

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR NBC UNIVERSAL GLOBAL NETWORK ESPAÑA, S.L., CON RELACIÓN A LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE PRESTADOR TEMÁTICO A LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE LA PRODUCCIÓN DE OBRAS AUDIOVISUALES EUROPEAS

CNS/D TSA/279/16/CONCEPTO PRESTADOR TEMÁTICO

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 6 de octubre de 2016

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 6 de octubre de 2016, ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por NBC UNIVERSAL GLOBAL NETWORK ESPAÑA, S.L. (en lo sucesivo NBCU), con relación a la interpretación del concepto de prestador temático a los efectos de la aplicación de la obligación de financiación anticipada de la producción de obras audiovisuales europeas.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

Con fecha 20 de julio de 2016 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC un escrito de NBCU, en el que solicita que se precise y aclare cómo debe de interpretarse el concepto de prestador temático a los efectos del cumplimiento de la obligación relativa a la financiación anticipada de la producción de obras audiovisuales europeas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 del nuevo 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 (Real Decreto 988/2015), que desarrolla la obligación establecida por el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA).

NBCU alega que es responsable editorial de dos canales de televisión temáticos (Calle 13 y Syfy), y que desde el año 2013 ha dado cumplimiento a la obligación de financiación aplicando la regla contenida en el párrafo séptimo del artículo 5.3 de la LGCA, que permite a los llamados prestadores temáticos cumplir con esta obligación invirtiendo únicamente en el tipo de contenidos que emiten. En concreto, NBC ha dado cumplimiento a la misma mediante inversiones en series europeas.

Sin embargo, a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto 988/2015, según NBCU, se generan dudas sobre los requisitos que deben cumplir los llamados prestadores temáticos para poder cumplir con la obligación de financiación en función de lo dispuesto en la LGCA.

El párrafo séptimo del artículo 5.3 de la LGCA estipula que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que dediquen un porcentaje superior al 70% de su tiempo total de emisión anual a un único tipo de contenidos (siendo éstos películas cinematográficas, series de televisión, producciones de animación o documentales) pueden dar cumplimiento a la obligación de financiación invirtiendo únicamente en el tipo de contenidos que emiten. Según una interpretación literal del citado precepto, el umbral del 70% dedicado a un mismo tipo de contenidos debe alcanzarse teniendo en cuenta el tiempo total de emisión del prestador obligado, sumando los tiempos de los distintos canales cuya responsabilidad editorial ostenta.

NBCU argumenta que hasta ahora, tanto la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) –organismo encargado de verificar el cumplimiento de la obligación de financiación hasta el ejercicio 2012-, como la CNMC, han entendido que cuando un prestador es el responsable editorial de varios canales, el umbral del 70% puede alcanzarse teniendo en cuenta el promedio dedicado a un único tipo de contenidos del tiempo total de emisión de todos los canales de los que sea responsable editorial el sujeto obligado ("regla del promedio").

Ante esta situación el Real Decreto 988/2015, en su artículo 3.3 establece que los prestadores sujetos a la obligación de financiación que dediquen un porcentaje superior al 70% del tiempo total de emisión anual en alguno de sus canales a un único tipo de contenidos, podrán cumplir la obligación generada por ese canal financiando únicamente el contenido específico emitido a través de ese canal.

Según NBCU, al establecer este Real Decreto que para tener la consideración de temático el prestador debe dedicar al menos el 70% del tiempo total de emisión en "alguno de sus canales" a alguno de los contenidos especificados y que puede cumplir la obligación generada por "ese canal" financiando el contenido emitido a través de "ese canal", esta circunstancia ha generado dudas en la aplicación de la obligación, en particular sobre la compatibilidad con la "regla del promedio".

En consecuencia, se solicita a esta Sala que se pronuncie sobre esta compatibilidad y que confirme que la “regla del promedio” debe continuar siendo de aplicación.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual*”. Y en el apartado primero se prevé que, en particular, ejercerá las siguientes funciones:

“1. Controlar el cumplimiento por los prestadores del servicio de comunicación televisiva de cobertura estatal, y por los demás prestadores a los que les sea de aplicación, de las obligaciones relativas a la emisión anual de obras europeas y a la financiación anticipada de la producción de este tipo de obras en los términos de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.”

Por otra parte, el artículo 5.2 de la Ley CNMC señala que esta Comisión actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

En consecuencia con lo indicado, la CNMC es el organismo competente, en cuanto autoridad reguladora, para conocer del escrito remitido por NBCU, al circunscribirse el mismo al ámbito interpretativo y de aplicación del artículo 5 de la LGCA y su normativa de desarrollo, ámbito sobre el que esta Comisión despliega sus funciones en el sector audiovisual.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.2.j) y 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano decisorio competente para conocer este asunto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

III. ANTECEDENTES Y MARCO JURÍDICO APLICABLE A LA CONSULTA

Sin entrar en los pormenores de sus orígenes y motivación, la obligación de la financiación anticipada de la producción de obras audiovisuales europeas por parte de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual tiene su origen en la Ley 22/1999, de 7 de junio, que la introdujo mediante la modificación del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorporaba al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE (denominada Directiva de la Televisión sin Fronteras). Tras otra modificación

operada por la Ley 15/2001 de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual, la regulación de esta obligación se desarrolló mediante Reglamento aprobado por Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio.

