

**ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR WUAKI.tv, S.L.U., 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, EN EL CASO DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CATÁLOGOS DE PROGRAMAS**

**CNS/DTSA/452/17/WUAKI/PRESTADOR TEMÁTICO**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

D. Benigno Valdés Díaz

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

**Secretario de la Sala**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, 19 de septiembre de 2017

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 19 de septiembre de 2017, ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por WUAKI.tv, S.L.U. (en lo sucesivo WUAKI), 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, en el caso de los prestadores de servicios de catálogos de programas.

**I. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA**

Con fecha 1 de junio de 2017 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC un escrito de WUAKI, en el que solicita que se precise y aclare cómo debe de interpretarse el concepto de prestador temático en el caso de los prestadores de servicios de catálogos de programas, 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 5.3 párrafo séptimo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) y en los artículos 3.3 y 4.1 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 (Real

Decreto 988/2015), que desarrolla la obligación establecida por el artículo 5.3 de la LGCA.

WUAKI es un prestador de servicios de comunicación audiovisual. Los servicios que presta lo son a petición, es decir, ofrece la posibilidad de realizar el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición, sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio.

Opera, además, en 12 países diferentes, ofreciendo un servicio de catálogo en cada uno de estos países, si bien todos los servicios se encuentran sometidos a la jurisdicción española por tener su sede central en España y tomarse aquí las decisiones editoriales.

Según manifiesta WUAKI, los catálogos de todos sus servicios están compuestos por películas y series y en todos ellos, las películas representan más del 70% del catálogo. A modo de ejemplo, el servicio que WUAKI ofrece en España actualmente es de 4.800 películas y 82 series de televisión.

Teniendo en cuenta esta estructura del catálogo, plantea WUAKI la consulta de si puede acogerse a la opción prevista en el artículo 5.3 de la LGCA y del artículo 3.3 del Real Decreto 988/2015 y si, en consecuencia, puede dedicar el 5% de los ingresos de explotación obtenidos durante el año anterior a la producción de películas, sin que le sea de aplicación los requisitos del artículo 4.1 del Real Decreto.

## 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 WUAKI, 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 ejerce sus funciones.

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 Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, 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. Tampoco en esta Ley se incluía como sujetos obligados a financiación anticipada de la producción de obras audiovisuales europeas a los llamados prestadores de servicios de catálogos de programas, los cuales prestan servicios de comunicación audiovisual a petición.

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.

Respecto a los sujetos obligados, la LGCA establece en el párrafo noveno del artículo 5.3 que *“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”*.

Asimismo, 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 determinados tipos 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 miniseries 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.*

*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 española, y películas de producción independiente, según lo explicado más arriba).*

#### IV. OBJETO Y ANÁLISIS DE LA CONSULTA.

##### 1.- 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.”***

Por su parte, el Real Decreto 988/2015, en su labor de desarrollo de la obligación de financiación da un paso más para facilitar su cumplimiento, pues “... *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 miniserias 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. Además de esto, 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, permitiendo desgajar los ingresos de ese canal temático de los ingresos totales computables del prestador, a los efectos de calcular la obligación generada por el canal.

## **2.- Aplicación de la naturaleza temática a los prestadores de servicios de catálogos de programas.**

Sin embargo, tanto la LGCA como el Real Decreto 988/2015, para definir el carácter temático de un prestador, o incluso de un canal, se refieren a la emisión de un porcentaje de un determinado contenido (superior al 70%) en relación al tiempo total de emisión anual.

De la redacción de estos textos normativos, parece deducirse que el cálculo de los porcentajes de emisión de un determinado contenido sobre el tiempo de emisión anual se refiere a servicios de comunicación audiovisual de carácter

lineal o servicios televisivos tradicionales, y no a prestadores de servicios de catálogos de programas o servicios de comunicación a petición, en los cuales la unidad de medida no es el tiempo de emisión, sino el número de obras que conforman el catálogo y que se ponen a disposición de los usuarios o clientes.

A partir de aquí, cabe plantearse dos cuestiones:

- 1) ¿Se puede aplicar la naturaleza temática a los servicios de comunicación audiovisual a petición para que se puedan beneficiar de la flexibilidad contemplada en la ley en su cumplimiento de la obligación de financiación?
- 2) En caso afirmativo, ¿cuál debe ser el cómputo a realizar para considerar que un prestador de servicios de catálogo de programas es un prestador temático?

En relación a la primera cuestión, ha de señalarse que, conforme al artículo 5.3 de la LGCA *“también están sometidos a la obligación de financiación prevista en este artículo los prestadores (...) de servicios de catálogos de programas”* (en tanto que modalidad de “comunicación audiovisual a petición” conforme a la definición recogida en el artículo 2.16 de la LGCA).

Por otro lado, la posibilidad de flexibilización de aquella obligación de financiación se predica de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de carácter temático de forma genérica, sin concretar si afecta a todos ellos (los que prestan servicio de comunicación audiovisual de carácter lineal y a petición) o excluye a alguno de ellos en particular. Por ello, nada obsta para que a este tipo de prestador de servicios de comunicación audiovisual a petición no pueda atribuírsele naturaleza temática en base a la cual pudiera beneficiarse del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de obras de producción europea de igual manera que el resto de prestadores temáticos, puesto que, en ningún momento, se les excluye expresamente.

La otra cuestión a resolver versa sobre el sistema concreto de cuantificación de los contenidos que emite un prestador de servicios de catálogos de programas para que sea considerado temático. De conformidad con lo previsto en el artículo 5.3 de la LGCA, la constatación de que el prestador audiovisual emita en exclusiva o en un porcentaje superior al 70% de su tiempo total de emisión anual, un único tipo de contenidos (ya sean películas cinematográficas, series de televisión, producciones de animación o documentales), se refiere a los prestadores de carácter lineal, pues es evidente que el cómputo del tiempo de emisión es consustancial a este tipo de prestadores.

Por lo que se refiere, sin embargo, a los prestadores de catálogos de programas el cómputo ha de ser otro, y este no es otro que el catálogo en sí mismo. Véase, como ejemplo, el artículo 5.2, segundo párrafo de la LGCA,

donde a efectos de la reserva de cuota de obra europea, se establece que *“Los prestadores de un catálogo de programas deben reservar a obras europeas el 30% del catálogo”*.

Es decir, que a efectos de la consulta de WUAKI, para determinar si este es temático o no, se ha de computar si en cada ejercicio anual más del 70% de su catálogo está dedicado a algunas de las obras indicadas en la LGCA y en el Real Decreto 988/2015.

Podría surgir la duda, según lo expuesto por WUAKI, que afirma que su catálogo en España está compuesto por 4.800 películas y 82 series de televisión, de cómo se debería realizar el cómputo de las series dentro del catálogo para determinar el número total de obras y, a partir de aquí, calcular el porcentaje del 70% aplicable a un único tipo de contenido.

Por un lado se podría calcular cada serie en sí misma como una obra y, por otro, cabe la posibilidad de considerar cada capítulo de la serie como una obra computable dentro del catálogo. También cabe la posibilidad de efectuar el cómputo según la duración de todas las obras integrantes del catálogo. Sin embargo, este último sistema se ha de descartar por la complejidad de aplicación y dificultad de seguimiento y control, pues en este caso no solo hay que tener en cuenta la duración de cada una de las obras, sino también el número de días disponibles de cada obra dentro del catálogo en un período anual.

A los efectos de considerar computable la serie o el capítulo de cada serie es importante la definición de “catálogo de programas” incluida en el artículo 2.11 de la LGCA, según la cual es un *“conjunto de programas puestos a disposición del público, que elige el programa y el momento de su visión o su audición”*. Esta definición remite, a su vez, a la definición de programa, en cuyo apartado sexto, letra a) del mismo artículo se conceptúa el programa de televisión como *“conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituyen un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o de un catálogo de programas”* (subrayado añadido). Añade además este precepto que se califican en todo caso de programas de televisión los largometrajes y las series entre otros programas audiovisuales.

Así pues, a la hora de valorar cómo se cuantifican las series de televisión dentro del catálogo, ha de tenerse en cuenta, qué se entiende por programa de televisión. En concreto, en base a esta definición, para el caso particular de las series televisivas, y en el intento de equipararlas a las películas cinematográficas, se denominarían “obras”, no tanto las series en sí, como cada uno de los episodios que las conforman, en tanto que constituyen un contenido unitario e individualmente considerado dentro de la serie global, y dentro, a su vez, del catálogo en el que se incluyen.

Además, al igual que sucede en los prestadores lineales, donde el tiempo de emisión de los capítulos de las series se computan a la hora de cuantificar el tiempo total de emisión, en el supuesto de los prestadores de catálogo cada capítulo, se puede considerar como una obra audiovisual a los efectos del cómputo total de obras que componen dicho catálogo.

Finalmente, la opinión de ERGA (European Regulators Group for Audiovisual Media Services) sobre la propuesta de modificación de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual<sup>1</sup> (páginas 9 a 11) también va en el sentido de computar, en los catálogos de programas, cada capítulo de una serie como una obra individual, al menos a los efectos de verificar el cumplimiento de reserva de cuota de obra europea.

## V. CONCLUSIÓN

En conclusión, a la consulta planteada por WUAKI, se ha de indicar que a los efectos del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de la producción de obras audiovisuales europeas, la naturaleza temática contemplada en los artículos 5.3 de la LGCA y 3.3 del Real Decreto 988/2015 también es aplicable a los prestadores de servicios de catálogos de programas.

Asimismo, para verificar si un catálogo de programas es temático de conformidad con los artículos indicados, se ha de tener en cuenta el número de obras disponibles en el catálogo en un ejercicio anual. A estos efectos, cada capítulo o episodio de las series de televisión, tendrá la consideración de una obra individual.

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

---

<sup>1</sup> [http://erga-online.eu/wp-content/uploads/2016/10/Opinion\\_avmsd\\_0916.pdf](http://erga-online.eu/wp-content/uploads/2016/10/Opinion_avmsd_0916.pdf)