



Roj: **SAN 3098/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3098**

Id Cendoj: **28079230012019100353**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2019**

Nº de Recurso: **593/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000593 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03913/2016

Demandante: MULTICANAL IBERIA S.L.

Procurador: VICTORIO VENTURINI MEDINA

Letrado: JOSÉ MARÍA MÉNDEZ ZORI

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a cuatro de julio de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 593/2016, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de MULTICANAL IBERIA S.L., contra la Resolución de 31 de mayo de 2016 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 506.939 euros.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo frente a la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 31 de mayo de 2016, del que se acordó su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno tal entidad actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 29 de diciembre de 2016 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se tuviera por interpuesto el recurso contencioso-administrativo y se dictara sentencia por la que *se anule y revoque la Resolución de la CNMC de 31 de mayo de 2016 por la que se impone a Multicanal una multa de 506.939 euros y, en consecuencia, se declare el derecho de mi representada y se condene a la Administración demandada al reintegro de la mencionada sanción económica con los intereses correspondientes.*

TERCERO. - La Sra. Abogada del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 10 de mayo de 2018 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso interpuesto con expresa imposición de costas a la actora.

CUARTO . - Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la prueba documental propuesta y admitida, con el resultado que figura en las actuaciones.

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

QUINTO. Solicitada la suspensión del procedimiento por la entidad recurrente, se dio traslado para alegaciones a la Abogacía del Estado, denegándose tal suspensión mediante providencia de 22 de febrero de 2019.

SEXTO. Concluidas las actuaciones, quedaron las mismas pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 18 de junio de 2019, fecha en que ha tenido lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVES BUISAN GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por la representación procesal de MULTICANAL IBERIA S.L. la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 31 de mayo de 2016, dictada en procedimiento sancionador incoado por el incumplimiento de la obligación de financiación anticipada establecida en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), en la que se acuerda lo siguiente:

1. Declarar a Multicanal Iberia SL responsable de la comisión de una infracción administrativa muy grave, por incumplimiento en más del 10% del deber de financiación anticipada, durante el ejercicio 2012, de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, lo que incumple lo dispuesto en el artículo 5.3 en relación a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la Ley 7/2010 .

2. Imponer como sanción una multa, por la infracción contenida en el artículo 57.3 de la LGCA, por importe de 506.939 € (quinientos seis mil novecientos treinta y nueve euros). Sanción que ha sido evaluada atendiendo principalmente a la cuantía del déficit en la obligación de inversión anticipada con el 5% de los ingresos devengados en el ejercicio 2012 conforme a su cuenta de explotación.

3. De acuerdo con lo señalado en el fundamento 5.4 de esta resolución, se acuerda dar por cumplida la obligación derivada del artículo 61.3 LCGCA como consecuencia de la infracción aquí declarada relativa al déficit de financiación correspondiente al ejercicio 2012 (669.676,32 €) con cargo al excedente de 2014 fijado en la Resolución de 12 de abril de 2017 en 1.201.982,33 €

En consecuencia, procede minorar la cuantía referida en el párrafo anterior y declarar que Multicanal ha presentado un excedente final de 532.306,01 € en el ejercicio 2014.

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

Caducidad del procedimiento previo de verificación del cumplimiento de la obligación de financiación e improcedencia de la tramitación del expediente sancionador: el procedimiento sancionador SNC/D TSA/054/15/MULTICANAL trae causa de la Resolución de 22 de abril de 2014 dictada en el aludido procedimiento control de la financiación anticipada FOE/D TSA/202/14/MULTICANAL. La Resolución de 22 de abril de 2014 se dictó transcurrido en exceso el plazo de resolución fijado por el artículo 2.4 del RD 1652/2004 ,



a cuyo tenor el plazo máximo en el que la CNMC debía haber informado a MULTICANAL de si había dado cumplimiento o no a la obligación de financiación era de seis meses. El transcurso del referido plazo trae como consecuencia la caducidad del expediente de control de la obligación de financiación, de conformidad con el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) que considera aplicable la caducidad a los procedimientos en que la Administración ejerce potestades sancionadoras o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. En el presente caso la resolución determinando el grado de cumplimiento de la obligación en el ejercicio 2012 fue notificada a Multicanal el 23 de abril de 2014, cuando ya había finalizado el ejercicio de 2013, lo que impidió que la actora pudiera ajustar su política de inversiones en 2013 a los criterios mantenidos por la CNMC en dicha resolución, por lo que dicho incumplimiento del plazo de seis meses tiene un impacto muy desfavorable para el administrado. El artículo 23.2 del Real Decreto 988/2015, que ha reemplazado al RD 1652/2004 confirma la tesis, al recoger expresamente la obligación de resolver en el plazo de seis meses. Puesto que la Resolución impugnada es consecuencia directa y se funda exclusivamente en las conclusiones de la Resolución de 22/04/2014, y ésta es nula de pleno derecho dado que se dictó fuera de plazo, procede declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 31 de mayo de 2016 aquí combatida.

Multicanal no está sujeta a la obligación de financiación prevista en el artículo 5.3 de la LGCA. Tras efectuar una detallada y exhaustiva descripción de la normativa de aplicación al supuesto, y de cuáles son las características principales de la actividad de Multicanal, se razona respecto a que la obligación de financiación anticipada sólo es exigible a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de cobertura estatal o autonómica que emiten en abierto, conforme a una interpretación sistemática de los artículos 4, 5 y 24 de la LGCA. Se añade que el ámbito de aplicación de la Obligación de Financiación anticipada podría extenderse únicamente a los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difunden canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas, atendiendo a la literalidad del artículo 5.3 de la LGCA. Concluyéndose por todo ello que solamente serían sujetos de la obligación: los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica en abierto; los prestadores de servicio del comunicación electrónica que difunden canales de televisión y, finalmente, los prestadores de servicios de catálogos del programas. Categorías entre las que no se encuentra Multicanal, la cual es mero titular o proveedor de canales para su difusión por parte de terceros. Se añade que la Directiva de "Televisión Sin Fronteras", en su redacción dada por la Directiva 97/36/CE avala la anterior conclusión. Por lo que una interpretación sistemática de la LGCA en relación con los Acuerdos de la CMT, así como con los antecedentes legislativos y el Derecho positivo de la Unión Europea, confirman esta tesis.

Se razona asimismo en la demanda que la exigencia del cumplimiento de la obligación de inversión a MULTICANAL es una carga excesivamente onerosa e injustificada, que difícilmente puede considerarse factible en atención al modelo de negocio de la compañía y al impacto que dicha obligación de financiación tendría en la actividad de MULTICANAL (ejercida en virtud del derecho de libertad de empresa de la Constitución Española), que podría incluso afectar la propia viabilidad de la compañía, por lo que en definitiva estaríamos ante una exigencia totalmente desproporcionada.

De todo lo cual resulta que la sanción impuesta conculca el artículo 5.3 LGCA en relación con el tipo infractor previsto en el artículo 57.3 LGCA, con vulneración de los principios de legalidad y tipicidad.

Subsidiariamente, se invoca el carácter temático de Multicanal y sus canales a efectos del artículo 5.3 LGCA, tal y como se acredita mediante certificado de 15 de abril de 2016, que se acompaña como documento 4. Multicanal es la empresa pionera en la producción de canales temáticos en España, llegando a producir en 2011 hasta diecisiete canales temáticos.

Argumentándose, por último, respecto a la desproporción de la sanción impuesta, conforme al baremo de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva a los efectos del artículo 60 LGCA, teniendo en cuenta que los ingresos computables a efectos del cumplimiento de la obligación de financiación de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que emiten en abierto se miden en cientos de millones de euros, mientras que los ingresos computables de Multicanal apenas superan los 11 millones. Por lo que la sanción debería ser revisada notablemente a la baja, so pena de incumplir los principios de igualdad, equidad y no discriminación.

TERCERO.- Se invoca en primer término en la demanda, como motivo de inadmisibilidad, la caducidad del procedimiento, más no del procedimiento del que trae causa la resolución aquí impugnada de 31 de mayo de 2016, sino del procedimiento previo de verificación del cumplimiento de la obligación de financiación que concluyó mediante Resolución de la CNMC 22 de abril de 2014, Resolución que fue recurrida en vía judicial y confirmada por Sentencia de esta misma Sala y Sección de 13 de marzo de 2018 (Rec. 166/2014) que confirmó el incumplimiento, por parte de dicha Multicanal Ibérica, de la obligación de financiación anticipada



prevista en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo . En la actualidad el Auto del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2018 (Rec. 5066/2018) ha admitido a trámite el recurso de casación interpuesto frente a la anterior.

Además de que se trata de resoluciones y procedimientos distintos, en cualquier caso, en tal Recurso 166/2014, seguido frente a la resolución de la CNMC 22 de abril de 2014 se planteó también por Multicanal Ibérica la misma excepción de caducidad del procedimiento, razonándose en la sentencia de 13 de marzo de 2018 , lo siguiente:

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

1. Los operadores de televisión que tengan la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan largometrajes cinematográficos de producción actual deberán remitir a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, antes del día 1 de abril de cada año natural, un informe en el que se indique la forma en que han dado cumplimiento a lo dispuesto en los párrafos segundo a cuarto del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio , utilizando para ello el modelo que se adjunta como anexo de este reglamento. Se entenderá por largometraje cinematográfico de producción actual aquel que cuente con una antigüedad menor de siete años computados desde su fecha de producción.

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

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

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

(...) Respecto de la pretendida prescripción, por transcurso de plazo de seis meses, no podemos aceptar dicha tesis, toda vez que la normativa que resulta de aplicación no prevé esa consecuencia para el caso de que se exceda el plazo que se prevé en la misma. Distinta conclusión deriva si resultase de aplicación el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas.

(...) Tal y como hemos señalado en nuestras sentencias anteriores, no estamos ante un procedimiento que pueda considerarse que tenga carácter penal o sancionador, por lo que la retroactividad que se pretende no es aplicable al presente supuesto. Así deriva, sin dificultad, de la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006, recurso de casación 10037/2003 y de 15 de octubre de 1990 . La norma que nos ocupa no tiene carácter penal, con independencia de que pueda derivarse, por su incumplimiento, un expediente sancionador. Sólo cabría apreciar efecto retroactivo a la nueva regulación y sus consecuencias del plazo de seis meses, si la nueva norma expresamente lo autorizase. La conclusión que ha obtenido la Sala niega que se produzca la prescripción o caducidad del expediente iniciado, por lo que desestimamos también esta pretensión.

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

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



CUARTO. - En cuanto a las alegaciones de fondo efectuadas por la entidad actora en la demanda, el debate procesal se centra en dilucidar si en la determinación de la base de cálculo de la obligación de financiación anticipada del artículo 5.3 de la Ley 7/2010 se incluyen o no, en relación con el ejercicio 2012, los ingresos correspondientes a los canales sobre los que Multicanal no tiene responsabilidad editorial. Considera tal entidad actora que la obligación de financiación anticipada, conforme a una interpretación sistemática de los artículos 4, 5 y 24 de la LGCA, Acuerdos de la CMT y Derecho positivo de la Unión Europea, sólo es exigible a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de cobertura estatal o autonómica que emiten en abierto, con la única excepción de prestadores de servicios de comunicación electrónica que difunden canales de televisión (plataformas de pago) y los servicios de catálogos de programas, supuestos en los que no puede incluirse a Multicanal.

Pues bien, tal y como se desprende de la contestación de la Abogacía del Estado y del propio escrito de conclusiones de entidad actora, esta Sala y Sección ya se ha pronunciado sobre tal controversia en la referida Sentencia de 13 de marzo de 2018, dictada en recurso 166/2014 desestimatoria de la demanda interpuesta frente a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 22 de abril de 2014, por la que se resuelve el procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, dirigido al cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la LGCA.

Así, señalábamos en la citada sentencia de 13 de marzo de 2018 que:

SEXO. Descrita la normativa de aplicación, la cuestión suscitada en el presente litigio resulta sustancialmente idéntica a la planteada y resuelta por esta misma Sala y Sección en la SAN de 11 de abril de 2017 (Rec. 181/2014) en la que se razona que, de la regulación contenida en la Ley 25/1994 y Real Decreto 1652/2004 : se deduce claramente que la obligación se impone a los operadores televisivos que sean responsables del contenido editorial del canal correspondiente, sin mencionar a los que pueda distribuir sin tener tal responsabilidad.

Sentencia de 11 de abril de 2017 que añade que: aunque la nueva ley precisa técnicamente la denominación de los obligados, ahora llamados prestadores de servicio de comunicación audiovisual, antes operadores televisivos, sigue manteniendo el criterio de la responsabilidad del contenido editorial como idea central y remite al desarrollo reglamentario para determinar el procedimiento, los mecanismos de cómputo y la información que podrá recabarse de los operadores.

Sucedo, sin embargo, que como consecuencia de la evolución tecnológica, junto a los llamados por la ley de 1994 operadores de televisión (ahora denominados prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva), se amplía el ámbito objetivo y subjetivo de la obligación, pero no cambia la forma de realizar el cálculo económico de la base de la obligación.

Esta interpretación viene avalada por el desarrollo reglamentario a que alude la ley, que se contiene en el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, que deroga el Reglamento de 2004, hasta entonces vigente.

