos se predica del sujeto obligado, en este caso de Multicanal, y no de los canales de su titularidad. Es decir, que la exclusividad o porcentaje superior al 70% en su tiempo total de emisión, de un único tipo de contenidos, se refiere al prestador de servicios de comunicación audiovisual, en cuanto sujeto responsable y no al objeto o contenido de dicho servicio, es decir, no a los distintos canales.

Sostiene por último la entidad recurrente el carácter no computable de determinadas obras, considerándose que deberían ser computables las inversiones realizadas en la producción española de entretenimiento (y no solo las señaladas por el legislador). De las dos a las que concretamente se refiere la demanda, que son los programas Pandaplay III y Pandaolímpicos, resulta que el primero es un concurso y el segundo una serie de reportajes, con una duración cada uno de 2,54 minutos, en los que varios deportistas de distintas disciplinas, enseñan a los niños el deporte que, a cada uno de ellos, le ha llevado a los Juegos olímpicos de Londres 2012, por lo que dado su formato de concurso y reportaje, respectivamente, y no de series de TV, tampoco es posible tomar en consideración las alegaciones de Multicanal en este extremo.

NOVENO. Razones, las anteriores, que conducen a la íntegra desestimación del presente recurso, siendo procedente la imposición de las costas causadas a la entidad actora, de conformidad con el Art. 139 de la LJCA en su redacción actual.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Multicanal Iberia SLU frente a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 22 de abril de 2014 por la que se resuelve el procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, dirigido al cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, relativa al ejercicio 2012, confirmamos dicha Resolución, con imposición de las costas procesales a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia en Audiencia Pública. Doy fe.

Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA