

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL PROCEDIMIENTO SOBRE EL CONTROL DE LA FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE LA PRODUCCIÓN DE OBRAS EUROPEAS, POR PARTE DE THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA S.L., 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 2016

FOE/D TSA/014/17/DISNEY

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 7 de noviembre de 2017

Visto el expediente relativo al procedimiento sobre el **control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas FOE/D TSA/014/17/DISNEY**, por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA S.L. y dirigido a comprobar el 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 2016**, 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 contribuir 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.

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 catálogos de programas.

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. - Sujeto obligado

THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA S.L., en adelante DISNEY, es responsable editorial de los canales de televisión de acceso condicional DISNEY JUNIOR y DISNEY XD, que se emiten en la modalidad de servicio de comunicación audiovisual de pago, sujetos a la referida obligación.

Tercero. - Declaración de THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA S.L.

Con fecha 31 de marzo de 2017 tuvo entrada el informe de cumplimiento, presentado por el representante de DISNEY, correspondiente a la obligación relativa al ejercicio 2016 de la inversión obligatoria para la financiación anticipada de películas cinematográficas y obras para televisión, europeas y españolas impuesta por la LGCA y desarrollada por el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de esta obligación.

El informe de cumplimiento presentado consta de los siguientes documentos:

- Formulario electrónico cumplimentado por la sociedad indicando la financiación efectuada.
- Copia de las cuentas anuales de DISNEY, correspondientes al ejercicio 2015, debidamente auditada por la firma auditora **[CONFIDENCIAL]**, con acreditación fehaciente de su depósito en el registro mercantil de Madrid el **[CONFIDENCIAL]**.

- Informe de Procedimientos Acordados realizado por la firma auditora **[CONFIDENCIAL]**
- Declaración de la apoderada de DISNEY en la que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 17 del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, se especifica que el cómputo de la financiación realizada en el ejercicio 2016 se ha calculado tomando como referencia el primer y último día de su ejercicio social, esto es, el 1 de octubre de 2015 y el 30 de septiembre de 2016. En virtud de esto se añade que, en la declaración correspondiente al ejercicio 2015, no se computó ningún contrato con fecha posterior al 30 de septiembre, evitando así cualquier posibilidad de doble cómputo.
- Declaración del Vicepresidente y Secretario del Consejo de Administración de la empresa **[CONFIDENCIAL]** con sede en Burbank, California, en el que se afirma que tanto **[CONFIDENCIAL]**. También declara que la inversión realizada en la obra **[CONFIDENCIAL]** no ha sido declarada por ninguna empresa que pertenezca al grupo de sociedades de DISNEY a los efectos de cumplir con la obligación de financiación de obra europea en otro estado de la UE.
- No se aporta copia de los contratos de ninguna obra.

Cuarto. - Requerimiento de información

En relación con dicha documentación, y con objeto de confirmar los datos incluidos en su relación de obras financiadas, se requirió el 21 de junio de 2017 a DISNEY la presentación de los contratos y fichas técnicas de las obras declaradas.

Quinto. - Respuesta de DISNEY al requerimiento de información

Con fecha 28 de junio de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito presentado por DISNEY en el que se aporta la documentación referida a las obras requeridas.

El transcurso del plazo de tiempo otorgado para contestar el requerimiento ha suspendido el plazo para resolver el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1 d) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP).

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

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 2 de agosto de 2017 y de conformidad con lo señalado en el

párrafo 11 del artículo 5.3 de la LGCA, se solicitó el correspondiente dictamen preceptivo al Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, en adelante ICAA.

El transcurso del plazo de tiempo otorgado para contestar el requerimiento ha suspendido el plazo para resolver el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1 a) de la LPACAP.

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

Con fecha 7 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC el dictamen preceptivo del ICAA, lo que supuso la reanudación del plazo del procedimiento. En el dictamen se señala su conformidad con lo recogido en el informe preliminar.

Octavo. - Informe preliminar

Con fecha 27 de septiembre de 2017, de conformidad con el artículo 82 de la LPAPAC, se notificó de manera telemática a DISNEY 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 y dirigido al cumplimiento de la obligación establecida por el art. 5.3 de la LGCA, relativa al ejercicio 2016. DISNEY tuvo acceso a la notificación el día 6 de octubre.

Noveno. - Alegaciones de DISNEY al Informe preliminar

Con fecha 13 de octubre de 2017 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DISNEY por el que presentaba las alegaciones al Informe preliminar de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual notificado el 27 de septiembre de 2017, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 de la LPAPAC, y al que DISNEY accedió el 6 de octubre.

Las alegaciones de DISNEY serán tratadas en el cuerpo de la presente Resolución.

Décimo.- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

Con fecha 25 de octubre de 2017, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo falló la sentencia **[CONFIDENCIAL]**, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por **[CONFIDENCIAL]** contra 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 europeas.

El fallo de esta sentencia supone la declaración de nulidad del artículo 6.3 del Real Decreto 988/2015, relativo al cómputo de los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos cuando su suma exceda el diez por ciento de total de ingresos de explotación del prestador del servicio.

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 LGCA.

En consecuencia, en aplicación de los anteriores preceptos, esta Comisión es el organismo competente para verificar el cumplimiento por parte de DISNEY 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. - Normativa aplicable

El presente procedimiento se rige por lo establecido en el artículo 5.3 de la LGCA y en 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 cuya entrada en vigor se produjo el día 8 de noviembre de 2015.

Tercero. - Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene como objeto determinar el cumplimiento de la obligación de financiación anticipada por parte del prestador del servicio de

comunicación audiovisual televisiva DISNEY, en el ejercicio 2016, según lo establecido en el artículo 5.3 de la LGCA y su normativa de desarrollo.

III.- VERIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN

Primera. - En relación con los ingresos declarados

Sobre la documentación aportada relativa a los ingresos del ejercicio contable 2015, se señala que DISNEY no ha procedido de manera similar al ejercicio pasado. Si bien la metodología utilizada, en términos generales, es adecuada, se deben realizar varias matizaciones respecto a los ingresos declarados por DISNEY en la partida de **[CONFIDENCIAL]**.

En la declaración se comprobó que DISNEY, en el IPA, al igual que en otros ejercicios, había desagregado los ingresos **[CONFIDENCIAL]**. Estos ingresos derivan de productos asociados a las emisiones, que son tanto **[CONFIDENCIAL]**, como todos los **[CONFIDENCIAL]**.

Hay que destacar que DISNEY ha llevado a cabo el cómputo de los ingresos de manera diferente a como lo había realizado en ejercicios anteriores. Si bien con anterioridad DISNEY aplicaba a los ingresos los **[CONFIDENCIAL]**, lo que minoraba las cantidades de éstos (cuestión que no fue admitida por la Sala de Supervisión Regulatoria), en el presente ejercicio no ha procedido de esta manera, computando en su totalidad dichos ingresos.

En aplicación del 6.3 del Real Decreto 988/2015¹, en su declaración DISNEY no los computa, dado que esta partida de derechos y regalías no superaba el 10% del total de ingresos.

No obstante, en sus alegaciones DISNEY manifiesta su disconformidad con esta forma de calcular el cómputo, independientemente de que el impacto sobre los ingresos finales computados sea nulo. Concretamente, y al igual que ha realizado en ejercicios precedentes, DISNEY alega que, a su entender, no debe computarse ingreso alguno por este concepto al referirse la LGCA únicamente a los ingresos de explotación correspondientes a canales.

Finalmente, el fallo judicial citado en el Antecedente décimo de la presente resolución², ha puesto fin a este debate, al considerar nulo de pleno derecho el artículo 6.3 del Real Decreto 988/2015.

¹ Art 6.3 del Real Decreto 988/2015 : “Los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos sólo se computarán en la medida en que la suma de dichos ingresos represente un porcentaje superior al diez por ciento del total de ingresos de explotación del prestador del servicio y en la cuantía que exceda de dicho porcentaje”.

² Sentencia del Tribunal Supremo **[CONFIDENCIAL]**.

La declaración de nulidad viene motivada por considerar que los ingresos **[CONFIDENCIAL]** se tratan de ingresos derivados de una actividad al margen de la explotación de los canales y sus contenidos audiovisuales. Por ello, considera el Alto Tribunal que deben entenderse expresamente excluidos del cómputo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 988/2015.

En este sentido, e independientemente de que los ingresos **[CONFIDENCIAL]** no hayan sido finalmente computados en el presente informe al encontrarse por debajo del 10% del total de ingresos, no habrían sido computados en ningún caso como consecuencia de la aplicación de la citada sentencia.