En su Preámbulo la nueva norma declara su objetivo, que no es otro que "contribuir a definir con claridad y determinación el sistema de contribución anual a la financiación de la producción europea. Así, por un lado, se busca proporcionar seguridad jurídica al cumplimiento de la obligación, de forma que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual obligados por la norma puedan ordenar sus actuaciones de acuerdo con unas previsiones ciertas, fiables y sostenibles. Por otro lado, la norma que se aprueba arbitra mecanismos de flexibilidad en el cumplimiento de la obligación de financiación para que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual puedan desarrollar su actividad y explotar todo el potencial de la misma de la mejor forma posible".

Este explícito reconocimiento de confusión e inseguridad, que expresa el nuevo reglamento no parece compatible con la afirmación por parte de la demandada acerca de la existencia de un claro mandato que se deduciría del artículo 5.3 de la ley de 2010 para incluir en la obligación de los prestadores del servicio audiovisual, como la demandante, tanto los resultados económicos obtenidos de la explotación de los canales de su responsabilidad editorial, como también de los que se limita a distribuir.

En lo que ahora interesa, el artículo 2 del Real Decreto de 2015 señala como prestadores obligados a los siguientes:

- a) Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, de acuerdo a la definición del artículo 2.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo .*
- b) Los prestadores de servicios de catálogo de programas, sea cual sea la forma de difusión, de acuerdo con la definición del artículo 2.16 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo .*
- c) Los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión, de acuerdo con la definición del artículo 2.15 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo .*



En el artículo 6.1.e) se consideran ingresos computables, que hasta entonces no estaban expresamente contemplados, "los obtenidos de la comercialización de canales que den lugar a la obligación de financiación, cuya responsabilidad editorial corresponda a un tercero, de los cuales se deducirán los pagos que se realicen al editor de canales". Es decir, se configura de nuevo el contenido de la obligación y la forma de cálculo económico, antes inexistente.

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

Pues bien, tomando en consideración dicho modo de operar en relación con la doctrina de esta Sala expuesta en los fundamentos jurídicos anteriores, ha de partirse de la consideración, como elemento esencial y determinante de la obligación de financiación anticipada prevista en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, GCA, el de la responsabilidad del contenido editorial de los programas. A tal efecto resulta enormemente elocuente el artículo 2 LGCA, ya transcrito, que define como prestador del servicio de comunicación audiovisual a "La persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal", y ello en relación con la demás normativa de aplicación y con la doctrina de nuestra anterior sentencia de 11 de abril de 2017, de tanta cita.

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

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

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

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

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



QUINTO. Se denuncia por último en la demanda la vulneración del principio de proporcionalidad. Principio de proporcionalidad de las sanciones que, como señalan las SSTS, Sala 3ª, de 3 de diciembre de 2008 (Rec. 6602/2004) y 12 de abril de 2012 (Rec. 5149/2009) es el fundamental que late y preside el proceso de graduación de las sanciones e implica, en términos legales, tal y como dispone el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y supone "*guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada*" (art. 131.4 de la Ley citada), considerándose especialmente la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia. En similares términos se regula en la actualidad tal principio en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015 , dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho.

En el caso de autos la resolución sancionadora dedica el fundamento de derecho VII a razonar respecto a la cuantificación de tal sanción, que se impone en la suma de 506.939 euros, tomando en consideración que la correspondiente a la infracción muy grave cometida, a tenor del artículo 61.1 de la LGCA, se encuentra comprendida entre los 500.000 y 1.000.000 euros, por lo que la impuesta a Multicanal se sitúa dentro del margen inferior del legalmente previsto. Para ello se ha tomado en consideración la cuantía total dejada de financiar (669.676,32 euros) así como varios de los criterios específicos de graduación contemplados en el artículo 60.4 de la LGCA, concretamente la falta de intencionalidad de Multicanal, la no reincidencia, y la escasa o nula repercusión social de la infracción cometida, si bien se aprecia también que el bien jurídico afectado es un interés público de relevancia constitucional.

En base a todo ello considera la Sala ajustada a derecho y proporcionada la sanción impuesta, por lo que la misma ha de ser confirmada.

SEXTO. - En cuanto a las costas, no procede hacer imposición de costas a ninguna de las partes dadas las serias dudas de derecho existentes ante la complejidad de la legislación aplicable, ex artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa .

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FA LLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Multicanal Iberia SLU frente a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 31 de mayo de 2016, por la que se impone a dicha entidad actora una multa de 506.939 euros, confirmamos dicha Resolución, sin imposición de las costas procesales a ninguna de las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional que presenta.

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

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

Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA