RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S. A. U., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 5.3 DE LA LEY 7I2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL, RELATIVA AL EJERCICIO 2012.

SNC/DTSA/053/15/DTS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta
Dª. María Fernández Pérez

Consejeros
D. Eduardo García Matilla
Dª. Clotilde de la Higuera González
D. Diego Rodríguez Rodríguez
Dª. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala
D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 31 de mayo de 2016

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Declaración de incumplimiento de la obligación de financiación anticipada.

En el ejercicio de la función atribuida a esta Comisión en el artículo 9.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), se tramitó el procedimiento de referencia número FOE/DTSA/231/14/DTS, al objeto de determinar el cumplimiento de la obligación de financiación anticipada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN, S.A., (en adelante, DTS) en el ejercicio 2012, según lo establecido en el artículo 5.3 de la LGCA y regulado por el Reglamento que

regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles, aprobado por Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio.

Tras la tramitación del mencionado expediente, la Sala de Supervisión Regulatoria, mediante resolución de fecha 29 de abril de 2014, por la que se resuelve procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, incoado a DTS y dirigido al cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la LGCA relativa al ejercicio 2012 (folios 984 a 997 del expediente administrativo), resolvió declarar que DTS no había dado cumplimiento de la obligación en los siguientes términos:

> ***Primero.-*** *Respecto de su obligación prevista en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de destinar el 5 por ciento de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación europeos, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.* ***no ha dado cumplimiento*** *a la obligación resultando un* ***déficit*** *de 8.695.561,92 €, no resultando posible compensar este déficit en su totalidad, al superar el 20% de la obligación, por lo que queda pendiente de cuantificar la inversión faltante hasta conocer el resultado del próximo ejercicio.*
>
> ***Segundo.-*** *Respecto de su obligación prevista en el párrafo tercero, del apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de porcentaje de financiación anticipada de películas cinematográficas, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.* ***no ha dado cumplimiento*** *a la obligación resultando un* ***déficit*** *de 2.930.101,92 €. Tampoco en este caso resulta posible compensar este déficit en su totalidad, al superar el 20% de la obligación.*
>
> ***Tercero.-*** *Respecto de su obligación prevista en el párrafo cuarto, del apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de porcentaje de financiación anticipada de la producción de películas cinematográficas en alguna de las lenguas oficiales en España, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.* ***ha dado cumplimiento*** *a la obligación, presentando un excedente de 70.084,08 €.*
>
> ***Cuarto.-*** *Respecto de su obligación prevista en el párrafo quinto, del apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de porcentaje de financiación anticipada de películas cinematográficas de productores independientes, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.* ***ha dado cumplimiento*** *a la obligación, generando un excedente de 3.348.586,08 €.*

SEGUNDO.- Incoación del procedimiento sancionador.

Con fecha 10 de diciembre de 2015, y a la vista de los anteriores antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador de referencia SNC/DTSA/053/15/DTS, al entender que DTS había podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 5, apartado 3, de la LGCA, al no haber dado cumplimiento, como responsable editorial de los canales C+1,C+2, C+ ACCIÓN, C+ COMEDIA, C+ DCINE, C+ XTRA Y DCINE

ESPAÑOL, en el ejercicio 2012, a la obligación legal de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series para televisión, establecida en el artículo 5, apartado 3, de la LGCA (folios 998 a 1002 del expediente administrativo).

El acuerdo de incoación fue notificado a DTS el día 11 de diciembre de 2015 (folios 1003 y 1004) y se le concedió el plazo de quince días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones y proponer pruebas, en su caso.

TERCERO.- Recurso de reposición.

Contra el acuerdo de incoación DTS presentó un recurso de reposición que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 12 de enero de 2016 (folios 1061 a 1063).

El recurso fue inadmitido a trámite por resolución de la CNMC de fecha 11 de febrero de 2016 (folios 1064 a 1069).

CUARTO.- Tramite de alegaciones.

En su escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión 12 de enero de 2016 (folios 1021 a 1042), DTS realizó sus alegaciones, en las que, sucintamente, manifiesta:

- Que DTS ha presentado un recurso de reposición ante la SSR contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador por considerar que el mismo viola la separación entre la fase instructora y la fase sancionadora.

- Que en el Acuerdo de incoación no se dice en qué categoría de los tres sujetos obligados a la financiación anticipada, por la Ley 7/2010 y el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, se incluye a DTS, como requisito exigido para comprobar la concurrencia de todos los elementos del tipo infractor, siendo condición previa e indispensable para apreciar si ha incumplido o no con sus obligaciones.