Finalmente, alega que las menciones realizadas en el punto segundo de "Antecedentes" del informe preliminar a los canales **[CONFIDENCIAL]** no deberían realizarse al tratarse de canales que, o bien dependen de otras compañías o bien han cesado en sus emisiones. Se admiten dichas consideraciones, por lo que ambas menciones han sido finalmente suprimidas al no estar estos canales sujetos a la obligación.

Segunda. - En relación con el carácter temático

De conformidad con los datos de medición comprobados por esta Comisión puede concluirse que este prestador es un sujeto obligado de carácter temático de animación ya que, en el año 2016, emitió más del 70% de sus contenidos de estas obras.

[CONFIDENCIAL]

Para determinar qué se considera **[CONFIDENCIAL]**, basta atender a la definición que recoge la propia LGCA en su artículo 2.21: "*La obra audiovisual formada por un conjunto de episodios de ficción, animación o documental con o sin título genérico común, destinada a ser emitida o radiodifundida por operadores de televisión de forma sucesiva y continuada, pudiendo cada episodio corresponder a una unidad narrativa o tener continuación en el episodio siguiente*".

Es decir, la definición **[CONFIDENCIAL]**. La consecuencia evidente para DISNEY de esta definición es que **[CONFIDENCIAL]**.

Dado que "Disney Junior" y "Disney XD" acumulan respectivamente en 2015 un **[CONFIDENCIAL]** y un **[CONFIDENCIAL]** de tiempo de emisión de series televisivas respecto del total de tiempo de emisión, incluyendo, como indica la LGCA, tanto series de imagen real como de animación, a su entender, DISNEY debería ser considerado prestador temático en series. Ello, sin perjuicio de que, también, pueda tener la consideración de prestador temático en producciones de animación, ya que "Disney Junior" suma un **[CONFIDENCIAL]** de emisión de este tipo de contenidos y "Disney XD" un **[CONFIDENCIAL]**.

A este respecto esta Sala debe señalar que con la aprobación del nuevo Real Decreto se ha querido primar la especificidad de la animación en las distintas emisiones, pues en el apartado segundo del artículo 3.3 se especifica que *“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.”*

Por tanto, no puede ser acogida la interpretación de DISNEY a este respecto y se mantiene su consideración de prestador temático en animación.

Tercera. - En relación con las obras declaradas

Se han detectado diversas cuestiones que requieren de un análisis detallado para poder ser tenidas en cuenta a los efectos de la presente obligación.

En primer lugar, DISNEY ha declarado **[CONFIDENCIAL]** en compra de derechos de la obra **[CONFIDENCIAL]**, a través de una adenda a un contrato celebrado con anterioridad, en la que se declara un sobrecoste que debe ser asumido por DISNEY. Sin embargo, en el contrato de adenda se aprecia lo siguiente en los apartados 1 a) y b):

[CONFIDENCIAL]

Como se observa, la adenda no especifica la cuantía exacta de **[CONFIDENCIAL]**, sino que establece unas cotas mínimas de inversión que no coinciden con la cantidad declarada.

Para aclarar esta situación DISNEY ha aportado los siguientes documentos:

- La Adenda de 14 de septiembre de 2016, que acredita que la cantidad total comprometida ascendió a una inversión total de **[CONFIDENCIAL]**.
- El Contrato de distribución cinematográfica para **[CONFIDENCIAL]** (antes provisionalmente llamada **[CONFIDENCIAL]**) de fecha 15 de diciembre de 2014. En él DISNEY se comprometía a una inversión mínima de **[CONFIDENCIAL]**.
- La Adenda al anterior contrato de fecha 15 de enero de 2015 por la que DISNEY incrementaba su compromiso de inversión en **[CONFIDENCIAL]**.

En consecuencia, la cantidad a imputar en el ejercicio 2016, es la diferencia entre la inversión global y las cantidades invertidas por **[CONFIDENCIAL]**, por lo que la cantidad declarada puede considerarse correcta.

En segundo lugar, DISNEY ha declarado dos cuantías separadas en la compra de derechos de la obra **[CONFIDENCIAL]**, concretamente **[CONFIDENCIAL]**. Tras leer el contrato, se aprecia que la cifra de **[CONFIDENCIAL]** aparece correctamente reflejada en la página tres del contrato, por lo que se ha computado de manera adecuada.

Sin embargo, la cifra de **[CONFIDENCIAL]** correspondiente a **[CONFIDENCIAL]** se recoge en la página 31 del contrato en los siguientes términos:

[CONFIDENCIAL]

Como se observa en el literal anterior, la cantidad de **[CONFIDENCIAL]** es “aproximada”. En este sentido y, a tenor de lo que indica el art. 15.2 f) del Real Decreto 988/2015, es necesario que los contratos reflejen “*Los importes correspondientes a la participación directa en la producción, en el caso de producción propia, encargo de producción, coproducción o mera aportación financiera, así como las relativas a la adquisición de derechos de explotación*”, no siendo por ende aceptables las aproximaciones.

En aras a facilitar que esta inversión pueda finalmente ser tenida en cuenta, se requirió a DISNEY para que aportara los documentos necesarios que acrediten las cantidades que han sido objeto de inversión, o, que demuestren que la cantidad final invertida es, al menos, no inferior a la que figura en la declaración.

Finalmente, el 12 de septiembre de 2017 DISNEY remitió la Adenda al contrato con fecha de 15 de junio de 2016 en la que se especificaba que:

- Los gastos de la campaña de promoción de la obra ascendían a **[CONFIDENCIAL]** en los medios propios de DISNEY, y a no menos de **[CONFIDENCIAL]**.
- Los gastos de impresión de 400 copias de la obra ascendían a no menos de **[CONFIDENCIAL]**.

Con estas cifras se da por correcta la cantidad declarada de **[CONFIDENCIAL]**.

En tercer lugar, la cuantía de la inversión declarada por la obra **[CONFIDENCIAL]** asciende a **[CONFIDENCIAL]**. En el contrato, fechado el 25 de febrero de 2016, se aprecia en la cuantía declarada asciende a **[CONFIDENCIAL]**. Según la Resolución de 25 de febrero del Banco de España, publicada en el BOE, el tipo de cambio oficial a dicha fecha era el siguiente: 1 euro = 0,7892 libras esterlinas. Aplicando este porcentaje a la cuantía en libras esterlinas declarada en el contrato, se aprecia que la inversión

final asciende a **[CONFIDENCIAL]**, por lo que se procederá a corregir la diferencia.

IV.- FINANCIACIÓN REALIZADA EN EL EJERCICIO

A continuación, se presenta la inversión realizada por DISNEY, el cumplimiento de la obligación, los resultados correspondientes al ejercicio anterior 2015, así como la posible aplicación de los mismos a la luz de lo dispuesto en el artículo 21 del Real Decreto 988/2015.

Primera. - En relación con la inversión realizada por DISNEY

DISNEY declara haber realizado una inversión total de 5.057.387,00 € en el ejercicio 2016, que no coincide con la cifra computada según se desglosa en el siguiente cuadro:

| Capítulo de clasificación | Financiación Declarada | Financiación Computable |
|---|------------------------|-------------------------|
| 1. Películas cinematográficas en lengua española durante fase de producción | 1.245.000,00 € | 1.245.000,00 € |
| 11. Series de TV europeas durante la fase de producción | 3.812.387,00 € | 3.756.297,51 € |
| TOTAL | 5.057.387,00 € | 5.001.297,51 € |

Segundo. - Cumplimiento de la obligación

Una vez realizada la revisión y verificación de la declaración realizada por DISNEY, y considerando que este prestador es temático en su conjunto, el cumplimiento de la obligación en el ejercicio 2016 resultante es el siguiente:

Ingresos del año 2015

- Ingresos declarados y computados18.001.700,00 €

Financiación computable en obra europea

- Financiación total obligatoria900.085,00 €
- Financiación computada5.001.297,51 €
- **Excedente**.....**4.101.212,51 €**

Tercera. - Respecto a la aplicación del excedente

El artículo 21 del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre (BOE del 7 de noviembre) establece que: “Una parte de la financiación realizada durante un

ejercicio podrá aplicarse al cumplimiento de la obligación en el ejercicio siguiente o en el inmediatamente anterior, siempre y cuando en dichos ejercicios hubiera déficit y la financiación realizada a considerar en el ejercicio distinto del de aplicación no supere el cuarenta por ciento de la obligación de financiación que corresponda al ejercicio en que se aplique". DISNEY no solicitó expresamente en su escrito de declaración la aplicación de los excedentes reconocidos en el ejercicio anterior al presente ejercicio analizado. Además de ello, el resultado en el ejercicio 2016 no arroja resultados deficitarios.

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 párrafo tercero, del 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 invertir en obra europea del Ejercicio 2016, THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA S.L. **ha dado cumplimiento** a la obligación, presentando un **excedente de 4.101.212,51 €**

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.