

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ORANGE ESPAGNE, S. A. U. (ANTES FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U.) POR EL INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN LEGAL DE FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE OBRA EUROPEA EN EL EJERCICIO 2012 (ARTÍCULO 5.3 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL).

SNC/D TSA/055/15/ORANGE

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. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 31 de mayo de 2016

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

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

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.1 del 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 (en adelante, el Reglamento FOE), con fecha 2 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U., actualmente ORANGE ESPAGNE, S.A.U., (en adelante, ORANGE), mediante el que presentaba su informe de cumplimiento correspondiente a la obligación relativa al ejercicio

2012 de la inversión obligatoria para la financiación anticipada de películas cinematográficas y obras para televisión, europeas y españolas, impuesta por el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA).

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/D TSA/230/14/France TELECOM, al objeto de determinar el cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de la producción de obras europeas por parte de ORANGE en el ejercicio 2012, según lo establecido en el artículo 5.3 de la LGCA y regulado por el Reglamento FOE.

Tras la tramitación del mencionado procedimiento, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) dictó Resolución en fecha 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 incoado a ORANGE y dirigido a comprobar el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la LGCA relativa al ejercicio 2012 (folios 1 a 11), resolviendo declarar que FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (actual ORANGE) 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, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. no ha dado cumplimiento a la obligación, resultando un déficit de 148.122,08 €, que no resulta posible compensar al superar el límite del 20% de obligación.

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, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. no ha dado cumplimiento a la obligación, resultando un déficit de 117.373,25€, que no resulta posible compensar al superar el límite del 20% de 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, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. no ha dado cumplimiento a la obligación, resultando un déficit de 47.037,27€, que no resulta posible compensar al superar el límite del 20% de obligación.

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, FRANCE

TELECOM ESPAÑA, S.A.U. no ha dado cumplimiento a la obligación, resultando un déficit de 28.169,58€, que tampoco resulta posible compensar, por superar el límite del 20% de obligación.”

En síntesis, en dicha Resolución se declararon incumplidas por parte de ORANGE las obligaciones de destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación europeos; la de destinar como mínimo el 60% de esa obligación a películas cinematográficas; la de destinar un 60% del porcentaje anterior a producir películas cinematográficas en alguna de las lenguas oficiales de España; y la de aplicar al menos un 50% del porcentaje anterior a obras de productores independientes.

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 dictó el Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador número SNC/D TSA/055/15/ORANGE (folios 12 a 16 del expediente administrativo) del cual trae causa la presente resolución, al entender que ORANGE había podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 5 apartado 3, de la LGCA, al no haber dado cumplimiento, como prestador del servicio de comunicación electrónica, 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.

El acuerdo de incoación fue notificado a ORANGE el día 14 de diciembre de 2015 (folios 17 y 18) y se le concedió un plazo de 15 días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones y proponer pruebas, en su caso.

TERCERO.- Alegaciones de ORANGE.

El 30 de diciembre de 2015, ORANGE presentó un escrito de alegaciones (folios 19 a 50) en el que, sucintamente, manifestaba lo siguiente:

- ORANGE alude a varios antecedentes administrativos, normativos y judiciales previos, y señala que ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2014 sobre el incumplimiento de la obligación de la financiación anticipada de la producción de obras europeas del artículo 5.3 de la LGCA (expediente número FOE/D TSA/230/14/France TELECOM), que fue el acto que motivó el Acuerdo de incoación del presente expediente sancionador; y añade que en el citado recurso, tramitado con el número PO 162/2014, se ha solicitado a la Audiencia Nacional que plantee ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 5 de la LGCA sobre la obligación de financiación anticipada de la

producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y serie de animación.

- Alega además que no puede cumplir con las obligaciones que impone el artículo 5.3 de la LGCA al no existir una normativa clara que determine de manera adecuada la forma de proceder al cumplimiento de las mismas por parte de los nuevos sujetos obligados, como es el caso de ORANGE, a los efectos de facilitarles el cumplimiento de esta obligación. Y añade que la CNMC habría rechazado como no computables varias inversiones en contenidos audiovisuales efectuadas por ORANGE en el ejercicio 2012.
- ORANGE estima que la imposición de una eventual sanción por el incumplimiento de esta obligación vulneraría el principio de culpabilidad, como elemento esencial en todo ilícito administrativo para sancionar una determinada conducta.
- Y afirma también que la imposición de una sanción vulneraría el principio de proporcionalidad por no revestir el supuesto incumplimiento la gravedad suficiente para ser sancionada ni tan siquiera con la mínima sanción (500.001 €).

ORANGE acompañaba a su escrito de alegaciones un poder de representación (folios 51 a 98), la Resolución de la SETSI de 4 de octubre de 2013 número AE/S/TV 40/2013 (folios 99 a 115), una Providencia de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2014 en el pleito número PO 62/2012 (folios 116 y 117), y el Auto del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 (Recurso número 104/2004) planteando una Cuestión de Constitucionalidad sobre el artículo 5.1 de la Ley 25/1994 (folios 118 a 127).

CUARTO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia.

Con fecha 1 de abril de 2016 el Instructor del procedimiento formuló la Propuesta de Resolución (folios 128 a 143), en la cual se proponía lo siguiente:

“PRIMERO.- Que se declare a ORANGE ESPAGNE, S. A. U., responsable de la comisión de una (1) infracción administrativa muy grave, por incumplimiento en más de un 10% del deber de financiación anticipada, durante el ejercicio de 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 LGCA.

SEGUNDO.- Siendo dicha infracción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LGCA, susceptible de ser calificada como de carácter muy grave, se estima pertinente, atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, así como los específicamente indicados en el artículo 60, números 2 y 4, de la Ley 7/2010, de 1 de abril, proponer como sanción, la

imposición de una (1) multa, por la infracción contenida en el artículo 57.3 de la LGCA, por importe de 501.482,00 € (quinientos un mil cuatrocientos ochenta y dos euros). Dicha sanción 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 2011 conforme a su cuenta de explotación.

TERCERO.- Asimismo, se propone que se imponga a ORANGE ESPAGNE, S.A.U., la obligación de invertir la financiación no efectuada en el ejercicio 2012, en los términos indicados en el artículo 5.3 de la LGCA, de donde resulta la cantidad de 148.122,08 € en producciones de obras europeas (por ser el déficit de financiación por ese concepto), de los cuales 117.373,25 € corresponden a la producción de películas cinematográficas de cualquier género, de la cantidad anterior, 47.037,27 € corresponden a películas cinematográficas en alguna de las lenguas oficiales de España y, de esta última cantidad, 28.169,58 € corresponden a la financiación de películas cinematográficas de productores independientes, en los tres ejercicios siguientes contados a partir de la fecha en que se dicte la resolución del presente procedimiento.”

Dicha Propuesta de Resolución fue notificada a ORANGE el día 4 de abril de 2016 (folio 144) 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 adelante, el Reglamento Sancionador), en un plazo de 15 días, a contar desde el siguiente al de la recepción de su notificación, pudiera formular las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase oportunos.

QUINTO.- Alegaciones de ORANGE al trámite de audiencia.

ORANGE presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución mediante un escrito presentado el día 29 de abril de 2016 (folios 149 a 336), en el cual reitera sus alegaciones anteriores de fecha 30 de diciembre de 2015 y adicionalmente manifiesta lo siguiente:

- ORANGE alega la prescripción de la infracción ya que estima que el plazo comenzó el 31 de diciembre de 2012, el expediente sancionador se habría incoado el 14 de diciembre de 2015 (sólo 17 días antes de prescribir) y habría estado paralizado durante más de 1 mes (entre el 31 de diciembre de 2015 y el 31 de marzo de 2016) por causa no imputable al presunto responsable, por lo que la paralización por plazo de un mes del expediente sancionador, habría reanudado el cómputo del plazo de prescripción interrumpido (artículo 132.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJPAC).
- Además se habría vulnerado el principio de tipicidad, al excluir del cómputo sin la debida motivación determinadas inversiones de ORANGE en 2012 en cine accesible, obras españolas posteriores a la

producción, y de películas durante la fase de producción, por un total de 244.280 euros y que ocasionaron el déficit relativo a dichos conceptos, sin tener en cuenta además que las inversiones fueron efectivamente realizadas y que en resoluciones previas de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, la SETSI) relativas a los ejercicios 2010 y 2011 sí se habían reconocido algunos de dichos conceptos como computables.

- ORANGE afirma además que aunque el Tribunal Constitucional recientemente ha confirmado la constitucionalidad de la obligación de financiación anticipada de obra europea contenida en la anterior Ley 25/1994, seguiría pendiente de sentencia la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 5.3 de la LGCA actualmente vigente.
- Además reitera la ausencia de unos criterios claros para el cómputo de las inversiones realizadas en la normativa aplicable que dificultan a los operadores el cumplimiento de sus obligaciones de financiación anticipada.
- Finalmente, en cuanto a la graduación de la sanción propuesta, ORANGE apela al principio de proporcionalidad y a la, a su juicio, ausencia de intencionalidad, de repercusión social y de beneficio para la presunta infractora, para solicitar una reducción de la sanción propuesta, recalificándola como grave o leve en aplicación de los principios del Derecho Penal. Y en todo caso solicita que, se reduzca o no la graduación de la sanción, se apliquen las cuantías más reducidas de las sanciones previstas en el artículo 60 de la LGCA para los operadores radiofónicos, los operadores de comunicaciones electrónicas y los prestadores del servicio de catálogo de programas (hasta 50.000 euros las leves, de 50.001 a 100.000 euros las graves, y de 100.001 a 200.000 euros las muy graves), ya que ORANGE es un prestador de servicios de comunicación electrónica y de servicios de catálogos de programas.

Por todo lo alegado ORANGE solicita el archivo del procedimiento sancionador y, subsidiariamente, la imposición de una sanción inferior a la propuesta.

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

Por medio de escrito de fecha 4 de mayo 2016 (folio 337), 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.

SÉPTIMO.- Informe de la Sala de Competencia.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la LCNMC y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), la Sala de Competencia acordó en su Sesión de fecha 26 de mayo de 2016 informar sin observaciones el presente expediente (folio 338).

HECHO PROBADO

ÚNICO.- Incumplimiento en el ejercicio 2012 de la obligación de financiación anticipada de obra europea.

Como se ha expuesto en el Antecedente PRIMERO de la presente Resolución, de conformidad con lo resuelto en la Resolución de esta Comisión de fecha 22 de abril de 2014 (expediente número FOE/DTSA/230/14/France Telecom) por la que se resuelve procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas respecto de ORANGE 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 (folios 1 a 11), ORANGE incumplió en el ejercicio 2012 su obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales europeas.

En concreto, la citada Resolución acreditó el siguiente balance del cumplimiento por parte de ORANGE de la obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales europeas en el ejercicio de 2012:

En el ejercicio 2011 ORANGE declaró como ingresos del ejercicio 3.912.441,54 euros, por lo que en consecuencia ORANGE tiene la obligación de invertir en 2012 las siguientes cantidades: (i) el 5% de los ingresos, 195.622,08 euros, en la financiación anticipada de obras audiovisuales europeas; (ii) de esa cantidad total debe invertir el 60%, 117.373,25 euros, en la financiación anticipada de películas cinematográficas europeas; (iii) dentro de esa cifra total de inversión en cine debe invertir un 60%, 70.423,95 euros, en la financiación anticipada de películas cinematográficas en alguna lengua oficial española; y (iv) dentro de esa cifra a invertir en cine en alguna lengua oficial española debe invertir el 50%, 35.211,97 euros, en la financiación anticipada de obras de productores independientes.

Asimismo hay que tener en cuenta que la SETSI reconoció a ORANGE la existencia de excedente en las siguientes partidas:

- **23.386,68 euros**, en relación con la obligación de destinar un determinado porcentaje a la financiación anticipada en la producción de películas cinematográficas en alguna de las lenguas oficiales en España.

- **71.377,30 euros**, en la financiación anticipada de películas cinematográficas de productores independientes.

De esta manera, dado que ORANGE solicitó expresamente en su escrito de declaración la aplicación de lo previsto en el artículo 8.2 del Reglamento FOE, podrá destinar los excedentes reconocidos del ejercicio 2011 al cumplimiento de la obligación en el ejercicio actual, con el porcentaje máximo del 20% sobre la obligación de financiación correspondiente, tal y como establece dicho artículo.

La aplicación de los señalados excedentes conlleva los siguientes resultados:

- Respecto de su obligación prevista en el artículo 5.3 de la LGCA 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, ORANGE **no ha dado cumplimiento** a la obligación, resultando un **déficit de 148.122,08 euros**, que no resulta posible compensar al superar el límite del 20% de obligación.
- Respecto de su obligación prevista en el artículo 5.3, párrafo tercero, de la LGCA de porcentaje de financiación anticipada de películas cinematográficas, ORANGE **no ha dado cumplimiento** a la obligación, resultando un **déficit de 117.373,25 euros**, que no resulta posible compensar al superar el límite del 20% de obligación.
- Respecto de su obligación prevista en el artículo 5.3, párrafo cuarto, de la LGCA de porcentaje de financiación anticipada de la producción de películas cinematográficas en alguna de las lenguas oficiales en España, ORANGE **no ha dado cumplimiento** a la obligación, resultando un **déficit de 47.037,27 euros**, que no resulta posible compensar al superar el límite del 20% de obligación.

[La cantidad a la que está obligada a invertir ORANGE en el ejercicio 2012 es de 195.622,08€, por lo que el límite del 20% supone 39.124,42€. Dado que ORANGE había generado un excedente en 2011 sobre esta obligación de 23.386,68€, puede destinar el total del excedente reconocido por la SETSI en 2011 en esta partida, es decir, 23.386,68€, al cumplimiento de esta obligación en 2012, dado que el monto total no excede del 20%. En consecuencia, en relación con esta obligación ORANGE ha generado en 2012 un déficit de 47.037,27€]

- Respecto de su obligación prevista en el artículo 5.3, párrafo quinto, de la LGCA de porcentaje de financiación anticipada de películas cinematográficas de productores independientes, ORANGE **no ha dado cumplimiento** a la obligación, resultando un **déficit de 28.169,58 euros**, que tampoco resulta posible compensar, por superar el límite del 20% de obligación.

[la cantidad a la que está obligada a invertir ORANGE en cine independiente en este ejercicio 2012 es de 35.211,97€, por lo que el límite del 20% supone 7.042,39€. Dado que ORANGE había generado un excedente en 2011 sobre esta obligación de 71.377,30€, podrá destinar únicamente el 20% de la obligación, es decir, 7.042,39€ al cumplimiento de la misma en 2012. En consecuencia, en relación con esta obligación ORANGE ha generado en 2012 un déficit de 28.169,58€]

En síntesis, sobre el total de ingresos computados a estos efectos de 3.912.441,54 euros, ORANGE destinó un total de 47.500 euros a la financiación anticipada de obras audiovisuales europeas, lo que supuso el reconocimiento de un déficit total de 148.122,08 euros en lo que se refiere a la financiación de obra europea, de los cuales se produjo un déficit de 117.373,25 euros en lo que respecta a la financiación anticipada de películas cinematográficas europeas; dentro de esa cifra, y tras compensar las cifras de superávit aprobadas por la SETSI del ejercicio 2011 antes señaladas, existió un déficit de 47.037,27 euros en lo que respecta a la financiación anticipada de películas cinematográficas en alguna lengua oficial española; y dentro de esa cifra existió un déficit de 28.169,58 euros en lo que respecta a la financiación anticipada de obras de productores independientes.

En sus alegaciones fácticas al acuerdo de incoación, ORANGE ha puesto de manifiesto lo siguiente:

- Ha alegado que sí ha cumplido con sus obligaciones de financiación anticipada de obra europea pero que esta Comisión no ha computado determinadas inversiones realizadas en cine accesible, en obras españolas posteriores a la producción, y en películas durante la fase de producción, por un total de 244.280 euros.
- Sin embargo, durante la tramitación del procedimiento sancionador ORANGE no ha negado ni rebatido las cifras y cálculos realizados, ni ha propuesto prueba alguna para desacreditar las cifras de déficit resultantes antes mencionadas, ni ha aportado documentación válida para desacreditar la propuesta de resolución. A este respecto, debe señalarse que a nivel puramente fáctico nada le hubiera impedido, durante la instrucción del presente procedimiento sancionador, alegar sobre dichos hechos y proponer pruebas para desacreditarlos.
- Por el contrario, ORANGE se ha limitado a pedir el archivo del procedimiento sancionador basándose fundamentalmente en: (i) aportar argumentos relativos a la interpretación de las normas que regulan la obligación de los operadores de contribuir a la financiación anticipada de obra europea; (ii) alegar la eventual prescripción de la infracción y otros defectos procedimentales; y (iii) cuestionar la constitucionalidad de las normas legales que regulan la obligación y aludiendo a la pendencia de una cuestión de constitucionalidad que afectaría a dicha obligación legal (cuestión que se escapa a las competencias de esta Comisión). En su

defecto, solicita la recalificación a la baja de la infracción y la correlativa imposición de una sanción más baja.

Sentado lo anterior, los déficits en los resultados del ejercicio constituyen una vulneración de las obligaciones establecidas en el artículo 5.3 de la LGCA, que, al superar el 10% del deber de financiación anticipada en el ejercicio 2012, se subsume en el tipo infractor muy grave del artículo 57.3, que establece que *“Son infracciones muy graves: (...) El incumplimiento en más de un diez % de los deberes de reservar el porcentaje de tiempo de emisión anual destinado a obras europeas y de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 5..”*

Por todo cuanto antecede, se considera probado que ORANGE ha cometido en el ejercicio 2012 una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 57.3 de la LGCA, por incumplimiento en más de un 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, establecido en el artículo 5.3 de la misma LGCA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El artículo 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC) señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA).

La instrucción de los procedimientos sancionadores de acuerdo con 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, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (EOCNMC), corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, siendo competente para su resolución la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, tal y como prevén los artículos 21.2, 27 y 29.1 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) del EOCNMC.

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

SEGUNDO.- Objeto del presente procedimiento sancionador.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si ORANGE ha dado cumplimiento, en el ejercicio 2012, a 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.

TERCERO.- Tipificación de los hechos probados.

El artículo 5.3 de la LGCA establece el deber de financiación anticipada de algunos operadores de determinadas obras audiovisuales 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”.

Por otra parte, la disposición transitoria séptima de la LGCA mantuvo en vigor 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 televisión, europeos y españoles (el Reglamento FOE), vigente hasta el 8 de noviembre de 2015, cuando fue derogado con la entrada en vigor del 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.

No obstante, el Real Decreto 1652/2004 resulta de aplicación para determinar el cumplimiento de la obligación de financiación anticipada en el ejercicio de 2012, pues, tal como se regula en la Disposición transitoria única del Real Decreto 988/2015, se establece un régimen transitorio para el ejercicio correspondiente al año 2015, limitando sus efectos, en este ejercicio, “a las operaciones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor en tanto no suponga una restricción de derechos de los prestadores obligados a la financiación anticipada de la producción europea”.

El procedimiento de verificación del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada, regulado en el Real Decreto 1652/2004, se funda en el informe que los operadores de televisión deben remitir al órgano administrativo competente, la CNMC, en virtud de lo dispuesto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, antes del 1 de abril de cada año y en la información adicional que dicho órgano pueda requerirles, con el detalle que sea preciso, para comprobar el cumplimiento de la citada obligación de financiación.

El bien jurídico protegido por el artículo 5.3 de la LGCA es el derecho de los ciudadanos a recibir una comunicación audiovisual en condiciones de pluralismo cultural y lingüístico, que implica la protección de las obras audiovisuales europeas y españolas en sus distintas lenguas mediante el fomento de la industria cinematográfica europea en general y española en particular.

A la vista de la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2014 (FOE/D TSA/230/14/F RANCE TELECOM) y de las alegaciones del prestador del servicio en el presente procedimiento sancionador, y tal y como se refleja en los Hechos Probados, las cifras del cumplimiento de la obligación en el ejercicio 2012 por parte de ORANGE son las siguientes:

Ingresos del año 2011

- Ingresos computados.....3.912.441,54 €

Financiación computable en obra europea

- Financiación total obligatoria..... 195.622,08 €

- Financiación computada.....47.500,00 €

- Déficit **148.122,08 €**

Financiación computable en películas cinematográficas

- Financiación obligatoria 117.373,25 €
- Financiación computada 0,00 €
- **Déficit** **117.373,25 €**

Financiación computable en cine en lengua española

- Financiación total obligatoria 70.423,95 €
- Financiación computada 23.386,68 €
- **Déficit** **47.037,27 €**

Financiación en obras de productores independientes

- Financiación total obligatoria 35.211,97 €
- Financiación computada 7.042,39 €
- **Déficit** **28.169,58 €**

Los déficits en los resultados del ejercicio constituyen una vulneración de las obligaciones establecidas en el artículo 5.3 de la LGCA, que, al superar el 10% del deber de financiación anticipada en el ejercicio 2012, se subsume en el tipo infractor muy grave del artículo 57.3, que establece que “*Son infracciones muy graves: (...) El incumplimiento en más de un diez % de los deberes de reservar el porcentaje de tiempo de emisión anual destinado a obras europeas y de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 5..*”

Por todo cuanto antecede, se considera que se ha producido la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 57.3 de la LGCA, por incumplimiento en más de un 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, establecido en el artículo 5.3 de la LGCA.

CUARTO.- Análisis de las alegaciones de ORANGE en relación con los hechos probados.

Tal como ha quedado acreditado en la fase de instrucción del presente procedimiento, ORANGE es un operador de comunicaciones electrónicas de ámbito nacional que ofrecía en el ejercicio 2012 entre su cartera de servicios convergentes (servicios de telecomunicaciones y audiovisuales empaquetados) varias ofertas de servicios audiovisuales, concretamente un paquete básico de televisión que incluye canales de Series, de Cine, Infantiles, Documentales, Deportes, Música, Noticias y algunos canales internacionales, a los que se pueden añadir algunos canales “Premium” de deportes, cine, series y contenidos a la demanda.

Así pues, ORANGE era en el ejercicio 2012, a los efectos de la obligación de financiación anticipada de obra europea establecida en el artículo 5.3 de la LGCA, un prestador de servicios de comunicación electrónica y un prestador de servicios de catálogos de programas, establecido en España, que los ofrece directa o indirectamente a usuarios minoristas de ámbito nacional, 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% 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.

A continuación se analizarán las alegaciones formuladas por ORANGE:

4.1.- Sobre la alegación de ORANGE contra la vigencia del artículo 5.3 de la LGCA y el Reglamento FOE.

Respecto de la alegación de ORANGE contra la vigencia del artículo 5.3 de la LGCA y el Reglamento FOE por ser inconstitucionales y además contrarios a la normativa comunitaria, y sobre la solicitud de suspensión del procedimiento por pender una cuestión de inconstitucionalidad, hay que poner de manifiesto lo siguiente:

- 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 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 (el Reglamento FOE). 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), así como 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 número 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, están dirigidas a proteger el cine como manifestación cultural, lo que constituye un interés público 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.
- En concreto ambos Tribunales señalan en sus sentencias que la obligación de financiación anticipada no supone una limitación del derecho a la libertad de empresa ni a las libertades comunitarias contraria a Derecho, ya que la libertad de empresa, como el resto de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, no es un derecho absoluto, sino que encuentra sus límites en el desarrollo de otros derechos fundamentales o ante la presencia de un interés público. En efecto, el establecimiento de la obligación de financiación anticipada puede suponer una restricción a la libertad de empresa constitucionalmente garantizada y a varias libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea; sin embargo, tal restricción estará justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido, y en este sentido defender y promover una o varias de las lenguas oficiales de un Estado constituye una razón imperiosa de interés general, por lo que tal obligación resulta un objetivo legítimo, adecuado, necesario y proporcional para alcanzar tal objetivo.
- Pese a las dudas expresadas por el Tribunal Supremo sobre la compatibilidad de la medida con el derecho de la Unión Europea y con la Constitución Española, dichas dudas han sido despejadas por sus máximos intérpretes en las antes citadas sentencias, por lo que no cabe duda de que la obligación de financiación anticipada de obra europea está plenamente vigente y confirmada a nivel judicial y constitucional, y en consecuencia es exigible a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva en los términos legalmente previstos.
- En conclusión, la obligación de financiación anticipada establecida por el artículo 5.3 de la LGCA y por el Reglamento FOE se encuentra plenamente vigente a los efectos del ejercicio 2012, es exigible a ORANGE, y su incumplimiento constituye una infracción expresamente tipificada en la LGCA.

En definitiva, sentado lo anterior debe desestimarse la alegación de inconstitucionalidad y de vulneración de la normativa europea de las normas españolas vigentes, que conservan su plena vigencia.

4.2.- Sobre la solicitud de ORANGE de suspensión o archivo del procedimiento.

En cuanto a la petición de suspensión o archivo del presente procedimiento sancionador por haberse interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2014 (FOE/DTSA/230/14/France Telecom), o porque se haya interpuesto una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, ante la duda de la constitucionalidad de la obligación de financiación anticipada, debe señalarse que dicha Resolución es plenamente ejecutiva y eficaz desde su aprobación y notificación, conforme a lo que se dispone en el artículo 57, números 1 y 2, de la LRJPAC. Y su eficacia no ha sido demorada por la solicitud de suspensión, prevista en el artículo 111 de la misma LRJPAC, ni existe medida cautelar ni de los Tribunales ordinarios ni del Tribunal Constitucional para que los efectos de la suspensión se extiendan a la vía contencioso-administrativa, hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud, ni se ha acordado por el Tribunal dicha suspensión, ni resulta indispensable dicho pronunciamiento para la resolución de este procedimiento.

En consecuencia, la Resolución de 22 de abril de 2014 es plenamente válida y eficaz y conforme a ella se ha incoado el presente expediente sancionador, y por lo tanto no cabe ni el archivo ni la suspensión de la tramitación del presente procedimiento sancionador por no darse ninguna de las circunstancias recogidas en el artículo 42.5 de la LRJPAC.

4.3.- Sobre la alegación de prescripción de la infracción.

ORANGE alega la prescripción de la infracción ya que estima que el plazo comenzó el 31 de diciembre de 2012, el expediente sancionador se habría incoado el 14 de diciembre de 2015 (sólo 17 días antes de prescribir) y habría estado paralizado durante más de 1 mes (entre el 31 de diciembre de 2015 y el 31 de marzo de 2016) por causa no imputable al presunto responsable, por lo que la paralización por plazo de un mes del expediente sancionador, habría reanudado el cómputo del plazo de prescripción interrumpido (artículo 132.2 de la LRJPAC).

Sin embargo no se ha dado el supuesto de hecho alegado, puesto que el procedimiento no se ha paralizado en ningún momento. Hay que recordar que la notificación de actuaciones y trámites en un procedimiento se refiere a los más importantes, a que afecten a los derechos de los interesados y a los que requieran su participación, pero no a cada actuación interna de la instrucción. El hecho de que ORANGE no haya recibido notificaciones durante el periodo de tiempo alegado no significa que el procedimiento se haya paralizado ni que

el Instructor no haya estado realizando trámites. En este sentido, una prueba fehaciente de que el procedimiento ha seguido su curso sin dilaciones indebidas es que, a pesar de la complejidad de un procedimiento de estas características, que requiere numerosos cálculos numéricos, comprobaciones de documentos aportados por el interesado, así como la redacción de la propuesta de resolución, se ha completado dentro del plazo de seis meses establecido para la tramitación y resolución del procedimiento sancionador (artículo 20.6 del Reglamento Sancionador).

Por lo tanto, debe desestimarse también esta alegación por carecer de fundamento.

4.4.- Sobre la alegación relativa a las inversiones de ORANGE no computadas.

Orange alega una presunta vulneración del principio de tipicidad, al excluir del cómputo sin la debida motivación determinadas inversiones de ORANGE en 2012 en cine accesible, obras españolas posteriores a la producción, y de películas durante la fase de producción, por un total de 244.280 euros y que ocasionaron el déficit relativo a dichos conceptos, sin tener en cuenta que las inversiones fueron efectivamente realizadas y que en resoluciones previas de la SETSI relativas a los ejercicios 2010 y 2011 sí se habían reconocido algunos de dichos conceptos como computables. Asimismo ORANGE alega la inexistencia de una normativa clara que determine de manera adecuada la forma de proceder al cumplimiento de la obligación de inversión anticipada por parte de los nuevos sujetos obligados, como es el caso de ORANGE, a los efectos de facilitarles el cumplimiento de dicha obligación.

A estas alegaciones hay que responder en primer lugar que la redacción del Reglamento FOE es clara al determinar el desglose de los ingresos percibidos por el prestador en el ejercicio en cuestión, dividiendo éstos en los diferentes conceptos necesarios que permitan identificar cuáles formarían parte de la base de la obligación y cuáles no. Y que adicionalmente en la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2014 (FOE/D TSA/230/14/F RANCE TELECOM) se aplica el contenido del Reglamento al caso de los prestadores del servicio de comunicación electrónica, como ORANGE, por lo que no puede alegarse falta de concreción ni de claridad de la norma aplicable.

En consecuencia, y como ya se estableció tanto en la Resolución citada de verificación de 22 de abril de 2014 (ver Fundamento de Derecho Cuarto) como durante la tramitación del procedimiento sancionador, determinadas inversiones de ORANGE en 2012 en cine accesible, obras españolas posteriores a la producción, y de películas durante la fase de producción, no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de computarlas en el cumplimiento de sus obligaciones de inversión anticipada en obra europea, ya que de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.3 de la LGCA y en el Reglamento FOE: (i) el objeto de la obligación es la financiación anticipada de la producción de

obras europeas, y no la inversión en la accesibilidad al cine para personas con discapacidad, por muy loable que sea esta inversión; (ii) se ha excluido la inversión realizada en el Convenio con la Fundació de Ciutat de Viladecans ya que la inversión por patrocinio no computa; y (iii) la inversión en el cortometraje ganador alegada por ORANGE tampoco resulta computable por tratarse de una producción de 2011.

4.5.- Sobre los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

ORANGE estima que dadas las dudas sobre la vigencia de la obligación, las dificultades existentes para el cumplimiento de la obligación por la falta de claridad de las normas aplicables, y la ausencia de intencionalidad ni de repercusión social ni de beneficio, y la desproporción de la cuantía de la multa propuesta (501.482,00 euros) respecto del importe del eventual incumplimiento (148.122,08 euros), la imposición de una sanción por el incumplimiento de esta obligación vulneraría el principio de culpabilidad, como elemento esencial en todo ilícito administrativo para sancionar una determinada conducta, y también vulneraría el principio de proporcionalidad, por no revestir el supuesto incumplimiento la gravedad suficiente para ser sancionada, y menos como infracción muy grave. Además considera que no se ha tenido en cuenta su condición de operador de comunicaciones electrónicas y se le ha propuesto un rango de sanción reservado a los operadores de comunicación audiovisual televisiva.

Por lo tanto ORANGE solicita el archivo del procedimiento, y subsidiariamente una reducción de la sanción propuesta, recalificándola como grave o leve en aplicación de los principios del Derecho Penal, o en su defecto que se apliquen las cuantías más reducidas de las sanciones previstas en el artículo 60 de la LGCA para los operadores radiofónicos, los operadores de comunicaciones electrónicas y los prestadores del servicio de catálogo de programas (hasta 50.000 euros las leves, de 50.001 a 100.000 euros las graves, y de 100.001 a 200.000 euros las muy graves), ya que ORANGE es un prestador de servicios de comunicación electrónica y de servicios de catálogos de programas.

En respuesta a las alegaciones referidas hay que señalar que no se ha vulnerado el principio de culpabilidad, ya que como ya se ha expuesto en apartados anteriores existía una obligación legal clara de realizar un determinado volumen de inversiones en conceptos claramente delimitados e impuestos por las normas vigentes, que ha sido incumplido por ORANGE, que en sus actuaciones inversoras no ha cubierto los porcentajes legalmente exigidos.

Asimismo hay que negar la supuesta necesidad de clarificación de las normas aplicables en lo que refiere a la relación de obras cuya financiación computa a efectos de la obligación, ya que tanto el artículo 5.3 de la LGCA como el Reglamento FOE especifican los conceptos computables. En consecuencia, y como ya se ha señalado anteriormente, no cabe incluir como computables las

inversiones en la accesibilidad al cine para personas con discapacidad, ni las inversiones en patrocinio, ni las inversiones en producciones de ejercicios anteriores.

En cuanto a la alegación de falta de proporcionalidad en la sanción propuesta y a la aplicación errónea de los rangos previstos para las sanciones muy graves previstas en el artículo 60.1.a) de la LGCA, debe estimarse parcialmente esta alegación ya que la propuesta de resolución proponía erróneamente una sanción de cuantía general prevista para los operadores de comunicación audiovisual televisiva, sin tener en cuenta que ORANGE es un operador de comunicaciones electrónicas y un prestador de servicios de catálogo de programas. En consecuencia, la sanción aplicable deberá estar entre los 100.001 y los 200.000 euros.

QUINTO.- Responsabilidad de la infracción.

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad por la infracción corresponde a ORANGE, en su condición de prestador de servicios de comunicación electrónica y de servicios de catálogos de programas, como autor de los hechos infractores probados (el incumplimiento de 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 circunstancia alguna que le pueda eximir de dicha responsabilidad.

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.

En consecuencia, se considera que ORANGE, con la inversión anticipada realizada en el ejercicio 2012, y en las condiciones referidas, es responsable de la comisión de la infracción administrativa tipificada en el artículo 57.3 LGCA.

SEXTO.- 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 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, 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.a) de la LGCA, y teniendo en cuenta la condición que ostenta ORANGE de prestador de servicios de comunicación electrónica y de servicios de catálogos de programas, podría ser sancionada con una multa de entre 100.001 euros y 200.000 euros para dicha tipología de operadores.

Con carácter general, para cuantificar la sanción a imponer se deberán considerar, en su caso, los criterios de graduación y cuantificación establecidos al efecto en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 60.4 de la LGCA.

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

- Que la cantidad efectivamente destinada por ORANGE a la financiación de obra europea supone el 24,28% del importe que hubiera debido destinarse a tal fin.
- Que se ha producido déficit en todos los conceptos de inversión anticipada obligatoria.
- Que la repercusión social y el beneficio obtenido han sido limitados, dada la limitada cuantía absoluta de las cantidades dejadas de invertir.
- Que ORANGE no ha sido sancionado por el mismo tipo de infracciones en los 3 años anteriores.

En atención a las anteriores consideraciones, la propuesta de resolución propone la imposición de una (1) multa por la infracción contenida en el artículo 57.3, de la LGCA, por importe de **101.482 euros (ciento un mil cuatrocientos ochenta y dos euros)**.

En ejercicio de las facultades de esta Sala, como órgano competente para resolver el procedimiento, se ha evaluado la sanción atendiendo principalmente a la cuantía del déficit en la obligación de inversión anticipada en relación con el 5% de los ingresos devengados en el ejercicio 2011 conforme a su cuenta de explotación. En consecuencia, al importe mínimo de la sanción legalmente establecida se le ha sumado el 1% de la cantidad dejada de invertir.

En cuanto a la reducción de la cuantía de la sanción respecto de la cantidad contenida en la propuesta de resolución, se considera adecuada y pertinente para aplicar correctamente las previsiones legales del artículo 60.1.a) de la LGCA, ya que tal y como se ha expuesto en el apartado 4.5 de la presente resolución. En la propuesta de resolución del instructor se había realizado una aplicación errónea de los rangos generales previstos para los operadores de comunicación audiovisual televisiva para las sanciones muy graves, sin tener en cuenta que ORANGE es un operador de comunicaciones electrónicas y un prestador de servicios de catálogo de programas. En consecuencia, la sanción aplicable deberá estar en el rango legalmente previsto de entre 100.001 y 200.000 euros.

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.

SÉPTIMO.- 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 ORANGE debería invertir la cantidad de 148.122,08 euros adicionales en producciones de obras europeas, durante los ejercicios 2017 a 2019, de los cuales 117.373,25 euros corresponderán a la producción de películas cinematográficas de cualquier género; de la cantidad anterior, 47.037,27 euros corresponden a películas cinematográficas en alguna de las lenguas oficiales de España; y de esta última cantidad, 28.169,58 euros corresponderán a la financiación de películas cinematográficas de productores independientes.

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 ese motivo, se considera prudencial escalonar el incumplimiento de la obligación insatisfecha en los próximos ejercicios y no concentrarlo en uno solo, de manera que ORANGE 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 ORANGE 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.

Vistos los anteriores antecedentes, hechos probados y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a ORANGE ESPAGNE, S.A.U., responsable de la comisión de **una (1) infracción administrativa de carácter muy grave** por incumplir en más de un 10% el deber de financiación anticipada, durante el ejercicio de 2012, 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 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

SEGUNDO.- Imponer a ORANGE ESPAGNE, 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 **101.482 euros (ciento un mil cuatrocientos ochenta y dos euros)**.

TERCERO.- Requerir a ORANGE ESPAGNE, S.A.U. para que invierta en la producción de obras europeas, antes de la finalización del ejercicio 2019, en los términos indicados en el apartado octavo de los Fundamentos de Derecho.

En consecuencia, ORANGE ESPAGNE, S.A.U. deberá invertir la cantidad de **148.122,08 euros (ciento cuarenta y ocho mil ciento veintidos euros y ocho céntimos)** en producciones de obras europeas (por ser el déficit de financiación por ese concepto), de los cuales 117.373,25 euros (ciento diecisiete mil trescientos setenta y tres euros y veinticinco céntimos) corresponderán a la producción de películas cinematográficas de cualquier género; de la cantidad anterior, 47.037,27 euros (cuarenta y siete mil treinta y siete euros y veintisiete céntimos) corresponden a películas cinematográficas en alguna de las lenguas oficiales de España; y de esta última cantidad, 28.169,58 euros (veintiocho mil ciento sesenta y nueve euros con cincuenta y ocho céntimos) corresponderán a la financiación de películas cinematográficas de productores independientes.

La inversión de estas cantidades se realizará de manera adicional a las inversiones 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-

administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.