

EDJ 2003/11956

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, S 12-6-2003, rec. 46/1999

Pte: Sieira Míguez, José Manuel

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 3ª del Tribunal Supremo. 2002-2003"

Comentada en "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en la jurisprudencia. Respuesta de los tribunales"

Resumen

El TS estima parcialmente el recurso contencioso interpuesto por Canal Satélite contra el acuerdo del Consejo de Ministros que desestimó la reclamación de indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la aprobación de determinados preceptos contrarios al derecho comunitario. El Tribunal, analizados los requisitos generadores de responsabilidad de un Estado miembro, declara que al art. 7, a) Ley 17/1997 que traspone la Dir. 95/47 produce una violación suficientemente caracterizada y persistente con la normativa comunitaria. En consecuencia, la Sala entra a valorar los daños derivados de su aplicación y, rechazadas las partidas por daños emergentes y sus gastos financieros, entiende acreditados los perjuicios sufridos por el concepto de retraso en la captación de abonados y el concepto de abonados perdidos definitivamente

NORMATIVA ESTUDIADA

RDL 1/1997 de 31 enero 1997. Incorporación al Dcho. Español de Dir. 95/47/CE, Normas para Transmisión de Señales de Televisión

art.1.2 , dad.un

LForal 1/1997 de 31 enero 1997. Presupuestos Generales de Navarra para ejercicio 1997

dad.un

Ley 17/1997 de 3 mayo 1997. Incorporación al Dcho. Español la Directiva 95/47/CEE, Normas para Transmisión Señales Televisión y Liberalización Sector

art.7.a , art.7.c , dtr.2

Dir. 47/1995 de 24 octubre 1995. Uso de normas para la transmisión de Señales de Televisión

art.4

Trat. de 25 marzo 1957. Tratado de Roma, constitutivo CEE

art.30

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	32

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

APLICACIÓN DE LA NORMA

DERECHO COMUNITARIO

COMUNIDAD EUROPEA

DERECHO COMUNITARIO

Principios

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DEL TJCE

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

RADIODIFUSIÓN Y TELEVISIÓN

Televisión

Otras

NORMA JURÍDICA

CLASES

Reglamentos

Nulidad

Efectos

Reparación de daños y perjuicios

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.7.a, art.7.c, dtr.2 de Ley 17/1997 de 3 mayo 1997. Incorporación al Dcho. Español la Directiva 95/47/CEE, Normas para Transmisión Señales Televisión y Liberalización Sector

Aplica dad.un de LForal 1/1997 de 31 enero 1997. Presupuestos Generales de Navarra para ejercicio 1997

Aplica art.1.2, dad.un de RDL 1/1997 de 31 enero 1997. Incorporación al Dcho. Español de Dir. 95/47/CE, Normas para Transmisión de Señales de Televisión

Aplica art.4 de Dir. 47/1995 de 24 octubre 1995. Uso de normas para la transmisión de Señales de Televisión

Aplica art.30 de Trat. de 25 marzo 1957. Tratado de Roma, constitutivo CEE

Cita art.49, art.139 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita RDL 16/1997 de 13 septiembre 1997. Modifica L 17/1997, que incorpora Directiva CE sobre el uso de normas para transmisiones televisivas y aprueba medidas para liberalizar el sector

Cita Res. de 11 junio 1997

Cita Ley 17/1997 de 3 mayo 1997. Incorporación al Dcho. Español la Directiva 95/47/CEE, Normas para Transmisión Señales Televisión y Liberalización Sector

Cita Res. de 2 mayo 1997

Cita art.1.2 de LForal 1/1997 de 31 enero 1997. Presupuestos Generales de Navarra para ejercicio 1997

Cita RDL 1/1997 de 31 enero 1997. Incorporación al Dcho. Español de Dir. 95/47/CE, Normas para Transmisión de Señales de Televisión

Cita RD 136/1997 de 31 enero 1997. Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite

Cita art.1.2 de RDL 6/1996 de 7 junio 1996. Liberalización de las Telecomunicaciones

Cita Ley 37/1995 de 12 diciembre 1995. Telecomunicaciones por Satélite

Cita Rgto. 2537/1995 de 30 octubre 1995

Cita Dir. 47/1995 de 24 octubre 1995. Uso de normas para la transmisión de Señales de Televisión

Cita Dir. 10/1994 de 23 marzo 1994. Directiva 94/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de marzo de 1994, por la que se modifica por segunda vez de forma sustancial la Directiva 83/189/CEE por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y

Cita Ley 32/1992 de 3 diciembre 1992. Modificación L 31/1987, Ordenación de las Telecomunicaciones

Cita art.71, art.139.3 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita Dir. 314/1990 de 13 junio 1990. Viajes combinados, Vacaciones combinadas y Circuitos combinados.

Cita Dir. 336/1989 de 3 mayo 1989. Aproximación Legislaciones relativas a Compatibilidad Electromagnética

Cita Ley 31/1987 de 18 diciembre 1987. Ordenación de las Telecomunicaciones

Cita LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.36 de Prot. de 25 marzo 1957. Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE

Cita Trat. de 25 marzo 1957. Tratado de Roma, constitutivo CEE

Cita art.1247, art.1248 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita STS Sala 3ª de 10 diciembre 2002 (J2002/54458)

Cita SAP Cádiz de 15 abril 2002 (J2002/25661)

Cita STJCE Sala 9ª de 22 enero 2002 (J2002/158)

Cita STJCE Pleno de 12 julio 2001 (J2001/15871)

Cita STJCE Sala 3ª de 5 abril 2001 (J2001/2607)

Cita STJCE Sala 6ª de 8 marzo 2001 (J2001/1004)

Cita STJCE Sala 9ª de 20 febrero 2001 (J2001/309)

Cita STJCE Sala 9ª de 3 octubre 2000 (J2000/25661)

Cita STJCE Sala 9ª de 26 septiembre 2000 (J2000/24733)

Cita STJCE Sala 9ª de 23 noviembre 1999 (J1999/32001)

Cita STS Sala 3ª de 12 julio 1999 (J1999/18502)

Cita STJCE Pleno de 8 octubre 1996 (J1996/12351)

Cita STJCE Sala 9ª de 23 mayo 1996 (J1996/12254)

Cita STJCE Sala 9ª de 30 abril 1996 (J1996/12237)

Cita STJCE Sala 9ª de 5 marzo 1996 (J1996/12205)

Cita STJCE Sala 9ª de 5 marzo 1996 (J1996/12204)

Cita STJCE Pleno de 23 febrero 1995 (J1995/11912)
Cita STJCE Pleno de 23 febrero 1995 (J1995/11911)
Cita STJCE Pleno de 24 marzo 1994 (J1994/14116)
Cita STJCE Sala 9ª de 24 marzo 1994 (J1994/14098)
Cita STJCE Pleno de 24 noviembre 1993 (J1993/14651)
Cita STJCE Sala 9ª de 24 noviembre 1993 (J1993/14650)
Cita STJCE Sala 9ª de 19 noviembre 1991 (J1991/12584)

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 3ª del Tribunal Supremo. 2002-2003"
Comentada en "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en la jurisprudencia. Respuesta de los tribunales"
Citada en "Vías para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador frente a disposiciones legales declaradas contrarias a la Constitución o al Derecho Comunitario"
Citada en "Principio de Confianza Legítima. Sus orígenes y recepción por la Jurisprudencia comunitaria y española"

En la Villa de Madrid, a doce de junio de dos mil tres.

Visto por la Sala Tercera, constituida en Sección por los Señores reseñados al margen el recurso contencioso-administrativo que con el número 46/1999, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de "Canal Satélite Digital, S.L.", sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la aprobación de determinados artículos y disposiciones legales contrarias al Derecho comunitario, habiendo comparecido en calidad de recurrido el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de febrero de 1999, el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén presenta escrito en este Tribunal interponiendo recurso contencioso-administrativo en nombre de "Canal Satélite Digital, S.L.", contra la Resolución del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 1998 por la que se desestima la reclamación que formuló solicitando la indemnización de daños y perjuicios por la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador derivada de la aprobación de determinadas disposiciones legales contrarias al Derecho comunitario, de 31 de enero de 1998. Solicitando de esta Sala, tenga por interpuesto el recurso.

SEGUNDO.- Admitido por la Sala el recurso a trámite, se requiere a la Administración demandada a fin de que remita el expediente administrativo y practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de esta Jurisdicción EDL 1998/44323 .

Por recibido el expediente administrativo, se tiene por personado y parte al Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén en la representación que ostenta, concediéndole el plazo de veinte días para que deduzca la demanda.

TERCERO.- Con fecha 15 de junio de 1999, la representación procesal de "Canal Satélite Digital" presenta escrito formulando su demanda, exponiendo los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que considera oportunos y termina suplicando a la Sala tenga por presentado el escrito y la documentación que acompaña y lo admita teniendo por formalizada la demanda en tiempo y forma, y previos los trámites legales dicte Sentencia por la que se estime su pretensión y anule el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado y declare el derecho de esta parte a ser indemnizada por la Administración demandada en la cuantía de 16.641.295.155 pesetas, por infracción del Derecho Comunitario Europeo y con carácter subsidiario, por infracción del ordenamiento interno. Solicitando mediante Primer Otrosí el recibimiento a prueba del proceso, un Segundo Otrosí se fije la cuantía del recurso en la cantidad de 16.641.295.155 pesetas (dieciséis mil seiscientos cuarenta y un millones doscientas noventa y cinco mil ciento cincuenta y cinco). En Tercer Otrosí, se plantee si fuera necesario la oportuna cuestión o cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

CUARTO.- La Sala concede al Abogado del Estado el plazo de veinte días a fin de que presente escrito de contestación a la demanda, presentando al efecto su escrito de fecha 22 de julio de 1999, en el que expone los hechos y fundamentos de su oposición y termina con la súplica de que tenga por presentado el escrito, lo admita y tenga por contestada la demanda, dictando en su día sentencia por la que desestime el recurso, confirmando el Acuerdo recurrido, absolviendo a la Administración de las pretensiones de la demanda. Mediante Primer Otrosí solicita se deniegue el recibimiento a prueba solicitado de contrario. En Segundo Otrosí no hace objeción sobre la cuantía fijada por la recurrente. En Tercer Otrosí solicita no proceda al planteamiento de la cuestión prejudicial.

QUINTO.- Esta Sala dicta Auto con fecha 22 de septiembre de 1999, en el que se acuerda recibir el proceso a prueba, pudiendo las partes proponer las que estimen procedentes, en el plazo de quince días. Fijar la cuantía del recurso en la suma de 16.641.295.155 pesetas. Y sobre lo solicitado por la recurrente en su Tercer Otrosí, la Sala, en su momento, acordará lo que proceda.

SEXTO.- Recibido el proceso a prueba, y practicadas las propuestas por las partes, aceptadas por la Sala, todo ello según consta en autos, y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concede al recurrente el plazo de diez días para que presente escrito de conclusiones sucintas, presentando al efecto escrito el día 11 de octubre de 2000, en el que suplica la admisión de su escrito y se tenga por evacuado el trámite de conclusiones, y previos los trámites oportunos dicte Sentencia en los términos del suplico de su escrito de demanda. Solicita mediante Otrosí se requiera al Secretario del Consejo de Administración de Continente para que se ratifique en su certificación de 3 de febrero de 2000 o bien la rectifique presentando nueva certificación con los datos que esa parte considera

reales. Mediante segundo Orosí solicita se requiera al Secretario del Consejo de Administración de "Alcampo" para que presente la certificación requerida en su día por la Sala a petición de esa parte.

SÉPTIMO.- Se concede al Abogado del Estado el plazo de diez días para que presente su escrito de conclusiones, que lo verifica con su escrito de 13 de noviembre de 2000 en el que tras exponer lo que considera oportuno, suplica a la Sala admita su escrito y tenga por evacuado el trámite de conclusiones, dictando en su día sentencia de conformidad con lo interesado en su contestación a la demanda. Mediante Orosí solicita se deniegue lo solicitado en los Orosí Primero y Segundo de contrario.

OCTAVO.- Esta sala dicta Providencia con fecha 20 de noviembre de 2000 teniendo por evacuado el trámite y efectuadas las conclusiones por las partes, declarando no haber lugar a lo solicitado por la recurrente en el Primer y Segundo Orosí de su escrito de conclusiones. Declarando conclusas las actuaciones y pendientes de señalamiento para deliberación y fallo cuando por su turno corresponda.

NOVENO.- Se señala para votación y fallo del presente recurso el día 3 de junio de 2003.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez, Magistrado de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente, Canal Satélite Digital, interpone recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 1998, por el que se desestima la reclamación formulada como consecuencia de la aprobación del Real Decreto Ley 1/1997 de 31 de enero EDL 1997/22172, y de la Ley 17/97, de 3 de mayo EDL 1997/23183, que sustituye al primero una vez convalidado por las Cortes, mediante los que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47 CE, de 24 de octubre de 1995, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión EDL 1995/16020 y se aprueban medidas adicionales para la liberación del sector, Directiva que fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 23 de noviembre de 1995 y que, conforme a lo dispuesto en su artículo 8 EDL 1995/16020 debía haber sido traspuesta en el plazo de nueve meses a contar desde la fecha de entrada en vigor, que tuvo lugar el mismo día de su publicación en el citado Diario Oficial, por tanto antes del 23 de agosto de 1996.

Entiende la recurrente que la Disposición Adicional única EDL 1997/22172 y el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172, reproducidos en la Ley 17/97 EDL 1997/23183, así como el artículo 7.a EDL 1997/23183 de ésta son contrarios al ordenamiento comunitario y de ellos se han derivado daños y perjuicios para "Canal Satélite Digital, S.L."

Desde este momento conviene poner de relieve lo siguiente:

El apartado 2 del artículo 1 del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 dispone la creación de un registro de operadores de "los servicios de acceso condicional" en los siguientes términos:

"2. Con el fin de conocer el cumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en este Real Decreto-ley EDL 1997/22172, los operadores de los servicios de acceso condicional deberán inscribirse en el Registro que, para ello, se crea en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Este Registro, que tendrá carácter público, contendrá los datos personales de los operadores, las características de los medios técnicos que empleen y la declaración responsable por ellos formulada de ajustarse a las citadas especificaciones técnicas a las que se unirá la oportuna documentación que lo acredite. Su estructura y funcionamiento se establecerán mediante Real Decreto".

Por su parte, la Disposición adicional única del mismo Real Decreto-ley 1/1997, bajo el epígrafe "Régimen sancionador" EDL 1997/22172, establece lo siguiente:

"La comercialización, distribución, cesión temporal o alquiler de aparatos, equipos, descodificadores o cualquier sistema regulado en este Real Decreto-ley EDL 1997/22172 sin la previa certificación que acredite el cumplimiento de las normas que en él se establecen, se sancionará con arreglo a los apartados 2.h) y 3.c) del artículo 33 de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones EDL 1987/13243, modificada por la Ley 32/1992, de 3 de diciembre EDL 1992/17384, como infracción muy grave o grave. En el expediente sancionador que se instruya se podrán adoptar, en su caso, las medidas cautelares previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 34 de la referida Ley EDL 1987/13243 e imponerse las sanciones que en este mismo precepto se recogen".

El artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23182 dice:

"Todos los equipos que incorporen un sistema de acceso condicional destinado a los servicios de televisión digital, y que estén disponibles para el público en general, por cualquier modalidad contractual, dispondrán de capacidad para:

Descodificar dichas señales con arreglo al algoritmo común europeo, suministrado por un organismo europeo de normalización reconocido.

Reproducir las señales transmitidas sin codificar a condición de que, en el caso de que el equipo sea alquilado, el arrendatario se atenga al contrato de alquiler.

El sistema de acceso condicional será el definido por el "Grupo DVB (Grupo de Radiodifusión de Vídeo Digital)" bajo el concepto simulcrypt, siempre que, sin necesidad de ningún tipo de adaptación, resulte la plena compatibilidad de su uso por los distintos operadores y exista previo acuerdo entre estos. Para que este acuerdo se entienda producido será necesario que los citados operadores presten su conformidad respecto de los aparatos de acceso condicional a emplear y así se haga constar en un documento que asuman todos ellos, y que se remitirá para su conocimiento, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el plazo de dos meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley EDL 1997/23183. Transcurrido este plazo, en defecto de acuerdo, deberán emplearse otros sistemas que puedan operar de acuerdo con la recomendación "DVB" definida como interfaz común que facilite la operación en modo multicrypt".

El Real Decreto 136/1997 EDL 1997/22170 consta de dos artículos EDL 1997/22170, varias disposiciones adicionales EDL 1997/22170, una derogatoria EDL 1997/22170, otra final EDL 1997/22170 y un anexo EDL 1997/22170. El artículo 1 EDL 1997/22170 se limita a aprobar el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite, cuyo contenido detallado se especifica en el Anexo. El artículo 2 EDL 1997/22170, bajo el epígrafe "Registro de operadores de servicios de acceso condicional para la televisión digital", desarrolla la previsión que sobre esta materia contiene el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 1/1997 EDL 1997/22172, antes transcrita.

El contenido literal del artículo 2 del Real Decreto 136/97 EDL 1997/22170 es el siguiente:

"1. El Registro de operadores de servicios de acceso condicional para la televisión digital, creado por el Real Decreto-ley 1/1997, de 31 de enero EDL 1997/22172, por el que se incorpora al Derecho Español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, de la Comisión Europea EDL 1995/16020, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector -redacción final tras la corrección de errores-, se llevará por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y tendrá por objeto la inscripción obligatoria de las personas físicas o jurídicas que operen mediante la comercialización, distribución, cesión temporal o alquiler de descodificadores.

2. El expediente de inscripción se iniciará a petición de las personas físicas o jurídicas que están obligadas a ello, mediante instancia dirigida al Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que se presentará en cualquiera de los registros legalmente competentes.

3. El peticionario indicará en la instancia el nombre o razón social, dirección y número de identificación fiscal, actividad comercial y, en su caso, número de inscripción en el Registro Mercantil, así como el tipo y modelo, de los aparatos, equipos, dispositivos o sistemas de telecomunicación de acceso condicional que ofrezca o comercialice.

4. Recibida la instancia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tramitará el correspondiente expediente de inscripción, pudiendo exigirse o practicarse cuantas comprobaciones se estimen pertinentes en relación con los datos aportados. En todo caso, se solicitará el preceptivo informe de los servicios técnicos de la Dirección General de Telecomunicaciones del Ministerio de Fomento, respecto del cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 1/1997, de 31 de enero EDL 1997/22172, por el que se incorpora al Derecho Español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, de la Comisión Europea EDL 1995/16020, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector. -redacción final tras la corrección de errores-.

5. En caso de que la inscripción no pudiera practicarse por insuficiencia de los datos aportados se requerirá al interesado para que los complete en el plazo de diez días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271.

6. Concluido el expediente, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictará resolución sobre la procedencia de la inscripción, comunicándola al interesado, e indicando el número que se le ha asignado en el Registro.

No procederá la primera y sucesivas inscripciones cuando no sean facilitados todos los datos que sean objeto de inscripción o cuando dichos datos no sean exactos, una vez finalizado el plazo de subsanación.

Se inscribirán por separado los datos relativos a los operadores y cada uno de los tipos o modelos de aparatos o equipos, dispositivos o sistemas de telecomunicación aptos para la descodificación que dichas personas comercialicen u ofrezcan.

7. En el Registro se llevará un libro en el que a cada operador se destinará un folio, en el que se harán constar los datos que identifiquen a la persona física o jurídica objeto de inscripción.

Se llevará, además, un libro de registro auxiliar, compuesto por un número indeterminado de hojas numeradas, destinándose a cada operador una hoja, de tal forma que el número de orden de la misma coincida con el número asignado en el libro registro principal, en el que se anotará el nombre de la persona física o jurídica inscrita en éste.

Cada una de dichas hojas irá seguida de cuantas otras sean necesarias, ordenadas, a su vez, por el número que haya correspondido a la primera seguido de una letra por orden alfabético. En dichas hojas con orden alfabético se inscribirán correlativamente, en asientos separados y numerados, el tipo, modelo y, en su caso, número de certificado de aceptación de cada uno de los aparatos, equipos, dispositivos o sistemas de telecomunicación aptos para el acceso condicional que el operador ofrezca o comercialice.

8. El Registro, cuyo ámbito es nacional, tendrá carácter público y las certificaciones extendidas por el Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones serán el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro. Las inscripciones y anotaciones en el Registro, así como la expedición de certificaciones a instancia de parte, darán lugar a la percepción de las tasas que, con arreglo a lo previsto en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones EDL 1987/13243, procedan.

Los datos registrales serán de libre acceso para su consulta por cuantos terceros interesados los soliciten.

Una vez practicada la primera inscripción, cada operador deberá solicitar la inscripción de todo tipo de modelo o aparato, equipo, dispositivo o sistema de telecomunicación apto para descodificar, objeto de su actividad que no haya sido inscrito con anterioridad.

Del mismo modo, deberá solicitar la baja en el Registro de cualquier tipo o modelo de equipo, aparato, dispositivo o sistema de descodificación que deje de comercializar u ofrecer.

La cancelación de la inscripción como operador se realizará a petición de la persona física o jurídica inscrita mediante la correspondiente resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

9. En todo caso, lo establecido en este artículo EDL 1997/22170 se entiende sin perjuicio de las facultades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con arreglo a lo previsto en el artículo 1.Dos.2.d) del Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de

Liberalización de las Telecomunicaciones EDL 1996/15506 , dirigidas a limitar o impedir la actuación de los operadores de servicios de acceso condicional -redacción final tras la corrección de errores- y de los difusores, para salvaguardar la competencia y garantizar la pluralidad de oferta de servicios".

Conviene ya desde este momento poner de manifiesto que el citado Real Decreto 136/97, en lo que a su artículo 2 se refiere EDL 1997/22170 , fue anulado por Sentencia de esta Sala de fecha 10 de diciembre de 2002, Recurso 246/97 EDJ 2002/54458 , por el hecho de que con su aprobación se produjo una doble infracción de las normas comunitarias, en cuanto a la Directiva 83/189, al no haber sido notificada previamente a la Comisión conforme previene dicha Directiva, y en cuanto a la Directiva 95/47 EDL 1995/16020 por el hecho de que la norma citada, según señala el Tribunal de Justicia al resolver la cuestión prejudicial planteada al efecto, en virtud de las obligaciones de registro impuestas a los operadores de servicio de acceso condicional recogidas en el artículo 2 del Real Decreto citado EDL 1997/22170 , impone restricciones a dos de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios.