- Que DTS no es responsable editorial de los programas que retransmite o distribuye, editados por terceros, que es el elemento fundamental para determinar quiénes están o no obligados a la financiación anticipada por los ingresos obtenidos, según la interpretación que hace DTS de lo establecido en la LGCA y en las normas reglamentarias que desarrollan tal obligación.

QUINTO.- Propuesta de resolución.

El instructor formuló su propuesta de resolución el día 1 de abril de 2016 (folios 1044 a 1059). En ella proponía declarar a DTS responsable de la comisión de una infracción administrativa muy grave, por incumplir en el ejercicio 2012 en más del 10% del deber de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, lo que supone un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, en relación con el artículo 57.3 de la misma norma.

Dicha propuesta de resolución fue notificada a DTS el día 4 de abril de 2016 (folio 1043) para que, de conformidad con lo establecido por el artículo 19.1 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en un plazo de quince días, a contar desde el siguiente al de la recepción de su notificación, formulara las alegaciones y presentara los documentos e informaciones que estimara oportunos.

SEXTO.- Alegaciones a la propuesta de resolución.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 27 abril de 2016 (folios 1070 a 1084 del expediente administrativo), DTS considera que la propuesta no analiza si la obligación de financiación anticipada incluye los canales sobe los que no tiene responsabilidad editorial y se remite, de forma insuficiente a su juicio, al criterio expuesto en la resolución de esta Comisión, de fecha 29 de abril de 2014, que reconoce el incumplimiento de su obligación en el citado ejercicio, así como en el borrador de informe de la Subdirección General de Contenidos de Sociedad de la Información de la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), de fecha 17 de septiembre de 2013.

DTS también niega la competencia de la Dirección instructora y del órgano resolutorio pues, en su opinión, la decisión de incoar el procedimiento procede de la Sala de Supervisión Regulatoria y no de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA).

De la misma manera, la DTSA debería haberse abstenido de instruir el procedimiento, puesto que fue dicho órgano el que elevó la propuesta del expediente que concluyó con la resolución de 29 de abril de 2014, que declaró que DTS había incumplido sus obligaciones relativas a la financiación anticipada de obra europea. Ello supondría que habría emitido un juicio definitivo que la incapacitaría para instruir idénticos hechos.

DTS también considera que la propuesta no determina los hechos que sustentan la eventual sanción porque los hechos probados serían meras

interpretaciones y no se describirían suficientemente, limitándose a meras referencias a otros actos administrativos.

Asimismo, el operador presuntamente responsable insiste en que la propuesta de sanción no resuelve sus alegaciones relativas a la posible inconstitucionalidad de la obligación, ni sobre su supuesto carácter confiscatorio.

Finalmente, se considera que la sanción propuesta debería tener en cuenta la ausencia de responsabilidad de DTS.

SÉPTIMO.- Petición de suspensión.

Con fecha 9 de mayo de 2016 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de DTS por el que comunica que ha interpuesto ante la Audiencia Nacional un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de incoación del presente procedimiento, así como contra la resolución que inadmite el recurso de reposición contra la misma (folios 1086 a 1108).

En su recurso DTS ha solicitado la suspensión de la ejecución de los actos recurridos. A tal fin, la Audiencia Nacional ha acordado en su diligencia de ordenación de fecha 28 de abril de 2016 la formación de pieza separada de medidas cautelares.

OCTAVO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Por medio de escrito de fecha 4 de mayo de 2016, el Instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento Sancionador (folio 1085).

NOVENO.- Informe de la Sala de Competencia de la CNMC.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, 4 de junio, de creación de la CNMC y del artículo 14.2.b) del Real Decreto 657/2013, la Sala de Competencia acordó informar sin observaciones el presente expediente.

HECHO PROBADO

ÚNICO.- Incumplimiento de DTS de financiar obras audiovisuales europeas durante el ejercicio 2012 en la cuantía legalmente prevista.

De conformidad con lo resuelto en la Resolución de esta Comisión de fecha 29 de abril de 2014, por la que se resuelve procedimiento sobre el control de la

financiación anticipada de la producción de obras europeas respecto de DTS y que tenía por objeto la verificación del cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la LGCA relativa al ejercicio 2012 (expediente de referencia FOE/DTSA/231/14/DTS), DTS incumplió su obligación de financiar obras audiovisuales europeas. En concreto, sobre el total de ingresos computados a estos efectos de 364.270.000 euros, DTS destinó un total de 9.518.338,08 euros a dicho fin, lo que supuso el reconocimiento de un déficit de 8.695.561,92 euros en lo que se refiere a la financiación de obra europea, así como un déficit de 2.930.101,92 euros en lo que respecta a la financiación anticipada de películas cinematográficas europeas.

En sus alegaciones al acuerdo de incoación y durante la instrucción del expediente DTS no ha discutido esos hechos ni ha propuesto prueba alguna para desacreditarlos, sin perjuicio de pedir el archivo del procedimiento con base en otros argumentos relativos a la interpretación de las normas que recogen la obligación de los operadores audiovisuales de contribuir a la financiación anticipada de obra europea y de señalar que no constan suficientemente descritos pese a la claridad con la que han sido expuestos.

Frente a las consideraciones recogidas en la citada resolución, y trasladadas al presente procedimiento, DTS no ha negado las cifras allí recogidas que se refieren al alcance de su obligación y la forma de su cumplimiento. A este respecto, debe señalarse que nada le hubiera impedido alegar sobre dichos hechos y proponer pruebas para desacreditarlos.

Por el contrario, en las sucesivas fases de alegaciones DTS se limita a hacer consideraciones genéricas sobre el papel de la dirección instructora, del propio instructor y de las competencias de la Sala.

A este respecto, debe tomarse como punto de partida que la LGCA ha diseñado, a través de su remisión al posterior desarrollo reglamentario, un procedimiento de control de la obligación de financiación anticipada de obra europea. Es durante ese procedimiento cuando se comprueba si efectivamente se ha cumplido el deber, analizándose, por una parte, los ingresos a considerar de cada sujeto obligado y, por otra, las inversiones realizadas.

El procedimiento concluye con una resolución que tiene efectos meramente declarativos, pero que, no obstante, tiene consecuencias en lo que respecta a la responsabilidad administrativa. En este sentido, la incoación del procedimiento sancionador no ha de ser acordada necesariamente por la Sala al resolver el procedimiento de verificación, sino que se trata de una consecuencia jurídica inmediata, en la medida en que el incumplimiento del deber de financiación anticipada de obra europea constituye una infracción tipificada en la LGCA.

En todo caso, y sin perjuicio de que el acuerdo de incoación fue un acto de la propia Sala de Supervisión Regulatoria, no debe olvidarse que los artículos 69

de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC) y 11 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, prevé que el inicio de oficio de los procedimientos sancionadores puede deberse, entre otros, a la orden superior de un órgano administrativo superior jerárquico de la unidad administrativa que constituye el órgano competente para la iniciación y por petición razonada de cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el procedimiento, sin que ello perjudique la debida separación entre la instrucción y la decisión del procedimiento cuando el órgano instante es el competente para resolverlo.

Lejos de discutir los hechos, como se ha señalado, DTS convierte sus diferentes escritos en una impugnación *per saltum* de la normativa reguladora de la obligación de financiación anticipada de obra europea, y exige una fundamentación que excede el objeto del procedimiento y las competencias de esta Comisión, como las que se refieren al carácter supuestamente inconstitucional de la obligación o a la insuficiente delimitación de los obligados.

Pese a ello, la propuesta de resolución analiza los reparos al respecto expuestos en su escrito inicial de alegaciones y se remite, a tal efecto, al criterio ya expresado por esta Comisión, así como por la SETSI, en lo que se refiere al alcance de la obligación y al cómputo de los ingresos por canales explotados por el operador pero sobre los que no tenga la responsabilidad editorial. A juicio de esta Sala, ningún reparo cabe hacer a la motivación de la propuesta y en la remisión a criterios ya expuestos en otros actos perfectamente identificados.

En todo caso, DTS conoce, porque así lo recoge la propuesta de resolución, que el criterio sostenido por esta Comisión es que el artículo 5.3 de la LGCA señala que los ingresos a considerar en la base de la obligación son los devengados en el ejercicio anterior que corresponden a los canales que emiten películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación. Estoy productos son precisamente los que pueden ser objeto de financiación, de manera que se relaciona indudablemente la obligación con su objeto y con los sujetos obligados.

DTS opone un argumento que se centra en considerar que solo está sujeto a la obligación en lo que se refiere a los ingresos de los canales sobre los que tiene responsabilidad editorial, distinción que la LGCA no incluye, pues, por el contrario, establece un criterio lógico: solo se refiere a los ingresos de los canales que emiten las obras financiadas, con independencia de la responsabilidad editorial sobre los mismos.

Pese a que dichas consideraciones escapan del objeto del procedimiento administrativo sancionador instruido, son debidamente respondidas en la propuesta de resolución, en las que señala que DTS:

- Es un prestador del servicio de comunicación audiovisual por tener el control efectivo, o dirección editorial, sobre la selección de programas y contenidos y su organización en los siguientes canales: Canal+ 1, Canal+ 2, Canal+ Acción, Canal+ Comedia, Canal+ DCine, DCine Español, Canal+ Xtra, Canal+ Fútbol, Canal+ Liga, Canal+ Liga Multi, Canal+ Deportes, Sportmanía, Canal+ Golf, Canal+ Toros y Caza y Pesca.

- Comercializa otros canales editados por terceros, sobre los que no tiene responsabilidad editorial. Entre los más relevantes, se encuentran: AXN, Animax, Paramount Comedy, Nickelodeon, Disney Junior, Disney Channel, National Geographics, Natgeo Wild, Fox, Fox Crime, Calle 13, Sci-Fi, TCM, Cartoon Network, Cartoonito, Hollywood, Historia, Odisea, Cosmopolitan, Discovery, Viajar, etc.

En su condición del prestador del servicio de comunicación audiovisual es indudable que la obligación de financiación anticipada de obra europea le afecta.

Además, la propuesta de resolución se remite al criterio expuesto en la Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 17 de enero de 2013 sobre el cumplimiento en el ejercicio 2011 por DTS, de la obligación de inversión contenida en el artículo 5 de la Ley 7/2010 y a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 29 de abril de 2014, que suma los ingresos provenientes de todos los canales del prestador en que se emiten esos productos, si bien le permite computar como inversión el coste de la licencia de distribución de los canales sobre los que no ostenta una responsabilidad editorial, deduciéndola de los ingresos. Según dicho criterio, DTS debe computar también los ingresos correspondientes a los otros canales que explota, aun no estando sometidos a su responsabilidad editorial.

La mera remisión a dicho criterio (en todo caso, debe insistirse en que se reproduce en la propuesta de resolución y que se afirma en la presente resolución) incluso sería suficiente pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional de forma reiterada (SSTC 174/87, 146/90, 27/92, 150/93 y AATC 688/86 y 956/88, entre otras), la motivación por remisión es perfectamente válida siempre que el interesado pueda encontrar sus razones a través de los datos que con relación al mismo obren en el expediente administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable.

El artículo 29.1 de la LCNMC señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo señalado, entre otros, en el Título VI de LGCA.

La instrucción de los procedimientos sancionadores, según lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. Es competente para su resolución la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico.

Junto a las normas ya citadas, son de aplicación al presente procedimiento la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

II. Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si en el ejercicio 2012 DTS ha cumplido la obligación de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series para televisión, establecida en el artículo 5 apartado 3, primer párrafo de la LGCA, y la responsabilidad que, en caso de incumplimiento, se derivaría de ese incumplimiento.

III. Tipificación de los hechos probados.

El artículo 5.3 de la LGCA establece el deber de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales por parte de algunos operadores en los siguientes términos:

> *3. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica deberán contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con el 5 por 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción. Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura estatal o autonómica esta obligación será del 6 por 100.*

La financiación de las mencionadas obras audiovisuales podrá consistir en la participación directa en su producción o en la adquisición de los derechos de explotación de las mismas.

Como mínimo, el 60 por 100 de esta obligación de financiación, y el 75 por 100 en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, deberá dedicarse a películas cinematográficas de cualquier género.

En todo caso, el 60 por ciento de esta obligación de financiación se destinará a la producción en alguna de las lenguas oficiales en España.

De este importe, al menos el 50 por 100 deberá aplicarse en el conjunto del cómputo anual a obras de productores independientes. En las coproducciones no se contabilizará a estos efectos la aportación del productor independiente.

Asimismo, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual podrán dedicar hasta el 40 por 100 restante, y hasta el 25 por 100 en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, del total de su respectiva obligación de financiación a películas, series o miniseries para televisión. Dentro de estos porcentajes, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública deberán dedicar un mínimo del 50 % a películas o miniseries para televisión.

Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuya obligación de inversión venga derivada de la emisión, en exclusiva o en un porcentaje superior al 70% de su tiempo total de emisión anual, de un único tipo de contenidos, siendo éstos películas cinematográficas, series de televisión, producciones de animación o documentales, podrán materializarla invirtiendo únicamente en este tipo de contenidos siempre que se materialicen en soporte fotoquímico o en soporte digital de alta definición.

No podrá computarse a los efectos de este artículo la inversión o la compra de derechos de películas que sean susceptibles de recibir la calificación X de conformidad con la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine.

También están sometidos a la obligación de financiación establecida en este artículo los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas.

Quedan excluidas de esta obligación las televisiones locales que no formen parte de una red nacional.

El control y seguimiento de las obligaciones contenidas en este punto corresponderá al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, previo dictamen preceptivo del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, y sin perjuicio de sus competencias en el ámbito de la industria cinematográfica. Reglamentariamente se establecerán el procedimiento, los mecanismos de cómputo y la información que podrá recabarse de los operadores. Ello no obstante para las emisiones de cobertura limitada al ámbito de una Comunidad Autónoma, dicho control y seguimiento corresponderá al Órgano audiovisual autonómico competente.

Por acuerdo entre uno o varios prestadores de servicios de ámbito estatal o autonómico sujetos a la obligación de financiación establecida en este artículo y una o varias asociaciones que agrupen a la mayoría de los productores cinematográficos, podrá pactarse la forma de aplicación de las obligaciones de financiación previstas en este artículo, respetando las proporciones establecidas en la misma.

Previamente a la firma del acuerdo, las partes recabarán del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales un informe sobre la conformidad del mismo con lo establecido en esta Ley,

sin perjuicio de las funciones que sobre la valoración de dichos acuerdos ostente la Comisión Nacional de la Competencia.

Reglamentariamente se establecerán los procedimientos necesarios para garantizar la adecuación del acuerdo con lo establecido en esta Ley. En todo caso, el régimen establecido en dicho acuerdo regirá respecto de las relaciones que se establezcan entre el prestador o prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva firmantes y todos los productores que actúen en el ámbito de aplicación de aquél, sin que pueda limitarse su cumplimiento a los productores miembros de la asociación o asociaciones que lo hubiesen suscrito.

La obligación de financiación anticipada de las obras europeas en materia audiovisual se introdujo en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, por la modificación efectuada en la Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994.

El deber de financiación se ha detallado en la redacción dada a la Ley 25/1994 por la disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual y finalmente en la actual LGCA, en la que se ha previsto una serie de obligaciones “en cascada”, según se desprende del artículo 5.3, a favor de películas cinematográficas, en lenguas oficiales y en producciones independientes.

El mecanismo de financiación está siendo fuertemente cuestionado por algunos de los operadores obligados y en la actualidad sigue pendiente de fallo el recurso de la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para la televisión, europeos y españoles. En el marco de la tramitación del procedimiento se ha elevado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resuelta por la Sentencia de 5 de marzo de 2009 (asunto C-222/07), y una cuestión de inconstitucionalidad, resuelta en fechas recientes por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 3 de marzo de 2016 (cuestión de inconstitucionalidad 546/2010).

En ambas sentencias se pone de relieve que la obligación de financiación anticipada de obra europea, así como las reservas de porcentajes de emisión obligatoria, está dirigida a proteger el cine como manifestación cultural, lo que constituye un interés de relevancia constitucional, como pone de relieve la sentencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, en cuanto al carácter europeo de las obras cuya realización se fomenta, es incuestionable que por medio de ellas se consigue la formación de la identidad europea, lo que favorece el proyecto de integración consagrado en el Tratado de la Unión Europea.

Así, de acuerdo con la interpretación de la norma derivada de las referidas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no cabe duda de que la obligación de financiación anticipada de obra europea es exigible a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva en los términos legalmente previstos.

Asimismo, su incumplimiento en más de un diez por ciento está tipificado en el artículo 57.3 de la LGCA como una infracción muy grave.

Por lo tanto, la obligación de financiación anticipada se encuentra plenamente vigente, es exigible a DTS y su incumplimiento constituye una infracción expresamente tipificada en la LGCA.

IV. Análisis de las alegaciones de DTS en relación con los hechos imputados.

DTS basa su argumentario exculpatorio en el hecho de que no se ha concretado bajo qué categoría de sujeto obligado se le incluye porque, de considerar que lo está en condición de prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva, solo debería estar obligado por los canales sobre los que tiene responsabilidad editorial.

El argumento debe descartarse porque confunde el ámbito subjetivo de la obligación con su alcance cuantitativo. En efecto, la LGCA es muy clara al definir los sujetos obligados: lo son, entre otros sujetos, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal, condición que DTS reconoce expresamente en su escrito de alegaciones de fecha 8 de enero de 2016.

Por su parte, el Reglamento que regulaba la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles, aprobado por el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, actualmente derogado por el reciente 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, pero aplicable *"ratione temporis"* al ejercicio al que se refiere el incumplimiento sancionado, señalaba que los ingresos computables estarían constituidos por "*los ingresos netos de explotación derivados de la programación y explotación del canal o de los canales de televisión que dan origen a la obligación de inversión"* y que "*en todo caso, integrarán dichos ingresos los derivados de la publicidad, las cuotas de abono y las subvenciones, en su caso".* Ante las dudas que pueda sugerir la referencia a los canales que "dan origen a la obligación de inversión", el Reglamento excluía expresamente *"los ingresos obtenidos de la explotación de otros canales que no generen obligación de inversión, los provenientes de otras actividades distintas de la televisiva, así como los generados por el alquiler de equipos de recepción o la instalación de antenas"*. De esta manera, desde el momento en

que un operador de televisión tiene la responsabilidad editorial sobre un solo canal, está sujeto a la obligación, aunque el cómputo de los ingresos a estos efectos excluya los obtenidos por los canales que no emitan las obras susceptibles de financiación.

El Reglamento excluye los ingresos obtenidos por la explotación de otros canales que no generan la obligación de inversión, pero no los canales sobre los que no tiene responsabilidad editorial el sujeto obligado. Ambas categorías no son contradictorias, pues se puede explotar un canal que genera la obligación de inversión con responsabilidad editorial sobre el mismo o sin ella. Por eso el Reglamento se refiere a los ingresos obtenidos "*de la explotación*", pues éste es un término más amplio que incluye ambas posibilidades.

Ese es precisamente el argumento recogido en la Resolución de 29 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 de DTS relativa al ejercicio 2012, incorporada al expediente administrativo junto con el resto del expediente y que, atendiendo parcialmente a las alegaciones al respecto de DTS, consideró una cifra final de ingresos computables de 364.278.000 euros, frente a los 256.084.000 euros inicialmente declarados.

Además, es incierto que DTS ignore que se le considera a estos efectos un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva, y no un prestador del servicio de comunicación electrónica o un prestador del servicio de catálogo de programas, pues en ese caso la sanción propuesta hubiera sido de 100.001 a 200.000 euros, tal y como señala el artículo 60.1.a) de la LGCA, al que se refiere el propio acuerdo.

De la misma manera, la resolución de 29 de abril de 2014, ya deja suficientemente clara esa consideración:

> *"En este sentido, DTS es un prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva que ofrece directa o indirectamente a usuarios minoristas, mediante sistema de pago un catálogo de servicios de comunicación audiovisual compuesto de canales y programas a petición o sin necesidad de petición y, por lo tanto se encuentra obligado a contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con el 5 por el 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a todos los canales que comercializa y en los que se emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.3 y concordantes de la Ley 712010, por lo que no se puede estimar su alegación".*

En todo caso, a juicio de esta Comisión, dicha consideración no tiene mayor relevancia a los efectos de determinar su responsabilidad administrativa a la

vista de los hechos probados (y no discutidos) y de la vigencia de la obligación incumplida.

DTS también basa su falta de culpabilidad en el hecho de que su incumplimiento está basado en una interpretación razonable de la norma que descarta la responsabilidad administrativa al concurrir un supuesto de error de prohibición. A tal efecto, alega que ha sido necesario publicar el Real Decreto 988/2015 para clarificar los extremos alegados.

Esta interpretación no puede compartirse, pues el preámbulo reconocería la supuesta necesidad de clarificación en lo que refiere a la relación de obras cuya financiación computa a efectos de la obligación, así como la delimitación precisa del ámbito subjetivo (capítulo II), pero no en lo relativo a los ingresos y gastos a tener en cuenta (capítulo III). Entre los primeros se incluyen, precisamente, 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, por lo que las dudas expresadas por DTS quedan descartadas con la redacción del nuevo texto, que no reconoce la necesidad de clarificar estos extremos.

En lo que respecta a la culpabilidad de DTS, también debe señalarse que aunque se hubiera reconocido como cifra de ingresos a estos efectos la inicialmente declarada de 256.085.000 euros, se hubiera infringido igualmente el límite de financiación mínima obligatoria porque habría un déficit de 3.285.911,92 euros, lo que igualmente supondría un incumplimiento de más del 10%. Es decir, DTS hubiera podido confiar en que estaba actuando correctamente y solo en el marco del procedimiento de comprobación del cumplimiento de sus obligaciones haber descubierto que la aplicación de diferentes criterios legales por parte de las administraciones aplicadoras en lo que se refiere a la consideración de los ingresos suponía el nacimiento del ilícito administrativo, pero esa circunstancia no se produjo.

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia (folios 1070 a 1084) DTS introduce nuevos motivos relacionados, denegando también la competencia tanto de la Sala como de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual para incoar el expediente (se entiende, por tanto, que también para resolverlo), pese a las previsiones legales que así lo reconocen. Para DTS, ambos órganos estarían “contaminados” porque la primera habría reconocido previamente el incumplimiento del deber que constituye la infracción sancionada y la segunda porque hubiera sido la instructora del procedimiento.

El argumento supondría la imposibilidad de sancionar la conducta, pese a su tipificación en la LGCA, pues ignora la especial estructura del procedimiento que, como se ha señalado más arriba, parte del reconocimiento previo del incumplimiento de la obligación. En todo caso, durante el procedimiento

sancionador debe valorarse no solo la producción del ilícito (que puede discutirse de nuevo, cosa que DTS no ha hecho), sino también el alcance de la responsabilidad del supuesto infractor, extremo este que ni la Dirección instructora ni el órgano resolutorio han valorado previamente.

V. Responsabilidad de la infracción.

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad por las infracciones debe atribuirse a DTS por ser el prestador del servicio de comunicación audiovisual que habría incumplido su obligación de contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, sin que haya quedado acreditada en el expediente sancionador la existencia de circunstancias eximentes.

DTS es responsable del cumplimiento de dicha obligación en su condición de sujeto obligado, por tratarse de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva que es responsable editorial de los canales C+1,C+2, C+ ACCIÓN, C+ COMEDIA, C+ DCINE, C+ XTRA y DCINE ESPAÑOL.

A los efectos de valorar esta exigencia de responsabilidad, ha de tenerse en cuenta que a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva se les supone el conocimiento y aceptación de sus obligaciones como tal en el marco de una relación de sujeción especial, lo que, al menos, supone el reproche de su falta de diligencia que puede ser equiparable a la omisión del deber de diligencia exigible, sin que ello suponga obviar que la imputabilidad de la conducta puede serlo también a título de culpa.

VI. Cuantificación de la sanción.

El artículo 57.3 de la LGCA tipifica como infracción muy grave el incumplimiento en más de un diez por ciento del deber de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, establecido en el apartados 3 del artículo 5 de la propia Ley.

Al tratarse de una infracción muy grave, de conformidad con el artículo 60.1 de la LGCA, podría ser sancionada con una multa de entre 500.001 euros y un millón de euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual televisiva.

Con carácter general, para cuantificar la sanción a imponer, se deberán considerar, en su caso, los criterios establecidos al efecto en los artículos 131.3 de la LRJAP y PAC y 60.4, de la LGCA.

En concreto, en el presente caso, se ha valorado:

- Que la cantidad efectivamente destinada por ese operador a la financiación de obra europea supone el 52,26 % del importe que hubiera debido destinarse a tal fin.
- Que también se ha producido déficit en la cantidad destinada a financiar películas cinematográficas.
- La existencia de superávit en el resto de conceptos de la obligación.

En atención a las anteriores consideraciones, la propuesta de resolución propone la imposición de una multa de 586.856 euros.

No obstante, a la vista de la elevada cuantía total de la cantidad dejada de financiar (8.695.561 euros) y que representa casi la mitad de la que hubiera debido destinarse, se considera apropiado imponer una multa de 749.900 euros en ejercicio de las facultades de esta Sala, como órgano competente para resolver el procedimiento, de individualizar la sanción.

El incremento de la sanción respecto de la cantidad contenida en la propuesta de resolución se considera adecuado en relación con la conducta sancionada y más proporcional a su gravedad si se tiene en cuenta que las infracciones graves pueden sancionarse hasta con un millón de euros, pero no con menos de 500.001 euros. En el supuesto caso de infracciones del mismo tipo por parte de operadores que han dejado de financiar cantidades muy inferiores a las de DTS, el margen legal para individualizar la sanción está limitado entre esas dos cantidades, lo que obliga a un resultado punitivo que puede no ser proporcional a la cantidad dejada de financiar, sobre todo si se compara con un operador, como DTS, cuyos incumplimientos son tan elevados en términos absolutos.

En todo caso, debe señalarse que dicho importe se sitúa dentro del margen inferior del legalmente previsto para este tipo de infracciones, lo que acredita su proporcionalidad a la vista de las circunstancias concurrentes.

VII.- Obligación de invertir las cantidades en los próximos tres ejercicios.

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 este motivo la propuesta de resolución señalaba que DTS debía invertir la cantidad de 8.695.561 euros adicionales en producciones de obras europeas, de los cuales 2.930.101,92 deberán destinarse a la producción de películas cinematográficas, durante los ejercicios 2017 a 2019.

La reparación de la situación alterada con la infracción es compatible con la sanción, en la medida en que no tiene carácter punitivo, sino reparador.

En este caso, la situación alterada es la falta de inversión en obra europea en el ejercicio considerado, por lo que la reparación debe trasladarse a ejercicios posteriores y así lograr el objetivo buscado por la ley al imponer la obligación a los operadores audiovisuales.

La LGCA no dispone la manera en la que ha de reponer la situación alterada, por lo que deja a discreción del órgano resolutorio la forma en que debe hacerse. Por eso motivo, y a la vista de la cantidad pendiente de inversión, se considera prudencial escalonar el incumplimiento de la obligación insatisfecha en los próximos ejercicios y no concentrarlo en uno solo, de manera que DTS pueda planificar mejor sus inversiones.

Dado que no resultaría proporcionado imponer que la reposición de la inversión requerida se efectuara ya en el ejercicio actual, por tratarse de inversiones que requieren de un periodo de planificación, se permite a DTS distribuir las cuantías ya señaladas con anterioridad como considere más conveniente, siempre y cuando al final del ejercicio 2019 se hayan efectuado en su totalidad las inversiones requeridas. A tal efecto, esta Comisión vigilará su cumplimiento mediante un expediente administrativo específico.

VIII.- Suspensión de la ejecutividad de la sanción.

A la vista de la apertura de la pieza de suspensión de la ejecución del acuerdo de incoación en el marco de la tramitación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por DTS, procede acordar la suspensión de la ejecutividad de la sanción impuesta en la presente resolución hasta la resolución de la medida cautelar solicitada por DTS por la Audiencia Nacional.

La suspensión acordada tiene por objeto asegurar el derecho a la defensa judicial efectiva de DTS, en los términos recogidos por la jurisprudencia y actualmente trasladados al artículo 90 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, todavía no vigente.

No obstante, y sin perjuicio de que a juicio de esta Comisión los actos impugnados (el acuerdo de incoación) no son susceptibles de recurso contencioso-administrativo, según se expuso en la Resolución de fecha 11 de febrero de 2016, debe señalarse que la suspensión de la ejecutividad pretendida supondría la paralización del procedimiento, con las consecuencias que ello podría suponer, en especial en lo que se refiere su caducidad, pues el artículo 42.5 de la LRJAP y PAC no prevé la suspensión del plazo de resolución por esa causa.

Por el contrario, el interés protegido (el derecho a la tutela judicial efectiva de DTS) se preserva con la suspensión de la ejecutividad del acto que pone fin al procedimiento (la presente resolución sancionadora). Ello se justifica porque la suspensión cautelar de la ejecutividad de los actos administrativos recurridos

en vía contencioso-administrativa tiene por objeto la paralización de las consecuencias en la esfera jurídica de los administrados y ninguna tiene la mera instrucción de un procedimiento.

En todo caso, el criterio de esta Comisión asegura el interés de DTS, pese a que todavía no ha recurrido la sanción ahora impuesta, al suspender la consecuencia final del acto efectivamente recurrido (el acuerdo de incoación) y, por lo tanto, de forma indirecta éste mismo.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.U., responsable de la comisión de **una (1) infracción administrativa de carácter muy grave** por incumplir durante el ejercicio de 2012 en más de un 10 por ciento el deber de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, lo que supone la infracción de lo dispuesto en el artículo 5.3, en relación a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

SEGUNDO.- Imponer a DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S. A. U, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, una multa por importe de 749.900 euros (setecientos cuarenta y nueve mil novecientos euros).

TERCERO.- Requerir a DTS para que invierta en la producción de obras europeas, en los términos indicados en el apartado octavo de los Fundamentos de Derecho, antes de la finalización del ejercicio 2019, la cantidad de 8.695.561,92 €. De dicha cantidad, al menos 2.930.101,92 euros deberán destinarse a la producción de películas cinematográficas de cualquier género.

La inversión de estas cantidades se realizará sin perjuicio de las que correspondan en cada ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

CUARTO.- Suspender la ejecución de la presente resolución hasta que la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional resuelva la pieza separada de medidas cautelares relativa a la petición de suspensión de la ejecutividad del acuerdo de incoación del presente procedimieto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.