
RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL PROCEDIMIENTO SOBRE EL CONTROL DE LA FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE LA PRODUCCIÓN DE OBRAS EUROPEAS, INCOADO A VODAFONE ESPAÑA, 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/019/15/VODAFONE

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/019/15/VODAFONE, incoado a VODAFONE ESPAÑA, 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, en adelante LGCA, 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.

Segundo.- Escrito de VODAFONE solicitando su no sujeción.

Con fecha 3 de diciembre de 2014, VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, VODAFONE) en el escrito de alegaciones al informe preliminar sobre el procedimiento de control de la obligación de financiación de obra europea incoado a este prestador, solicitó su no consideración como sujeto obligado para el ejercicio 2014 dado que a su entender sería un mero agente comercial del servicio que realiza el prestador DTS.

Tercero.- Requerimiento de Información.

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 19 de febrero de 2015, en el análisis del cumplimiento de la obligación del ejercicio 2014, se requirió a VODAFONE que de conformidad con su declaración de no estar sujeto a la obligación de financiación de obra europea, acreditara dicha circunstancia mediante la aportación del contrato entre DTS y VODAFONE.

Cuarto.- Contestación de VODAFONE.

Con fecha 22 de febrero de 2015 tuvo entrada en el Registro telemático de esta Comisión escrito de VODAFONE por el que remitía la información solicitada.

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 TELEFONICA 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 VODAFONE 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, y por el Real Decreto 988/2015 de 30 de octubre.

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 DEL SUPUESTO

Primera.- Delimitación de los requisitos que el artículo 5.3 de la LGCA exige para entender que un prestador está sujeto a financiar anticipadamente obras europeas.

Como se ha señalado, el artículo 5.3 de la LGCA establece que determinados agentes 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.

Desde un punto de vista subjetivo¹ el artículo concreta tres tipos de agentes que están obligados por este precepto:

- a) los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva,
- b) los prestadores de servicios de catálogo de programas,
- c) los operadores de telecomunicaciones que difunden canales.

Dado que VODAFONE es un operador de telecomunicaciones tradicional que hace llegar a sus clientes servicios audiovisuales, hay que prestar especial atención a este último supuesto previsto en el artículo 5.3 de la LGCA.

Según el artículo 2.15 de la LGCA referido a la definición de “*prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión*” entiende por tal:

“La persona física o jurídica prestadora del servicio de comunicación electrónica que ofrezca, conjuntamente con un servicio de acceso a comunicaciones electrónicas, una oferta de canales de televisión que en sus contenidos incluyan películas cinematográficas, películas para televisión o series para televisión, ofrecidas en un paquete seleccionado por el prestador de comunicación electrónica.”

De lo anterior, y como señaló esta Sala en su Resolución de 22 de abril de 2014² en un supuesto parecido, se infiere que:

“[...] para que un prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión esté obligado, deben concurrir dos elementos fundamentales: a) por un lado, prestar servicios de comunicaciones electrónicas y b), por otro, comercializar una gama de canales o programas “ofrecidas en un paquete seleccionado” por esta entidad. Así, el operador debe haber realizado previamente la selección o bien de las películas o bien del paquete (en términos amplios, dado que no está definido) que se emite. Es decir, debe tener cierto “control” sobre los contenidos a emitir que le posicione como una entidad que los empaqueta haciendo ofertas comerciales totales a sus clientes”. (Subrayado añadido).

Por tanto, para determinar si en el servicio prestado por VODAFONE concurren o no dichas circunstancias, hay que analizar los términos propios de servicio.

¹ En iguales términos se refiere el artículo 3 del Real Decreto 988/2015.

² Resolución por la que se resuelve procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, incoado a JAZZ TELECOM, 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 2012. (FOE/DTSA/233/14/JAZZTEL).

Segunda.- Análisis del servicio de VODAFONE

Según VODAFONE, desde septiembre de 2013 su actuación *“en relación con Yomvi es actuar como agente comercial de DTS, siendo el cliente “captado” por VODAFONE, cliente de DTS y siendo el servicio Yomvi facturado de manera totalmente independiente al servicio de comunicaciones electrónicas ofrecido por VODAFONE”*.

Asimismo, señala que *“VODAFONE no tiene ningún “control” “sobre los contenidos a emitir que le posiciona como una entidad que los empaqueta haciendo ofertas comerciales totales a sus clientes”. La comercialización en nombre y por cuenta de DTS que hace Vodafone, permite a los usuarios que lo contratan “acceder a los canales de Digital +; pero sólo a los canales que previamente haya seleccionado DTS, sin que pueda modificar dichos paquetes”*.

En este sentido, en los contratos remitidos por VODAFONE en su contestación al requerimiento efectuado por esta Comisión, se aprecia la diferenciación de actividades entre DTS y VODAFONE.

Así la cláusula primera señala que el *“Acuerdo tiene por objeto establecer las bases sobre las que cada una de las Partes procederá a la comercialización de los servicios que preste la otra Parte así como la comercialización de ofertas conjuntas de servicios de televisión de pago por internet de DTS bajo la marca “Yomvi de Canal+” y de servicios de comunicaciones electrónicas de VODAFONE [...] VODAFONE prestará el servicio de comunicaciones electrónicas a sus clientes y DTS prestará el servicio de comunicación audiovisual a sus clientes, para lo que las Partes establecerán respectivamente relaciones contractuales directas y autónomas con los respectivos clientes de cada Parte”*.

Asimismo, *“DTS encomienda a VODAFONE un servicio de puesta al cobro y gestión en nombre y por cuenta de DTS, de los servicios prestados por DTS a sus clientes en el marco de este Acuerdo”*.

Por tanto, según VODAFONE su actividad en este servicio se limita a ser un mero agente comercial del servicio que realiza el prestador DTS, sin que tenga control alguno sobre el paquete o canales que han sido previamente seleccionados y editados por DTS.

Una vez analizado el servicio y los contratos aportados por VODAFONE, se debe concluir en el presente caso, como señaló esta Sala en su Resolución de 22 de abril de 2014, la no procedencia de aplicar la obligación de inversión a VODAFONE en el ejercicio 2014 por la puesta a disposición a sus clientes de una oferta de canales empaquetados por un tercero que ya está sujeto a la obligación de inversión. Ello no es impedimento para que esta Comisión haga

un seguimiento especial en relación con los escenarios que pudieran dar origen a la necesidad del cumplimiento de la obligación por parte de VODAFONE.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Respecto de la 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 los ingresos de explotación a la financiación anticipada de **películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación europeos**, se concluye que en las circunstancias de prestación de servicios en el ejercicio de 2014 VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. no **queda sujeto a dicha** obligación en el citado ejercicio.

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.