SEGUNDO.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea había dictado sentencia en 22 de enero de 2002 EDJ 2002/158 , resolviendo la cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo en el recurso citado, en la que tras establecer el marco jurídico que antes hemos transcrito y resaltar en cuanto a la admisibilidad de la petición de decisión judicial que: "en el presente caso, a pesar de que la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones primera y segunda puede influir en la conformidad del Real Decreto-Ley 1/1997 EDL 1997/22172 con el Derecho comunitario y de que la apreciación de dicha conformidad no constituye el objeto del procedimiento principal, que se limita a examinar el Real Decreto 136/1997 EDL 1997/22170 , no puede sostenerse que la respuesta a dichas cuestiones no sea útil para permitir al órgano jurisdiccional remitente determinar si el Real Decreto 136/1997 respeta el Derecho comunitario. En efecto, si la inscripción obligatoria en el registro resulta ser, en cuanto tal, contraria al Derecho comunitario, las disposiciones nacionales relativas a dicha inscripción, con independencia de cual sea su rango normativo, no pueden considerarse aplicables"; la citada sentencia de 22 de enero de 2002 EDJ 2002/158 , en su parte dispositiva resuelve:

"1) Una normativa nacional que prevé un procedimiento de autorización previa para que los operadores de servicios de acceso condicional puedan comercializar aparatos, equipos, descodificadores o sistemas para la transmisión y recepción digital de señales de televisión por satélite, así como prestar los servicios correspondientes, restringe tanto la libre circulación de mercancías como la libre prestación de servicios. En consecuencia, para que esté justificada con arreglo a dichas libertades fundamentales, tal normativa debe perseguir una finalidad de interés general reconocida por el Derecho comunitario y respetar el principio de proporcionalidad, es decir, ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.

2) Para comprobar si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe, en particular, tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- Para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria;

- No puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un Estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro;

- Un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido;

- Un procedimiento de autorización previa no puede considerarse conforme con los principios fundamentales de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios si, por su duración y por los gastos desproporcionados que genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto.

3) Una normativa nacional que impone a los operadores de servicios de acceso condicional la obligación de inscribir en un registro los aparatos, equipos, descodificadores o sistemas de transmisión y de recepción digital de señales de televisión por satélite que pretendan comercializar, así como de obtener una certificación previa para tales productos antes de su comercialización, constituye un "reglamento técnico" en el sentido del artículo 1, punto 9, de la Directiva 83/189 /CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas, en su versión modificada y actualizada por la Directiva 94/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de marzo de 1994 EDL 1994/15373 ".

La Sentencia del Tribunal de Justicia EDJ 2002/158 utilizaba como argumentos jurídicos más relevantes los siguientes:

"29. La obligación de inscribirse en un registro, como operador de servicios de acceso condicional, y de declarar en aquél los productos que se pretende comercializar, impuesta a una empresa que desea comercializar aparatos, equipos, descodificadores o sistemas de transmisión y de recepción digital de señales de televisión emitidas por satélite, restringe la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios garantizadas, respectivamente, por los artículos 30 EDL 1957/52 y 59 del Tratado EDL 1957/52 (véase, por lo que respecta al ejercicio de las actividades artesanales, la sentencia Corsten, antes citada, apartado 34 EDJ 2000/25661).

30. Asimismo, la necesidad de adaptar, en su caso, los productos en cuestión a las normas vigentes en el Estado miembro de comercialización excluye que se trate de modalidades de venta en el sentido de la sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (asuntos acumulados C-267/91 EDJ 1993/14650 y C-268/91 EDJ 1993/14651 , Rec. p. I-6097, apartado 16).

Sobre la justificación de las restricciones comprobadas:

31. Cuando una medida nacional restringe tanto la libre circulación de mercancías como la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia la examina, en principio, a la luz de una sola de estas dos libertades fundamentales, si se demuestra que, en las circunstancias del

caso de que se trate, una de ellas es por completo secundaria con respecto a la otra y puede subordinarse a ella (véase, por lo que respecta a las actividades de lotería, la sentencia de 24 de marzo de 1994, Schindler, C-275/92, Rec. p. I-1039, apartado 22) EDJ 1994/14098 .

32. Sin embargo, en materia de telecomunicaciones suele ser difícil determinar si prevalece el aspecto de la libre circulación de mercancías o el de la libre prestación de servicios. En efecto, como demuestra el procedimiento principal, con frecuencia los dos aspectos están estrechamente relacionados. En ocasiones, el suministro de equipos de telecomunicación es más importante que los servicios de instalación u otros servicios relacionados. Por el contrario, en otras circunstancias, priman las actividades económicas de cesión de conocimientos técnicos o de prestación de otros servicios por los operadores de que se trate, y el suministro de los aparatos, equipos, dispositivos o sistemas de telecomunicación de acceso condicional que aquéllos ofrecen o comercializan tiene un carácter meramente accesorio.

33. En consecuencia, la cuestión de si las restricciones mencionadas en el apartado 29 de la presente sentencia EDJ 2002/158 están justificadas debe examinarse simultáneamente a la luz de los artículos 30 EDL 1957/52 y 59 del Tratado EDL 1957/52 , con el fin de apreciar si la medida nacional controvertida en el procedimiento principal persigue una finalidad de interés general y respeta el principio de proporcionalidad, es decir, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse, en particular, las sentencias de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 15; de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 EDJ 1999/32001 y C-376/96, Rec. p. I-8453, apartado 35, y Corsten, antes citada, apartado 39 EDJ 2000/25661).

34. Es bien sabido que la información y la protección de los consumidores, como usuarios de productos o destinatarios de servicios, constituyen finalidades legítimas de interés general que, en principio, pueden justificar restricciones a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado EDL 1957/52 . Sin embargo, para determinar si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta, en particular, las consideraciones que se exponen a continuación.

35. En primer lugar, es jurisprudencia reiterada que un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a las libertades fundamentales objeto del procedimiento principal (véanse las sentencias de 23 de febrero de 1995, Bordessa y otros, asuntos acumulados C-358/93 EDJ 1995/11911 y C-416/93 EDJ 1995/11912 , Rec. p. I-361, apartado 25; de 20 de febrero de 2001, Analir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 37 EDJ 2001/309 , y de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, C-157/99, Rec. p. I-5473, apartado 90 EDJ 2001/15871). Por consiguiente, para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria (sentencia Analir y otros, antes citada, apartado 38 EDJ 2001/309).

36. En segundo lugar, no puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un Estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro.

37. Por un lado, de una jurisprudencia reiterada se desprende que un producto, legalmente comercializado en un Estado miembro, debe, en principio, poderse comercializar en otro Estado miembro, sin estar sujeto a controles adicionales y sin perjuicio de las excepciones previstas o admitidas por el Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, denominada "Cassis de Dijon", 120/78, Rec. p. 649, apartado 14, y de 5 de abril de 2001, Bellamy y English Shop Wholesale, C-123/00, Rec. p. I-2795, apartado 18 EDJ 2001/2607).

38. Por otro lado, en principio, no es conforme con la libre prestación de servicios imponer restricciones a un prestador de servicios para salvaguardar intereses generales cuando dichos intereses quedan ya garantizados por las normas a que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido (véanse, en particular, las sentencias de 17 de diciembre de 1981, Webb, 279/80, Rec. p. 3305, apartado 17, y Arblade y otros, antes citada, apartado 34 EDJ 1999/32001).

39. En tercer lugar, el procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido.

40. Para verificar si esto es lo que sucede en el presente caso, es preciso tener en cuenta, por un lado, la posibilidad de que los defectos de los productos y de los servicios de que se trate se detecten ya en el momento en que se controlan las declaraciones efectuadas por los operadores de servicios de acceso condicional y, por otro lado, los riesgos y contingencias que pueden derivarse del hecho de que tales defectos se descubran después de que se comercialicen los productos o se presten los servicios a sus destinatarios.

41. Por último, debe destacarse que, durante su sustanciación, un procedimiento de autorización previa impide, de modo general y absoluto, que los operadores económicos comercialicen los productos y presten los servicios de que se trate. De lo anterior se desprende que, para garantizar su conformidad con los principios fundamentales de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios, un procedimiento de este tipo no debe, como consecuencia de su duración, de los gastos que genere o de la imprecisión de los requisitos que han de reunirse, disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto.

42. A este respecto, una vez que se hayan examinado los requisitos de inscripción en el registro y se haya acreditado su cumplimiento, la obligación de obtener una certificación para los aparatos, equipos, dispositivos o sistemas de telecomunicación de acceso condicional tras el procedimiento de inscripción no debe retrasar ni complicar el ejercicio del derecho de la empresa de que se trate a comercializar los productos y los servicios correspondientes. Además, las exigencias de inscripción en un registro y de obtención de una certificación,

en el supuesto de que estuvieran justificadas, no deberían dar lugar a gastos administrativos desproporcionados (véase la sentencia Corsten, antes citada, apartados 47 y 48 EDJ 2002/25661).

45. Por lo que respecta a la primera parte de esta cuestión, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que las disposiciones nacionales que se limitan a prever requisitos para la constitución de empresas, como, por ejemplo, las disposiciones que exigen una autorización previa para el ejercicio de una actividad profesional, no constituyen reglamentos técnicos a efectos de lo dispuesto en el artículo 1, punto 9, de la Directiva 83/189. En efecto, los reglamentos técnicos son, conforme a dicha disposición, especificaciones que definen las características de los productos y no especificaciones relativas a los operadores económicos (véanse las sentencias de 30 de abril de 1996, CIA Security International, C-194/94, Rec. p. I-2201, apartado 25 EDJ 1996/12237 , y de 8 de marzo de 2001, Van der Burg, C-278/99, Rec. p. I-2015, apartado 20 EDJ 2001/1004).

46. En cambio, una disposición nacional debe calificarse de "reglamento técnico" en el sentido del artículo 1, punto 9, de la Directiva 83/189 siempre que obligue a las empresas interesadas a solicitar la homologación previa de su material (véase la sentencia CIA Security International, antes citada, apartado 30 EDJ 1996/12237).

47. En consecuencia, una normativa nacional que impone a los operadores de servicios de acceso condicional la obligación de inscribir en un registro los aparatos, equipos, descodificadores o sistemas de transmisión y de recepción digital de señales de televisión por satélite que pretendan comercializar, así como de obtener una certificación previa para tales productos antes de su comercialización, constituye un "reglamento técnico" en el sentido del artículo 1, punto 9, de la Directiva 83/189.

48. Por lo que respecta a la segunda parte de la tercera cuestión, que se refiere a la obligación de notificación prevista en el artículo 8 de la Directiva 83/189, del artículo 10 de ésta se desprende que sus artículos 8 y 9 no son aplicables a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros ni a los acuerdos voluntarios en virtud de los cuales dichos Estados den cumplimiento a los actos comunitarios vinculantes que tengan por resultado la adopción de especificaciones técnicas. Por consiguiente, en la medida en que la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal adapta el Derecho interno a la Directiva 95/47 EDL 1995/16020 , y sólo en esta medida, no hay obligación de notificar conforme a la Directiva 83/189.

49. Sin embargo, habida cuenta del contenido de la Directiva 95/47 EDL 1995/16020 , recordado en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia EDJ 2002/158 , la normativa nacional de que se trata, por cuanto establece un régimen de autorización administrativa previa, no puede calificarse de normativa en virtud de la cual un Estado miembro da cumplimiento a un acto comunitario vinculante que tenga por resultado la adopción de especificaciones técnicas.

50. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión que una normativa nacional que impone a los operadores de servicios de acceso condicional la obligación de inscribir en un registro los aparatos, equipos, descodificadores o sistemas de transmisión y de recepción digital de señales de televisión por satélite que pretendan comercializar, así como de obtener una certificación previa para tales productos antes de su comercialización, constituye un "reglamento técnico" en el sentido del artículo 1, punto 9, de la Directiva 83/189".

Una posible eventual justificación de las citadas restricciones a la libertad de circulación de mercancías y a la libertad de prestación de servicios antes citados requeriría, en opinión del Tribunal de Justicia, que se cumplieran los cuatro criterios que este señala en los fundamentos jurídicos 35 a 42 que han sido transcritos, entendiendo la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2002 EDJ 2002/54458 que la norma española no cumple la exigencia de que los sistemas jurídicos que impongan la autorización administrativa excluyan un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales y respondan a criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, ni tampoco cumple la exigencia de que no se dupliquen los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro.

TERCERO.- La recurrente, "Canal Satélite Digital, S.L.", fundamenta su demanda con carácter principal en la infracción que del Ordenamiento Comunitario supone, el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y la Ley 17/97 EDL 1997/23183 que sustituye al primero una vez convalidada por las Cortes y, con carácter subsidiario, plantea la responsabilidad del Estado fundada en el ordenamiento jurídico interno al amparo del artículo 139.3 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 , es decir por actos del legislador de naturaleza no expropiatoria de derechos.

En consecuencia procede analizar en primer lugar la cuestión que se plantea desde el punto de vista de la infracción del Derecho Comunitario, ya que sólo en el caso de que la demanda sea desestimada desde esta óptica procederá entrar a analizar la cuestión desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno al formularse este planteamiento con carácter subsidiario.

La doctrina de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros de la Comunidad Europea ha sido elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha establecido cuales son las condiciones de fondo que necesariamente han de cumplirse para que se pueda dar lugar a esa responsabilidad, si bien hemos ya de manifestar que la comunitarización de los requisitos llevada a cabo por el Tribunal tiene carácter subsidiario, entendida tal subsidiariedad en el sentido de que si las condiciones establecidas en el Derecho interno para declarar esa responsabilidad son menos restrictivas que las establecidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad nada impide que el Juez nacional las aplique, ya que sólo se vulneraría la jurisprudencia del Tribunal si para la declaración de responsabilidad se aplicasen condiciones mas restrictivas que las establecidas por aquel.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declara que el principio de responsabilidad del Estado es aplicable a cualquier violación del Derecho Comunitario cometida por el Estado miembro, si bien inicialmente no establece que condiciones habrán de cumplirse en cualquier supuesto de incumplimiento, limitándose en concreto a afirmar que dichos requisitos "dependen de la naturaleza de la violación del Derecho Comunitario que origine el perjuicio causado" (sentencia Francovich EDJ 1991/12584), limitándose a establecer que requisitos deben concurrir en el caso concreto de incumplimiento de la obligación de transposición de una Directiva Comunitaria en plazo. En este supuesto el Tribunal exige que se den tres requisitos: que la norma comunitaria violada sea una norma

que atribuya derechos en favor de los particulares; que el contenido de esos derechos debe ser identificado con base en las disposiciones de la Directiva y que exista nexo causal entre el resultado lesivo y el incumplimiento imputable al Estado.

En nuestro caso, conviene dejar en este momento constancia del dato de que la Directiva 95/47 EDL 1995/16020 debía haber sido traspuesta antes del 23 de agosto de 1996 y no lo fue hasta el 31 de enero de 1997.

Posteriormente el Tribunal fue conformando su doctrina en la materia afirmando que los requisitos exigibles en relación con la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias en circunstancias comparables. Afirma el Tribunal (Sentencia Factor-tame y Brasserie du Pêcheur EDJ 1996/12205) que "la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origine el daño".

Con carácter general señala el Tribunal tres requisitos para que pueda darse lugar a la responsabilidad de un Estado miembro:

a) Que la norma jurídica vulnerada ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) Ha de tratarse de una violación suficientemente caracterizada.

c) Ha de existir un nexo de causalidad directa entre la infracción de obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por el particular.

Estos requisitos son, dice el Tribunal, necesarios y suficientes para dar lugar a la responsabilidad, han de cumplirse por tanto los tres y si se cumplen la declaración de responsabilidad es inexcusable, ello claro está sin perjuicio de que si el Derecho nacional lo establece puede declararse la responsabilidad en virtud de requisitos menos exigentes.

Ahora bien, es importante destacar el porque de la modificación de la posición del Tribunal en relación con su posición anterior. La razón esta en que en el caso Francovich EDJ 1991/12584 , al que nos hemos referido en primer lugar, el Estado no disponía de un margen de apreciación amplio para cumplir su obligación y precisamente ese margen de apreciación es lo que justifica la concepción restrictiva de la responsabilidad, de tal manera que ésta solo se dará, cuando exista un margen de apreciación amplio, si la infracción es manifiesta y grave.

Idéntico criterio mantiene el Tribunal de Justicia en el asunto British Telecommunications en el que, en relación con la transposición de la Directiva comunitaria 90/53, recordemos que en el caso que nos ocupa estamos también ante un supuesto de transposición de una Directiva, entiende que el artículo 8.1 de aquella es un artículo impreciso y admitía, además de la interpretación dada por el Tribunal, la interpretación que le dio "de buena fe" el Reino Unido basándose en argumentos no carentes en absoluto de pertinencia. Tal interpretación, que también compartían otros Estados miembros, dice el Tribunal, no era manifiestamente contraria al texto de la Directiva ni al objeto perseguido por ésta, señalando asimismo el Tribunal, en el apartado 42 de su sentencia, que para valorar el grado de gravedad de la vulneración del Derecho comunitario ha de tenerse en cuenta la claridad y precisión de la norma vulnerada.

La cuestión, por tanto, se centra en si al trasponer una Directiva al Derecho interno, el Estado miembro puede optar entre distintas interpretaciones que de buena fe entienda son respetuosas con el objetivo perseguido en la misma. En este supuesto cualquiera de las opciones es válida y no puede decirse que al optar por una u otra se produzca automáticamente una violación suficientemente caracterizada del Derecho Comunitario.

El punto central, por tanto, en nuestro caso será dilucidar si el Estado disponía de ese margen de apreciación y si la interpretación efectuada lo fue de buena fe, cuestiones estas que analizaremos más adelante.

La doctrina del Tribunal de Justicia, no obstante, no se agota en lo hasta aquí expuesto.

En la sentencia de 8 de octubre de 1996 EDJ 1996/12351 , dictada con ocasión de la transposición de la Directiva 90/314 CEE relativa a viajes combinados EDL 1990/13736 , efectuada por la República Federal Alemana, el Tribunal establece en los apartados 24 a 28 lo siguiente:

"24. de hecho, al afirmar que los requisitos necesarios para que la responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado, el Tribunal de Justicia consideró que la apreciación de estos requisitos variaba en función de cada tipo de situación.

25. En efecto, por una parte, una violación es suficientemente caracterizada cuando una Institución o un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades (véanse las sentencias de 25 de mayo de 1978, HNL, y otros/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, rec. p. 1209, apartado 6, Brasserie du Pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 55 EDJ 1996/12205 y British Telecommunications, antes citada, apartado 42) y, por otra parte, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (véase la Sentencia Hedley Lomas EDJ 1996/12254 , antes citada, apartado 28).

26. Por consiguiente, cuando, como en el asunto Francovich EDJ 1991/12584 , un Estado miembro, infringiendo el párrafo tercero del apartado 189 del Tratado EDL 1957/52 , no adopta ninguna de las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva dentro del plazo señalado por ésta, dicho Estado miembro vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus competencias.

27. Por consiguiente, tal violación engendra en favor de particulares un derecho a obtener reparación si el resultado prescrito por la Directiva implica la atribución, a su favor, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la

Directiva y existe, además, una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas cuyos derechos han sido lesionados, sin que proceda tener en consideración otros requisitos.

28. En particular, no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado (véase la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartados 94 a 96 EDJ 1996/12205) ni a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable (véanse apartados 75 a 80 de la misma sentencia EDJ 1996/12205)".

El Tribunal viene a distinguir entre aquellos supuestos en que el Estado miembro goce de un margen de apreciación más o menos amplio y aquellos otros en que se le impone una obligación para cuyo cumplimiento no gozan de ninguna discrecionalidad. En el primer caso las condiciones para que se de lugar a la responsabilidad son más estrictas que en el segundo. La diferencia está en los requisitos que deben darse en uno y otro caso para que podamos apreciar que estamos ante una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario, pudiendo afirmarse ya que una violación es suficientemente caracterizada cuando un Estado infringe de forma manifiesta y grave los límites que le viene impuestos o bien cuando, cualquiera que sea el grado de la infracción, no se enfrenta a distintas opciones normativas por no disponer de margen de apreciación o ser éste mínimo. Supuesto especial es de la infracción del deber de transposición de una directiva en el plazo en ésta establecido ya que tal omisión constituye "per se" infracción manifiesta y grave y por tanto dará lugar a la obligación de indemnizar si se cumplen los otros dos requisitos, a saber, que estemos ante una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que exista nexo causal entre la infracción y el daño.

CUARTO.- Determinados cuales son los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia para que sea exigible la responsabilidad patrimonial a un Estado por violación del Derecho comunitario, hemos de dar un paso más en orden a determinar cuando se dan esos requisitos para posteriormente poner en relación lo así establecido con el concreto caso que nos ocupa, a fin de poder determinar si en éste en concreto es exigible esa responsabilidad y, caso de que la respuesta fuese positiva, pasar a determinar el "quantum" del daño que hubiera sido acreditado.

A) En relación con el primer requisito, referido a una norma comunitaria que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, ello no supone otra cosa que el que la vulneración de la norma comunitaria prive al particular del disfrute de ese derecho originándole un perjuicio individualizado y por tanto indemnizable.

Ante todo debe sentarse la premisa de que la interpretación del instituto de la responsabilidad patrimonial debe ser siempre de carácter extensivo en el sentido de que ha de ser siempre favorable a la protección del particular frente al actuar del Estado, de una parte porque así lo exige el carácter objetivo de esa responsabilidad en el ámbito del derecho interno y de otra porque no es sino una forma de paliar las deficiencias que otras técnicas de protección de esos intereses presentan, no siendo en consecuencia razonable que el particular vea minorado su derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio del Estado infractor. La interpretación pro particular de la responsabilidad se infiere con claridad del hecho de que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia no excluyen la aplicación de criterios menos restrictivos derivados de la legislación estatal, lo que por otra parte resulta tremendamente importante en la esfera de nuestro ordenamiento jurídico en cuyo marco el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene carácter objetivo, de modo que basta la existencia de un daño antijurídico e individualizado para que, de existir nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado producido, opere el citado instituto jurídico.

Sin entrar ahora en la cuestión de si procede o no identificar "norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares" con "norma de efecto directo", -entendida ésta como aquella de la que se derivan con arreglo a la sentencia *Van Gendin*, de 5 de febrero de 1963 y *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, las siguientes consecuencias:

a) No necesitan ser traspuestas o traducidas a normas de Derecho interno sino que son directamente aplicables desde que sean promulgadas en el Diario Oficial de las Comunidades.

b) Son normas que constituyen fuente inmediata de derechos y obligaciones tanto para los Estados miembros como para los particulares.

c) Son normas directamente invocables por los particulares ante los Tribunales nacionales que tienen obligación de aplicarlas;

Y admitiendo que no sólo las normas dotadas de efecto directo confieren derechos a los particulares, hemos de destacar que gozan de efecto directo las normas que son completas y jurídicamente perfectas y por tanto establecen obligaciones claras y precisas no condicionadas ni sometidas a término, que no están subordinadas en su ejecución o sus efectos a la intervención de ningún acto posterior ni dejan a los Estados poder discrecional para dictar las medidas de ejecución, habiendo considerado el Tribunal de Justicia como tales a las normas de los Tratados que impongan a los Estados obligaciones de abstención, y también los que impongan obligaciones de hacer, así como a los Reglamentos. En cuanto a las Directivas se les reconoce efecto directo vertical cuando sean tan precisas y detalladas que no dejen margen de apreciación al legislador nacional. En este punto conviene destacar que la Comisión Europea, en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia en su función de guardián de los Tratados independientes de los Estados miembros, (art. 155 TCE EDL 1957/52), como consecuencia de la cuestión prejudicial suscitada por la Sección 3ª de esta Sala, en recurso 246/97 EDJ 2002/54458, al referirse a la posible justificación de la medida afirma que: "el margen de maniobra que poseen los Estados miembros para definir objetivos legítimos sobre la base del artículo 30 C.E. EDL 1957/52 o de las exigencias imperativas es inexistente en lo que se refiere al campo de aplicación de ambas Directivas, puesto que un decodificador, producido o comercializado en un Estado miembro debe poder ser comercializado en cualquier otro sin necesidad de pasar control o suplemento alguno".

En segundo lugar no cabe confundir la idea de "conferir derechos a los particulares" con la de "tener por objeto conferir derechos", de modo que no ha de ser el objeto de la directiva la atribución de derechos a los particulares, sino que esa atribución de derechos ha de ser uno de los efectos de su adecuada transposición, de tal manera que si de las medidas que el Estado está obligado a tomar se deben derivar derechos para los particulares el requisito estará cumplido.

B) El segundo requisito a que hemos venido haciendo referencia es el de la violación suficientemente caracterizada. Quizá en esto esté el nudo gordiano de la cuestión que se plantea. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aún cuando sostiene que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de este requisito, ha venido estableciendo unas pautas para orientar a los tribunales nacionales. Así cabe citar las siguientes como criterios a tener en cuenta en este punto:

- a) Nivel de claridad y precisión de la disposición infringida.
- b) mayor o menor margen de apreciación de que disponga el Estado miembro en relación con la norma vulnerada.
- c) Carácter intencionado o involuntario de la infracción y del perjuicio.
- d) Excusabilidad o inexcusabilidad del error de derecho.
- e) Que la conducta de una institución comunitaria haya podido contribuir a la infracción del Derecho comunitario en que ha incurrido el Estado miembro.

En primer lugar hemos de recordar que, como ya se ha indicado, la infracción tendrá el carácter de suficientemente caracterizada siempre que el Estado miembro no disponga de margen de apreciación, de modo que cuanto mayor sea éste menor será el riesgo de que la infracción revista aquel carácter. Por el contrario, el riesgo será mayor cuanto mas precisas sean las obligaciones impuestas por la norma comunitaria al Estado miembro. Por tanto, si la infracción de la norma es manifiesta, si la interpretación dada por el Estado miembro a la norma comunitaria es inaceptable por manifiestamente errónea, si la jurisprudencia del Tribunal ha aclarado situaciones análogas y por tanto el Estado miembro debía conocer el criterio del Tribunal y la interpretación correcta, es indudable que en estos casos la infracción será suficientemente caracterizada. Por el contrario cuando una norma pueda dar lugar a más de una interpretación conforme con el Derecho comunitario, cuando la norma resulta imprecisa y se ha actuado de buena fe por el Estado miembro, en estos casos no cabe hablar de infracción suficientemente caracterizada hábil para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado miembro.

C) El tercero de los criterios apuntado anteriormente, era el de la intencionalidad de la infracción. Ya desde ahora debemos señalar que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros ha de ser valorada no con criterios subjetivos, no se trata por tanto de que la conducta causante del daño sea culpable, sino con criterios objetivos. Otra cosa es que esa idea de culpa pueda ser tomada en consideración para valorar si estamos o no ante una infracción suficientemente caracterizada.

El Tribunal de Justicia en su sentencia de 5 de marzo de 1996 aclara de algún modo la cuestión cuando en su apartado 56 EDJ 1996/12205 establece los cinco elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener en cuenta para apreciar si la infracción es o no suficientemente caracterizada, elementos que anteriormente hemos citado bajo los apartados a, b, c, d y e, entre los que se encuentra el carácter intencional o involuntario de la infracción o del perjuicio. Ahora bien, ello no supone, continúa diciendo el Tribunal de Justicia en el apartado 79 de la sentencia citada, que pueda supeditarse la obligación de reparar a la concurrencia de un requisito basado en el concepto de culpa, en consecuencia, continúa, no puede supeditarse la reparación del perjuicio a la existencia de un acto intencional o negligente del órgano estatal. Ahora bien esa intencionalidad o negligencia servirá como elemento para determinar el que la infracción deba ser considerada como suficientemente caracterizada. Quizá a esta idea debiera anudarse la de persistencia de la violación tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, en estos supuestos parece indudable que la infracción tiene la consideración de suficientemente caracterizada, pero de nuevo en la sentencia antes citada el Tribunal de Justicia adelanta la posibilidad de que el Juez nacional que tiene que decidir la cuestión tome en consideración otras circunstancias entre las que se cita el conocimiento por el Estado miembro de la actitud de la Comisión.

D) Finalmente hemos de referirnos a la influencia que la conducta de una institución comunitaria haya podido tener en la omisión, adopción o mantenimiento de medidas por un Estado miembro que resulten contrarias al Derecho comunitario.

En lo que a nosotros interesa en este momento es importante destacar que la citada sentencia de 5 de marzo de 1996 del Tribunal de Justicia afirma, apartado 93 EDJ 1996/12205, que la existencia de una sentencia anterior del Tribunal de Justicia en la que se declara el incumplimiento es un elemento sin duda alguna determinante, pero no indispensable, para comprobar que se cumple dicho requisito, afirmando a continuación en el apartado 57 que en todo caso la infracción será manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial, o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia.

La existencia de una sentencia previa del Tribunal de Justicia, en consecuencia, es requisito suficiente pero no indispensable para que podamos hablar de infracción suficientemente caracterizada, y esta conclusión es especialmente relevante en el caso que nos ocupa por cuanto uno de los argumentos fundamentales de la Administración demandada es la inexistencia de esa sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia.

E) Para poner fin a este examen de los elementos que han de llevarnos, tras el análisis de las circunstancias del caso concreto que nos ocupa, a concluir si estamos o no ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por violación del Derecho comunitario, debemos puntualizar dos cuestiones: la primera que la responsabilidad patrimonial por violación del Derecho comunitario no viene configurada como una responsabilidad objetiva y por tanto la culpa no es un requisito esencial, aunque sí tiene relevancia en la medida en que puede resultar determinante para calificar una infracción como suficientemente caracterizada; ahora bien, no podemos perder de vista que en nuestro ordenamiento la responsabilidad patrimonial del Estado es una responsabilidad objetiva y que, como hemos dicho anteriormente, los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad le son de carácter subsidiario por lo que nada impide, en consecuencia, que el Juez nacional aplique, si su derecho así lo prevé, condiciones menos restrictivas que las establecidas por la jurisprudencia comunitaria a la hora de declarar la responsabilidad del Estado.

La segunda, es que los criterios establecidos por el Tribunal a la hora de calificar una violación como suficientemente caracterizada están interrelacionados entre sí.

QUINTO.- El caso concreto que nos ocupa ha de resolverse a la luz tanto de la sentencia del Tribunal de Justicia dictada al resolver la cuestión prejudicial planteada en el recurso contencioso 246/97 EDJ 2002/54458 , como a la vista del dictamen motivado de la comisión de 25 de julio de 1997, del informe de la Comisión de 21 de enero de 2000 previo a la sentencia del Tribunal de fecha 22 de enero de 2002 EDJ 2002/158 , de la propia sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2002 EDJ 2002/54458 , del auto del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1997 y de la afirmación de la recurrente de que la reclamación se fundamenta en la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las disposiciones legales que señala.

En primer lugar hemos de destacar que aún cuando la cuestión prejudicial que se resuelve por sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2002 EDJ 2002/158 se refiere al artículo 2 del R.D. 136/97 EDL 1997/22170 , éste se dicta en la misma fecha que el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y tiene por objeto desarrollar la previsión que en materia del registro contiene el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 , que es uno de los preceptos a los que la demandante imputa la violación del Derecho comunitario a que anuda la declaración de responsabilidad patrimonial que pretende.

Por otra parte, la propia sentencia del Tribunal de Justicia citada EDJ 2002/54458 afirma, como ya pusimos de relieve en el Fundamento Jurídico segundo, que a pesar de que "la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones primera y segunda puede influir en la conformidad del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 con el Derecho comunitario y de que la apreciación de dicha conformidad no constituye el objeto del procedimiento principal... no puede sostenerse que la respuesta a dichas cuestiones no sea útil para permitir al órgano jurisdiccional remitente determinar si el Real Decreto 136/1997 EDL 1997/22170 respeta el Derecho comunitario". No cabe en consecuencia sino admitir la relevancia de la citada sentencia del Tribunal de Justicia EDJ 2002/54458 en el caso que ahora nos ocupa.

En segundo lugar hemos de señalar que la alegación con que el Sr. Abogado del Estado encabeza su escrito de conclusiones y que atiende fundamentalmente al carácter autoaplicativo o no del artículo 1.2 EDL 1997/22172 y de la Disposición adicional única del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y del artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 a la luz del Auto del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1997 y, en consecuencia, a si los perjuicios son imputables o no a las citadas disposiciones legales, es decir, si existe o no un nexo causal ente la norma que se pretende viola el Derecho Comunitario y el resultado dañoso que se afirma por la recurrente, es una cuestión a la que habrá que enfrentarse en un segundo momento después de resolver sobre la realidad en el caso de autos de la infracción del Derecho Comunitario y sobre si en dicha infracción concurren los requisitos que en el fundamento jurídico cuarto hemos concluido ha establecido el Tribunal de Justicia para que podamos estar ante un supuesto de responsabilidad por infracción del Derecho Comunitario.

Así las cosas, la primera cuestión a resolver es la de si las normas a que se refiere la recurrente, el artículo 1.2 EDL 1997/22172 y la Disposición Adicional del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 reproducidos en la Ley 17/97 EDL 1997/23183 y el artículo 7.a de esta última EDL 1997/23183 son o no contrarios al Derecho comunitario.

En este punto hemos de recordar que ya en el fundamento jurídico primero, conscientes de la relevancia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2002 EDJ 2002/158 , transcribíamos la parte dispositiva y los apartados 29 a 50 de la misma, lo que nos exime aquí y ahora de insistir en el tema. Creemos que de la sentencia en cuestión se infiere sin lugar a dudas que el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 , y por tanto también de su Disposición Adicional EDL 1997/22172 en relación con el mismo, son contrarios al Derecho Comunitario y ello sobre la base de que la sección tercera de esta Sala estableció, al plantear la cuestión prejudicial, que:

"Según el órgano jurisdiccional remitente, la interpretación más coherente de esta normativa es la siguiente: mediante el juego combinado del artículo 2 del Real Decreto 136/1997 EDL 1997/22170 , del artículo 1, apartado 2, del Real Decreto-Ley 1/1997 EDL 1997/22172 y de su disposición adicional única EDL 1997/22172 , las autoridades gubernativas españolas han implantado un registro obligatorio para los operadores de servicios de acceso condicional que exige a éstos no sólo su inscripción sino también la de los aparatos, equipos, dispositivos o sistemas de telecomunicación que ellos mismos comercialicen u ofrezcan. La inscripción en tal registro no es en modo alguno automática, sino que exige una previa decisión administrativa, que puede ser de sentido negativo. La inscripción tampoco se produce con la sola "declaración responsable de ajustarse a las especificaciones técnicas" formulada por el correspondiente operador, sino que exige un previo dictamen o informe técnico emitido por funcionarios del Ministerio de Fomento sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos y de otro tipo previstos en el Real Decreto-Ley 1/1997 EDL 1997/22172 . Únicamente tras superar el procedimiento de inscripción y obtener la correspondiente "certificación" es jurídicamente posible comercializar, distribuir, ceder o alquilar los equipos, sistemas y descodificadores necesarios para la transmisión digital de señales de televisión. En caso de no obtener aquella certificación, los operadores que lleven a cabo la comercialización, distribución, cesión o alquiler de los aparatos antes referidos incurrir en una infracción, grave o muy grave, sancionable administrativamente".

Pero es más, esta Sala, a la hora de analizar esta cuestión, no puede por menos que tomar en consideración lo establecido en la sentencia de la Sección Tercera de la misma, de fecha 10 de diciembre de 2002 EDJ 2002/54458 , que recoge en su fundamento segundo la interpretación antes transcrita del apartado 1.2 del precepto citado EDL 1997/22172 . De la sentencia de este Tribunal de 10 de diciembre de 2002, resulta que el Tribunal de Justicia destaca, según hemos transcrito, en los apartados 28 a 30 de su sentencia, que las obligaciones de registro impuestas a los operadores de servicio de acceso condicional por disposiciones nacionales constituyen restricciones de dos de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, libertad de circulación de mercancías y libertad de prestación de servicios.

La Sección Tercera de esta Sala continúa afirmando en la citada sentencia de 10 de diciembre de 2002 EDJ 2002/54458 que la eventual justificación de estas restricciones requeriría, según el Tribunal de Justicia, que la norma nacional que las establece cumpliera los cuatro criterios que el propio Tribunal señala en los fundamentos jurídicos 35 a 42 de su sentencia e incorpora al fallo. De dichos criterios, concluye la sentencia de la Sección Tercera que: "a nuestro juicio, la normativa española no cumple el primero y el segundo".

Este Tribunal Supremo en la sentencia a que nos venimos refiriendo EDJ 2002/54458 tiene establecido que: si la primera condición es que los sistemas jurídicos que impongan la autorización administrativa excluyan un comportamiento discrecional de las autoridades

nacionales, antes bien respondan "en todo caso a criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano", el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 1/1997 EDL 1997/22172 no garantiza estos últimos.

De hecho, el propio Abogado del Estado en este litigio reconoce que el archivo del expediente de incumplimiento (antiguo artículo 169 del Tratado CE EDL 1957/52) incoado por la Comisión Europea fue posible porque las autoridades gubernativas en octubre de 1997 aceptaron a posteriori "las indicaciones en la interpretación" de las normas españolas que aquella institución comunitaria propuso.

La mera existencia de interpretaciones diametralmente diferenciadas sobre el alcance de la obligación de registro y los requisitos exigibles para obtener la "certificación" previa es, de suyo, poco compatible con la seguridad jurídica y no se compadece con las exigencias de objetividad y ausencia de componentes discrecionales impuestas por el Tribunal de Justicia para justificar un sistema de autorización administrativa en el caso de autos.

Hasta tal punto ello es así que, en la práctica, la interpretación que las autoridades españolas habían hecho determinó precisamente el rechazo de la inscripción en el registro del operador ahora demandante (resolución de 6 de mayo de 1997, de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones) y la incoación de un expediente administrativo, precisamente porque los equipos que dicho operador comercializaba carecían de la certificación exigida por el Real Decreto 136/1997 EDL 1997/22170 .

Si esta circunstancia, tal como afirma el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, de hecho "no ha impedido ni impide al operador actuar", es simplemente por razones de tolerancia u otro tipo de consideraciones ajenas en sí a la aplicación estricta de la norma, todo lo cual pone de manifiesto que en la práctica la decisión final quedaba al arbitrio o discreción de las autoridades gubernativas, situación jurídica ésta que el dictamen motivado que la Comisión remitió al Reino de España consideró incompatible con las exigencias de objetividad y de seguridad y certeza del Derecho.

Debemos declarar, pues, que el mecanismo establecido es sin duda restrictivo de las dos libertades fundamentales comunitarias ya expresadas, y no cumple la primera de las condiciones a que se refiere el Tribunal de Justicia en su sentencia de 22 de enero de 2002 EDJ 2002/158 .

Tampoco se cumple la segunda, en la medida en que supone necesariamente "duplicar los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro" (apartado 36 de la sentencia del Tribunal de Justicia EDJ 2002/158).

Las exigencias de registro y previa certificación para comercializar los aparatos, equipos, descodificadores o sistemas para la transmisión y recepción digital de señales de televisión por satélite se imponían de modo necesario también a los fabricados o comercializados legalmente en otros Estados miembros.

De hecho, este presupuesto no sólo no ha sido puesto en cuestión por ninguna de las partes sino que aparece expresamente confirmado por los hechos y por las propias normas españolas, lo que motivó la reacción de la Comisión: la Ley 17/1997 EDL 1997/23183 (cuya compatibilidad con el derecho comunitario cuestionó la Comisión) y hubo, por ello, de ser modificada mediante el Real-Decreto-ley número 16/1997, de 13 de septiembre EDL 1997/24515 , de modo que quedaron derogados los preceptos que imponían obligatoriamente un determinado sistema de acceso condicional y obligaban a dejar "inoperantes" los descodificadores ya instalados que no se ajustasen a él.

No cabe duda de que los equipos a que se refiere el Real Decreto Ley EDL 1997/24515 son los comercializados en los diferentes Estados miembros pues a ello afecta la Directiva 95/47 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión (DO L 282, p. 5) EDL 1995/16020 , norma comunitaria que el Real Decreto-ley 1/1997 EDL 1997/22172 confiesa incorporar al derecho español. No cabe duda, pues, de que las exigencias de registro y certificación previa afectan a los equipos que se comercializan legítimamente en otros Estados miembros tras haber obtenido su homologación en ellos. Conclusión ésta que basta para afirmar la "duplicidad de controles" respecto de los equipos de procedencia comunitaria, rechazada por el Tribunal de Justicia.

Partiendo de la premisa que hemos asumido, acerca de la interpretación del bloque normativo aplicable, se produce, además, una repetición de los "controles" establecidos en España.

En efecto, si, como ya hemos admitido no se configura la inscripción en el registro con carácter automático, sino mediante una previa decisión administrativa que podía ser de sentido negativo, de modo que para obtener dicha inscripción no basta la sola "declaración responsable de ajustarse a las especificaciones técnicas" formulada por el correspondiente operador, antes bien, se exige un previo dictamen o informe técnico, emitido por funcionarios del Ministerio de Fomento, sobre el cumplimiento de los requisitos, técnicos y de otro tipo, la consecuencia lógica es que el mecanismo aplicado a otros equipos terminales de telecomunicación, en el sentido de las Leyes 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones EDL 1987/13243 , y 37/95, de Telecomunicaciones por Satélite EDL 1995/16621 , se duplica en este caso imponiendo requisitos adicionales de control.

Siendo ello así, se incumple también el segundo de los criterios de justificación para imponer restricciones a las libertades fundamentales comunitarias.

La Sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2002 EDJ 2002/54458 , continúa afirmando que desde el punto de vista formal se prescindió de un trámite de obligado cumplimiento, cual era el de la previa comunicación a la Comisión Europea, a los efectos previstos en la tan citada Directiva 83/189, trámite preceptivo y esencial cuya importancia no puede ser minimizada.

En los apartados 45 y 50 de la sentencia de 30 de abril de 1996, CIA Security International (asunto C-194/94) EDJ 1996/12237 y 42 a 44 de la sentencia de 26 de septiembre de 2000, Unilever (asunto C-443/1998) EDJ 2000/24733 el Tribunal de Justicia ha reafirmado que, dados los objetivos de la Directiva 83/189, la ausencia de aquella comunicación debe reputarse un "vicio sustancial" del procedimiento de elaboración de las normas nacionales que constituyen reglamentaciones técnicas, en el sentido de la citada Directiva.

Afirma el Tribunal de Justicia en ambas sentencias, entre otras, que el objetivo de la Directiva 83/189 "no es simplemente informar a la Comisión, sino, con un propósito más general, eliminar o limitar los obstáculos a los intercambios, informar a los otros Estados de las normativas técnicas previstas por un Estado, conceder a la Comisión y a los demás Estados miembros el tiempo necesario para reaccionar y proponer una modificación que permita disminuir las restricciones a la libre circulación de mercancías que se deriven de la medida prevista y dejar a la Comisión el tiempo necesario para proponer una Directiva de armonización".

Tras añadir que "el tenor literal de los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 es claro, ya que estas disposiciones prevén un procedimiento de control comunitario de los proyectos de normativas nacionales y la subordinación de la fecha de su aplicación a la aprobación o a la no oposición de la Comisión", y habida cuenta de que "el objetivo de la Directiva 83/189 es la protección de la libre circulación de mercancías mediante un control preventivo y que la obligación de notificación constituye un medio esencial para la realización de ese control comunitario", el Tribunal de Justicia afirma literalmente EDJ 2000/24733 :

"...- La eficacia de dicho control se verá tanto más reforzada en la medida en que la Directiva se interprete en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación constituye un vicio sustancial de procedimiento que puede dar lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos a los particulares".

Conclusión que reitera la sentencia, antes citada, de 26 de septiembre de 2000 EDJ 2000/24733 , al extender el carácter de vicio sustancial, no ya sólo a la ausencia de comunicación a la Comisión, sino también al "incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 9 de la Directiva 83/189 de aplazar la adopción" de la norma nacional.

El vicio no queda convalidado por el hecho de que la Comisión, en su momento, decretase el archivo -meramente provisional, por lo demás- del expediente de infracción sin interponer el recurso por incumplimiento previsto en el artículo 169 del Tratado CE EDL 1957/52 .

A juicio del Abogado del Estado, ante "el sobreseimiento de un expediente tramitado en relación con la legislación que alumbra el Real Decreto -...- por los organismos competentes comunitarios, carece, actualmente de sentido volver a tramitar el procedimiento ante ellos".

La argumentación, no tiene suficientemente en cuenta el distinto papel y significado que presentan uno y otro tipo de procedimientos. Revela en torno al carácter de las decisiones de "archivo" de la Comisión, una concepción de fondo que no aprecia en su justa medida el hecho de que esta Institución comunitaria, amparada en su plena discrecionalidad al respecto, puede legítimamente tomar en consideración factores de oportunidad ajenos a la estricta función de definir el derecho, atribuida, en exclusiva a los órganos jurisdiccionales nacionales o comunitarios, a la hora de interponer o no un recurso por incumplimiento de un Estado miembro.

En otro de los fundamentos jurídicos de esta sentencia, se establece que aquella decisión de "archivo", en los "términos cuasi condicionales" destacados por el propio Abogado del Estado, se produjo después de que el Gobierno español (además de suprimir mediante el Real-Decreto-ley 6/1997, de 13 de septiembre EDL 1997/24515 , los preceptos que imponían obligatoriamente un determinado sistema de acceso condicional y que obligaban a dejar "inoperantes" los descodificadores ya instalados que no se ajustasen a las normas de la Ley 17/1997 EDL 1997/23182) aceptara tácitamente asumir una determinada interpretación de las disposiciones cuestionadas por la Comisión en relación con la exigencia de "certificación previa" y de la inscripción obligatoria en el Registro de operadores.

Dado que no hubo una expresa modificación normativa a este respecto, y que la interpretación así admitida ni resulta vinculante para los órganos jurisdiccionales ni, en rigor, es la que jurídicamente consideramos adecuada, debemos concluir que la decisión condicional de archivo de la Comisión se basa en una interpretación del derecho nacional inadecuada y no puede tener la eficacia que el Abogado del Estado pretende.

Hasta aquí la doctrina de la Sentencia de esta Sala de fecha 10 de diciembre de 2002 EDJ 2002/54458 , en lo que resulta de aplicación al caso que ahora nos ocupa y que confirma que el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y la Disposición Adicional única del mismo EDL 1997/22173 en relación con aquel son contrarios al Derecho Comunitario y por tanto también lo son los preceptos de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 que los reproducen.

SEXTO.- La tercera infracción del Derecho Comunitario que la recurrente afirma viene referida también al artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 , transcrito en el Fundamento primero.

A) En cuanto a la infracción que dicho precepto EDL 1997/23183 conlleva de los artículos 30 a 36 del Tratado EDL 1957/52, la Comisión, al referirse al mismo, sostiene que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sentencia entre otras de 20 de febrero de 1979, constituyen medidas de efecto equivalente prohibidas por el artículo 30 del Tratado EDL 1957/52 los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de armonización de legislaciones, de la aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros donde se fabrican y comercializan legalmente, de normas que deben cumplir dichas mercancías aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías. A continuación, tras señalar que los descodificadores son mercancías, sostiene que "las disposiciones en cuestión (se refiere a la disposición adicional EDL 1997/23183 y al artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183) constituyen obstáculos al comercio de descodificadores y otros equipos legalmente fabricados o comercializados en otros Estados miembros de la Comunidad Europea en la medida en que dichos productos no podrán comercializarse en España para los usos a los que se destinan, a menos que respondan precisamente a las exigencias planteadas por la propia Ley". La configuración en términos de alternativa de dos únicas configuraciones técnicas posibles y jerarquizadas entre ellas que opera el artículo 7.a citado EDL 1997/23183 (preferencia por "Multicrypt" y obligación de retirar los descodificadores instalados si no se alcanza un acuerdo), afirma la Comisión, es incompatible con el artículo 30 del Tratado EDL 1957/52 .

B) En cuanto a la infracción que el artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 supone del artículo 59 del Tratado EDL 1957/52 , este precepto prohíbe toda restricción injustificada o desproporcionada de la libertad de prestar servicios, incluso si se aplica sin distinción a

servicios prestados por nacionales del Estado en cuestión y aquellos prestados por no nacionales (Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, asunto C-76/90 Dennemayer). El Tribunal de Justicia declaró asimismo (sentencia de 18 de marzo de 1980, asunto 52/79, Debouve) que la radiodifusión televisiva constituye un servicio cubierto por esta disposición, incluida la radiodifusión televisiva por cable (sentencia de 26 de abril de 1985, asunto 352/85, Boud Van Adverteerders contra Holanda) y también la televisión por satélite y la prestación de servicios de acceso condicional (Tv por pago), razón por la que los prestadores y destinatarios de tales servicios están legitimados para reclamar los derechos que les otorga el artículo 59 del Tratado EDL 1957/52 .

Entiende la Comisión que el artículo 7.a EDL 1997/23183 y también la Disposición Adicional Única de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 en relación con aquél, restringen la libertad de prestación de servicios de acceso condicional, si bien de manera indirecta, ya que afectan primariamente al descodificador, habida cuenta que los servicios de que se trata solo resultan accesibles a través de un descodificador. El precepto en cuestión restringe igualmente, así lo afirma la Comisión, "la prestación de otros servicios tales como los contratos de mantenimiento, garantía y alquiler" cuando se prestan de un Estado a otro. En particular el artículo 7.a EDL 1997/23183 que nos ocupa restringe, continúa afirmando la Comisión de las Comunidades Europeas, la libertad de prestación de servicios por parte de proveedores de servicio de acceso condicional y proveedores de tecnología de acceso condicional, ya que si no se llega a un acuerdo entre los operadores el sistema "Multicrypt" se impone obligatoriamente, haciendo imposible la prestación de estos servicios en España por operadores que utilicen un sistema distinto, sin que sea obstáculo a la apreciación de concurrencia de una restricción injustificada el que se aplique indistintamente a todos los operadores.

Establecido lo anterior, el Dictamen motivado de la Comisión termina concluyendo de la siguiente forma: "Por todo lo cual la Comisión habiendo por carta de 27 de junio de 1997, ofrecido al Reino de España la oportunidad de presentar sus observaciones y tras haber examinado su respuesta, fechada el 12 de julio de 1997, emite El Siguiendo Dictamen Motivado de conformidad con lo dispuesto en el primer apartado del artículo 169 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea EDL 1957/52 :

Al haber adoptado y mantenido en vigor los artículos 1 (2), 3, 7 (a) último párrafo EDL 1997/23183, la disposición adicional única EDL 1997/22173 y las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 17/1997, de 3 de mayo EDL 1997/23183, el Reino de España ha incumplido sus obligaciones derivadas de los artículos 30 EDL 1957/52 y 59 del Tratado EDL 1957/52 , así como del artículo 8 de la Directiva 83/189/CEE y del artículo 4 (c) de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 .

De conformidad con el apartado 2 del artículo 169 del Tratado EDL 1957/52 , la Comisión instó al Reino de España a que adopte las medidas adecuadas para conformar la normativa española y su aplicación práctica al presente dictamen motivado, en el plazo de un mes contado desde la fecha de su recepción".

Ante tal dictamen motivado se procedió a aprobar el Real Decreto Ley 16/97, de 13 de septiembre EDL 1997/24515 , que modificó el cuarto apartado del artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 a que nos hemos venido refiriendo.

SÉPTIMO.- Aunque no creemos que pueda existir duda después de lo que acabamos de reseñar sobre que el apartado 4 del artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 infringe el Derecho comunitario, entendemos importante destacar algunos aspectos del Dictamen Motivado de la Comisión. Así afirma la Comisión que el artículo 7.a EDL 1997/23183 enunciado establece una clara preferencia favorable a la configuración técnica "multicrypt". La única alternativa, dice, que hubiera requerido la conformidad de los operadores, era el recurso a acuerdos de "simulcrypt". Cualquier otra solución técnica, dice, aún permitiendo el acceso compartido a parques de descodificadores instalados, conforme a las definiciones del DVD, estaba excluida desde la entrada en vigor de la Ley. La Comisión considera que este es un primer obstáculo a la libre circulación de mercancías.

El dictamen, entre otras cosas, continúa diciendo, tras afirmar que el artículo 7.a EDL 1997/23183 citado establece una clara preferencia en forma de la configuración técnica "Multicrypt", que:

a) En cuanto a la imposición de configuraciones técnicas obligatorias en materia de descodificadores:

"26... En cualquier caso, la Comisión se ve obligada a puntualizar que una medida que obstaculiza el comercio entre Estados miembros, estableciendo una lista cerrada de tecnologías aceptables, no sería compatible con el artículo 30 EDL 1957/52 por el mero hecho de que las soluciones recogidas en la lista reflejasen el estado de la técnica en un momento dado. La imposición de normas técnicas obligatorias, incluso si corresponden al estado actual de las tecnologías disponibles, fija una situación determinada en el tiempo y constituye un obstáculo a la innovación tecnológica, erigiéndose así en obstáculo potencial al comercio entre Estados miembros.

29. La Comisión no puede compartir las diferentes tesis expuestas por el Reino de España, ya que las considera desprovistas de todo fundamento jurídico. El artículo 7 (a) EDL 1997/23183 ,... limita directamente, de manera evidente y cierta el acceso al mercado español de dichas mercancías en función de sus características técnicas intrínsecas. La primera disposición transitoria EDL 1997/23183 y la disposición adicional única EDL 1997/23183 eliminan todo atisbo de duda que pudiera subsistir respecto a las consecuencias jurídicas que se derivarían caso de no conformarse los descodificadores a esas exigencias técnicas. La comisión por lo demás, no comparte la lectura hecha por las autoridades españolas del punto 16 de la sentencia "keck el Mithouard" EDJ 1993/14650 . En efecto, dicha sentencia se refiere, para excluirlas del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado EDL 1957/52 , a las disposiciones nacionales que limiten o prohíban "ciertas modalidades de venta", y no a las que se refieran a las "formas de utilizar" un producto.

31. La Comisión considera que el hecho de que la aplicación de una medida contraria al artículo 30 del Tratado EDL 1957/52 esté sometida a condiciones relativas al comportamiento de los operadores en el mercado no basta para deducir que está exenta de efectos restrictivos sobre la circulación de mercancías. Incluso las disposiciones que se pretendan presentar como "medidas enérgicas de presión" deben respetar los límites fijados por el Tratado EDL 1957/52 .

32. La Comisión observa además que la sistemática de la última parte del artículo 7 (a) EDL 1997/23183 , contiene -a pesar de las apariencias- una marcada preferencia por los descodificadores que integran una interfaz común.... El legislador español es consciente de ello, lo cual se desprende claramente de la primera disposición transitoria de la Ley EDL 1997/23183 , que se inscribe en una lógica

muy desfavorable a los acuerdos simulcrypt, tomando como hipótesis principal la obligación de operar adaptaciones técnicas en los propios descodificadores.

33. Por otro lado, en cuanto al riesgo de que el operador dominante ofreciese condiciones inaceptables, la Comisión recuerda al Reino de España que, en virtud del artículo 4 de la Directiva 95/47 EDL 1995/16020, los Estados miembros tienen el deber de controlar que los operadores ofrecen el acceso a sus equipos en condiciones "equitativas, razonables y no discriminatorias". La propia Ley española -artículo 7 (c) EDL 1997/23183 - contiene garantías apropiadas a tal fin, sin limitar las opciones técnicas posibles".

La Directiva no plantea en modo alguno la imposición de una particular configuración técnica para los sistemas de acceso condicionado. En su texto no figura indicación alguna que permita pensar que la transposición de su artículo 4 EDL 1997/23183 pueda -ni aún menos- deba hacerse por medio de una regla técnica nacional que favorezca o imponga directa o indirectamente, una determinada configuración técnica y no otra. Si hubiese pretendido imponer dos únicos métodos aceptables, o descartar la configuración "Simulcrypt", o favorecer el uso de una interfaz común (configuración "Multicrypt"), el legislador comunitario lo hubiese hecho sin ambigüedad en la medida en que tal disposición hubiese significado una prohibición de utilizar equipos y sistemas que, en la actualidad, se fabrican y comercializan a gran escala en varios Estados miembros de la Comunidad.

La Comisión, en cualquier caso, ya había dejado esto claro ante el Parlamento Europeo en su respuesta de 11 de diciembre de 1996 a una pregunta escrita en la cual el Sr. Luis, explicaba, en nombre de la Comisión, que:

La Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión no preconiza un interfaz común (es decir estandarizado) para favorecer la innovación y la asunción de riesgos en la introducción de la nueva tecnología de servicios digitales de radiodifusión.

En este contexto se dice: "interesa traer a colación el primer punto del "Conditional Access Package" elaborado por el grupo "Digital Video Broadcasting", en la medida que se representa el consenso de la industria europea del cual se inspiraron las instituciones comunitarias al elaborar la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020

Debería permitirse la existencia de dos vías de desarrollo del mercado de la recepción de televisión digital:

- a) Receptores incorporados a un acceso individual (la vía "simulcrypt").
- b) Receptores con un interfaz común, permitiendo el uso de múltiples sistemas de acceso (la vía "Multicrypt").

La elección de la vía sería opcional".

En conclusión, la Comisión estima que la elección efectuada por el legislador español, a la modalidad "Multicrypt", resultado del artículo 7 (a) de la Ley 17/1997 EDL 1997/23183, constituye una medida de efecto equivalente prohibida por el artículo 30 del Tratado CE EDL 1957/52. Esta disposición obstaculiza directamente la puesta en el mercado en España de descodificadores legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros que no correspondan a tales configuraciones técnicas.

En cuanto a la afirmación del Reino de España de que las medidas adoptadas en el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y Ley 17/98 EDL 1997/23183 no son más que el resultado de la transposición de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020, que establece la obligación de los Estados miembros de adoptar "todas las medidas" (y no solo cierto tipo de medidas orientadas al control de los comportamientos, como pretende la Comisión) para asegurarse que el acceso a los descodificadores se ofrece en condiciones "equitativas, razonables y no discriminatorias", afirma el dictamen que:

"La Comisión no puede sino rechazar tal interpretación literal de la Directiva, aunque sólo fuese porque implica desconocimiento del principio de jerarquía normativa que preside las relaciones entre las reglas del Tratado EDL 1957/52 y el derecho derivado. La Comisión tuvo ocasión de recordar a las autoridades españolas esta regla hermenéutica fundamental, a la que se refirió in extenso en su carta de 27 de junio, en lo que las autoridades españolas califican de "petición de principio". En efecto, la libertad de medios para obtener el resultado requerido por la Directiva EDL 1995/16020 debe utilizarse dentro del debido respeto a los principios del Tratado EDL 1957/52", y continúa señalando que: "no puede interpretarse (un acto de derecho derivado) en el sentido de que autoriza a los Estados miembros a imponer requisitos contrarios a las normas del Tratado EDL 1957/52 relativas a la circulación de mercancías." sosteniendo que:

"... La propia Directiva 95/47/CE (penúltimo párrafo de su exposición de motivos) EDL 1995/16020 proporciona indicaciones claras en contra de tal interpretación, afirma que:

"La aplicación de múltiples medidas independientes por parte de los Estados miembros podría conducir a una inaceptable fragmentación del mercado de productos y servicios y a una duplicación de esfuerzos;... por consiguiente, sería preferible aplicar estas acciones a nivel comunitario".

B) En cuanto a las razones alegadas por el Gobierno español de protección de una competencia efectiva, afirma la Comisión que la Disposición tampoco puede justificarse.

La Comisión dice que no puede estar de acuerdo en que la disposición en cuestión sea consecuencia de la obligación de trasponer la directiva 95/87/CE EDL 1995/16020, y dice que el problema que plantea la posición estratégica que ocupa el operador de servicios de acceso condicional, que en caso de abuso podría dificultar la existencia de un mercado abierto y competitivo, dista mucho de ser una novedad.

Frente a este problema, las instituciones comunitarias han previsto mecanismos apropiados en la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 que deberían aminorar el riesgo de creación o de explotación abusiva de posiciones de dominio de mercado mediante el control de los comportamientos de los operadores. Así la Directiva 95/47/CE fija, en su artículo 4º EDL 1995/16020, las condiciones aplicables a los servicios de acceso condicional explotados en el mercado de la Comunidad. De la lectura de dichas condiciones, resulta que algunas de ellas no tienen sentido si no es bajo el presupuesto de que los operadores son libres de elegir la configuración técnica que deseen.

Por tanto parece claro que no se pretende sino encomendar a los Estados el control de los comportamientos de los operadores activos en el mercado imponiéndoles obligaciones estrictas en este sentido. Algunos Estados miembros, dice, han optado por crear un órgano regulador específico para el sector, con funciones centradas en la vigilancia de las condiciones de competencia en el mercado. En otros casos se ha optado por atribuir a los órganos ya existentes nuevas competencias y amplios poderes para asegurar el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva (arbitraje en materia de precios, obtención de compromisos vinculantes por parte de los operadores de servicios de acceso condicional).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha aceptado que una justificación económica de la protección de la competencia pueda constituir una exigencia imperativa susceptible de justificar una medida que caiga dentro del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado EDL 1957/52. En cualquier caso, continúa la Comisión, el Derecho comunitario contiene mecanismos apropiados para remediar los problemas invocados por las autoridades españolas; el artículo 4 de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 tiene por objeto precisamente evitar abusos y preservar un entorno competitivo, y ello mediante la imposición a los operadores de obligaciones específicas de comportamiento y la instauración de una atenta vigilancia sobre el riesgo de creación de posiciones dominantes en el mercado. El legislador español, concluye la Comisión, ha establecido mecanismos muy estrictos para el control de comportamientos en la propia Ley 17/1997 (artículos 2, 4 y 7, en particular su apartado c) EDL 1997/23183 dado que es posible controlar los abusos de posición dominante por medio de los instrumentos jurídicos específicamente destinados a este fin en el ámbito del Derecho de la competencia, tanto nacional como comunitario, como por ejemplo el artículo 86 del tratado CE EDL 1957/52.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, afirma la Comisión, se puede comprobar que el ordenamiento jurídico comunitario y el propio ordenamiento interno proporcionan un amplio abanico de instrumentos que, correctamente aplicados, deberían permitir evitar todo abuso. En este contexto, la adopción de medidas complementarias de orden técnico que constituyen serios obstáculos a la libre circulación de mercancías no cumple las condiciones fijadas por el Tribunal para que sean admisibles. Teniendo en cuenta la existencia de otros instrumentos jurídicos que permiten evitar los abusos de posiciones de dominio del mercado, la Comisión estima que las medidas en cuestión no son necesarias, o son en todo caso desproporcionadas, para alcanzar la finalidad perseguida. En realidad, la solución "técnica" elegida por el legislador español, dice, tiene como consecuencia inmediata e inevitable el debilitar enormemente la posición negociadora de un operador, lo cual puede llevar a una seria distorsión de la competencia.

c) En cuanto a la protección del pluralismo de la prensa, argumento utilizado también por las autoridades españolas pero no desarrollado, la Comisión insiste sobre lo tantas veces, dice, reiterado en su carta de 27 de junio de 1997, es decir, sobre la existencia de medios más apropiados, en el marco del sistema previsto por la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020, y en menor grado restrictivos de los intercambios comerciales.

d) Sobre el argumento referido a la defensa de los intereses de los consumidores la Comisión expresa también su opinión; según las autoridades españolas el artículo 7 (a) de la Ley EDL 1997/23183 protege directamente los intereses de los consumidores, al garantizarles el acceso a la programación de varios operadores sin necesidad de poseer más de un descodificador.

Este interés es sin duda legítimo y digno de protección, pero no obstante, según la Comisión, los medios elegidos por las autoridades españolas, no solo son excesivos, y por ello desproporcionados, sino que además son probablemente inadecuados, quizá incluso ineficaces, para alcanzar el resultado que se dice perseguir.

e) El dictamen de la Comisión de 25 de julio de 1997 dice igualmente que el Reino de España invoca además en apoyo de su posición el conjunto de directivas comunitarias adoptadas con vistas a la liberalización de las telecomunicaciones, y que crean un régimen de "red abierta" encaminado a posibilitar el proceso de liberalización. En este punto la Comisión recuerda al Reino de España que "... Este proceso muy particular de liberalización de un mercado maduro, caracterizado por la presencia de gigantescos monopolios, largo tiempo detentados por empresas públicas, es radicalmente diferente de la situación que aquí nos ocupa, en la que el punto de partida es un mercado virgen en el que no hay red alguna monopolizada, liberalizado desde un principio, al que desean acceder varias empresas, y en el que el régimen jurídico aplicable debe conjugar los intereses de los consumidores, de la libre competencia, y el necesario estímulo a la inversión empresarial y a la innovación tecnológica".

f) Afirma igualmente la Comisión que el argumento de la necesidad de estructurar un mercado en formación, previniendo probables abusos de posición dominante, no resulta fácil de conciliar con el concepto de competencia no falseada a que aspira el Tratado conforme a su artículo 3.g EDL 1957/52. Es más los obstáculos técnicos a la libre circulación de mercancías distan mucho de constituir un medio de defensa de la libre competencia.

Tampoco, dice, se aprecian razones para aceptar que la elección hecha por un Estado miembro de otorgar un monopolio legal en el mercado de la televisión analógica de pago sea utilizado ahora por el mismo Estado miembro para justificar una Ley que choca frontalmente con principios básicos del Derecho Comunitario, y tampoco se justifica la distorsión de competencia que las disposiciones cuestionadas producen, favoreciendo marcadamente a una empresa que ha anunciado su entrada en el mercado de la televisión digital por satélite en España y la utilización de un sistema de acceso condicional en forma de módulos adaptables a una configuración "Multicrypt", en detrimento no sólo de una empresa ya activa en el mercado, sino también de otras empresas entre las cuales figuran varios fabricantes de descodificadores, operadores de telecomunicaciones por satélite, programadores independientes, agencias de publicidad, anunciantes y consumidores que ya disponen de un descodificador instalado.

OCTAVO.- En lo que atañe a la Disposición Adicional única EDL 1997/23183 en relación con el artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 baste decir que la exigencia de certificación previa que establece entra en el ámbito del artículo 30 del Tratado EDL 1957/52 en cuanto establece un requisito no previsto en la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 y podría obstaculizar el comercio de equipos de señales de televisión por satélite entre los Estados miembros. Ya la exigencia de aprobación previa de aparatos de mera recepción fue considerada contraria al artículo 30 de dicho Tratado EDL 1957/52 por la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo

de 1994 EDJ 1994/14116, "Comisión contra Bélgica", estableciendo la Comisión en el dictamen previo a la actuación del Tribunal que sólo si no se exige tal aprobación como condición previa a la comercialización o importación sería aceptable un sistema de declaración previa. De este modo solo una certificación automática, sin evaluación de conformidad, basada en la declaración del fabricante, importador o responsable de la puesta en el mercado, que no conlleve gasto y no restrinja mas que marginalmente los intercambios comerciales y esté al servicio de intereses legítimos del Estado sería asumible, pero ya hemos dicho que no se da tal automatismo en la norma que nos ocupa según interpretación de esta Sala en sentencia de 10 de diciembre de 2002 EDJ 2002/54458 .

NOVENO.- En cuanto a la infracción de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 sin perjuicio de lo dicho en el fundamento séptimo, basta recordar que la Comisión europea establece que es importante tener en cuenta el entorno empresarial y de mercado para la prestación de servicios de acceso condicional dentro del cual opera la Directiva. Este consiste, en que operadores de servicios de acceso condicional ofrecen dichos servicios a radiodifusores en condiciones de mercado.

Estos servicios incluyen servicios de autorización de abonados y servicios de gestión de abonados que permitirían a un radiodifusor tercero que lo desee, proveer su servicio de programas sobre una infraestructura de descodificadores administrada por el oferente de dicho acceso de servicio de acceso condicional. Los términos y condiciones que rigen la provisión de tales servicios deben ser, tal como lo establece la Directiva EDL 1995/16020, "equitativas, razonables y no discriminatorias". Por otra parte, en caso de que una disputa impida la conclusión de un acuerdo comercial entre las partes, la Directiva establece que cualquiera de ellas pueda tener "acceso fácil, y en principio poco oneroso, a los procedimientos adecuados de solución de litigios para que se resuelvan de manera equitativa y transparente en plazo razonable. En consecuencia el Dictamen motivado establece que la Comisión considera también que las disposiciones de la Ley española están en conflicto con la Directiva 95/47/CEE EDL 1995/16020, y en particular con el artículo 4, subpárrafo c) del mismo EDL 1995/16020. Dice el informe de la Comisión:

128. A pesar de que el texto del artículo 7 c) de la Ley EDL 1997/23183, reproduce de manera literal la mayor parte del texto relevante de la Directiva, cambia algunas palabras fundamentales. En lugar de exigir como hace la Directiva EDL 1995/16020 que los operadores de servicios de acceso condicional "propongan... servicios técnicos" a radiodifusores, la ley española requiere que los operadores "facilitarán... los medios técnicos".

129. La Comisión está plenamente de acuerdo con las autoridades españolas en que los Estados miembros, al transponer una Directiva EDL 1995/16020, no tiene obligación de reproducir literalmente sus disposiciones, sino que basta con que se aseguren de que, cualquiera que sea el texto utilizado, se obtendrá el resultado apropiado. Sin embargo, en el caso de la Ley 17/1997 EDL 1997/23182, el legislador español ha optado por reproducir literalmente la Directiva 95/47/CE al transponer su artículo 4 (c) EDL 1995/16020 con la única excepción de las palabras mencionadas más arriba. Esta elección -rectificar un texto que se reproduce verbatim en lugar de redactar una disposición propia- plantea el riesgo de desnaturalizar su significado.

130. Esto es precisamente lo que la comisión exponía en su carta de 12 de junio. El uso de la frase "facilitaran... los medios técnicos" parece exigir, bien desde un primer momento o en el momento de la solicitud de acceso por parte de un tercero, condiciones para la propia ejecución técnica que por otra parte no se especifican. Esto se aleja bastante de la concepción de la Directiva EDL 1995/16020, basada en una oferta de servicios y la aceptación o el rechazo de dicha oferta con base a criterios comerciales. Estos cambios sustentan además la construcción de la Ley española en la que, como se ha visto a lo largo del presente dictamen motivado, prevalecen las exigencias técnicas en lugar del control de los comportamientos. Ello conduce a excluir la noción de oferta comercial asociada con la prestación de servicios de acceso condicional a radiodifusores terceros, que es la noción central del artículo 4 (c) de la Directiva EDL 1995/16020.

131. En cuanto a las tarifas aplicables al acceso, la ley española se refiere a este punto por separado en dos disposiciones contradictorias entre si: el tercer apartado del artículo 7 c) EDL 1997/23183 y la Disposición Transitoria segunda EDL 1997/23183. El artículo 7 c) deja el establecimiento de dichas tarifas a la negociación directa entre las partes comerciales, la autoridad administrativa puede intervenir en caso de incapacidad de las partes para llegar a un acuerdo. Sin embargo, la Disposición Transitoria segunda concede poderes a la autoridad administrativa para establecer las tarifas por el uso de los descodificadores hasta el 1 de diciembre de 1998, y al hacerlo, convierte en virtualmente inaplicable el segundo párrafo, segundo guión del artículo 7 c) EDL 1997/23183. Ello es debido a que el período que abarca hasta el 1 de diciembre de 1998 se corresponde con el momento inicial de desarrollo del mercado, que es cuando se determinará efectivamente la base de las tarifas de acceso y cuando habrían de negociarse efectivamente todos los acuerdos de acceso o interconexión.

132. La segunda Disposición transitoria EDL 1997/23183 agota su plazo de aplicación al tiempo en que entrarán en vigor en España normas que habrán de abrir a la competencia el mercado español de telecomunicaciones, lo cual sugiere que la regulación del mercado de televisión digital está de una u otra manera ligada a la apertura del mercado de telecomunicaciones. La Comisión considera que este enfoque es inapropiado. El marco ONP (open network provisión, al que se ha hecho ya referencia en el presente dictamen motivado) fue concebido como el medio para abrir a la competencia un sector maduro y monopolizado y su aplicación directa al ámbito de la televisión digital fue rechazada en favor de una Directiva ad-hoc - la 95/47 EDL 1995/16020 - que reconoce y trata adecuadamente la naturaleza específica de este sector.

133. En cuanto al artículo 4 (e) de la Directiva EDL 1995/16020, relativo al establecimiento de procedimientos adecuados de resolución de litigios o conflictos, la Comisión toma nota de las explicaciones ofrecidas por las autoridades españolas y permanecerá atenta a la aplicación que se haga por parte de los Estados miembros de estos procedimientos, que constituyen elementos fundamentales en el sistema diseñado por la Directiva 95/47 EDL 1995/16020.

DÉCIMO.- En cuanto a la infracción de la Directiva 83/189 CEE, hemos de recordar lo establecido en los apartados 44 a 50 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2002 y en el número 3 de su parte dispositiva EDJ 2002/158, transcritos en el fundamento jurídico segundo, a lo que habrán de añadirse los razonamientos contenidos en el dictamen de la Comisión de fecha 25 de

julio de 1997, fundamentalmente en relación con el artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 , al que no se refiere la sentencia citada, que dicen:

105. La Comisión considera que el último párrafo del artículo 7 a) EDL 1997/23183 y la "Disposición adicional única. Régimen Sancionador" de la Ley EDL 1997/23183 entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 83/189/CEE, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

106. La Comisión desearía recordar brevemente cual es el objetivo del procedimiento de información instaurado por la Directiva 83/189/CEE.

107. Las reglamentaciones técnicas son una fuente importante de obstáculos a los intercambios intracomunitarios de mercancías. El objeto del procedimiento de información previsto en la Directiva 83/189/CEE consiste en intentar identificar y eliminar los obstáculos potenciales a los intercambios cuando las reglas técnicas se encuentran todavía en fase de proyecto. De este modo, los obstáculos pueden ser eliminados mediante una modificación del proyecto de regla técnica.

108. Como precisó el Tribunal de Justicia en su sentencia dictada el 2 de agosto de 1993, Comisión/Italia, esta Directiva establece en el apartado 1 de su artículo 8 que los Estados miembros deben comunicar a la Comisión todo proyecto de reglamento técnico. La Directiva obliga asimismo a los Estados miembros a aplazar la adopción de todo proyecto comunicado hasta que expiren los períodos de statu quo previstos en el artículo 9.

109. En concreto en virtud del párrafo 1 del artículo 8 de la Directiva, los Estados miembros han de comunicar: "inmediatamente a la Comisión todo proyecto de reglamento técnico, salvo si se trata de una simple transposición íntegra de una norma internacional o europea, en cuyo caso bastara una simple información referente a dicha norma".

110. El párrafo 9 del artículo 1 de la Directiva 83/189/CEE, modificada por la Directiva 94/10/CE EDL 1994/15373 , define el reglamento técnico como: "especificaciones técnicas u otros requisitos, incluidas las disposiciones administrativas que sean de aplicación, cuyo cumplimiento sea obligatorio, de iure o de facto para la comercialización o la utilización en un Estado miembro en gran parte del mismo, al igual que (...) las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que prohíban la fabricación, la importación, la comercialización, o la utilización de un producto".

111. El párrafo 2 del artículo 1 de la Directiva 83/189/CEE precisa que por especificación técnica hay que entender: "una especificación que figura en un documento en el que se definen las características requeridas de un producto (...)".

112. Finalmente, el artículo 10 de la Directiva enumera las excepciones a la obligación de notificar a la Comisión los proyectos de reglamentos técnicos. El primer guión del párrafo 1 del artículo 10, especifica que las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros por las cuales estos "den cumplimiento a los actos comunitarios vinculantes que tengan por resultado la adopción de especificaciones técnicas" no están sometidas a la obligación de notificación establecida en el artículo 8 de la Directiva 83/189/CEE.

113. Según el marco jurídico aquí expuesto, la Comisión considera que dos disposiciones de la Ley núm. 17/1997 EDL 1997/23183 , a saber: la "Disposición Adicional única. Régimen Sancionador" EDL 1997/23183 , y el último párrafo del artículo 7 a) EDL 1997/23183 , relativo a la imposición obligatoria, en caso de desacuerdo entre los operadores, de la configuración técnica denominada multicrypt para el acceso condicional, habrían debido ser notificadas tal y como establece el artículo 8 de la Directiva 83/189/CEE EDL 1997/23183 , modificada por la Directiva 94/10/CE EDL 1994/15373 .

114. Como ha indicado el Gobierno español, la Ley núm. 17/1997 EDL 1997/23183 constituye esencialmente una transposición de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 relativa a la utilización de normas para la transmisión de señales de televisión. Se trata, por tanto, de un acto que entra potencialmente dentro de las excepciones a la obligación de notificar previsto en el párrafo 1 del artículo 10 de la Directiva 83/189/CEE. No obstante, la Ley en cuestión contiene también disposiciones suplementarias que tratan aspectos no contemplados por la Directiva 95/37/CE EDL 1995/16020 . Dos de ellos centran en concreto nuestra atención a efectos de su análisis a la luz de la Directiva 83/189/CEE.

En primer lugar la Disposición Adicional Única EDL 1997/23183 , relativa al Régimen Sancionador subordina la comercialización, distribución, cesión temporal o el alquiler de los aparatos descodificadores a una certificación previa. Esta disposición, en tanto que procedimiento de evaluación de la conformidad de un producto, es una regla técnica a tenor del párrafo 9 del artículo 1 de la Directiva 83/189 CE ya que conlleva efectos jurídicos propios, tal es el caso que nos ocupa en que la certificación se condiciona al cumplimiento de las normas que establece la Ley 17/89 EDL 1997/23183 y es inmediatamente exigible y tiene carácter previo.

En segundo lugar y en lo que se refiere al artículo 7.a EDL 1997/23183 la Comisión continúa diciendo en el Dictamen motivado que:

119.... Este párrafo (se refiere al artículo 7.a EDL 1997/23183) impone a los descodificadores, en caso de desacuerdo entre los operadores, una determinada configuración técnica para los sistemas de acceso condicional, denominada multicrypt. Esta disposición no entra dentro del campo de aplicación de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 . Al prescribir las características técnicas requeridas en un producto, constituye un reglamento técnico en el sentido del artículo 1 de la Directiva 83/189/CEE, debería pues haber sido notificada según lo establecido en ésta.

120. Por último, las dos disposiciones en cuestión no entran en la excepción prevista en la primera línea del artículo 8 de la Directiva 83/189/CEE, según la cual, los Estados miembros han de comunicar inmediatamente a la Comisión todo proyecto de reglamento técnico, "salvo si se trata de una simple transposición íntegra de una norma internacional o europea, en cuyo caso bastará una simple información referente a dicha norma".

121. El Gobierno español no indica las normas de las cuales la "Disposición adicional única. Régimen sancionador" EDL 1997/23183 y el último párrafo del artículo 7 a) EDL 1997/23183 , serían "simple transposición íntegra" (...) el hecho de imponer una certificación

previa y de prescribir, en caso de desacuerdo entre los operadores, una configuración determinada de combatir sistemas de acceso condicional no puede en ningún caso ser considerado como una simple "transposición integral de una norma internacional o europea".

122. En conclusión, la "Disposición adicional única. Régimen sancionador" EDL 1997/23183 y el último párrafo del artículo 7 de la Ley EDL 1997/23183 habrían debido ser notificadas a tenor del artículo 8 de la Directiva 83/189/CEE EDL 1997/23183 . La ausencia de notificación por parte de las Autoridades españolas constituye una violación manifiesta de esta Directiva.

123. Por otro lado, tal y como la Comisión precisó en su comunicación 86/C245/05, y como ya recordó en su carta de 27 de junio de 1997 al Gobierno español, esta violación del procedimiento de información establecido en la Directiva 83/189/CEE EDL 1997/23183 tiene como consecuencia que la reglamentación técnica no puede producir efectos jurídicos y no es por tanto oponible a terceros. En efecto, el Tribunal ha declarado en su sentencia de 30 de abril de 1996, en el asunto C-194/94 EDJ 1996/12237 , que:

"La Directiva 83/189 EDL 1997/23183 debe interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación da lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos de que se trate, de modo que estos no pueden ser invocados contra los particulares (...) los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 EDL 1997/23183 deben interpretarse en el sentido de que los particulares pueden ampararse en ellos ante el Juez nacional, al que incumbe negarse a aplicar un reglamento técnico nacional que no haya sido notificado con arreglo a la Directiva".

124. Así, el anterior análisis lleva a la Comisión a considerar que, al adoptar la Ley 17/1997 de 3 de mayo de 1997 EDL 1997/23183 sin haber notificado en su estado de proyecto, la "Disposición adicional única. Régimen sancionador" EDL 1997/23183 y el último párrafo del artículo 7 a) EDL 1997/23183 , el Gobierno español ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 8 de la Directiva 83/189 EDL 1997/23183 por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas.

125. Como ya lo indicaba en su carta de 27 de junio de 1997, la Comisión considera que para poner fin a una situación tal, la medida en cuestión debe ser eliminada del ordenamiento jurídico español, o en su caso, cuando la eliminación de esta medida no pueda realizarse rápidamente, se suspenda mientras se espera que se lleve a cabo la eliminación requerida. En efecto, el mantenimiento de una medida como esta engendraría una situación de hecho ambigua, dejando a los agentes económicos en un estado de incertidumbre en cuanto a la identificación de la reglamentación aplicable y en cuanto a las posibilidades que tienen de apelar al Derecho comunitario".

DECIMOPRIMERO.- Establecida la violación que del Derecho comunitario supuso el artículo 1.2 EDL 1997/22173 y la Disposición adicional del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 así como el artículo 7 de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 , sin que quepa tomar en consideración el argumento de que tanto el artículo 1 EDL 1997/23183 como la Disposición adicional citada EDL 1997/23183 se mantuvieron tras el Real Decreto Ley 16/97, de 13 de septiembre EDL 1997/24515 , pese a lo cual se ha archivado el expediente abierto en el seno de la Comunidad, ello en función de lo dicho en los fundamentos anteriores respecto de la posición de este Tribunal establecida en sentencia de 10 de diciembre de 2002 EDJ 2002/54458 sobre cual sea el sentido de dicha norma, y sin que para a ello sea obstáculo, como ha quedado establecido en el Fundamento Quinto, el compromiso adquirido por el Gobierno español de respetar en todo momento el Derecho comunitario aplicable al tema que nos interesa aquí, compromiso recogido en la carta dirigida al Ministro de Fomento por la Comisión Europea el 8 de octubre de 1997 que dice:

"... Los puntos en los que podrían subsistir dudas son: la exigencia de certificación previa de los equipos, incluidos los descodificadores, la autorización preceptiva para prestar servicios de televisión digital, la obligación de inscripción de los operadores de servicios de acceso condicional en un registro, la ausencia de toda referencia a un procedimiento de resolución de conflictos entre operadores, la posibilidad de fijación por la autoridad de las tarifas para el uso compartido de los sistemas, la ausencia de notificación obligatoria para los proyectos de reglamentos técnicos definidos en la Directiva 83/189/CEE EDL 1997/23183 . Con respecto a todos los aspectos mencionados, la Comisión toma nota de las afirmaciones del Gobierno de España, según las cuales se trata de procedimientos meramente declarativos, o bien de procedimientos que no se aplican a los operadores que emiten desde el territorio de otro Estado miembro, o bien de procedimientos que no requieren desarrollo normativo específico, por cuanto existe ya una regulación en el derecho administrativo común que asegura su efectividad. Concretamente y por cuanto se refiere a la obligación de inscripción el registro de operadores, entendemos que la denegación, el 6 de mayo, de la inscripción solicitada por un operador, no tiene vigencia y toda nueva solicitud recibirá una respuesta positiva. Con respecto a la obligación de notificación previa de los proyectos de reglamentos técnicos, la Comisión desea recordar que, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las reglamentaciones técnicas adoptadas con incumplimiento del deber de notificación establecido por la Directiva 83/189/CEE EDL 1997/23183 no son aplicables a terceros. La Comisión considera que las reglas técnicas incorporadas en la legislación examinada son aceptables en la medida en que se hayan aprobado para poner fin a la infracción al artículo 30 del tratado EDL 1957/52 o en la medida en que sean una mera reproducción de normas anteriores debidamente notificadas. Por supuesto, si la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones fuese a adoptar reglas técnicas en el futuro deberán notificarse cumplidamente", -establecida, decimos la infracción del Derecho comunitario cometida se hace preciso ahora examinar si se dan o no los restantes requisitos que anteriormente hemos señalado siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que podamos declarar que estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho Comunitario.

El primero de aquellos requisitos era el que la norma jurídica vulnerada ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

En el caso que nos ocupa es indudable que los artículos 30 EDL 1957/52 y 59 del Tratado EDL 1957/52 , expresamente lo reconoce en cuanto al artículo 59 el apartado 84 del Dictamen motivado de la Comisión de 25 de julio de 1997, son preceptos que tiene por objeto conferir derechos a los particulares en el sentido que establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a que nos hemos referido en el Fundamento Jurídico Tercero. Por otra parte admitido el efecto directo vertical de las Directivas en los términos que hemos establecido en el Fundamento Cuarto, hemos de recordar aquí que el dictamen de la Comisión de 21 de enero de 2000 sostiene, en relación con el artículo 30 del Tratado, en su apartado 22 EDL 1957/52 que:

"22. Si se considerara, como hipótesis de trabajo, que un procedimiento de homologación previa podría estar justificado mediante consideraciones referentes a la seguridad de las personas o a la protección contra las perturbaciones radioeléctricas, la Comisión debe resaltar que, en relación a ambas cuestiones, existe una legislación comunitaria de armonización. La primera de dichas cuestiones es objeto de la Directiva 73/23/CEE del Consejo, de 19 de febrero de 1973, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión. La segunda ha sido regulada por la Directiva 89/336/CEE del Consejo de 3 de mayo de 1989 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la compatibilidad electromagnética EDL 1989/13064. Consiguientemente, el margen de maniobra que poseen los Estados miembros para definir objetivos legítimos sobre la base del artículo 30 CE EDL 1957/52 o de las exigencias imperativas es inexistente en lo que se refiere al campo de aplicación de ambas directivas, puesto que un descodificador, producido o comercializado en un Estado miembro, debe poder ser comercializado en cualquier otro Estado miembro, sin necesidad de pasar control suplementario alguno".

Por otra parte en lo que se refiere a la Directiva 83/189/CEE la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996, asunto c-194/94 EDJ 1996/12237, establece que:

"44.... los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 prescriben una obligación precisa para los Estados miembros de notificar a la Comisión los proyectos de reglamentos técnicos antes de su adopción. Por consiguiente, al ser, desde el punto de vista de su contenido incondicionales y suficientemente precisos, dichos artículos pueden ser invocados por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

45. Es preciso también examinar las consecuencias jurídicas que procede sacar de un incumplimiento por parte de los Estados miembros de su obligación de notificación y, más concretamente, si la Directiva 83/189 debe interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación, que constituye un vicio de procedimiento en la adopción de los reglamentos técnicos de que se trate, da lugar a la inaplicabilidad de esos reglamentos técnicos, de modo que ya no puedan ser invocados contra los particulares.

46. Los Gobiernos Alemán, Neerlandés y del Reino Unido consideran, a este respecto, que la Directiva 83/189 se refiere exclusivamente a las relaciones entre los Estados miembros y la Comisión, que se limita a crear obligaciones de procedimiento que los Estados miembros deben respetar al adoptar reglamentos técnicos, sin que, no obstante, se cuestione su competencia para adoptar los reglamentos de que se trate después del período de suspensión, y, por último, que no contiene ninguna disposición expresa relativa a los posibles efectos que sancionen la inobservancia de dichas obligaciones de procedimiento.

47. En primer lugar, debe señalarse en este contexto que ninguno de estos elementos impide que el incumplimiento de la Directiva 83/189 de lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos.

48. Dicha consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que resultan de la Directiva 83/189 no depende de una disposición expresa en este sentido. Como ya se ha señalado, consta que el objetivo de la Directiva es la protección de la libre circulación de mercancías mediante un control preventivo y que la obligación de notificación constituye un medio esencial para la realización de ese control comunitario. La eficacia de dicho control se vera tanto más reforzada en la medida en que la Directiva se interprete en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación constituye un vicio sustancial de procedimiento que puede dar lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos a los particulares.

49. Procede señalar, en segundo lugar, que esta interpretación de la Directiva es conforme a la sentencia de 13 de julio de 1989, Enichem Base y otros (380/87, Rec. p. 2491), apartados 10 a 24. En dicha sentencia, en la que el Tribunal de Justicia se pronunciaba sobre la obligación de los Estados miembros de comunicar a la Comisión los proyectos de normativa nacional en el ámbito de aplicación de un artículo de la Directiva 75/422/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (DO L 194, p. 39; EE 15/01, p. 129), el Tribunal de Justicia consideró que ni el tenor literal ni la finalidad de la disposición examinada permitían considerar que el incumplimiento de la obligación de comunicación que correspondía a los Estados miembros provocaba, por sí mismo, la ilegalidad de las normativas así adoptadas. A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló expresamente que la disposición controvertida se había limitado a imponer una obligación de comunicación previa que no subordinaba la entrada en vigor de las normativas mencionadas a la aprobación o a la no oposición de la Comisión y que no fijaba ningún procedimiento de control comunitario de los proyectos en cuestión. Por tanto, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la disposición examinada se refería a las relaciones entre los estados miembros y la Comisión, pero que, por el contrario, no engendraba ningún derecho en favor de los particulares que pudiera resultar lesionado si un Estado miembro incumplía la obligación de comunicar previamente a la Comisión sus proyectos de normativa.

50. En el presente asunto, por el contrario, el objetivo de la Directiva no es simplemente informar a la Comisión, sino precisamente, como ya se ha señalado en el apartado 41 de la presente sentencia EDJ 1996/12237, con un propósito más general, eliminar o limitar los obstáculos a los intercambios, informar a los otros Estados de las normativas técnicas previstas por un Estado, conceder a la Comisión y a los demás Estados miembros el tiempo necesario para reaccionar y proponer una modificación que permita disminuir las restricciones a la libre circulación de mercancías que se deriven de la medida prevista y dejar a la Comisión el tiempo necesario para proponer una Directiva de armonización. Por otra parte, el tenor literal de los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 es claro, ya que estas disposiciones prevén un procedimiento de control comunitario de los proyectos de normativas nacionales y la subordinación de la fecha de su aplicación a la aprobación o a la no oposición de la Comisión.

51. Por último, procede examinar si hay, como ha señalado especialmente el Gobierno del Reino Unido, razones específicas relativas a la Directiva 83/189 que se oponen a que ésta pueda interpretarse en el sentido de que implica la inaplicabilidad a terceros de los reglamentos técnicos adoptados sin observar las disposiciones de la Directiva.

52. A este respecto, se ha señalado especialmente que la imposibilidad de oponer tales normas a terceros crearía un vacío normativo en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate y podría, por tanto, dar lugar a serios inconvenientes, especialmente cuando la inaplicabilidad se refiera a normativas en materia de seguridad.

53. Esta argumentación no puede acogerse. En efecto, un Estado miembro puede recurrir al procedimiento de urgencia contemplado en el apartado 3 del artículo 9 de la Directiva 83/189, cuando, por razones definidas por dicha disposición, considere necesario elaborar a muy corto plazo reglamentos técnicos que deban adoptarse y entrar en vigor en seguida sin que sea posible una consulta.

54. A la luz de las consideraciones expuestas, procede llegar a la conclusión de que la Directiva 83/189 debe interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación da lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos de que se trate, de modo que estos no pueden ser invocados contra los particulares.

55. Así pues, debe responderse a las cuestiones quinta y sexta que los artículos 8 y 9 de la directiva 83/189 deben interpretarse en el sentido de que los particulares pueden ampararse en ellos ante el Juez nacional, al que incumbe negarse a aplicar un reglamento técnico nacional que no haya sido notificado con arreglo a la Directiva".

De lo anterior se infiere que la Directiva en cuestión tiene también efecto directo vertical y por tanto, conforme a la doctrina general expuesta en el Fundamento Jurídico tercero, es también una norma que tiene por objeto conferir derechos a los particulares, dado que cualquier norma dotada de efecto directo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, confiere derechos a los particulares. Así el Tribunal, refiriéndose precisamente al artículo 30 del Tratado EDL 1957/52, afirma en la sentencia de 5 de marzo de 1996, asunto acumulado C 46 EDJ 1996/12204 y 48/93 EDJ 1996/12205, que el artículo 30 del Tratado tiene efecto directo en el sentido que confiere a los particulares derechos que pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En nuestro caso no parece en consecuencia que pueda llegarse a una conclusión distinta de la que acabamos de predicar, ya que es evidente que si las medidas adoptadas por el Reino de España implican una violación de los artículos 30 EDL 1957/52 y 59 del Tratado EDL 1957/52, la correcta transposición de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 habría redundado en la efectividad de los derechos proclamados en los citados preceptos del Tratado de la Comunidad y que no son otros que el de la libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios.

El argumento esgrimido por el Sr. Abogado del Estado relativo a que la infracción de la Directiva 83/189/CEE tiene un carácter procedimental decae ante el criterio establecido por la sentencia de 30 de abril de 1996 del Tribunal de Justicia EDJ 1996/12237, antes parcialmente transcrito.

DECIMOSEGUNDO.- El segundo requisito establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a que nos hemos venido refiriendo es el de que la violación del Derecho comunitario sea suficientemente caracterizada.

Ya hemos analizado en el fundamento jurídico tercero y también en los incisos finales del fundamento segundo, cuales son los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia como orientativos para apreciar si estamos o no ante una violación de tal naturaleza.

En primer lugar hemos de recordar que tal requisito se da siempre que el Estado carezca de margen de apreciación o éste sea mínimo a la hora de efectuar la transposición de la Directiva en cuestión. En nuestro caso es importante recordar ahora el informe de la Comisión Europea de 21 de enero de 2000, a que nos hemos referido en los fundamentos anteriores y en el que se concluye que el margen de maniobra que poseen los Estados miembros para definir objetivos legítimos sobre la base del artículo 30 CE EDL 1957/52 o de las exigencias imperativas es inexistente en lo que se refiere al campo de aplicación de ambas directivas, puesto que un descodificador, producido o comercializado en un Estado miembro, debe poder ser comercializado en cualquier otro Estado miembro, sin necesidad de pasar control suplementario alguno, por tanto en aplicación de la doctrina general recogida en el Fundamento cuarto resulta que la violación es suficientemente caracterizada.

En cuanto al carácter manifiesto de la violación como consecuencia de la claridad de la norma infringida, hemos de señalar que en relación con la Directiva 95/47 EDL 1995/16120 la Comisión Europea sostiene que la citada Directiva no contiene disposición alguna relativa a la obligación de los operadores de servicios de acceso condicional se inscriban ellos mismos y los equipos de acceso condicional que ofrezcan, en un registro oficial. Por tanto esa obligación proviene de una decisión libre del Gobierno español que no deriva de obligación comunitaria alguna. En consecuencia ha de concluirse que la norma comunitaria en este punto era y es suficientemente clara.

Por otra parte el Dictamen motivado de 25 de julio de 1997 habla en su apartado 11 de infracciones graves a la legalidad comunitaria y así, como ya dijimos en el Fundamento Sexto, en cuanto a la limitación a la libre circulación de mercancías que proclama el artículo 30 del Tratado, afirma que según jurisprudencia reiterada del Tribunal constituyen medidas de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 30 EDL 1957/52, los obstáculos a la libre circulación de mercancías y que las disposiciones en cuestión, el artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 y su disposición adicional EDL 1997/23183, que reproduce la del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172, constituyen tales obstáculos.

Continúa la Comisión en el apartado 29 del informe afirmando que la tesis expuesta por el Reino de España carece de todo fundamento jurídico y que el artículo 7.a EDL 1997/23183 limita directamente de manera evidente y cierta el acceso al mercado español de dichas mercancías en función de sus características técnicas intrínsecas.

Sostiene también la Comisión que el legislador es consciente de que pese a la apariencia, el artículo 7.a EDL 1997/23183 contiene una marcada preferencia por los dos codificadores que integran una interfaz común (carácter intencional).

Rechaza asimismo la Comisión Europea la interpretación que hace el Reino de España de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020, aunque solo fuese, dice, porque implica desconocimiento del principio de jerarquía normativa que preside las relaciones entre las reglas del Tratado EDL 1957/52 y el derecho derivado (error inexcusable), que se remacha cuando se afirma que la propia Directiva contiene indicaciones claras en contra de la interpretación efectuada por el Reino de España.

Sostiene igualmente la Comisión que la fijación en términos de alternativa condicionada, tal y como hace la norma española, de dos únicas configuraciones técnicas posibles y la jerarquización entre ellas (preferencia por "Multicrypt") no se justifica sobre ninguna de las exigencias imperativas reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia susceptibles de prevalecer sobre la exigencia de

la libre circulación de las mercancías, al tiempo que considera desproporcionado el detalle que se exige para la certificación a que se refiere la Disposición Adicional única EDL 1997/23183 .

En relación con la infracción del artículo 59 la Comisión apunta que las autoridades españolas no han aportado explicación alguna relativa al carácter justificado de la medida contenida en el artículo 1.2 de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 . La propia respuesta española que asegura que el incumplimiento no tiene consecuencias prácticas, parece, dice la Comisión, un reconocimiento implícito de que la medida es injustificada. Por otra parte el informe de la Comisión de 21 de enero de 2000 considera desproporcionadas las medidas sin perjuicio de su oposición al Derecho comunitario.

En lo que a la Directiva 83/189/CEE se refiere, admitido su efecto directo por ser incondicionales y suficientemente precisos sus artículos 8 y 9, es claro que su infracción tiene en principio el carácter de suficientemente caracterizado

A la hora de valorar la gravedad de las violaciones del Derecho comunitario que hemos declarado es también de trascendental importancia el contenido de la carta de 9 de abril de 1997, anterior por tanto a la aprobación de la Ley 17/97, dirigida por el Comisario Bengomam al Ministro de Fomento en la que se le ponen de manifiesto la discrepancia que se aprecia entre la normativa española, en este caso el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y el proyecto de Ley convalidante de aquel con la normativa comunitaria. A su contenido nos remitimos por cuanto sin duda pone de relieve que el Gobierno español era consciente de las infracciones del Derecho comunitario denunciadas, y de ella destacamos lo siguiente, dice el Comisario:

"Nuestras preocupaciones consistían en que, en nuestra opinión, las medidas propuestas en la presente legislación no proporcionan la suficiente seguridad jurídica y constituyen una regulación excesiva del mercado. Además y a parte de los efectos perjudicial que dichas medidas podrían tener en el desarrollo y crecimiento de este mercado, las mismas, si se mantuvieran en la futura Ley, podrían ser el objeto de acciones en relación al artículo 30 del Tratado EDL 1957/52 , al igual que la incoación de un procedimiento de infracción por su notificación en contra de lo dispuesto por la Directiva 83/189. La necesidad de objetividad, claridad jurídica y transparencia en esta legislación es tanto más importante si se tiene en cuenta las intenciones declaradas de algunas empresas públicas de participar en un mercado plenamente competitivo.

Las discusiones mantenidas entre nuestros respectivos servicios han sido cordiales y fructíferas, y han llevado a compartir la opinión sobre la necesidad de modificar la legislación en los siguientes aspectos:

- Permitir a las partes en el mercado fijar libremente los precios relativos al uso compartido de sistemas de acceso condicional, con procedimientos de resolución de conflictos aplicables únicamente en caso de la ausencia de acuerdo;
- Sustituir cualquier procedimiento de certificación previa para descodificadores u otro equipo por un procedimiento simplificado de autodeclaración.

Este último punto es el que consideramos crucial si se ha de alcanzar un equilibrio adecuado entre la iniciativa del mercado y la intervención administrativa. El cambio a un régimen de declaración tiene como consecuencia el colocar a la Administración en una posición más bien pasiva que activa, pero con todas las facultades necesarias para asegurar la adecuada protección del consumidor y de una competencia leal si, llegado el caso, el mercado no lograra dar dichas garantías.

En nuestra opinión no sería suficiente realizar este cambio en el Real Decreto-ley simplemente a través de la remisión a las disposiciones de otras normas jurídicas que pudieran ser aplicables y que podrían tener el efecto de suavizar el significado de términos como "certificación" (tal y como indicado en los documentos entregados al Sr. Lucas en el curso de su visita reciente a Madrid). Más importante todavía sería la necesidad de reflejar este cambio en las normas de desarrollo contenidas en el Real Decreto 136/1997 EDL 1997/22170 . La redacción actual del Artículo 2 de este Decreto EDL 1997/22170 supone el mantenimiento de un procedimiento de certificación previa y, como consecuencia, necesitaría una revisión significativa. La legislación debería también reconocer la comercialización en otros Estados miembros de los productos en cuestión, de una forma que sea conforme con las normas del mercado interior.

Observamos también que la última versión del proyecto de ley alude, en su Artículo 7 EDL 1997/23183 y con relación al acceso condicional, a determinados enfoques técnicos que podrían ser adoptados por el mercado. Debo subrayar que, a este respecto, la directiva se limita a establecer unos principios sobre el acceso por terceros los cuales se basan en el comportamiento de los actores del mercado, y no en la adopción de normas técnicas. Por lo tanto, creemos que una transposición en Derecho nacional de dicha directiva debe orientarse de igual manera. Las remisiones a determinadas soluciones técnicas podrían ser mas convenientemente trasladadas a los reglamentos de ejecución, pero incluso en este caso corren el riesgo de convertirse rápidamente en obsoletas, o de chocar con la directiva al limitar las opciones técnicas a disposición de los actores del mercado.

También surgieron preocupaciones respecto a la imposición de una doble autorización a los proveedores de servicios de difusión sujetos a la jurisdicción de otro Estado miembro en virtud de su establecimiento en el mismo, en contradicción con la directiva "Televisión sin fronteras". Aunque se recibieron garantías y aclaraciones adicionales al respecto, todavía queda por confirmar, por un lado, la inexistencia de tal doble autorización y, por otro, la aplicación del Derecho Español en este campo a los proveedores de servicios debidamente establecidos dentro del territorio nacional".

Por otra parte esta Sala no puede olvidar lo establecido en los apartados 35 a 38 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2002 EDJ 2002/158 transcritos en el Fundamento Jurídico Segundo al que nos remitimos, de los que resulta que de algún modo llega la citada sentencia a la conclusión de que el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y su disposición adicional no cumple los criterios de la jurisprudencia del Tribunal que cita.

También ha de tenerse en cuenta, como ya hemos dicho, que la Comisión Europea resalta que la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 no contiene disposición alguna relativa a la obligación de que los operadores de servicios de acceso condicional y los equipos que ofrezcan se inscriban en un registro oficial, de modo que las obligaciones impuestas por el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y

después por la Ley 17/97 EDL 1997/23183 , son consecuencia de una decisión libre del Gobierno español que no deriva de obligación comunitaria alguna.

A todo lo anterior como hemos reiterado ha de unirse la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial tiene en nuestro ordenamiento carácter objetivo y nada obsta en la doctrina del Tribunal de Justicia a que puedan suavizarse los requisitos por él establecidos en virtud de una normativa interna menos restrictiva, lo que cuando menos ha de llevarnos, como apuntábamos ya con anterioridad, a una interpretación pro particular en la apreciación de los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Finalmente hemos de hacer mención a un hecho que se nos antoja importante. La Comisión en su dictamen motivado de 25 de julio de 1997 afirma que:

"134. La Comisión recuerda que, habida cuenta de la naturaleza de las infracciones de que se trata, de la gravedad de la violación del orden jurídico comunitario y del riesgo de un perjuicio grave e irreparable a los operadores económicos al mercado en general que podría ocasionar la aplicación de las disposiciones en cuestión, se plantea solicitar al Tribunal de Justicia medidas provisionales, de acuerdo con el artículo 186 del Tratado CE EDL 1957/52 , y los artículos 36 del Estatuto del Tribunal EDL 1957/83 y 83 del Reglamento de procedimiento del Tribunal. Estas medidas podrían consistir, por ejemplo, en la suspensión de las disposiciones en cuestión y en la obligación de abstenerse de adoptar cualquier medida administrativa de aplicación de aquellas disposiciones cuya derogación, tras la constatación de la infracción por parte del Tribunal, no bastase para garantizar la reparación de los efectos dañinos de la infracción. Se trata en particular del último párrafo del artículo 7.a) EDL 1997/23183 de la Disposición Adicional única EDL 1997/23183 y de las Disposiciones transitorias primera y segunda EDL 1997/23183.

135. A este respecto hay que recordar que una mera tolerancia de facto del no respeto de ciertas disposiciones de la Ley, como parecen haber propuesto las autoridades españolas respecto de alguna disposición en determinado momento, no elimina el estado de inseguridad jurídica y caos legislativo en el que se está desarrollando esta actividad económica en España y que ha sido señalado en algunos pasajes de este dictamen. A este respecto haya que señalar que en un mercado naciente en el que las inversiones económicas son importantes, consideraciones éstas que llevaron al Parlamento Europeo y al Consejo a adoptar la Directiva 95/47, como se recuerda en el considerando 16 de la exposición de motivos EDL 1995/16020 , tal inseguridad jurídica representa en si una fuente continua de perjuicios de difícil reparación, apenas tolerable".

El propio Ministro de Fomento en su intervención en el Congreso de los Diputados, según diario de sesiones de 25 de septiembre de 1997, tras admitir que la Ley española ha sido objeto de un procedimiento de infracción no por vulnerar el derecho a la libre competencia, sino por vulnerar el principio de la libre circulación de bienes y servicios, acepta como cierto que "hay pocos, muy pocos casos efectivamente, en que el Tribunal Europeo o el procedimiento de infracción lleve aparejado la petición de medidas cautelares, hay muy pocos casos; efectivamente. Tiene ud. razón en este punto. Le digo sin embargo que, en este orden de cosas, el Parlamento español está en muy buena compañía porque los países que han sido objeto de procedimientos de infracción con medidas cautelares son...".

De lo hasta aquí dicho entendemos que a la vista de la gravedad de la infracción afirmada por la Comisión, el escaso o nulo margen de maniobra del Estado español, el carácter manifiesto de la violación, también declarado por la Comisión, la falta de fundamento jurídico de la tesis expuesta por el Reino de España, el carácter consciente de la preferencia otorgada a los descodificadores que integran una interfaz común, el desconocimiento de la jerarquía normativa que implica la interpretación que hace el Reino de España de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020 , la inobservancia de las indicaciones que la propia directiva contiene en cuanto a su interpretación, así como la ausencia de justificación de las autoridades españolas respecto de determinados aspectos de la normativa estatal, todo ello unido al carácter consciente de la infracción, al menos en el momento de la convalidación del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 , nos lleva a la conclusión de que se cumple el requisito de violación suficientemente caracterizada, sin que pueda olvidarse que, como decíamos en el Fundamento cuarto, la idea de violación suficientemente caracterizada debe anudarse, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a la de persistencia en la violación, estableciéndose en la sentencia de 5 de marzo de 1996 del Tribunal de Justicia EDJ 1996/12204 , la posibilidad de que el Juez nacional valore otras circunstancias tales como la actitud de la Comisión y en nuestro caso es indudable que ésta dio a conocer al Reino de España su posición a su debido tiempo, por utilizar palabras del Tribunal, como lo demuestra el contenido de la carta de 9 de abril de 1997, del Comisario Bongemann al Ministro de Fomento, carta que hace referencia a la reunión de 6 de marzo anterior y a las discusiones mantenidas con representantes del Ministerio en 14 de marzo siguiente.

DECIMOTERCERO.- El tercero de los requisitos necesarios y suficientes para dar lugar a un derecho de indemnización a favor de los particulares es el de que exista nexo de causalidad directa entre el actuar del Estado miembro, la infracción del Derecho comunitario y el resultado dañoso producido.

Para apreciar la concurrencia de estos requisitos en primer lugar debemos precisar ya que el daño debe ser actual, cierto o inminente y suficientemente previsible.

El Tribunal de Justicia en su sentencia de 5 de marzo de 1996, apartado 87 EDJ 1996/12204 , establece que la exclusión total del lucro cesante en concepto de daños reparables no puede admitirse en caso de violación del Derecho comunitario, tal exclusión total del lucro cesante puede hacer de hecho imposible la reparación del daño. Continúa el Tribunal afirmando que la reparación del daño ha de ser adecuada a los perjuicios sufridos y que, a falta de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios para determinar la cuantía de la indemnización, criterios que no pueden ser menos favorables que los que se refieren a las reclamaciones fundadas en Derecho interno, no siendo conforme a Derecho comunitario una normativa que limite, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares. Hasta aquí la doctrina del Tribunal de Justicia en lo que al caso interesa, ya que ninguna cuestión se plantea en cuanto a la posible ruptura del nexo causal por actuaciones de terceros ni por

el comportamiento de la demandante, como podía ser, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia, el no ejercicio de las acciones en derecho pudieran corresponderle, (sentencias de 5 de marzo de 1996 EDJ 1996/12204 y 8 de octubre de 1996).

El Sr. Abogado del Estado ha venido sosteniendo en contra de esa relación de causalidad el que la recurrente establece la relación causa efecto no entre los actos de aplicación y el resultado dañoso que se pretende, sino que vincula éste a las propias normas con rango de Ley, a saber, el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y la Ley 17/97 EDL 1997/23183 que lo sustituye. Sostiene el Abogado del Estado que tal relación de causalidad no puede sostenerse por cuanto el Tribunal Constitucional en su auto de fecha 22 de julio de 1997, dictado en recurso de amparo contra la Disposición Adicional EDL 1997/23183 y artículos 1.2 y 3 del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/23182, establece que las citadas normas no son autoaplicativas. Conviene señalar, como lo hace el Tribunal Constitucional, que en el citado recurso los preceptos en cuestión se impugnan desde la perspectiva del artículo 20.2 de la Constitución EDL 1978/3879 y en especial desde la del derecho a difundir o comunicar pensamientos, ideas, opiniones e informaciones, sin que se analicen por el Tribunal Constitucional desde ninguna otra perspectiva constitucional ni se citen como infringidos otros preceptos de la Constitución EDL 1978/3879. Por otra parte el concepto "autoaplicativos" comporta, salvo en lo que luego se dirá, dice el Tribunal Constitucional, la condición de leyes singulares, condición que niega a los preceptos en cuestión ya que no estamos ante normas retroactivas, esto es, ante normas que pretendan aplicarse hacia atrás, incidiendo en la valoración jurídica de actividades ya realizadas y proyectándose, por ello, sobre supuestos singulares, rigen solo a partir de su entrada en vigor, contemplan plazos de adaptación de las situaciones anteriores y gozan, desde esta perspectiva, de generalidad formal. El Tribunal Constitucional, al establecer que los preceptos en cuestión no tienen el carácter de leyes singulares y por tanto no son autoaplicativas, no está excluyendo ni mucho menos que de tales normas puedan derivarse perjuicio económico para la recurrente, cuestión evidentemente distinta de la de si con ellos se produce una lesión al particular susceptible de amparo constitucional en función de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Constitución EDL 1978/3879. El propio Tribunal Constitucional admite que puede sostenerse que la mera conminación penal contenida en la Disposición Adicional EDL 1997/23183 por el solo hecho de existir es efectiva sin necesidad de actos de aplicación y que además justamente eso es lo que pretende, con lo cual incide sobre los derechos de forma inmediata, aunque ello no sea suficiente, por imperativo del régimen establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional EDL 1979/3888, para admitir el recurso de amparo.

No es, en consecuencia, el carácter no autoaplicativo de los preceptos en cuestión razón bastante para negar la relación de causalidad, como tampoco lo es el que el artículo 1.2 EDL 1997/23183 prevea que la estructura y funcionamiento del Registro se establecerán mediante Real Decreto, Real Decreto que por cierto es de la misma fecha que el Real Decreto ley, sino que lo importante es si ese Registro es simplemente declarativo, y ya hemos visto que la respuesta dada por esta Sala era negativa, por mas que tal interpretación haya sido asumida a posteriori por imposición de las instituciones de la Comunidad Europea.

Tampoco es argumento en contra el que según la Abogacía del Estado la recurrente entiende que los daños originados a la misma se produjeron en un período que arranca de la aprobación del Real Decreto Ley 1/97, que entra en vigor el 1 de febrero EDL 1997/22172, y va hasta que en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 16/97, de 13 de septiembre EDL 1997/24515, cesan los efectos de aquella normativa, cuando en realidad el Real Decreto Ley 16/97 no produjo ninguna alteración ni en el artículo 1.2 EDL 1997/22173 ni en la Disposición Adicional del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 convertido luego en Ley 17/97 EDL 1997/23183, pese a lo cual la recurrente anuda la causación del daño, además de el artículo 7.a de la Ley 17/97 EDL 1997/23183, al artículo 1.2 EDL 1997/22173 y a la Disposición adicional citada EDL 1997/22173, de donde infiere el Sr. Abogado del Estado una manifiesta contradicción. El argumento del Sr. Abogado del Estado tampoco puede prosperar por cuanto olvida un dato esencial, tal es la interpretación que el gobierno de España anuncia de los citados preceptos a la vista de las imposiciones de la Comunidad Europea.

Así las cosas es claro que los daños que el recurrente alega:

a) Daño emergente por costes adicionales al efectuar sus emisiones desde Luxemburgo, costes de asesoramiento jurídico, dirección letrada y asesoramiento económico para combatir en el seno de la Comunidad las disposiciones en cuestión, así como los gastos financieros derivados de la necesidad de financiar los gastos citados.

b) Lucro cesante por pérdida de ingresos derivados de la pérdida de clientes como consecuencia de la preferencia otorgada por el artículo 7.2 EDL 1997/23183 a los descodificadores "Multicrypt" y por la necesidad de obtener la inscripción y certificación a que se refiere el artículo 1.2 EDL 1997/22172 y la Disposición Adicional del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172, requisitos sin los que resultaba ilegal la actuación en España y caso de producirse sería sancionada en la forma prevista en la citada Disposición Adicional lo que el recurrente sostiene influye en la labor de distribución a llevar a cabo por las grandes superficies y en la retracción de clientes potenciales durante el período citado anteriormente, es claro, decimos, que esos daños, si resultan acreditados y en la cuantía en que en su caso lo sean, serán consecuencia de las normas con rango de Ley a que se refiere, ya que los posibles actos concretos de aplicación no son mas que manifestaciones de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y en la Ley 17/97 EDL 1997/23183, de tal manera que no cabe anudar el daño a estos actos sino a la norma en que se amparan. En efecto, en ningún momento se ha cuestionado que "Canal Satélite Digital" estaba amparada por la legislación hasta entonces vigente y que al día siguiente de iniciar sus emisiones y más de cinco meses después del plazo para la transposición de la Directiva 95/47/CE EDL 1995/16020, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172.

El propio Consejo de Ministros en su acuerdo de 18 de diciembre de 1998 por el que se resuelve en vía administrativa la reclamación formulada establece en su página 54 que esas medidas (se refieren entre otras a la resolución de 6 de mayo de 1997 por la que se deniega la inscripción a "Canal Satélite Digital" y al acta de inspección que se levantó a "Centros Comerciales Continente, S.A.", Real Decreto 136/97 EDL 1997/22170, e inactividad por no responder a la solicitud de 20 de junio de 1997 de autorización para la prestación del servicio de difusión de televisión por satélite) pueden considerarse simples manifestaciones de la eficacia desplegada por las disposiciones normativas cuestionadas, por lo que su sentido sería el definir y delimitar mejor el alcance y sentido de la misma.

La propia Administración demandada viene así a reconocer implícitamente que la consecuencia dañosa, si las hay y en la medida en que se puedan haber originado, vienen ocasionadas por el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y la posterior Ley 17/97 EDL 1997/23183 de convalidación. No podía ser de otra manera ya que de no haberse dictado las normas con rango de Ley a los que se anuda la responsabilidad patrimonial que se demanda no se hubieran producido ni los actos de aplicación a que la Administración se refiere en su resolución ni se habrían producido las consecuencias de hecho que el recurrente afirma lesivas para su patrimonio.

La cuestión, en consecuencia, queda reducida a examinar si tales resultados dañosos se han producido y en que medida, lo que nos lleva directamente al análisis de la prueba practicada.

DECIMOCUARTO.- Antes de proceder al análisis de la prueba, obrante en autos, hemos de resolver una cuestión previa consistente en la inhabilidad planteada por el Sr. Abogado del Estado en relación con el testigo D. José Luis C., Vicepresidente de la sociedad recurrente, con la que admita tener una relación muy estrecha por consiguiente y respecto del cual el Sr. Abogado del Estado sostiene que consta en una sentencia de esta Sala de 12 de julio de 1999 EDJ 1999/18502 "que adoptó él el acuerdo de interponer el recurso contencioso administrativo que dice que el Consejero Delegado de "Canal Satélite Digital, S.A." Sr. C., ostenta por delegación del Consejo de Administración, desde el 22 de noviembre de 1996, la facultad de representar a la sociedad en juicio y fuera de él y en su reunión de 15 de diciembre de 1998, apareciendo a continuación una frase indicativa de que el acuerdo de interposición del recurso fue adoptado por el compareciente (se refiere al Sr. C.) recurso contra el Real Decreto 136/97 EDL 1997/22170 ". Entiende el Sr. Abogado del Estado que la declaración de este testigo es inválida puesto que comporta transformar en testifical una prueba de confesión.

El Real Decreto 136/97 EDL 1997/22170 se dicta en desarrollo del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 en la misma fecha que este. En consecuencia es claro que en el caso del Sr. C. estamos ante el supuesto del núm. 1 del artículo 1247 del Código Civil EDL 1889/1 , vigente por razón de fechas, y por tanto debe ser tenido por testigo inhábil ante su manifiesto interés en el pleito.

DECIMOQUINTO.- A la hora de valorar la prueba obrante en autos, debemos establecer que de la prueba testifical y documental esta Sala concluye que puede estimarse acreditado que es cierto que la entrada en vigor del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 crearon una situación de incertidumbre jurídica que influyó en la actitud de los grandes centros comerciales. Así se infiere en concreto de las manifestaciones de D. Juan Francisco, Jefe de la Asesoría Jurídica de "Pryca", que manifestó que existía un riesgo derivado de la legislación a juicio de "Pryca" y eso fue el motivo de no firmar el documento de condiciones y por ello según cree no se comercializó el servicio o al menos no se llegó a un acuerdo y que "cuando se solventaron las incidencias legislativas se realizó normalmente la comercialización del producto"; aunque también afirma que las razones de no llegarse a un acuerdo con "Canal Satélite Digital" no recuerda si fue la existencia de riesgo o si que "Pryca" intentó incluir una cláusula para eximirse de ese riesgo que no fue aceptada por "Sogetel".

En términos similares se pronuncia D. Felipe, Director General de "Centros Comerciales Continente", quien manifiesta que se cesó en la comercialización del producto de "Canal Satélite Digital" por no estar seguros de que el descodificador estuviera homologado.

Ahora bien, no fue sólo la inseguridad que la normativa originada por el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y la Ley 17/97 EDL 1997/23183 , parece ser, crearon en algunos distribuidores de "Canal Satélite Digital" la única causa de la menor actividad comercial en relación con el producto de aquella sociedad. Así se infiere de la declaración del Señor Félix, Responsable de Compra y Jefe de producto de sonido e imagen de "Alcampo", quien manifestó que aunque existían dudas sobre la legalidad del producto ofertado "las razones por las que se produjo el retraso fueron comerciales", ajenas a las dificultades administrativas.

Por otra parte, de la declaración del Sr. Pedro, Director de Promociones de "El Corte Inglés", se infiere que si bien la comercialización del producto se inició alrededor del 15 de septiembre de 1997, si no se hizo antes fue porque no se había alcanzado un acuerdo comercial suficiente, ya que incluso, dice, cuando se inició la comercialización en las fechas indicadas no se habían precisado todos los términos del acuerdo, aunque sí las comisiones.

De tales manifestaciones, así como del hecho indiscutido de que se proceda a levantar un acta de inspección a "Continente" por comercializar los servicios de "Canal Satélite Digital", resulta razonable concluir que la normativa integrada por el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y la Ley 17/97 EDL 1997/23183 influye en la menor actividad comercial en relación con el producto de "Canal Satélite Digital" durante el período febrero a 15 de septiembre de 1997, aún cuando esa no fue la única causa, sino que también influyó el estado de las negociaciones de "Canal Satélite Digital" con las grandes superficies, al menos con alguna de ellas, como son los casos de "El Corte Inglés" y "Alcampo".

Sentado lo anterior, debemos igualmente dejar constancia de un hecho que ha de resultar importante a la hora de valorar los perjuicios alegados por "Canal Satélite Digital" y mas concretamente el mayor coste derivado de operar desde Luxemburgo.

Conviene precisar desde este momento que "Canal Satélite Digital" toma la decisión de operar desde Luxemburgo antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 . En uno de octubre de 1996 se llega a acuerdos con la "Société Européenne de Satellite, S.A.", (SES), para la difusión de la televisión digital, acuerdos que tenían una duración de diez años para la utilización de siete transpondedores en tres de los satélites Astra, acuerdo que concluyen inicialmente en diferentes fechas de 2006 y 2007, afirmando los peritos Sres. Miguel y Fernando que en la fecha de emisión del informe pericial, julio de 2000, el enlace de distribución satélite de cuatro de los siete transpondedores se lleva a cabo desde Luxemburgo.

Por otra parte, no esta acreditado ni en que momento se iniciaron, caso de ser así, las emisiones desde España, ya que ni tan siquiera consta si en esta fecha se sigue emitiendo o no desde Luxemburgo.

En el informe elaborado por "LECG Ltd.", base de la reclamación que se formula, se pone de manifiesto que en octubre de 1996 se adquieren unas instalaciones en Luxemburgo para centro de producción con el fin de empezar a emitir lo antes posible, y que dado

que dicho centro reunía todas las características requeridas, se comenzaron las emisiones desde Luxemburgo el 30 de enero de 1997, es decir antes de la aprobación del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 .

Por otra parte en el acta de ratificación el perito Sr. Gustavo, a preguntas del Sr. Abogado del Estado, manifiesta que en la fecha que tiene lugar la ratificación, veinte de julio de dos mil, cree que "Canal Satélite Digital" continúa emitiendo desde Luxemburgo, y que si el traslado desde Luxemburgo a España no se realizó ello puede ser debido a cuestiones técnicas o comerciales así como a la existencia de contratos en vigor que convenía por motivos de coste, mantener.

DECIMOSEXTO.- Establecidos los anteriores presupuestos fácticos y la infracción que del derecho Comunitario supuso la trasposición de la Directiva 95/47CE, de 24 de octubre de 1996, del Parlamento Europeo y del Consejo EDL 1995/16020 , hemos de concretar ya los distintos conceptos indemnizatorios reclamados por el demandante y proceder a su análisis a la luz de la prueba obrante en autos.

Reclama el demandante en concepto de daño emergente:

- a) 1.142.591.077 pesetas por mayores costes al tener que efectuar sus emisiones desde Luxemburgo.
- b) 216.665.880 pesetas por extracostes de viajes, asesoramiento jurídico, dirección letrada y asesoramiento económico para hacer valer sus derechos frente al Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y Ley 17/97 EDL 1997/23813 .
- c) 93.388.928 pesetas por gastos financieros relacionados con estos extracostes.

En concepto de lucro cesante reclama la demandante 1.719.713.436 pesetas por retraso en la captación de abonados y 13.468.935.854 pesetas por pérdida permanente de abonados. Las anteriores cantidades suman un total de 16.641.295.155 pesetas o lo que es lo mismo 100.016.198'21 Euros, perjuicios que entiende originados en el período comprendido entre el 31 de enero de 1997 y el 15 de septiembre de 1997, fecha del Real Decreto Ley 16/97 EDL 1997/24515 .

En lo que se refiere a los mayores costes por tener que efectuarse las transmisiones desde Luxemburgo, esta Sala no puede por menos que apreciar la relevancia del presupuesto fáctico antes constatado. "Sogecable" que en 2 de enero de 1997 traspasó a "Canal Satélite Digital" toda su explotación de vía satélite, quien comenzó sus emisiones desde Luxemburgo el 30 de enero de dicho año, había adquirido un centro de producción en Luxemburgo en octubre de 1996 con el fin de proceder a emitir desde dicha población. No vamos a entrar a analizar aquí las razones de Sogecable, pero el hecho cierto es que la decisión de emitir desde Luxemburgo es una decisión independiente, por anterior, de los efectos que pudieran derivarse del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 y, por tanto, los costes derivados de dicha circunstancia no son anudables a la citada disposición general, máxime cuando no se ha acreditado en que momento se procede a efectuar las emisiones desde España, ni tan siquiera si esas emisiones se efectuaban desde España en la fecha de la reclamación administrativa o continuaban efectuándose desde Luxemburgo. El concepto, por tanto debe ser rechazado sin necesidad de efectuar mayores consideraciones.

Igual suerte debe correr la partida de 216.665.880 pesetas por extracostes de asesoramiento jurídico y económico y viajes realizados, ya que en modo alguno éstos resultan acreditados. Es cierto que se afirma en la prueba testifical que se realizaron diversos viajes a Luxemburgo, manifestando el Sr. S. que viajaron él mismo, el Sr. C. y miembros de la Asesoría Jurídica de "Sogecable", pero no está acreditado el número de viajes, su duración, el número de personas desplazadas, que los miembros de la asesoría jurídica fueran abogados externos a la sociedad, y tampoco se aporta factura alguna de medios de transporte y hostelería, ni mucho menos minuta de letrado, documentos, todos ellos, que resultan exigibles para poder estimar acreditados dichos gastos y su cuantía, especialmente si se tiene en cuenta el importe reclamado, conforme a lo prevenido en el artículo 1248 del Código Civil EDL 1889/1 que exige que el Tribunal debe poner especial cuidado de evitar que por la simple coincidencia de testimonios; -en nuestro caso el del Sr. S., Secretario del Consejo de Administración de "Sogecable"-, a menos que su veracidad sea evidente, lo que tampoco es el caso, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario deben intervenir documentos privados o algún principio de prueba por escrito.

Rechazadas las partidas por daños emergentes analizadas, es claro que debe rechazarse igualmente la relativa a gastos financieros por tales conceptos.

DECIMOSÉPTIMO.- En lo que se refiere a las partidas por lucro cesante, 1.719.713.436 pesetas por retraso en la captación de abonados y 13.468.935 pesetas por pérdida definitiva de los mismos, se hace preciso entrar en el análisis de la prueba pericial, si bien es necesario destacar, ya desde un primer momento, que los dos informes de tal carácter obrantes en autos omiten cualquier referencia a las dificultades comerciales, -acuerdos con grandes superficies- ajenas a las derivadas de la situación jurídica creada por el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 , que concurrieron durante el período 31 de enero de 1997 a 15 de septiembre del mismo año, dificultades que han quedado puestas de relieve en la prueba testifical a que nos hemos referido en el Fundamento Jurídico decimoquinto y por consiguiente tampoco se valora en ellos su repercusión en los resultados económicos de "Canal Satélite Digital" durante dicho período, en especial en lo que al número de abonados se refiere. También es importante destacar la grave discrepancia entre ambos informes al valorar los perjuicios, diferencia que es superior a los cuatro mil millones de pesetas.

En segundo lugar en ambos informes se omite cualquier referencia a la trascendencia que en la captación de clientes sin duda ha tenido la mayor inversión publicitaria a partir de 15 de septiembre de 1997, máxime cuando la diferencia de cifras es altamente significativa. La inversión en tal concepto es de 436.945.645 pesetas, desde 1 de febrero hasta el 15 de septiembre de 1997, cantidad que casi se multiplica por cinco en los tres meses y medio siguientes en que alcanzó un importe de 2.059.075.168 pesetas, lo que supone un total en ese año de 2.496.129.966 pesetas, cifra que en el año 1998 se reduce a 1.839.061.509 pesetas y que de nuevo se eleva en 1999 a 3.706.496.409 pesetas. Es decir de una cifra mensual inferior a cincuenta millones de pesetas en cada uno de los nueve primeros meses del año 97, en los que se comprende el período reclamado, se pasa a una cifra de casi seiscientos millones en cada uno de los restantes tres meses y medio del mismo año, cifra que si bien se reduce a ciento cincuenta millones aproximadamente por cada mes de 1998 sigue siendo tres veces mayor a la del período reclamado y que pasa a ser de algo más de trescientos en cada uno de los meses de 1999. La

espectacular diferencia en la inversión publicitaria sin duda ha tenido que tener relevancia en la captación de abonados y pese a ello nada se dice en cuanto a este punto en los dictámenes.

Es cierto que puede sostenerse que las dudas jurídicas motivadas por la normativa en cuestión justificaban una mayor prudencia en los gastos, pero ello no se aprecia en cuanto a otras partidas de costes, al menos en las proporciones que se aprecian en la inversión publicitaria, pero la diferencia en este concepto, habida cuenta que "Canal Satélite" afirma que pese a ello siguió con su actividad emitiendo desde Luxemburgo y trató de alcanzar acuerdos con grandes centros comerciales llegando incluso, se afirma, a asumir los riesgos de posibles sanciones, como ocurre en el caso de "Alcampo" y así resulta de la carta de 7 de abril de 1997 obrante en autos, parece poner de manifiesto su voluntad de reducir al mínimo los efectos del Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172, lo que lleva a estimar que aquel dato debía haber sido considerado, siendo razonable pensar que la inversión publicitaria tuvo que tener alguna influencia en el número de abonados captados en el último trimestre de 1997 y en 1998, dato que resulta importante a la hora de valorar los perjuicios en el informe del Perito Sr. Gustavo.

Otro tanto ocurre con los contenidos de la programación y tarifas antes y después del 15 de septiembre de 1997, variables que se computan en el sentido de destacar que las tarifas se redujeron, la inversión en publicidad se incrementó y la programación se mejoró como consecuencia de la entrada en funcionamiento de "Vía Digital", lo que se entiende supuso una pérdida de beneficios como consecuencia de la situación de competencia en el mercado, frente a una situación anterior de cuasi monopolio que afirma el perito Sr. Gustavo, pero en cambio no se considera la influencia que dicha rebaja, unida a la mejora de la oferta en la programación y la mayor inversión en publicidad, tiene sin duda en la captación de abonados al hacer que el producto resulte más asequible a las economías medias, más atractivo y más conocido.

En este punto conviene poner de manifiesto que la exclusiva para la retransmisión de los partidos de fútbol se adquiere por "Canal Satélite" a partir de la temporada 1997-1998, según resulta del acta de ratificación de la prueba pericial.

Junto a los motivos de crítica hasta aquí expuestos, que en términos generales son predicables, como decimos, de los dos informes periciales obrantes en autos, cabe efectuar una última objeción también común, antes de entrar en el análisis separado de uno y otro informe. Esta objeción consiste en la referencia que se hace a un mercado extranjero, fundamentalmente el francés, aunque el informe del Sr. Gustavo se refiere también al norteamericano, si bien no tiene tanta trascendencia en la conclusión final como en el informe de los Peritos Sr. Fernando y Miguel, sin tener en cuenta factores tales como la renta per cápita, en el país de referencia, los contenidos de la programación, costes para el usuario o inversión publicitaria.

DECIMOCTAVO.- Entrado ya en el análisis de cada uno de los informes y comenzando por el del Sr. Gustavo, cabe efectuar al mismo una objeción inicial, que en opinión de la Sala resulta fundamental y que no es otra que la circunstancia de que en él se establece como premisa lo que debería ser una conclusión; en el punto uno del apartado dos, referido a Documentación utilizada, (el apartado primero se limita a establecer cual sea el objeto de la pericia), se comienza afirmando que "entendemos que en el periodo comprendido entre el 30 de enero y el 13 de septiembre de 1997 se produjeron unos daños a C.S.D." para continuar sosteniendo que los mencionados daños se derivan de la pérdida de clientes al no haber podido explotar comercialmente su condición de primer operador en el mercado en situación de cuasi monopolio. No cabe duda de que una afirmación de tal naturaleza condiciona el contenido del informe que se efectúa a continuación, de tal manera que más que a acreditar la realidad de unos daños tiende a justificar la razonabilidad del informe de parte obrante en autos y el aserto del que se parte. Así lo reconoce el perito cuando admite en el acta de ratificación que ha tomado como presupuesto para su valoración el que "Canal Satélite Digital" no pudo realizar su actividad en España desde 1 de enero de 1997.

El informe continúa con un apartado tercero en el que bajo la rúbrica "Descripción de la situación" incluye conclusiones jurídicas ajenas a la pericia, conclusiones que en su caso corresponde efectuar exclusivamente a esta Sala y para las que el perito no está capacitado, de las que a su vez se obtienen conclusiones de contenido económico, con lo cual una vez más se pone de manifiesto la trascendencia que tiene el establecer como premisa lo que debería ser una conclusión. Así en la página 5/24 se dice que la normativa de 31 de enero de 1997 situaba las actividades de "Canal Satélite Digital" en la "ilegalidad", lo que hizo que muchos potenciales abonados, -de nuevo una conclusión se establece como afirmación apriorística-, pudieron desistir de suscribir este nuevo servicio o al menos aplazaron su decisión...; para continuar afirmando, de nuevo en una conclusión jurídica que le es ajena, para lo que insistimos no está capacitado y cuya obtención en su caso es la función propia de este Tribunal y no del perito, que el artículo 7.º de la Ley 17/97 EDL 1997/23183 agravó la situación de ilegalidad de "Canal Satélite Digital".

Del mismo modo el perito comienza su informe en el apartado 4.2, relativo a pérdida de clientes, con una afirmación apriorística, que más debería ser una conclusión, y que por tanto sin duda condiciona el contenido del informe. Comienza afirmando el perito que: "es evidente para este perito que una compañía de la estructura y potencial financiero de "CSD" habría tenido un volumen de abonados muy superior al que realmente tuvo en el período estudiado de haber podido ejercer todas sus acciones de producción".

En este apartado del informe el perito remite, en el cálculo de los ingresos no percibidos entre el 1 de febrero y el 15 de septiembre de 1997 y los no percibidos a partir del 15 de septiembre de dicho año, al anexo 3, cuyos datos no coinciden en las cifras de abonados con los del anexo 4, y en el anexo 5, al que también remite el perito, la división de la cifra que figura como "total ingreso por abonados" dividido por el número de abonados que cita no da el resultado que figura como ingreso por abonado.

Importa destacar en cuanto al contenido del informe que el perito Sr. Gustavo parece utilizar en el punto 4.2.4 del mismo como conceptos equivalentes, al calcular las pérdidas hasta septiembre de 1997, los términos "inversiones fijas", "gastos fijos" y "gastos de explotación", cuando dichos términos responden a conceptos distintos.

En cuanto al método que utiliza para calcular el número de abonados potenciales, mediante un sistema comparativo entre el período febrero-septiembre de 1997 e igual período de 1998, si bien el método inicialmente puede resultar correcto, no lo es en cuanto omite variables tales como: mayor inversión en publicidad, menor precio, mejora de programación, pleno establecimiento de la red de comer-

cialización y mayor tiempo de implantación en el mercado, variables que sin duda han influido en el número de abonados captados en el periodo que utiliza como término de comparación.

En lo que se refiere a la evaluación de los daños, lo que el perito califica como gastos adicionales, es decir lo que se reclama como daño emergente, ya ha sido analizado y resuelto en el Fundamento Jurídico decimosexto, debiendo, en consecuencia limitar nuestro análisis a las partidas relativas a pérdidas de clientes.

Llegados a este punto hemos de recordar aquí y ahora la crítica relativa a la trascendencia que la pericia da a la actitud de las grandes superficies, la no distinción entre la inversión en publicidad hasta el 15 de septiembre de 1997 y desde dicha fecha en adelante, la diferencia de producto y los precios, variables que solo se computan como mayores costes, sin tener en cuenta su repercusión en la captación de abonados, lo que pone en cuestión el cálculo de abonados "ajustado", en terminología de la pericia, y ello porque dicho cálculo está efectuado sobre la base de cuales fueron los abonados en el período febrero-septiembre de 1998, sin tener en consideración las variables antes dichas, debiendo recordar que es desde la temporada 1997-1998 cuando "Canal Satélite Digital" obtiene la exclusiva en la retransmisión de partidos de fútbol en la televisión de pago..

DECIMONOVENO.- En lo que a la pericia de los Sres. Fernando y Miguel se refiere, los peritos emiten sus informes en dos tomos con un total de 298 páginas. La primera de ellas se refiere al objeto del informe, de la 2 a la 181 a los documentos examinados, de la 181 a la 250 a los hechos que tienen una repercusión en el cálculo y estimación de daños, la 250 a concretar el periodo computable y de la 251 a la 284 al análisis de la razonabilidad de los periodos, conceptos e importes reclamados y determinación de los mismos.

La documentación está suficientemente especificada en la pericia, aún cuando no se aporta documento alguno como anexo, lo que hubiera sido conveniente para que esta Sala pudiera contrastar y valorar las afirmaciones de los peritos.

En relación con esta documentación, conviene destacar que la referida en primer lugar es el Folleto Informativo -Oferta Pública de Venta y Suscripciones de Acciones de "Sogecable"-, y que por tanto no tiene otro valor que el que de su propia rúbrica resulta.

En el epígrafe quinto de la documentación aportada, relativo a documentación de "Canal Satélite Digital" sobre número de abonados, se aprecian algunas de las múltiples imprecisiones que aparecen a lo largo del informe, así en la página 91 existen errores de suma en los abonados de los distintos períodos a que se refiere, y, además, mientras que en el párrafo segundo del citado folio se afirma que "normalmente se consideran conjuntamente los abonados y los suscriptores en lista de espera", aunque no se razona ni justifica, en el párrafo siguiente se afirma que el número de abonados de "Canal Satélite Digital" hasta que cesó la incertidumbre causada por la legislación a que se refiere la demanda era de 104.302, cifra que en contra de lo que se afirmaba en el párrafo anterior no incluye los suscriptores en lista de espera que eran en aquella fecha 19.141, si bien se admite el dato de que el fuerte incremento de abonados producido desde septiembre a diciembre de 1997 se debía entre otros factores, a la evolución de los precios producida como consecuencia de la competencia, factor éste que los peritos no consideran en su informe como tampoco detectan la contradicción y el error antes dichos.

En el epígrafe sexto del mismo apartado y también a título de ejemplo de los errores e imprecisiones a los que para nada se refiere la pericia, hemos de señalar que en el folio 96 se empieza diciendo "los porcentajes anteriores han sido calculados...", pero si se echa la vista atrás desde el inicio del epígrafe no figura porcentaje alguno.

Por seguir con los ejemplos de imprecisiones, y sin ánimo de ser exhaustivos, diremos que al folio 101, epígrafe séptimo de la documentación aportada, se dice que el número de abonados a "Canal Satélite Digital" a 31 de diciembre de 1997 era de 260.168, en tanto que en el folio 96 se cifra en 254.850, sin que se computen en ambos casos los que están en lista de espera, que como ya vimos antes se afirmaba en el epígrafe quinto que lo normal es considerarlos conjuntamente y en ese caso la cifra debería incrementarse en 247.456 según se dice al folio 91.

De nuevo en el folio 120, epígrafe 12 de la documentación aportada, se incide en contradicción cuando se dice que el número de abonados de "Canal Satélite Digital" en septiembre de 1997 era de 125.000 mientras que en el folio 156, epígrafe dieciséis, se da la cifra de 104.302 a 15 de septiembre y 117.198 a 30 de septiembre.

No vamos a insistir en este punto de las imprecisiones o errores de cálculo no detectados en la pericia, pero creemos que son relevantes a la hora de su valoración.

Aparte de lo anterior, creemos importante destacar algunos otros aspectos de la documentación tenida en consideración por los peritos.

Nos parece importante destacar que en el epígrafe dieciocho del apartado relativo a la documentación examinada, referido al razonamiento de "Canal Satélite Digital" para justificar el número de hogares que se hubieran abonado en el periodo reclamado de no haberse producido las medidas legislativas a que se anuda el perjuicio que se reclama, la propia demandante admite la relevancia, en cuanto a los resultados que estima, de las promociones habidas desde el 15 de septiembre hasta el 28 de diciembre, promociones que suponen mayor inversión publicitaria y mejores precios al consumidor, datos que antes decíamos el Tribunal considera relevantes, lo que ahora confirma la propia sociedad demandante y que no obstante no se aprecia que se tomen en cuenta en la pericia.

Importa también resaltar que en el epígrafe veintidós, en el que se pretende establecer "la vida media de un abonado", que se concluye que es de doce años, esta conclusión parece relacionarse con la vida media de un descodificador, relación que no se justifica razonablemente a juicio del tribunal.

VIGÉSIMO.- Continuando el análisis del informe pericial entramos ahora en el apartado tercero relativo a "Hechos o situaciones que evidencian la existencia de una problemática en el desarrollo de la actividad de la Sociedad "Canal Satélite Digital, S.L.", y/o la evolución de magnitudes que reflejan su evolución en el período de 1997 a 1999 la actividad desarrollada por la sociedad, así como aquellos otros aspectos que se consideran tienen un efecto en el cálculo y estimación de daños causados a la Sociedad "Canal Satélite Digital" S.L".

De este apartado nos parece importante destacar que se afirma, como hecho que el perito considera acreditado, el que sociedades mercantiles muy significativas y las mas importantes de España del sector de la distribución y comercialización de servicios: "El Corte

Ingles", "Hipercor", "Alcampo", "Continente" y "Pryca" como consecuencia de la regulación establecida en el Real Decreto Ley 1/97, de 31 de enero EDL 1997/22172, se negaron a comercializar el servicio de televisión digital de la entidad "Canal Satélite Digital, S.L." Esta conclusión fáctica, sin duda determinante a la hora de la valoración efectuada en la pericia, no coincide con la obtenida por el Tribunal y que hemos expuesto en el Fundamento Jurídico decimoquinto.

En el epígrafe cincuenta y uno del apartado tercero del informe al que nos venimos refiriendo, los peritos olvidan una de las cuestiones que han de ser determinantes en su valoración, la traslación al mercado español de la tasa de captación de abonados de la sociedad francesa "Canal Numerique", para en base a ella calcular los abonados estimados que debería haber alcanzado "Canal Satélite Digital, S.A.", en 1997. Los peritos, aunque aprecian diferencias entre el mercado español y el francés, únicamente parecen tomar en consideración el componente de estacionalidad al realizar la comparación en los primeros once meses de actividad, ya que "Canal Numerique" comenzó sus emisiones en abril y "Canal Satélite Digital" en febrero. Olvidan los peritos otras variables que a esta Sala le parecen relevantes, tales como el número de habitantes, contenidos de la programación, publicidad, relación precio-renta per capita, etc.

Por otra parte resulta sorprendente a esta Sala que tomando como base la población española, algo más de treinta y nueve millones de habitantes, y la de Francia, algo más de cincuenta y ocho millones, así como la renta per capita de uno y otro país, aproximadamente 16.000 euros en España y algo más 24.000 euros en Francia, la cifra de abonados de la televisión digital se estime superior, a efectos del cálculo de perjuicios, en España que en Francia. Véanse los cuadros que figuran a los folios 152 y 222 del informe en los que se establecen las siguientes cifras a partir del quinto mes de emisión:

Estimados de "CSD"

67.137, 111.323, 158.0128, 185.362, 212.576, 242.189, 262.843, 311.014

Abonados de "CSN"

54.326, 106.663, 151.412, 177.602, 203.677, 232.050, 251.839, 277.507

Tales datos necesitarían una justificación más allá de la que se facilita en el informe pericial.

En este punto interesa también resaltar que al folio 206 del informe, punto 40 del apartado tercero, relativo a hechos o situaciones que evidencian la existencia de una problemática en el desarrollo de la actividad de la Sociedad "Canal Satélite Digital, S.L.", se afirma que el nivel de penetración en 1998 de la televisión de pago es del 15'9% en Francia y del 10'4% en España, pese a ello se sostiene que el número de abonados debería ser mayor en España que en Francia en 1997 conforme a lo que se recoge en el cuadro antes transcrito

Por último queremos destacar, en lo que se refiere al apartado del informe que nos ocupa, que en principio parece que debería contener, atendido su rúbrica, conclusiones fácticas de la pericia, que al efectuar el cálculo del valor de un abonado, se parte de la duración estimada como vida media de un abonado, ya con anterioridad, Fundamento Jurídico decimonoveno, criticamos la estimación efectuada. Por otra parte se establece una serie de hipótesis que parecen más propias de un informe de parte que de una pericia, así se dice al folio 233 afirma "los cifras sobre abonados a la Televisión digital han resultado ligeramente inferiores en la realidad que en las previsiones. Pero confiamos que se recupere el retraso..." No parece que la pericia deba basarse en futuribles hipotéticos carentes de justificación sino en datos lo mas objetivos posible. Igualmente al folio 234 se dice "se espera que la demanda en términos económicos se incrementará debido a una mayor utilización de los servicios de pago por visión (acontecimientos deportivos y películas)", cuando en realidad tales productos ya existen, al menos así resulta del informe, desde 1997-1998.

La sorpresa que causan a la Sala estos contenidos quizá debiera desaparecer al observar que el informe transcribe literalmente en alguno de sus apartados el informe de parte aportado por la demandante, razón ésta que quizá justifique la absoluta identidad en la conclusión de uno y otro informe en este punto.

Nos parece igualmente importante, llegado este momento, destacar algunas imprecisiones que sin duda resultan importantes a la hora de determinar el valor de un abonado, dato este de especial trascendencia a la hora de establecer el "quantum" de la indemnización. Así en la página 276, se dice que el número de abonados de "Canal +", que pasan a "Canal Satélite Digital", y a los que por tanto se les reduce la cuota de inscripción a partir de 15 de septiembre de 1997, se estima en 72.322, en tanto que en la página 227 se habla de 65.298. Es verdad que la primera cifra figura en el apartado IV del informe referido a razonabilidad de los períodos, conceptos e importes reclamados y determinación pericial de los mismos, y la segunda en el apartado tercero relativo a hechos que evidencian la existencia de una problemática en el desarrollo de la actividad de la "Sociedad Canal Satélite Digital", pero no es menos cierto que la diferencia expresada no está explicada.

Tampoco se da razón suficiente del valor que el perito atribuye a un abonado y que se establece en 263.065 pesetas a lo largo de la vida de un abonado, parece que se parte para el cálculo de la vida media de un abonado cuya determinación ya ha sido objetada con anterioridad.

Finalmente hemos de destacar, en lo que se refiere a la partida de daños por el retraso en la captación de abonados, apartado relativo a las pérdidas como consecuencia de la oferta efectuada a los abonados de "Canal +" de descontar la cantidad entregada como depósito al darse de alta en "Canal +" de la cuota de inscripción en "Canal Satélite Digital" a la que se hace referencia en los folios 268 a 277 y 224 a 228, que se utiliza un parámetro de cálculo -10.24 meses- que aunque se dice (f. 226) es el "número de meses medios transcurridos desde mediados de cada mes durante el período de la promoción de septiembre de 1997 hasta finales de agosto de 1998 ponderados por el porcentaje de suscripción a "Canal + Numerique" respecto al total de sus suscriptores durante los 11 primeros meses de comienzo de las emisiones...", no se explica con claridad ni a que responde ni el porque se utiliza tal parámetro. La falta de explicación de la razón de cada uno de los parámetros tenidos en cuenta en la fórmula y la poca claridad de la definición del que nos ocupa, constituye, añadido a los restantes razonamientos antes expuestos, razón bastante para desestimar, también en este caso, la pericia que ahora nos ocupa.

VIGESIMOPRIMERO.- De lo expuesto y de la valoración conjunta de la prueba la Sala obtiene la convicción de que tal como ésta se articula es insuficiente para el fin que se persigue y en consecuencia y por lo que a continuación se expone, apoyándonos, eso sí, en datos que en aquella obran, construye la decisión que se adopta en base a las siguientes razones.

En primer lugar y en orden a determinar el "quantum" de las pérdidas por retraso en la captación de abonados, podemos partir como hipótesis de trabajo, no olvidemos que los propios peritos admiten se hace preciso, al tratarse de determinar pérdidas que solo pueden ser fijadas por medios indirectos, trabajar sobre hipótesis, por mas que estas deben de ser razonables y razonadas, podemos partir, decimos, para calcular el número de abonados a los que la situación jurídica creada por el Real Decreto Ley 1/97 EDL 1997/22172 llevó a retrasar su decisión de suscribirse a Canal Satélite Digital, de la cifra de abonados alcanzada por ésta al 15 de septiembre de 1997, tomando para ello la establecida por los peritos Sres. Fernando y Miguel, 104.302, que es la que aparece como mas constante y además es absolutamente compatible con la que el perito Sr. Gustavo establece en el texto de su informe que la fija a final de septiembre de 1997 en 107.356 y coincide con la que figura en el segundo cuadro del anexo 3 de dicho informe.

Esta cifra debe ser restada de la cifra de abonados obtenidos el 30 de abril de 1998, 374.410, anexo tercero del informe del Sr. Gustavo y documento número 20 de los examinados por los peritos Sres. Fernando y Miguel, tomando el período comprendido entre el 15 de septiembre de 1997 y 30 de abril de 1998 como el primero de igual duración que el transcurrido entre el 1 de febrero y el 15 de septiembre, en el que "Canal Satélite Digital" puede operar sin condicionamientos de ninguna clase, lo que da una cifra de 270.108 abonados. Ahora bien como quiera que no se trata de períodos homogéneos ello nos obliga a aplicar un índice corrector por estacionalidad, para lo cual se tomará como referencia el que resulta en el informe de los peritos Sres. Fernando y Miguel en los folios 221 y 222 del mismo, máxime teniendo en cuenta que en el período utilizado como término de comparación no se comprenden los meses de verano en los que la audiencia televisiva es menor, lo que reduce la cifra a 213.385 abonados.

Establecida conforme al procedimiento anteriormente descrito la cifra de 213.385 abonados, debemos restar de ésta los abonados que pueden ser considerados perdidos definitivamente por "Canal Satélite Digital", cifra que calcularemos por medio de la aplicación de un criterio de proporcionalidad entre los abonados obtenidos por "Canal Satélite Digital" en el período comprendido entre 1 de febrero - 15 de septiembre de 1997 y a 30 de diciembre de 1997, con los obtenidos por "Vía Digital" en iguales períodos, atribuyendo la condición de abonados perdidos definitivamente a la cifra que de dicha operación resulte como hipotéticos suscriptores de "Vía Digital" en el periodo febrero- 15 de septiembre de 1997 para caso de que esta Sociedad hubiera funcionado. Así, si partimos de una cifra que resulta de los dictámenes periciales, página 90 del informe de los Sres. Fernando y Miguel, de 254.850 abonados a "Canal Satélite" en diciembre de 1997 y 104.302 en el período febrero a septiembre, frente a 80.000 de "Vía Digital" en el período septiembre-diciembre de 1997, único en que funciona, la cifra hipotética de abonados a Vía Digital en el periodo febrero a septiembre de 1997 sería de 32.741 suscriptores, que serían los que pueden considerarse como perdidos definitivamente por "Canal Satélite Digital", cifra que debe deducirse de la de 213.385 antes referida, lo que nos da un resultado de 180.644 que sería la cifra de abonados que retrasaron su suscripción a "Canal Satélite".

A continuación para calcular los daños sufridos por este concepto de retraso en la captación de abonados debemos establecer el valor medio de un abonado en el periodo febrero-septiembre de 1997, cifra que resultará de dividir los ingresos de cada mes por cuotas de acceso, paquetes y opciones, taquilla y colectividades en el citado período por el número de abonados de cada mes, lo que nos da un cifra media de 4.669 pesetas, y multiplicarla por el número de abonados que retrasaron su suscripción, lo que da un resultado de 2.693.993.874 pesetas, cifra que se obtiene distribuyendo los 180.644 abonados que retrasaron su suscripción en proporción al ritmo de abonados de cada mes, que resulta del anexo 3 de la pericia del informe del Sr. Gustavo y del documento 20 de los examinados por los peritos Sres. Fernando y Miguel, 4'16% en marzo, 19'51% en abril, 16'99% en mayo, 7'32% en junio, 15'02% en julio, 18'33% en agosto y 16'13% en septiembre, multiplicando el resultado de esa distribución por el número de meses de retraso que en cada caso corresponde hasta el 15 de septiembre de 1997.

No se computa el importe de las cuotas de inscripción por cuanto tal cuota se habrá obtenido en el período temporal siguiente, ya que estamos ante un retraso en la suscripción y no una pérdida de la misma, razón por la que por este concepto únicamente se computara el interés legal del importe de dichas cuotas durante 7'5 meses, que es el espacio de tiempo transcurrido entre el 1 de febrero y 15 de septiembre de 1997. Así resulta que deberá multiplicarse 180.644 abonados por 28.017 pesetas que es la cuota de inscripción, según afirman los peritos Sres. Fernando y Miguel, folio 276 de su informe, cifra que no es discutida, lo que nos da un resultado de 5.061.102.948 pesetas, cuyo interés durante un máximo de 7'5 meses al tipo del 7'5% que era el interés legal del dinero en 1997, nos da un resultado de 237.239.201 pesetas.

Deberá computarse igualmente el importe resultante de multiplicar 10.643 pesetas, que es la diferencia afirmada entre la cuota de suscripción del primer período citado, 28.017 pesetas y la que se oferta en el segundo período a quienes ya fueron suscriptores de "Canal +", por el número de abonados de "Canal +" que se acogieron a la oferta y que cifran los peritos Sres. Fernando y Miguel en 65.298, cifra que no ha sido discutida, lo que arroja un resultado de 694.966.614 pesetas.

Sumando las tres cantidades resulta una cifra final de 3.626.199.689 pesetas.

A la cantidad que resulta de los anteriores cálculos debe deducírsele el mayor gasto en publicidad efectuado en el periodo 15 de septiembre de 1997 a 30 de abril de 1998, cantidad que resulta ser de 2.518.840.545 pesetas según lo afirmado por el propio "Canal Satélite Digital" y que los peritos Sres. Fernando y Miguel recogen en el cuadro que figura al folio 174 del informe, lo que supone una diferencia de 1.107.359.144 pesetas.

Igualmente, conforme a los criterios establecidos en los fundamentos anteriores, debe aplicarse a la cantidad resultante un factor de corrección derivado de la rebaja de tarifas, mejora de programación, mayor tiempo de implantación del producto en el mercado y mejora de la red de distribución, pues como ha quedado establecido los defectos de distribución existentes durante el período febrero a septiembre de 1997 no fueron solo imputables a la normativa jurídica a que la recurrente anuda el daño, sino también a los defectos

de comercialización por falta de acuerdos con las grandes superficies originada también por otras causas. Tales factores de corrección estima la Sala que pueden fijarse, aplicando un criterio moderado, en el 10% por rebaja de tarifas, un 10% por la programación, téngase en cuenta los efectos de las exclusivas del fútbol y la suscripción de contrato con la "Warner" que los peritos afirman en el acta de ratificación funcionaba a finales de 1997, un 10% por la mejora de la red de distribución y un 5% por la mayor implantación en el mercado, lo que da un resultado final de 387.575.700 pesetas.

VIGESIMOSEGUNDO.- En lo que al concepto de pérdida de abonados se refiere, el "quantum" del daño resulta de la cifra que ha quedado establecida en el fundamento anterior, 32.741 abonados perdidos, que reducida en un 20% conforme a los índices correctores también establecidos en aquel por mejora de programación y disminución de tarifas, aspectos que sin duda también influyeron en la afluencia de abonados a "Vía Digital", nos da una cifra de 26.193 abonados perdidos. Esta cifra debe ser multiplicada por el gasto medio de cada abonado en los conceptos cuota, taquilla, paquetes y opciones, y colectividades, calculado desde febrero de 1997 hasta mayo de 2000, que son los datos que figuran en los anexos 3 y 5 de la pericia del Sr. Gustavo y en el documento 20 de los analizados en la pericia de los Sres. Fernando y Miguel, datos que tomamos en consideración por ser coincidentes en ambos informes y de los que resulta una cifra de 6.722 pesetas mes-abonado, cantidad que multiplicada por el número de abonados antes citado nos da un total mensual de 176.069.346 pesetas, cantidad que multiplicada a su vez por seis años y dos meses, que es la vida media de un abonado, atendidas las cifras de bajas hasta el año 2003 que figuran al folio 232 del informe de los Sres. Fernando y Miguel, nos da una cifra total de 13.029.131.604 pesetas.

Ahora bien, hemos de tomar en consideración el número de bajas que sobre la cifra inicial se produciría a lo largo del período considerado y que de los datos de la pericia de los Sres. Fernando y Miguel, folio 232 antes citado, es del 5'8% de media anual, computados los datos del informe hasta 2003, lo que supone 1.520 bajas-año y unos menores ingresos de 2.298.555.967 pesetas, cantidad que restada de la cifra de ingresos totales antes transcrita, 13.029.131.604, nos da un resultado de 10.730.575.637 pesetas, cifra que a su vez, conforme al criterio establecido en la pericia del Sr. Gustavo, único que maneja el dato a que nos vamos a referir, debe ser minorada en un 65% para determinar el margen bruto, por lo que la cifra anterior queda reducida a 3.755.701.471 pesetas.

No se estima procedente deducir de la citada cifra cantidad alguna por la repercusión que los 26.193 abonados tomados en consideración pudiera hipotéticamente tener sobre conceptos tales como: mayores gastos de personal y gastos generales, datos que deben tenerse en cuenta para obtener el beneficio antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA), ya que ni tal cuestión ha sido alegada por la Administración demandada, ni tampoco ha sido probada esa hipotética repercusión frente al criterio del Perito Sr. Gustavo. Por otra parte la cifra de abonados tomada en consideración no llega al 3% de la cifra de abonados totales en mayo de 2000.

A la cantidad antes establecida ha de sumársele el importe que resulta de multiplicar el número de abonados perdidos 26.193, por 28.017 pesetas, que es el importe de la cuota de ingreso antes del 15 de septiembre de 1997, según se establece en la pericia de los Sres. Fernando y Miguel, cantidad que no ha sido contradicha, lo que arroja una cifra 733.849.281 pesetas, que reducida igualmente en el 65% para hallar el margen bruto nos da un resultado de 256.847.248 pesetas de daños por esta partida.

En consecuencia los perjuicios que se entienden acreditados son los siguientes: 387.575.700 pesetas, por el concepto de retraso en la captación de abonados y 4.012.548.719 pesetas por el concepto de abonados perdidos definitivamente, lo que da un resultado final de 4.400.124.419 pesetas, o lo que es lo mismo 26.445.280'37 euros.

No concurren los requisitos en orden a una condena en las costas de la instancia conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional EDL 1998/44323 .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso interpuesto por "Canal Satélite Digital, S.L.", contra Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 1998, y debemos condenar y condenamos a la Administración demandada a abonar a "Canal Satélite Digital, S.L.", la cantidad 26.445.280'37 euros. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- José Manuel Sieira Míguez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Francisco González Navarro.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez, Magistrado de esta Sala, de todo lo cual, yo, el Secretario, certifico.