Ni en la Ley 25/1994 ni en su Reglamento de desarrollo se trataba el supuesto de los llamados prestadores temáticos ni su forma de cumplimiento respecto a la obligación, estando sometidos a las reglas generales establecidas para el resto de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

La LGCA derogó la Ley 25/1994 y mantuvo la obligación en su artículo 5.3 en los siguientes términos:

“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.”

Esta obligación consiste en la contribución anual a la financiación de obra audiovisual europea (entendiendo por obra audiovisual películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales, películas y series de animación), con los siguientes límites:

1. Contribución con el 5% o el 6% de los ingresos devengados en el ejercicio anterior (según se trate de prestadores de titularidad privada o pública) para la financiación de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación.
2. Al menos el 60% o el 75% (según se trate de prestadores de titularidad privada o pública respectivamente) de este porcentaje (punto 1) deberá destinarse a películas cinematográficas de cualquier género.
3. Al menos el 60% de esta financiación de películas cinematográficas (punto 2) deberá destinarse a producciones en alguna de las lenguas oficiales de España. La promoción y fomento de la producción audiovisual europea, se circunscribe aquí a la especialidad de la protección de la diversidad lingüística española.

4. Al menos el 50% del 60% anterior (punto 3) deberá aplicarse a obras de productores independientes.
5. Una vez cubierta la obligación de destinar a películas cinematográficas como mínimo el 60%, o el 75% en el caso de los prestadores públicos, el resto hasta completar el total de su respectiva obligación general (punto 1), puede dedicarse a la financiación de películas, series o miniseries para televisión. Sería hasta un 40%, o un 25% en el caso de los prestadores de titularidad pública.
6. Se establece la especificidad para los prestadores de titularidad pública, de que dentro del porcentaje del 25% que pueden dedicar a películas, series o miniseries para televisión, deberán dedicar, en su caso, un mínimo del 50% a películas o miniseries para televisión.

La LGCA mantuvo esta obligación de financiación anticipada de obras europeas, si bien introdujo algunas modificaciones respecto a lo previsto en la normativa anterior, la Ley 25/1994: se ampliaron los sujetos obligados, también las obras o productos en los que se podía efectuar la financiación y se fijó una nueva redistribución de los porcentajes financiados.

Por primera vez se establece un tratamiento especial para los llamados prestadores temáticos. Así en el párrafo séptimo del artículo 5.3 se dispone que

“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.”

Es decir, este tipo de prestadores no está obligado a efectuar la financiación exigida por la Ley dedicando porcentajes preestablecidos a determinado tipo de obras audiovisuales (ya sean películas cinematográficas, películas en lengua española o, dentro de éstas, a películas de productores independientes), sino que tienen la facultad de cumplir con la obligación genérica destinando el 5% de sus ingresos únicamente al tipo de contenidos temáticos que emitan: películas cinematográficas, series, animación o documentales.

Tras la entrada en vigor de la LGCA se consideraba necesaria la elaboración de un nuevo reglamento que se adaptase a las disposiciones de la nueva ley audiovisual y que coadyuvase a establecer las medidas oportunas para la promoción y fomento de la producción e industria audiovisual europea en general, y de la española en particular.

Además, seguía vigente en todo lo relativo a autoridades competentes y procedimiento aplicable el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1652/2004, el cual se había dictado para desarrollar una obligación establecida en un marco legal anterior y modificado sustancialmente por la nueva LGCA.

En consecuencia, y con los objetivos básicos de dotar de seguridad jurídica a los nuevos sujetos obligados y de arbitrar mecanismos de flexibilidad en el cumplimiento de la obligación de financiación, se aprobó el Real Decreto 988/2015, que entró en vigor el 8 de noviembre de 2015 y que derogó el Real Decreto 1652/2004, por el que se aprobó el anterior Reglamento de desarrollo.

A los efectos de la presente consulta el Real Decreto 988/2015 flexibiliza el concepto de los llamados prestadores temáticos a efectos del cumplimiento de la obligación. En este sentido, el artículo 3.3 dispone lo siguiente:

“Los prestadores obligados que dediquen un porcentaje superior al setenta por ciento del tiempo total de emisión anual en alguno de sus canales, excluyendo el tiempo dedicado a comunicaciones comerciales audiovisuales y autopromoción, a un único tipo de contenidos, siendo éstos películas, series y miniserias de televisión (incluidas las producciones de animación), así como documentales, podrán cumplir la obligación generada por ese canal financiando únicamente el contenido específico emitido a través de ese canal, siempre que se materialicen en soporte fotoquímico o en soporte digital de alta definición (subrayado añadido).

En los supuestos de emisión temática de producciones de animación o de documentales la obligación de financiación vendrá referida a este tipo de producciones, con independencia de que los contenidos emitidos sean en formato de películas cinematográficas o de televisión, o en formato de series.

En el caso de que los prestadores obligados que no se acojan a la opción prevista en este apartado 3, deberán cumplir todos los requisitos de la obligación de financiación previstos en las letras a), b) y c) del artículo 4.1” (es decir, cumplir con los porcentajes establecidos para el resto de prestadores en la financiación de películas cinematográficas, películas en lengua españolas, y películas de producción independiente, según lo explicado más arriba).

IV. OBJETO Y ANÁLISIS DE LA CONSULTA.

En primer lugar, conviene hacer una consideración sobre la naturaleza de la obligación de financiación atribuible a cada uno de los sujetos obligados y de la naturaleza flexible de su cumplimiento por parte de los prestadores temáticos.

1.- Naturaleza de la obligación.

Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, y también los prestadores de catálogos de programas, igual que los prestadores de servicios de comunicación electrónica que difundan canales de televisión, siempre que reúnan las condiciones fijadas por la LGCA, están obligados a contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción de determinadas obras audiovisuales europeas con el 5% de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación.

Obviando la especificidad de los prestadores de titularidad pública, puede observarse cómo de la obligación general de financiación establecida en el primer párrafo del artículo 5.3 de la LGCA, se derivan tres obligaciones de carácter más específico fijadas en los siguientes párrafos del mismo artículo y explicadas más arriba (financiación en películas cinematográficas europeas, en lengua española y de producción independiente) que están conectadas con la primera obligación genérica (inversión del 5% de sus ingresos), a los efectos de poder calcular las cantidades concretas de inversión mínima obligatoria en cada caso.

Estas cuatro obligaciones están inevitablemente conectadas o vinculadas entre sí, puesto que la base sobre la que se calcula el importe de cada una de ellas es el total resultante de la obligación anterior (excepto en la primera genérica, que será el total de los ingresos devengados en el ejercicio anterior). Sin embargo, es importante destacar que aunque vinculadas, las cuatro obligaciones del artículo 5.3 de la LGCA se consideran independientes, esto es, que su cumplimiento o incumplimiento no condiciona el del resto.

Analizando el contenido de los cuatro deberes impuestos, una vez determinado para cada caso concreto cuales son los importes que el prestador debe aportar a cada categoría objeto de financiación, el prestador podrá cumplir o incumplir cada una de ellas con independencia del cumplimiento o incumplimiento de las demás. Es decir, el cumplimiento de la obligación genérica del 5% de inversión no condiciona el cumplimiento de las otras tres obligaciones, y viceversa.

A efectos ilustrativos, podrían darse las siguientes situaciones:

- a) El prestador cumple con la aportación del 5% en obras europeas y al mismo tiempo puede cumplir o no cualquiera de las otras obligaciones, respecto a los límites del 60% y 50% que establece el artículo 5.3. en sus párrafos 3, 4 y 5 para la financiación en películas cinematográficas, en lengua española e independientes.
- b) El prestador no cumple con la aportación del 5% y al mismo tiempo puede cumplir o no cualquiera de las otras tres obligaciones.

En cualquier caso, y por lo que respecta a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, estos son los sujetos obligados al cumplimiento de la obligación de financiación, teniendo en cuenta la totalidad de sus ingresos y gastos computables. Es decir, **la obligación se atribuye al prestador del servicio en cuanto responsable editorial, siempre que reúna las condiciones fijadas en la ley para poder exigir su cumplimiento¹.**

En ningún caso el cumplimiento de la obligación se imputa o se exige a los canales de forma individual, puesto que éstos no son sujetos pasivos de la obligación. En consecuencia, es indiferente el número de canales cuya responsabilidad editorial ostente un prestador, pues **la obligación es única, si bien se subdivide a su vez en otras obligaciones derivadas**, como se ha indicado, que también hay que cumplir. Cuestión distinta es analizar la naturaleza de los canales de un prestador para verificar si alguno de ellos genera la obligación o no, por la emisión de los contenidos computables, a efectos de tener en cuenta los ingresos derivados de ese canal. Lo que la Ley excluye es que pueda haber tantas obligaciones como número de canales de un mismo prestador.

2.- Naturaleza flexible de la obligación para los prestadores temáticos.

La LGCA ha tenido en cuenta la naturaleza especial de los prestadores llamados temáticos y para ello ha tratado de flexibilizar el cumplimiento de la obligación de financiación. Así pues, en atención al carácter exclusivo o mayoritario de los contenidos emitidos, **da la opción a estos prestadores de cumplir sólo con una obligación, la genérica de inversión en obra europea del 5% de sus ingresos**, invirtiendo únicamente en los contenidos emitidos, sin necesidad de invertir en otro tipo de contenidos.

Para ello, **en la LGCA el carácter de temático se predica del prestador**, pero no de cada uno de los canales cuya responsabilidad editorial ostenta, en el supuesto de que tenga más de un canal. Así se prevé en el párrafo séptimo del artículo 5.3: ***“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.”***

Tal como dice NBCU, tanto anteriormente en la SETSI, como ahora en la CNMC, se ha optado por una interpretación flexible de este inciso, entendiendo

¹ ***“Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica deberán contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea [...]”***

que si un prestador es responsable editorial de varios canales temáticos no es necesario que se alcance el umbral del 70% en cada uno de los canales. **Es suficiente para acogerse a la opción de prestador temático que el tiempo de emisión anual de alguno de los contenidos temáticos indicados supere el 70% en relación al tiempo de emisión de todos los canales del prestador, es decir, lo que NBCU llama la “regla del promedio”, siempre y cuando todos los canales de ese prestador tengan vocación de temáticos y la mayoría de sus contenidos esté dedicado a alguno de los programas mencionados en ese inciso.**

En este sentido, esta interpretación es conforme con el tenor literal del precepto y en ningún modo perjudica las previsiones de los sujetos obligados respecto al tipo de contenido a financiar.

3.- El Real Decreto 988/2015 y aplicación de la obligación para los prestadores temáticos.

El nuevo Real Decreto de desarrollo de la obligación de financiación, en un paso más para facilitar su cumplimiento, “... *arbitra mecanismos de flexibilidad [...] para que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual puedan desarrollar su actividad y explotar todo el potencial de la misma de la mejor forma posible*” (preámbulo), otorgando la mayor seguridad jurídica posible a los sujetos obligados.

En relación al cumplimiento por parte de los prestadores temáticos y su inversión del 5% de sus ingresos en los contenidos específicos emitidos, el artículo 3.3 se refiere por un lado a

- *“los prestadores obligados que dediquen un porcentaje superior al setenta por ciento del tiempo total de emisión anual en alguno de sus canales a un único tipo de contenidos”* (siendo estos películas, series y miniseries de televisión -incluyendo la animación- o documentales), y por otro prevé que estos prestadores
- *“podrán cumplir la obligación generada por ese canal financiando únicamente el contenido específico emitido a través de ese canal [...]*

Así pues, el párrafo séptimo del artículo 5.3 de la LGCA define el concepto de operador o prestador temático y regula la obligación de financiación con respecto a este tipo de operadores, pudiendo aplicarse la “regla del promedio”, como se ha visto. Sin embargo, el Reglamento 988/2015 se refiere al caso específico de los canales temáticos, con independencia de si éstos son editados o emitidos bajo la responsabilidad editorial de un prestador temático o no temático.

En aplicación de la Ley, un prestador es temático solo en el caso de que el conjunto de todos sus canales supere el 70% de contenidos temáticos. No

obstante, son los canales los que generan la obligación en virtud de los contenidos que emiten, y puede suceder que haya un prestador que edite un canal temático (por superar el 70% de su tiempo de emisión en contenidos de esta naturaleza) pero que, puesto en conjunto con el resto de los canales de ese mismo prestador, los contenidos temáticos no lleguen al 70% y, por tanto, no puede acogerse al derecho a invertir únicamente en este tipo de contenidos porque no sería un prestador temático, según la LGCA.

La posibilidad de que los prestadores no temáticos, aunque tengan algún canal temático, puedan materializar su obligación de financiación invirtiendo únicamente en este tipo de contenidos no la contempla específicamente la LGCA.

La flexibilización introducida por el Real Decreto 988/2015 consiste, precisamente, en subsanar esa falta de previsión de la Ley y permitir a este tipo de operadores no temáticos (pero que tienen bajo su responsabilidad editorial algún canal temático) invertir el 5% solamente en este tipo de contenidos pero **circunscribiéndolo sólo al ámbito del canal o canales que superen el 70% de su tiempo de emisión anual de contenidos temáticos, y exclusivamente en lo que se refiere al 5% de los ingresos por ese canal. Ello sin perjuicio del cumplimiento de la obligación genérica y las derivadas de esta obligación respecto a los ingresos de los demás canales que no sean temáticos.**

Esta interpretación es acorde con el objetivo del Real Decreto 988/2015 de flexibilidad en el cumplimiento de la obligación y respetuoso con la configuración que la LGCA hace de la obligación.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados.