

ACUERDO POR EL QUE SE REQUIERE A TELEFÓNICA DE ESPAÑA DETERMINADA INFORMACIÓN EN RELACIÓN CON SUS INGRESOS DEL EJERCICIO 2014 CONTENIDOS EN SU INFORME DECLARACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN DE FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE PELÍCULAS CINEMATográfICAS Y OBRAS PARA TELEVISIÓN, EUROPEAS Y ESPAÑOLES, IMPUESTA POR LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

FOE/D TSA/017/16

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 18 de octubre de 2016

Visto el expediente relativo al procedimiento de verificación del 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 2015, de Telefónica de España, S.A.U., y Telefónica Móviles España, S.A.U., la Sala de Supervisión Regulatoria acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Con fecha 31 de marzo de 2016 tuvo entrada el informe de cumplimiento, presentado por el representante de TELEFONICA, correspondiente a la obligación relativa al ejercicio 2015 de la inversión obligatoria para la financiación anticipada de películas cinematográficas y obras para televisión, europeos y españoles, impuesta por la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual, el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el

que se aprueba el Reglamento que regula dicha obligación, y el recientemente aprobado Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre. Esto es:

- Formulario electrónico cumplimentado por la sociedad indicando la financiación efectuada.
- Informe en el que se exponen ordenadamente y se describen los documentos aportados, en aras a una mayor comprensión por parte de la CNMC. En él se especifica que TELEFONICA ha recibido subvenciones y ayudas en el ejercicio 2015 por un importe de **[CONFIDENCIAL]**.
- Copia de las cuentas anuales de “TELEFONICA” (tanto de TELEFONICA MOVILES ESPAÑA. S.A.U. como de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.), correspondientes al ejercicio 2014, debidamente auditadas por la firma auditora **[CONFIDENCIAL]**, con acreditación fehaciente de su depósito en el Registro Mercantil de Madrid el día 27/04/2015 con los siguientes datos: **[CONFIDENCIAL]**.
- Certificado de **[CONFIDENCIAL]**, Director de Finanzas de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., donde se indican los gastos efectuados a editores de canales de terceros, a los efectos del artículo 6 e) del Real Decreto 988/2015.
- Certificado de **[CONFIDENCIAL]**, Secretario General y del Consejo de Administración de “TELEFONICA” donde se indican las sociedades que pertenecen al Grupo Telefónica de acuerdo con el artículo 42 del Código de Comercio.
- Escritura notarial en la que se otorgan los poderes de representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. a **[CONFIDENCIAL]**.
- Escritura notarial en la que se otorgan los poderes de representación de TELEFONICA MOVILES ESPAÑA. S.A.U. a **[CONFIDENCIAL]**.
- No se aporta ningún contrato ni ficha técnica de ninguna obra.

II.- En relación con dicha documentación, y con objeto de confirmar los datos incluidos en su relación de obras financiadas, se requirió el 4 de julio a TELEFONICA, de conformidad con lo establecido en el artículo 15.3 del Real Decreto 988/2015, la presentación de alguno de los documentos citados en el artículo 16.2 del mismo Real Decreto en aras a acreditar los gastos efectuados a editores de canales de terceros, cuando estos canales también son objeto de la obligación. También se requirió la aportación de los contratos y las fichas técnicas de una selección de obras, realizada mediante muestreo.

III.- Con fecha 21 de julio TELEFONICA ha presentado los contratos y las fichas técnicas de las obras citadas en el requerimiento. También comunica que ha solicitado una ampliación de plazo con el objeto de poder aportar el documento acreditativo de los gastos efectuados a editores de canales de terceros, cuando estos canales también son objeto de la obligación, tal y como se solicitó en el requerimiento. Finalmente, con fecha 29 de julio TELEFONICA ha presentado el documento acreditativo de los gastos efectuados a editores de canales de terceros. Concretamente ha aportado un Informe de Procedimientos Acordados donde la firma auditora **[CONFIDENCIAL]** certifica que las cuantías declaradas por el prestador son correctas.

IV.- Con fecha 15 de septiembre de 2016 se notificó a TELEFÓNICA el informe preliminar de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, en el que se concluía que la operadora había cumplido todas las obligaciones legalmente previstas.

Dicha conclusión se alcanzaba al considerar unos ingresos computables (**[CONFIDENCIAL]**), de los que se deducirían los pagos realizados a editores de canales de terceros (**[CONFIDENCIAL]**).

V.- Con fecha 27 de septiembre de 2016 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el escrito de alegaciones al informe preliminar elaborado por la Dirección instructora.

En relación con los gastos deducibles por pagos a editores de canales de terceros, se deducen los obtenidos por los canales **[CONFIDENCIAL]**, al no ser objeto de la obligación. En consecuencia, la cifra de ingresos se reduciría a **[CONFIDENCIAL]**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 de la LCNMC, relativo a la “competencia de supervisión y control en materia de mercado de la comunicación audiovisual”, 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.

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.

II. CONSIDERACIONES RELATIVAS AL CÁLCULO DE LA CANTIDAD A FINANCIAR

El informe preliminar de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual considera como ingresos computables los declarados por TELEFÓNICA, con las diversas reducciones allí contenidas.

En dicha declaración, TELEFÓNICA debe incluir como ingresos a considerar los obtenidos de los abonados a los canales sujetos a la obligación de financiación anticipada de obra europea (FOE), pero puede restar los pagos por canales cuya responsabilidad editorial es de un tercero, tal y como prevé el artículo 6.1.e) del Real Decreto 988/2015.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que TELEFÓNICA no obtiene ingresos por cada canal, pues los comercializa de forma empaquetada dentro de su oferta comercial. En su informe-declaración, TELEFÓNICA realiza una imputación de ingresos a **[CONFIDENCIAL]** que se basa en el porcentaje de costes asociados a contenidos deportivos sobre los costes totales **[CONFIDENCIAL]**. Sobre ese ingreso ya minorado, Telefónica aplica una reducción adicional basada en el porcentaje de canales computables en relación al total de canales emitidos, que se corresponde con **[CONFIDENCIAL]** de TELEFÓNICA.

[CONFIDENCIAL]

Este modo de proceder ha de cuestionarse porque utiliza una doble minoración para el cálculo del ingreso computable, que se basa en un supuesto, que se cuestiona por esta Comisión, de correspondencia entre los costes de contenidos deportivos y los ingresos provenientes de los canales con contenidos deportivos. El problema parte de la falta de desglose de la información inicial proporcionada por Telefónica entre los ingresos provenientes de los distintos paquetes, información que debe conocer sin duda el operador.

TELEFÓNICA incluye en su declaración, entre sus ingresos computables, los obtenidos por **[CONFIDENCIAL]**. Dicho bloque de ingresos comprende contenidos de deporte (**[CONFIDENCIAL]**) pues la oferta **[CONFIDENCIAL]** los incluye. De esta manera, al presentarlos de forma conjunta, procedería detraer los ingresos asociados a contenidos de deporte. Para ello, como se ha indicado, calcula el porcentaje que representan los costes de contenidos de deporte sobre los costes totales y equipara ese porcentaje de costes al de ingresos, de manera que (siguiendo el discurso de TELEFÓNICA), como los costes de los contenidos de deporte representan el **[CONFIDENCIAL]** sobre los costes totales, concluye que idéntico porcentaje corresponde a los ingresos.

A juicio de esta Comisión, la forma de calcular los ingresos de paquetes que incluyen deportes es cuestionable y no puede compartirse, pues a un **[CONFIDENCIAL]** de los clientes (los que tienen contratados contenidos de

deporte) se le atribuirían el **[CONFIDENCIAL]** de los gastos y, siguiendo el discurso de TELEFÓNICA, de los ingresos. De esta manera, se reduce de forma significativa la cantidad sobre la que calcular su obligación de financiación. En su lugar, hubieran debido deslindarse con mayor precisión los ingresos computables de los no computables a efectos de determinar la base de la obligación FOE.

Además de lo anterior, sobre los **[CONFIDENCIAL]** considerados como ingresos de canales con contenidos computables (es decir, sin deportes), TELEFÓNICA aplica un segundo criterio reductor de forma acumulativa: sobre el total de canales del paquete que incluye contenidos de fútbol (**[CONFIDENCIAL]**), solo el **[CONFIDENCIAL]** incluirían contenidos computables. Por lo tanto, hay un doble cómputo de los contenidos no incluidos: primero, al restar sus ingresos (con un criterio de imputación sobre costes que no se comparte) y, en segundo lugar, al incluir los canales que los contienen en el porcentaje a reducir.

[CONFIDENCIAL]

Finalmente, un reparo adicional que puede realizarse a la metodología usada por TELEFÓNICA es que se incluyen entre los pagos realizados a terceros los de Sogecable por sus canales **[CONFIDENCIAL]**. No obstante, no se desagregan los canales que están incluidos en estos conceptos genéricos ni los ingresos percibidos por cada canal de manera individual ni los costes de licencia de retransmisión de cada uno de los canales incluidos en estos conceptos genéricos. Dado que es esperable que una parte significativa del coste de dichos canales corresponda a la emisión de partidos de fútbol, se estaría, de nuevo, considerando ingresos de esa naturaleza para reducir la cantidad a financiar.

III.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

De conformidad con lo previsto en el artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (aplicable al procedimiento de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), el artículo 28.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y el artículo 15.3 del Real Decreto 988/2015, se requiere a TELEFÓNICA para que aporte la documentación que se detalla en el Anexo 1

IV.- SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE RESOLUCIÓN

De conformidad con lo previsto en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se acuerda la suspensión del plazo para

la resolución del procedimiento por haberse requerido al interesado la aportación de documentos necesarios para su resolución y, en concreto, para verificar la cifra de ingresos incluida en el informe de declaración.

La suspensión del plazo será por el tiempo que medie entre la notificación del presente acuerdo y su efectivo cumplimiento.

V.- AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE RESOLUCIÓN

De conformidad con lo previsto en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *“excepcionalmente, podrá acodarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles”*.

En el caso que nos ocupa resulta evidente la complejidad resultante de determinar los ingresos computables correspondientes al ejercicio 2014 a fin de concretar la base sobre la que fijar el importe al que se extiende la obligación FOE para 2015. La complejidad en la actividad comercial de TELEFÓNICA durante dicho ejercicio (i.e. oferta comercial mediante “paquetes”), unido a la de concretar el desglose de aquellos ingresos procedentes de actividades que dan lugar al nacimiento de la obligación de aquellos otros que deban quedar excluidos (i.e. contenidos deportivos), obliga a requerir cierta información y a su valoración a fin de hacer viable una resolución rigurosa y ajustada a la Ley. La reciente entrada en vigor del RD 988/2015 viene a agravar la dificultad de este proceso, al añadir nuevos criterios sobre los que no existe un claro precedente.

Por todo ello se considera necesaria, a fin de dotar al ejercicio de la función prevista en los artículos 9.1 de la LCNMC y 5.3 LGCA de tiempo suficiente de deliberación y decisión, acordar una ampliación del plazo máximo para resolver de dos meses.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria,

ACUERDA

PRIMERO.- Requerir a TELEFÓNICA para que aporte la información a la que se refiere el Fundamento III y se detalla en el Anexo I de este acuerdo en el plazo de quince días desde su recepción.

SEGUNDO.- Emplazar a TELEFÓNICA a realizar alegaciones a la vista de las consideraciones contenidas en el Fundamento II de este acuerdo relativas al cálculo de la cantidad a financiar.

TERCERO.- Acordar la suspensión del plazo de resolución del procedimiento por el tiempo que medie entre la notificación del presente acuerdo hasta el cumplimiento del requerimiento de información por TELEFÓNICA.

CUARTO.- Acordar la ampliación del plazo máximo de resolución del procedimiento por plazo de dos meses, de conformidad con lo señalado en el Fundamento V de este acuerdo.

Contra el presente acuerdo no cabe recurso alguno en vía administrativa ni judicial, sin perjuicio del que proceda contra la resolución que ponga fin al procedimiento.

Anexo I

Detalle del requerimiento de información:

1º) Desarrolle y cumplimente la siguiente tabla en la que se solicita determinada información de manera desagregada. Aporte la respuesta también en formato Excel e incluya por escrito todas las explicaciones necesarias para entender la información presentada y los cálculos realizados.

[CONFIDENCIAL]

2º) Atendiendo a las discrepancias señaladas en el fundamento II del presente Acuerdo, describa y justifique de manera pormenorizada el criterio de imputación de costes de los canales computables y excluidos previsto en **[CONFIDENCIAL]** remitido en su escrito de 27 de septiembre.

Adicionalmente, justifique porqué TELEFÓNICA ha aplicado el porcentaje de imputación de manera conjunta a los paquetes **[CONFIDENCIAL]**, cuando únicamente sería este último paquete (**[CONFIDENCIAL]**) el que contendría canales exclusivamente deportivos. De esta manera, en principio, TESAU, estaría imputando y deduciendo los ingresos de los contenidos asociados a deportes de manera global a todos los paquetes y no sólo paquetes con los canales con contenido exclusivamente deportivo.

3º) Atendiendo a las discrepancias señaladas en el fundamento II del presente Acuerdo, describa y justifique de manera pormenorizada la reducción adicional basada en el porcentaje de canales computables en relación al total de canales

emitidos, que se corresponde con **[CONFIDENCIAL]** remitido en su escrito de 27 de septiembre.

En este sentido, TESAU estaría llevando a cabo una minoración adicional en función de si los canales son o no de contenido exclusivamente deportivo, extraído del **[CONFIDENCIAL]** de su escrito de alegaciones de 27 de septiembre, cuando dicha reducción, en principio, se habría llevado ya a cabo en **[CONFIDENCIAL]**. Justifique dicha operación.

Con el objeto de facilitar la comprobación y tratamiento de la información suministrada por TELEFÓNICA, remita el documento de canales computables y no computables del **[CONFIDENCIAL]**.

4º) Con respecto a los canales **[CONFIDENCIAL]:**

- a) Comunique los ingresos obtenidos por TELEFÓNICA por la emisión en su plataforma de televisión del canal **[CONFIDENCIAL]**. Justifique y señale si los ingresos obtenidos por estos canales están incluidos en **[CONFIDENCIAL]**. En dicho caso, concrete y especifique el concepto en el que están incluidos.
- b) Justifique y describa de manera desagregada si en el precio abonado por TELEFÓNICA a Sogecable por los canales **[CONFIDENCIAL]** de su documento de 27 de septiembre (**[CONFIDENCIAL]**) se identifica exclusivamente con el precio total de estos canales abonado a DTS o se ha realizado una imputación del coste excluyendo, la parte correspondiente del contenido deportivo de esos canales. En caso de haber realizado algún tipo de imputación parcial del coste de estos canales, explique la metodología de cálculo utilizada.
- c) Explique y justifique si en la cantidad de **[CONFIDENCIAL]** que asciende a **[CONFIDENCIAL]** en el **[CONFIDENCIAL]**” **[CONFIDENCIAL]** de su escrito de 27 de septiembre, se recogen los costes totales que ha soportado TELEFÓNICA por la adquisición de eventos deportivos. Asimismo, especifique si en dicha cuantía se incluye el coste o una imputación del coste de los contenidos deportivos incluidos en los canales **[CONFIDENCIAL]**. En caso afirmativo, explique la metodología de cálculo utilizada