

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.U., CONTRA EL ACUERDO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015 DE INCOACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR A DICHO OPERADOR POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 5.3 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL, RELATIVA AL EJERCICIO 2013.

Expte. R/AJ/011/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 11 de febrero de 2016

Visto el recurso presentado por DTS, Distribuidora de Televisión Digital, S.A.U., contra el Acuerdo del Consejo de la CNMC de fecha 10 de diciembre de 2015, por el que se acuerda la incoación a dicho operador de un procedimiento sancionador por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, relativa al ejercicio 2013, la Sala de Supervisión Regulatoria adopta la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Acto recurrido.

El acuerdo recurrido, de fecha 10 de diciembre de 2015, acordó incoar el expediente sancionador SNC/D TSA/051/15/DTS a la recurrente por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) y, en concreto, por el incumplimiento de sus obligaciones relativas a la financiación anticipada de películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y

series de animación europeos en el ejercicio 2013, verificado en el marco del expediente de referencia FOE/DTSA/07/14/DTS.

SEGUNDO.- Interposición del recurso de reposición.

Por medio de un escrito que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 12 de enero de 2016, DTS presenta un recurso de reposición en el que alega, en síntesis, que el acuerdo recurrido le produce indefensión porque no se separa de la instrucción del procedimiento y su fase sancionadora, pues el órgano sancionador (esta Sala) ya habría considerado que DTS incumplió su obligación y que, precisamente, ese incumplimiento es el que va a sancionarse en el procedimiento iniciado con la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Carácter no recurrible de los acuerdos de inicio por tratarse de meros actos de trámite que no producen indefensión.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica, establece que:

1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

Así se informaba expresamente al interesado en el pie del Acuerdo de Incoación de 10 de diciembre de 2015 objeto de impugnación, con el siguiente tenor literal:

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra el presente acto de trámite no cabe la interposición de recurso administrativo al no concurrir en el mismo los requisitos establecidos en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, la oposición al mismo podrá ser alegada por el interesado para su consideración en el recurso que en su caso se interponga contra la resolución que ponga fin al presente procedimiento.

Es necesario precisar la naturaleza jurídica del acuerdo de iniciación de un procedimiento sancionador, en cuanto acto administrativo. Así, tal y como tiene declarado de forma pacífica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el acuerdo de iniciación de procedimiento sancionador tiene la consideración de acto administrativo de trámite, que no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión ni perjuicio alguno a los interesados, contra el cual no cabrá interponer recurso administrativo ni judicial alguno, sin perjuicio de alegar a lo que su derecho convenga en el momento procedimental oportuno para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada el Tribunal Supremo, siendo destacable por su claridad expositiva, entre otras muchas, las Sentencias de 7 de abril de 1983; 5 de febrero de 1991; 25 de mayo de 1999 y 9 de octubre de 1999, que para unos supuestos idénticos al ahora planteado - esto es, recursos interpuestos contra acuerdos de iniciación de procedimiento sancionador- manifiestan lo siguiente

- STS 7-04-1983:
CONSIDERANDO: Que tiene indiscutible naturaleza de trámite, integrado como tal en el art. 134 de la L. Pro. Adm., el acto administrativo que deja sin efecto el archivo de unas diligencias previas de información reservada y ordena la incoación del expediente sancionador, pues tal acto no resuelve la cuestión de fondo planteada por la denuncia sobre la comisión de la falta, sino que se limita a reponer las actuaciones administrativas al momento inmediatamente anterior a la declaración de archivo para que se continúe el procedimiento hasta dictarse la resolución definitiva que corresponda y así lo avala un criterio jurisprudencial constante y reiterado, entre otras, en las numerosas sentencias que se citan en las de 2 y 6 marzo 1965) y especialmente en las de 21 enero 1966, 25 febrero 1971, 2 junio 1975 y 12 marzo 1976, sin que en contra de ello puedan prevalecer las alegaciones del apelante..
- STS 5-02-1991:
TERCERO.- El acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador es un típico acto de trámite que no impide la continuación del procedimiento -al contrario, la abre-, que no provoca indefensión -debe dar lugar a una amplia intervención del administrado- ni decide el fondo del asunto -no predetermina en absoluto el contenido de la resolución-. En este sentido existe una abundante jurisprudencia -sentencias de 27 de febrero de 1988, 12 de diciembre de 1989 , etc.-.

En consecuencia, aplicada esta doctrina al supuesto litigioso, ha de entenderse procedente la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo -art. 82,c) de la Ley Jurisdiccional-.
- STS 25-05-1999:
TERCERO.- Ninguna de estas alegaciones puede ser acogida. Es de toda evidencia que la incoación de un procedimiento es un acto de puro trámite que,

ni determina la imposibilidad de continuación del procedimiento, ni produce indefensión (art. 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo; por lo que no es susceptible de recurso alguno, ni en vía administrativa, ni menos aún en vía jurisdiccional.

El error consistente en haber ofrecido recursos improcedentes en una notificación es obvio que no constituye ningún defecto sustancial de forma que pueda determinar una nulidad de actuaciones. Ni, por supuesto, una alteración de la naturaleza jurídica del acto de trámite no recurrible. Máxime, cuando el susodicho error ha sido subsanado, con pleno conocimiento de la parte recurrente y apelante, con anterioridad a la interposición del recurso de instancia.

- STS 9-10-1999:

TERCERO.- Los motivos de oposición que ahora se oponen son sustancialmente idénticos a los entonces esgrimidos.

La falta de tipificación de la presunta infracción por la que se incoa el procedimiento sancionador, la falta de tipificación de la eventual sanción y la tipificación que preconiza para los hechos que se le imputan, son alegaciones sobre las que no cabe ahora consideración alguna, habiendo de traerse aquí los razonamientos contenidos en la citada Sentencia, ya que se trata de una resolución de trámite la incoación de un expediente, fijando unos hechos que pueden ser posteriormente alterados a lo largo de la tramitación del procedimiento sancionador. Así la exactitud en la relación de hechos, la tipificación de los mismos y las consecuencias jurídicas sancionatorias a las que llegue la Administración al final del expediente podrán ser objeto, en su caso, de la correspondiente impugnación dentro de los trámites procedimentales legalmente establecidos; alegaciones que, en su caso, habrá de hacer valer frente al acto resolutivo del expediente sancionador.

A la vista de la anterior jurisprudencia, cabe concluir que el acuerdo de inicio de un procedimiento administrativo, en este caso de naturaleza sancionadora, es un mero acto de trámite no cualificado, tras el cual se desarrollan diversos actos administrativos que son preparatorios de la resolución final que como acto definitivo sí es susceptible de impugnación.

Asimismo, cabe recordar lo que la doctrina administrativista ha venido manifestando que uno de los criterios de clasificación de los actos administrativos es, precisamente, el de la función que aquellos desempeñan dentro del procedimiento. De esta manera se distinguen, por un lado, los actos de trámite, que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mejor acierto de ésta, y, por otro, las resoluciones que son las que deciden las cuestiones planteadas.

A la vista de este planteamiento se concluye afirmando que dicha diferenciación nace de la propia estructura del procedimiento y de la que deriva un principio de concentración procedimental, en virtud de la cual los actos de trámite no son impugnables separadamente, siendo al impugnar la resolución

final cuando podrán suscitarse las cuestiones relativas a la legalidad de los actos de trámite.

En relación con lo anterior, y siguiendo esta doctrina, es por lo que la Sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, de fecha 9 de octubre de 1999, concluye en su argumentación jurídica en los siguientes términos:

Como hemos anticipado, la Sala de instancia en la Sentencia recurrida, para rechazar las cuestiones relativas al defecto de tipificación de los hechos imputados en el expediente sancionador y de la sanción prevista legalmente para los eventualmente ocurridos, razona con toda lógica que las cuestiones relativas a la exactitud en la relación de hechos, la tipificación de los mismos y las consecuencias jurídicas sancionatorias sólo tienen virtualidad frente al acto resolutorio del expediente sancionador, careciendo de relevancia al enjuiciar la medida cautelar de cierre en virtud de la incoación de tal expediente por unos hechos que indiciariamente llevan aparejada la sanción del cierre del establecimiento, según se argumenta en el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, objeto del recurso contencioso-administrativo sustanciado en la instancia, por lo que este segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Imposibilidad de recurrir en reposición actos de la CNMC.

Además de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *“los actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa”*.

Tratándose el acto recurrido de un acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictado en el ejercicio de sus funciones relativas a la supervisión y control en materia de mercados de comunicación audiovisual, es evidente que es de aplicación el citado precepto, que impide recurrir en reposición las resoluciones y actos del Consejo de la CNMC.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir a trámite el recurso de reposición presentado por DTS, Distribuidora de Televisión Digital, S.A.U., contra el Acuerdo del Consejo de la CNMC de fecha 10 de diciembre de 2015, por el que se acuerda la incoación a dicho operador de un procedimiento sancionador por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de

marzo, General de la Comunicación Audiovisual, relativa al ejercicio 2013.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa. No obstante, puede ser recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.