FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

Expediente: R/AJ/032/17 ID: SQME2 Copia auténtica

SEGUNDO.- Acuerdo de personación

Mediante acuerdo de fecha 17 de abril de 2017, dictado en el procedimiento SNC/DTSA/011/17 se tuvo por interesada y personada a FAPAE en dicho procedimiento.

TERCERO.- Recurso de alzada interpuesto por DTS

Con fecha 27 de abril de 2017 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de DTS por el que interpone un recurso de alzada contra el mencionado acuerdo de 17 de abril de 2017.

En su recurso, DTS considera que:

- El acuerdo de 17 de abril de 2017 es nulo por haber sido adoptado sin haber dado previamente audiencia a DTS.

- Los documentos de DTSA obrantes en el expediente SNC/DTSA/011/17 tienen naturaleza reservada, al constituir un secreto comercial de dicha empresa.

- FAPAE no tiene un interés legítimo y directo que justifique su personación en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/011/17 incoado a DTS. Dicho interés habría quedado ya satisfecho mediante la anterior Resolución de esta Comisión de 21 de abril de 2016.

- El apartado tercero contenido en la propuesta de resolución del procedimiento sancionador SNC/DTSA/011/17 no constituye más que una reiteración inútil de la Resolución de 21 de abril de 2016, contraria al principio de tipicidad del derecho sancionador.

CUARTO.- Alegaciones de FAPAE al recurso de alzada

Con fecha 8 de mayo de 2017 se da traslado a FAPAE del recurso de alzada interpuesto por DTS, otorgándole un plazo de 10 días para efectuar alegaciones al mismo.

El 18 de mayo de 2017 FAPAE presenta escrito de alegaciones, fechado el día 17 de mayo de 2017, en el que recuerda que el artículo 61.3 de la LGCA impone a los sujetos infractores el deber de reponer la situación alterada a su estado originario y resarcir los daños y perjuicios causados, siempre que técnicamente sea posible.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

Expediente: R/AJ/032/17 ID: SQME2 Copia auténtica

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Derecho aplicable

En fecha 2 de octubre de 2016 entró en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC-2015), de acuerdo con lo previsto en la disposición final séptima de la propia LPAC-2015. En la letra c) de la disposición transitoria tercera de la LPAC-2015 se declara que:

> *c) Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.*

En este supuesto concreto, el acto recurrido fue dictado con posterioridad al día 2 de octubre de 2015. Concretamente, y según se desprende del Antecedente Segundo, el acto es de fecha 17 de abril de 2017. Por tanto, resulta de plena aplicación la regulación en materia de recursos administrativos de la vigente LPAC-2015.

SEGUNDO.- Calificación

De conformidad con los artículos 112 y 121 de la LPAC-2015, contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados que no pongan fin a la vía administrativa podrá interponerse por los interesados recurso de alzada, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de dicha Ley.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de alzada. Por su parte, el acto recurrido no pone fin a la vía administrativa. Por ello procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 121 de la LPAC-2015.

TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 112 de la LPAC-2015 requiere al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición.

A su vez, el artículo 4 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

En este caso, DTS es la entidad a la que se incoó el procedimiento sancionador SNC/DTSA/011/17, procedimiento en el que se ha tenido por personada e interesada a FAPAE a través del acuerdo recurrido. Por tanto, DTS ostenta un interés legítimo individual para interponer el recurso de alzada objeto de la presente resolución.

CUARTO.- Admisión a trámite

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 115 de la LPAC-2015. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 122.1 de la LPAC-2015. Efectivamente, el acto recurrido es de fecha 17 de abril de 2017 y le fue notificado al interesado el día 18 de abril de 2017, habiéndose interpuesto el recurso el 27 de abril de 2017.

QUINTO.- Competencia y plazo para resolver

A tenor de lo establecido en el artículo 121.1 de la LPAC-2015, la competencia para resolver los recursos de alzada corresponde al órgano superior jerárquico del que dictó el acto impugnado. El acto recurrido fue dictado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, por lo que, de conformidad con los artículos 20.1, 21.2 y 36.1 de la Ley de creación de la CNMC y 8.2.d) y 14.1.b) de su Estatuto Orgánico, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la resolución del presente procedimiento.

Por su parte, el artículo 122.2 de la LPAC-2015 dispone que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses contados desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio, según establece el artículo 24.1 de la citada LPAC-2015.

SEXTO.- Análisis del recurso de alzada de DTS

6.1.- Sobre la inexistencia de indefensión en la presunta infracción procedimental denunciada por DTS

De acuerdo con el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS de 20 de febrero de 2015 (RC 2405/2012) y 25 de octubre de 2016 (RC 2743/2015), únicamente aquellas infracciones del procedimiento administrativo que hubieren causado al

Expediente: R/AJ/032/17 ID: SQME2 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

interesado una efectiva indefensión material pueden considerarse nulas a los efectos del artículo 47.1.e) LPAC-2015.

En este supuesto, sin embargo, no concurre indefensión alguna, puesto que a DTS le fue notificado en fecha 18 de abril de 2017, como reconoce el propio operador y obra en el mismo expediente, el acuerdo de 17 de abril de 2017, habiendo presentado con posterioridad a esta Comisión, sendos escritos de alegaciones de fechas 27 de abril de 2017 y 11 de mayo de 2017 así como el mismo recurso de alzada objeto del presente procedimiento.

6.2.- Sobre la inexistencia de información declarada confidencial en el procedimiento SNC/DTSA/011/17

Tal y como ha señalado esta Sala en la resolución de anteriores recursos de alzada referentes a declaraciones de confidencialidad y, entre otras, en su Resolución R/AJ/008/16 de 10 de marzo de 2016, aunque no exista en nuestro ordenamiento jurídico una delimitación positiva de los conceptos de secreto industrial y comercial, se considera que pertenecen al ámbito del secreto industrial o comercial todos aquellos datos o informaciones que cumplan una serie de requisitos, entre los que se incluye su trascendencia comercial o industrial, el perjuicio que su conocimiento podría causar al operador al que se refieren o la voluntad de su titular de que se mantengan dentro de su esfera interna.

Sin embargo, en este caso concreto, y tras examinarse la documentación del expediente sancionador SNC/DTSA/011/17 (consistente, básicamente en: diligencias previas, acuerdo de incoación, alegaciones de DTS de 24 de marzo, 27 de abril y 11 de mayo de 2017 y propuesta de resolución del instructor de 4 de abril de 2017) no se halla en la misma información alguna de carácter confidencial. Y es más: no consta en ninguno de los tres escritos de alegaciones de DTS de 24 de marzo, 27 de abril y 11 de mayo indicación o alegación alguna sobre este extremo. Tampoco se solicita declaración alguna de confidencialidad en el propio recurso de alzada interpuesto por DTS. Se reitera nuevamente que el acuerdo del instructor le fue notificado a DTS con fecha 18 de abril.

6.3.- Sobre la existencia de interés legítimo y directo de FAPAE para la personación en el procedimiento SNC/DTSA/011/17 y la legalidad del apartado tercero de la propuesta de resolución efectuada en dicho procedimiento

El artículo 4 de la LPAC-2015 define el concepto de interesado en el procedimiento administrativo. Así, se considerarán interesados en el procedimiento:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

Expediente: R/AJ/032/17 ID: SQME2 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.
2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.
3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.

Con relación a la personación y consideración como interesado en el procedimiento sancionador, la jurisprudencia y, entre otras, las SSTS de 11 de abril de 2006 (RC 3543/2003) y 10 de diciembre de 2010 (RC 2562/2008), así como la STJ Madrid 881/2002 de 15 de julio de 2002 (rec.1580/1999) han venido exigiendo al solicitante que acredite la concurrencia de un beneficio/utilidad o perjuicio/daño derivados de la actuación administrativa o del acto o resolución administrativos que finalicen el procedimiento.

DTS alega que FAPAE no tiene un interés legítimo y directo que justifique su personación en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/011/17 incoado a DTS. Dicho interés habría quedado ya satisfecho mediante la anterior Resolución de esta Comisión de 21 de abril de 2016.

Asimismo, DTS señala que el apartado tercero contenido en la propuesta de resolución del procedimiento sancionador SNC/DTSA/011/17 no constituye más que una reiteración inútil de la Resolución de 21 de abril de 2016, reiteración que resultaría contraria al principio de tipicidad del derecho sancionador.

El artículo 61.3 de la LGCA impone a los sujetos infractores el deber de reponer la situación alterada a su estado originario y resarcir los daños y perjuicios causados, siempre que técnicamente sea posible.

Por otro lado, el vigente artículo 28.2 de la Ley 40/2015, a diferencia del anterior artículo 130.2 LRJPAC, prevé el deber del órgano sancionador de determinar e imponer al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción y la indemnización de los daños causados.

Por este motivo, en el Resuelve Tercero de la Propuesta de Resolución de 4 de abril de 2017 efectuada en el marco del procedimiento SNC/DTSA/011/17, el instructor propone a la Sala de Supervisión Regulatoria:

> *Requerir a DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S. A. U., para que invierta en la producción de obras europeas, antes de la finalización del ejercicio 2019, la cantidad de 7.435.915 euros (por ser el déficit de financiación por ese concepto), de los cuales 1.307.666,46 euros corresponden a la producción de películas cinematográficas de cualquier género.*

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

De esta forma, la propuesta no se limita a la mera imposición de una sanción a DTS sino que contiene la imposición de una obligación de inversión en cuantía determinada.

Los productores asociados a FAPAE son posibles beneficiarios de la inversión objeto de requerimiento, inversión que no fue realizada en su día por DTS y cuyo incumplimiento dio lugar a la incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/011/17.

Por ello, debe rechazarse la alegación de la presunta atipicidad y nulidad del Resuelve Tercero de la propuesta de resolución del procedimiento SNC/DTSA/011/17 así como la presunta falta de interés legítimo de FAPAE para personarse en el citado procedimiento SNC/DTSA/011/17.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso de alzada interpuesto por DTS Distribuidora de Televisión Digital SAU contra el acuerdo de fecha 17 de abril de 2017, dictado en el marco de la instrucción del procedimiento SNC/DTSA/011/17, por el que se tuvo por interesada y personada en el anteriormente citado procedimiento a la Confederación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles (en adelante, FAPAE) ya que la propuesta de resolución del sancionador no se limita a la imposición de una sanción a DTS sino que contiene también la imposición de una obligación de inversión en cuantía determinada sobre la cual ha quedado suficientemente acreditado el interés legítimo de la citada entidad.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario de la Sala, Joaquim Hortalà i Vallvé, con el Visto Bueno de la Presidenta de la Sala, María Fernández Pérez.

Expediente: R/AJ/032/17 ID: SQME2 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -