



Roj: **SAN 1959/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1959**

Id Cendoj: **28079230012018100254**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2018**

Nº de Recurso: **1721/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EDUARDO MENENDEZ REXACH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001721 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04687/2015

Demandante: THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, SL

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Letrado: D. PABLO MAYOR MENÉNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

SENTENCIA N.º:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D.ª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D.ª. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a trece de febrero de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **The Walt Disney Company Iberia, SL, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira**, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre cumplimiento de la obligación de inversión para la financiación de obras audiovisuales. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Ilmo. Sr. D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y es la Resolución de 22 de mayo de 2015.



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

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

CUARTO.- Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia del actor, con el resultado que obra en autos; finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 30 de enero de 2018, en el que, efectivamente, se votó y falló.

II . FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 22 de mayo de 2015, 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 incoado a la parte actora, y dirigido al cumplimiento de la obligación establecida en el art. 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en los sucesivos LGCA), relativa al ejercicio 2013, en la que se acuerda lo siguiente: "*PRIMERO.- Respecto de su obligación prevista en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo , de destinar el 5 por ciento de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación europeos en el ejercicio 2013, THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA S.L. ha dado cumplimiento a la obligación generando un excedente de 1.788.997,73 euros, 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.- La recurrente solicita que se declare la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de la resolución recurrida y que se declare:

- a) Que los ingresos derivados de derechos y regalías por productos asociados al canal no han de ser computados a los efectos del cumplimiento de la obligación, de conformidad con lo previsto en el artículo 5.3 de la LGCA, debiendo ser ajustado en consecuencia el excedente reconocido; y,
- b) El carácter de prestador temático en las dos categorías indicadas en el Fundamento de Derecho Segundo " .

Alega, en síntesis, que la resolución impugnada declara el cumplimiento de la sociedad recurrente de la obligación de financiación anticipada a que la misma se refiere, reconociendo además un importante excedente. Sin embargo, se realizan dos afirmaciones con las que la parte actora no está conforme, relativas a los ingresos a computar por los derechos y regalías, y el carácter de prestador temático de los canales sujetos a la obligación de financiación.

En relación a los ingresos relacionados con derechos o regalías, que se estiman computables a los efectos del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada, se considera por la parte actora que vulneran los arts. 5.3 de la LGCA, 9.3 y 31 de la Constitución , en relación con el principio de seguridad jurídica, y los precedentes administrativos existentes en relación con el art. 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Asimismo, conculca la doctrina de los actos propios, y es contraria al principio de confianza legítima, recogido en el art. 3.1 de la misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

Se argumenta al respecto: 1. Que ninguna cantidad debe ser computada en cuanto a los ingresos derivados de derechos y regalías en cuanto al cumplimiento de la obligación de financiación anticipada, ni siquiera aquellos ingresos relacionados directamente con productos de los canales sujetos a tal obligación, que es lo que finalmente acuerda la resolución de 22 de abril de 2014. Tal conclusión se fundamenta en el hecho de que la LGCA no prevé que tales ingresos se incluyan en el referido cómputo, toda vez que, en el caso de la parte actora, no son ingresos derivados de la explotación del canal, que son a los que se refiere la LGCA en su art. 5.3.

No cabe, además, acudir al Real Decreto 1.652/2004 para justificar esta imposición, ya que se (i) basa en una norma que sí preveía que estos ingresos pudieran incluirse; (ii) tal norma ha sido expresamente derogada por la LGCA; (iii) el Real Decreto sólo resulta de aplicación en cuanto a aquellos extremos relativos a autoridad competente y procedimiento, lo que no puede imputarse a la norma cuya aplicación se pretende; y, (iv) se trataría en todo caso de una aplicación contraria a los intereses de la parte actora, por lo que nunca podría entenderse amparada por el ordenamiento jurídico.



Asimismo, Price WC ha confirmado que tales ingresos son ajenos a la explotación del canal, en términos no controvertidos de contrario.

2. Además, la actuación descrita resulta contraria al art. 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como al art. 3.1 de la misma norma, que recoge el principio de confianza legítima, el principio de seguridad jurídica y la doctrina de los actos propios. Esto resulta porque, durante años, y pese a que la norma entonces vigente lo permitía, se ha reconocido el cumplimiento de la obligación sin computar tales ingresos. Incluso tampoco han sido computados en los primeros ejercicios tras la aprobación de la LGCA.

3. De lo expuesto resulta la vulneración de los preceptos, principios y doctrina indicados, todo ello en cuanto a la inclusión de los ingresos derivados de derechos y regalías a los efectos de valorar el cumplimiento de la obligación anticipada que incumbe a la parte recurrente, lo que ha de llevar a la revocación de la resolución impugnada.

La otra cuestión en que discrepa la sociedad recurrente, es en cuanto al carácter de prestador temático que se le reconoce a dicha sociedad, toda vez que la interpretación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, es contraria a lo dispuesto en el art. 5.3 de la LGCA.

Según lo recogido en la LGCA, la sociedad demandante ha de ser considerada prestador temático no solo en la categoría de producciones de animación, sino también en las series de televisión. La definición de series de televisión de la propia LGCA prevé expresamente que las series puedan ser de animación de conformidad con el art. 2, apartado 21. El hecho de que un contenido sea animación, no lo excluye del resto de categorías (películas cinematográficas, series de televisión o documentales).

Los canales Disney Junior y Disney XD acumulan, respectivamente, en 2013, un 96,58% y un 98,69% de tiempo de emisión de series televisivas respecto del total de tiempo de emisión, incluyendo, como indica la LGCA, tanto series de imagen real como de animación, por lo que, claramente, la parte actora debe ser considerada prestador temático también en series.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, considera que la determinación de ingresos que se realiza en la resolución impugnada es correcta y conforme a lo dispuesto en el artículo 5.3 LGCA, ya que los ingresos derivados del "merchandising" están también vinculados a la actividad televisiva objeto de su negocio, lo que viene corroborado con la aprobación del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, que supone una interpretación auténtica de la Ley 7/2010; rechaza la vulneración de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y actos propios y considera correcta la calificación de la demandante como prestador temático de animación y no de series de televisión; por todo ello solicita la desestimación del recurso, con imposición de las costas a la demandante.

CUARTO.- Los hechos a que se contrae el presente recurso son idénticos a los examinados en el recurso 175/2014 de esta misma sección y las partes plantean sus pretensiones en términos similares; en ese recurso se impugnaba una resolución igual a la del presente, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y referida al cumplimiento de la misma obligación por parte de la ahora recurrente, si bien respecto al año 2102.

Así, por razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina, procede reproducir los fundamentos de la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 2017, que puso fin al recurso aludido, y que son los siguientes:

« **SEGUNDO.-** En primer lugar, abordaremos la cuestión referente a si los ingresos relacionados con derechos o regalías, que se estiman computables a los efectos del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada, vulnera el art. 5.3 de la LGCA, tal y como plante la parte actora.

El citado precepto establece, en lo que aquí nos interesa, lo siguiente: " *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.*"

Por su parte, la resolución recurrida, en base al reseñado precepto, estima que los ingresos relacionados con derechos o regalías, son computables a los efectos del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada, "pues en sentido amplio los ingresos derivados del merchandising están vinculados también a la actividad televisiva objeto de su negocio.

Precisame nte, estos ingresos provienen de la comercialización de productos asociados a los contenidos emitidos, es decir sin la actividad de explotación televisiva difícilmente se pueden obtener ingresos por la venta de productos vinculados a esta actividad.

En consecuencia, tampoco se puede cuestionar la aplicabilidad del Reglamento en función de lo que determina la disposición transitoria séptima de la LGCA, es decir, que se ha de entender que seguirá en vigor en todo lo relativo a autoridades competentes y procedimiento aplicable. Ello no significa que esté derogado en todo lo demás, pues no hay una disposición derogatoria expresa al respecto".

El Reglamento a que se hace referencia es el Real Decreto 1.652/2004, de 9 de julio, que en el art. 4.2 establece: *"Los ingresos en concepto de derechos o regalías por la comercialización de productos asociados a los contenidos emitidos sólo se computarán en la medida en que lo suma de dichos ingresos represente un porcentaje superior al 10 por ciento del total de ingresos del operador. En este último caso, sólo será computable como ingreso de explotación la cuantía que exceda de dicho porcentaje"* .

El Abogado del Estado en la contestación a la demanda, para reafirmar la postura mantenida por la Administración, hace referencia, al art. 6.3 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 (BOE de 7 de noviembre de 2015).

El citado art. 6.3 establece: *"Los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos sólo se computarán en la medida en que la suma de dichos ingresos represente un porcentaje superior al diez por ciento del total de ingresos de explotación del prestador del servicio y en la cuantía que exceda de dicho porcentaje"* .

Es decir, conforme a lo expuesto, el reseñado precepto tiene igual contenido que el art. 4.3 del Real Decreto 1.652/2004, de 9 de julio . A este respecto, es el momento de traer a colación la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2017 -recurso de casación nº. 11/2016 - , por la que se estima en parte el recurso contencioso-administrativo formulado por la misma parte aquí recurrente contra 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.

En dicha Sentencia, se declara la nulidad del art. 6.3 al haber incurrido en un exceso reglamentario en relación con el art. 5.3 de la LGCA. Se dice al respecto: *"... esta Sala sostiene que el Gobierno ha incurrido en un exceso reglamentario en el desarrollo del mandato contenido en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo , General de la Comunicación Audiovisual, al considerar como ingresos computables a los efectos de determinar la base de la obligación de financiación establecida en dicha disposición legal, los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos, porque, aunque se establezcan algunas limitaciones para que puedan ser computados, ello no es óbice para entender que se trata de ingresos que se obtienen por el sujeto obligado por el desarrollo de una actividad económica que resulta claramente diferenciable de la que realiza el prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva, y, por ello, debe considerarse que está al margen de la explotación de los canales y de sus contenidos audiovisuales.*

En este sentido, consideramos que el Gobierno ha incurrido en una contradicción in terminis porque ha considerado como ingresos computables ingresos provenientes de actividades no relacionadas con la actividad audiovisual de prestador, que están expresamente excluidos del cómputo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 988/2015 , enjuiciado" .

Así las cosas, al tener el mismo contenido el art. 4.3 del Real Decreto 1.652/2004, de 9 de julio , que sería el aplicable al caso que nos ocupa por razones temporales, que el art. 6.3 del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre , hay que considerar por las citadas razones que llevaron al Tribunal Supremo a anular el reseñado art. 6.3, que excede de las previsiones del art. 5.3 de la LGCA, por lo que carece de cobertura legal, debiéndose estimar esta primera pretensión de la parte actora.

TE RCERO .- En segundo lugar, discrepa la sociedad recurrente de la resolución impugnada en cuanto le reconoce su carácter de prestador temático, pero sólo de animación, y no de series de televisión, como ella pretende también.

El art. 5.3 de la LGCA, en cuanto al carácter de prestador temático dispone: *"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 de emisión anual, de un único tipo de contenidos, siendo éstos películas cinematográficas, series de televisión, producciones de animación o documentales, podrán materializarla invirtiendo únicamente en este tipo de contenidos siempre que se materialicen en soporte fotoquímico o en soporte digital de alta definición"* .

Conforme a lo expuesto, la LGCA diferencia cuatro categorías o formatos distintos, a saber, películas cinematográficas, series de televisión, producciones de animación y documentales, entendiendo que la animación es un producto específico para considerar un prestador como temático.

Es cierto, que de conformidad con apartado 21 del art. 2 de la LGCA, entra dentro de las series de televisión, las series de animación, pero hay que tener presente que, a la hora de configurar lo característico del prestador de comunicación audiovisual en función de su obligación de financiación anticipada, teniendo en cuenta el tipo de contenidos emitidos, la citada LGCA ha querido distinguir cuatro tipos distintos, diferenciándolos por su formato, entendiendo que la animación es un producto específico para considerar un prestador como temático, independientemente de si las producciones de animación son películas o series.

La consideración de las producciones de animación como una categoría independiente, viene corroborada por lo señalado en el art. 2.2 del reseñado Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre , que establece: *"A efectos del cómputo, se entiende por obra de animación aquella con desarrollo argumental en la que se da movimiento al estatismo de una imagen fija e individual, elaborada mediante dibujos, materiales diversos, objetos u otros elementos que, al proyectarse fotograma a fotograma consecutivamente y a gran velocidad, construyen el movimiento que es inexistente en la realidad.*

Dentro del concepto de producciones de animación se incluyen las producciones de animación por ordenador.

Cuando una producción contenga imagen real mezclada con imágenes de animación, se considerará de animación cuando un número significativo de personajes principales de la misma sean animados y siempre que el tiempo en el que se utiliza este sistema sea mayoritario en la duración total de la obra" .

Por tanto, la sociedad recurrente, tal y como se recoge en la resolución impugnada tiene el carácter de prestador temático de producciones de animación a los efectos del art. 5.3 de la LGCA, y así, en producciones de animación en el canal Disney Júnior suma un 96.53 % de emisión de este tipo de contenidos, y el canal Disney XD un 77,56%, es decir, un porcentaje superior al 70% de su tiempo total de emisión anual.

La cuestión que acabamos de analizar resulta estrictamente jurídica, sin que el informe pericial llevado a cabo por el Catedrático de Comunicación de la Universidad Internacional de La Rioja, don Jesus Miguel , lleve a la Sala a otra conclusión diferente. En efecto, en el citado informe pericial, se llega, entre otras conclusiones, a que los canales Disney Júnior y Disney XD, no se reducen a series de animación, sino también a series de ficción no animada, y se incluyen los productos seriados de animación de conformidad con las definiciones legal, académica y profesional de series de televisión. Cuando, en el caso que nos ocupa, lo que se ventila es el carácter de prestador temático de producciones de animación a los efectos del art. 5.3 de la LGCA.

En consecuencia, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo.».

SEXTO.- Po r las mismas razones anteriores procede estimar en parte el recurso y anular la Resolución impugnada y, en aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción , no procede hacer imposición de costas a ninguna de las partes.



FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar en parte el presente recurso nº 1721/2015 interpuesto por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira, 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, solamente en cuanto a lo referente a que los ingresos derivados de derechos y regalías por productos asociados al canal no han de ser computados a los efectos del cumplimiento de la obligación, de conformidad con lo previsto en el art. 5.3 de la LGCA, confirmándose en todo lo demás.

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

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

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

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

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA