
RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL PROCEDIMIENTO SOBRE EL CONTROL DE LA FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE LA PRODUCCIÓN DE OBRAS EUROPEAS, INCOADO A ORANGE ESPAGNE, S.A.U Y DIRIGIDO AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 5.3 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL, RELATIVA AL EJERCICIO 2014.

FOE/D TSA/018/15/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. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 21 de abril de 2016

Visto el expediente relativo al procedimiento sobre el **control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas** FOE/D TSA/018/15/ORANGE, incoado a ORANGE ESPAGNE, S.A.U. y dirigido al cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, relativa al **Ejercicio 2014**, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Primero.- La obligación de financiación anticipada de obra europea.

El artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, LGCA, que traspone la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual establece que, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva, que emitan películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y series de animación, de una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción, están obligados a la financiación anticipada de las mismas con el 5% de los ingresos devengados en el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en que emiten estos productos.

Las inversiones deberán realizarse en las obras anteriormente señaladas, si bien no será computable la inversión o compra de derechos de películas que sean susceptibles de recibir la calificación X.

Como mínimo el 60% de la obligación de financiación deberá dedicarse a películas cinematográficas de cualquier género, de este importe el 60% deberá dedicarse a películas cinematográficas en alguna de las lenguas oficiales en España y de éste, el 50% se aplicará a obras de productores independientes. Los prestadores que emitan en exclusiva o en un porcentaje superior al 70% de su tiempo total de emisión anual un único tipo de contenidos, podrán materializarla invirtiendo solamente en este tipo de contenidos. Asimismo, también están obligados al cumplimiento de esta obligación los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogo de programas.

Segundo.- Sujeto obligado.

ORANGE ESPAGNE, S.A.U., en adelante ORANGE, es un prestador del servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión, sujeto a la referida obligación impuesta en el apartado tercero del artículo 5 de la Ley 7/2010.

Tercero.- Recordatorio de la obligación.

Como consta en el expediente, con fecha 19 de febrero de 2015, se recordó mediante escrito entregado ese mismo día a ORANGE, el comienzo del plazo de presentación de su informe de cumplimiento correspondiente a la obligación relativa al ejercicio 2014, de la inversión obligatoria para la financiación anticipada de películas cinematográficas y obras para televisión, europeas y españolas impuesta por la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual y el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula dicha obligación.

Este recordatorio va acompañado de las instrucciones para realizar la presentación electrónica, tanto sobre la cumplimentación del formulario en línea como de la documentación adjunta.

Cuarto.- Declaración de ORANGE.

Con fecha 31 de marzo de 2015, esto es antes de finalizar el plazo de presentación de la declaración, un representante de ORANGE envió un correo electrónico mediante el que señalaba que no había podido enviar la información pertinente mediante la aplicación informática establecida para la tramitación de este procedimiento, adjuntando cuatro contratos de obras así como sendos cuadros en los que se indicaban los ingresos que declaraba como computables y el importe financiado.

Quinto.- Requerimiento de información.

Con fecha 30 de junio de 2015, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual remitió a ORANGE un requerimiento por el que se le informaba de que no se tenía constancia de la presentación en plazo y en forma de su declaración de cumplimiento de la obligación, según lo establecido por el artículo 5.3 de la LGCA, de conformidad con el Reglamento y las instrucciones remitidas y se le requería para que presentara su declaración de cumplimiento a la mayor brevedad posible, incluyendo la siguiente documentación:

- Poder del firmante, para actuar como representante de la sociedad en este acto.
- Cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio contable de 2013, según el art. 3.1.a) del Reglamento.
- Informe que presente el desglose de los ingresos de 2013, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.1. b) del Reglamento.

La representante de la empresa accedió a la notificación electrónica del requerimiento el día 3 de julio de 2015.

Sexto.- Ausencia de contestación al requerimiento.

El requerimiento efectuado por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de fecha 30 de junio de 2015 no fue atendido por ORANGE.

Séptimo.- Petición de Dictamen al Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 9 de octubre de 2015 y, de conformidad con lo señalado en el párrafo 11 del art. 5.3 de la LGCA se solicitó el correspondiente Dictamen preceptivo al Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (en adelante, ICAA).

Octavo.- Dictamen del Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

Con fecha 2 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el dictamen preceptivo del ICAA de fecha 30 de octubre de 2015, en el que señala su conformidad con lo recogido en el informe preliminar.

Noveno.- Informe preliminar.

Con fecha 23 de noviembre de 2015, de conformidad con el artículo 84 de la LRJPAC, se notificó de manera telemática a ORANGE el informe preliminar de

la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual relativo al control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, incoado a ORANGE y dirigido al cumplimiento de la obligación establecida por el art. 5.3 de la LGCA, relativa al ejercicio 2014.

En dicho informe preliminar se señalaba que dado que este prestador no había realizado la declaración en los términos del artículo 5.3 LGCA y el Reglamento citado, había incumplido su deber de en relación con esta obligación.

El informe preliminar fue notificado telemáticamente a ORANGE el 23 de noviembre de 2015, dándose por notificado el 4 de diciembre de 2015 por acuse de recibo tácito.

Décimo.- Ausencia de alegaciones de ORANGE al informe preliminar.

ORANGE no realizó alegación alguna al informe preliminar de 23 de noviembre de 2015.

Undécimo.- Declaración extemporánea.

Con fecha 26 de febrero de 2016, tuvo entrada escrito de ORANGE por el que, según este prestador, completaba su declaración presentada el 31 de marzo de 2015 mediante correo electrónico.

Este escrito, que no incluía el formulario electrónico cumplimentado en red indicando la financiación efectuada, adjuntaba la siguiente documentación:

- Cuentas anuales de ORANGE, correspondientes al ejercicio contable 2013, y auditadas por la empresa **[CONFIDENCIAL]**.
- Copia de los contratos de inversión de las obras declaradas: **[CONFIDENCIAL]**.
- Escrito en el que alega que la presente declaración complementaba al correo electrónico enviado en fecha 31 de marzo de 2015.
- Fotocopia compulsada del depósito de cuentas en el registro Mercantil.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Habilitación competencial.

El artículo 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, establece que esta Comisión *“tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

Por su parte, el artículo 9.1 de la LCNMC, relativo a la “*competencia de supervisión y control en materia de mercado de la comunicación audiovisual*”, señala que la CNMC controlará el cumplimiento por los prestadores del servicio de comunicación televisiva de cobertura estatal, y por los demás prestadores a los que le sea de aplicación, de las obligaciones relativas a la financiación anticipada de la producción de obras europeas en los términos de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

En consecuencia, en aplicación de los anteriores preceptos, esta Comisión es el organismo competente para verificar el cumplimiento por parte de ORANGE de la obligación prevista en el artículo 5.3 de la LGCA.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 20.1 y 21.2 de la citada Ley 3/2013 y a los artículos 8.2.j) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Segundo.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene como objeto determinar si ORANGE en el ejercicio 2014 estaba o no sujeto a la obligación de financiación anticipada según lo establecido en el artículo 5.3 de la LGCA y regulado por el Reglamento, aprobado por Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio.

Cabe significar que, durante la tramitación de este procedimiento fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, en concreto, el 7 de noviembre de 2015, el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, que deroga el Reglamento 1624/2004. No obstante, este nuevo Reglamento no resulta de aplicación al período de financiación objeto de este procedimiento.

III. ANÁLISIS DE LA DECLARACIÓN DE ORANGE

La obligación de financiación anticipada de obra europea, como se ha señalado, está regulada en el artículo 5.3 LGCA y desarrollada por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1652/2004.

Este Reglamento establece la forma en la que los prestadores deben dar cumplimiento a la obligación. En concreto, y a los efectos del presente procedimiento, resulta pertinente señalar que su artículo 2.1 relativo a la “Verificación del cumplimiento de la obligación de inversión” dispone lo siguiente:

“Los operadores de televisión que tengan la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan largometrajes cinematográficos de producción actual deberán remitir a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información

[actualmente, ante la CNMC], antes del día 1 de abril de cada año natural, un informe en el que se indique la forma en que han dado cumplimiento a lo dispuesto en los párrafos segundo a cuarto del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, utilizando para ello el modelo que se adjunta como anexo de este reglamento."
(Subrayado añadido)

Por su parte, el artículo 3 del mismo Reglamento relativo a la "Acreditación de los ingresos" recoge que:

"En el informe anual a que hace referencia el artículo 2, los operadores de televisión privados acreditarán sus ingresos ante la" CNMC mediante:

"a) La presentación, por parte de las sociedades constituidas bajo la ley española, de las cuentas anuales debidamente auditadas, en aquellos casos en que sea necesario conforme a la normativa mercantil aplicable, y depositadas en el Registro Mercantil; las sociedades constituidas con arreglo a la ley distinta de la española deberán presentar las referidas cuentas acompañadas de la acreditación fehaciente de su depósito en el correspondiente registro, de ser preceptivo dicho depósito, o, en caso contrario, de la certificación del representante del operador correspondiente de haber aprobado las cuentas anuales conforme a la normativa aplicable en el Estado en cuestión, y

b) La presentación del desglose de los conceptos necesarios para determinar los ingresos computables que, si no viniera reflejado en las cuentas anuales o estas no hubieran sido auditadas, deberá venir conformado por una auditoría externa." (Subrayado añadido)

De esta manera, la forma en la que está implementada esta obligación por la normativa exige a los prestadores la presentación de un informe de declaración exhaustivo con la información señalada, entre otros, en el artículo 3, que dicho informe utilice los formularios de los anexos del Reglamento, y que la presentación se realice antes del 1 de abril de cada año.

En este sentido, ORANGE remitió el 31 de marzo de 2015, esto es, antes del vencimiento del plazo señalado, un correo electrónico por el que pretendía cumplir con su obligación de presentar la declaración del ejercicio 2014.

Esta Sala considera que la remisión del citado correo electrónico no puede reemplazar, bajo ningún concepto, el informe al que se refiere el citado artículo 2.1 del mencionado Reglamento y que, a su vez, está basado en el modelo que aparece en el anexo.

Por otro lado, en dicho correo electrónico, ORANGE simplemente presentó un cuadro con ingresos, a su entender, computables para la obligación aquí analizada. El artículo 3.1 del Reglamento exige que en el informe que

presenten los sujetos obligados, los ingresos computables deben ser acreditados de manera fidedigna, exigiendo la presentación de la Cuentas Auditadas y, en su caso, un Informe de Procedimientos Acordados. Así, la mera presentación en un cuadro de los ingresos computables, como realizó ORANGE en el correo electrónico de 31 de marzo de 2015, no puede admitirse como cumplimiento por este prestador de su obligación, dado que no reúne los requisitos básicos y esenciales que exige el Reglamento.

En este sentido, hay que destacar que durante la tramitación del procedimiento se han dado varias oportunidades a ORANGE para suplir estas faltas. En primer lugar, mediante el requerimiento de información de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 30 de junio de 2015, que no fue atendido, y en segundo, en el periodo de alegaciones al informe de 23 de noviembre de 2015, sin que en ninguna de estas dos fases el prestador haya rectificado y subsanado las deficiencias.

En conclusión, ORANGE no ha presentado ni en tiempo ni en forma su declaración dentro del plazo que disponía para ello, de conformidad con las exigencias materiales que prevén los artículos 2 y 3 del Reglamento.

Tampoco puede entenderse que la documentación presentada el 26 de febrero de 2016 constituya un “complemento” al correo electrónico del 31 de marzo de 2015 ya que, como se ha mencionado, éste no puede ser considerado como declaración o parte de la declaración en ningún caso. De hecho, y sin entrar a analizar a fondo la declaración, los datos de ingresos presentados en el correo de 31 de marzo de 2015 y los referidos en este escrito de 2016 no coinciden, por lo que no se puede entender que sea un complemento, sino un intento de subsanación de la falta de declaración.

Esta Sala no puede aceptar que la documentación remitida por ORANGE el 26 de febrero de 2016, es decir, con una demora de 332 días respecto a la fecha límite del primero de abril, pueda ser considerada como una declaración complementaria, pues en sí, supondría la verdadera declaración del prestador pero con un importante retraso en su realización y a todas luces fuera del plazo estipulado por el artículo 2 del Reglamento y sin la utilización de los Anexos del mismo. Por lo tanto, a efectos del procedimiento, no procede aceptar dicha documentación como la declaración del ejercicio 2014, al no adecuarse a la obligatoriedad de cumplir los términos y plazos, tal y como describe el artículo 47 de la LRJPAC y el artículo 2 del Reglamento.

En definitiva, ante el incumplimiento de ORANGE de su obligación de presentar la documentación establecida reglamentariamente a esta Sala no le ha resultado posible realizar la comprobación del cumplimiento de la obligación del artículo 5.3 de la LGCA, al no haber sido presentado el informe de cumplimiento, conforme establece el artículo 2 del Reglamento, ni la acreditación de los ingresos base de la obligación, de conformidad con lo establecido por el artículo 3 del mismo.

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

RESUELVE

ÚNICO.- 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, ORANGE ESPAGNE, S.A.U. ha incumplido su deber **de presentar formalmente su declaración de cumplimiento de la obligación, no habiendo acreditado el cumplimiento de su deber de financiación.**

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