

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

FOE/D TSA/009/17/MULTICANAL

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/009/17/MULTICANAL, por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva MULTICANAL IBERIA S.L.U. 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 apartado 3, del artículo 5, 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 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 de la obligación

MULTICANAL IBERIA S.L.U. (en adelante, MULTICANAL) es un prestador de servicios de comunicación audiovisual que ostenta la dirección editorial de un total de doce canales de televisión de acceso condicional, estando sometidos a esta obligación los canales XTRM, ODISEA, NATURA, DARK y PANDA.

El canal NATURA cesó sus emisiones en fecha 1 de abril de 2016 por lo que no estará sometido a la obligación en el próximo ejercicio 2017.

El canal DARK procede de una mera redenominación del antiguo canal BUZZ con efecto en fecha 31 de octubre de 2016, sin que quede afectada la temática o antigüedad de las obras emitidas.

En canal SUNDANCE TV es de titularidad de MULTICANAL desde fecha 1 de enero de 2016, por lo que, aun emitiendo contenidos sujetos a la obligación durante el año 2016, no generó ingresos en el ejercicio anterior, por lo que no queda sujeto a la obligación en el presente ejercicio, pero sí lo estará en el próximo ejercicio.

Tercero. - Declaración de MULTICANAL IBERIA S.L.U.

Con fecha 30 de marzo de 2017 tuvo entrada el informe de cumplimiento, presentado por el representante de MULTICANAL, 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.
- Informe de la apoderada de MULTICANAL 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 lo siguiente:
 - o Que el Informe de Procedimientos Acordados en el que se describe el desglose de los ingresos será aportado tan pronto como se disponga de él¹.
 - o Que, a juicio de MULTICANAL, existen determinados argumentos de carácter jurídico que permiten defender que podría resultar no aplicable a MULTICANAL la obligación del art. 5.3 de la LGCA. A tal efecto, se da por reproducido en el presente ejercicio el contenido de los escritos de alegaciones presentados en este sentido en ejercicios precedentes.
- Copia de las cuentas anuales de MULTICANAL, correspondientes al ejercicio 2015, debidamente auditada por la firma auditora **[CONFIDENCIAL]**, con acreditación fehaciente de su depósito en el registro mercantil de Madrid con número **[CONFIDENCIAL]**.
- Certificado del Director de Asesoría Jurídica del grupo AMC Networks Inc., por el que describe la estructura de las entidades que conforman el grupo AMC Networks dentro del cual se encuentra Multicanal Iberia S.L.U.
- Documento de la empresa de medición de audiencias **[CONFIDENCIAL]** en el que se certifica que los canales DARK, NATURA, ODISEA, PANDA, SUNDANCE TV y XTRM han dedicado más del 70% del tiempo de emisión total a un único contenido, de la manera que se describe a continuación:
 - o Los canales XTRM, SUNDANCE TV y DARK han superado durante el ejercicio 2016 en emisión de películas cinematográficas el 70% del tiempo de emisión total.

¹ Finalmente, el IPA fue aportado con fecha 2 de junio de 2017, realizado por la firma auditora **[CONFIDENCIAL]**.

- Los canales ODISEA y NATURA han superado durante el ejercicio 2015 en emisión de documentales el 70% del tiempo de emisión total.
- El canal PANDA ha superado durante el ejercicio 2015 en emisión de programas de animación el 70% del tiempo de emisión total.
- Copia de los contratos de las siguientes obras declaradas:
 - **[CONFIDENCIAL]**
 - **[CONFIDENCIAL]**

Cuarto. - Requerimiento de información

En relación con la documentación citada en el apartado tercero, y con objeto de confirmar los datos incluidos en su relación de obras financiadas, se requirió el 20 de junio a MULTICANAL, la presentación de copia para el visionado de las dos obras declaradas.

Quinto. - Respuesta al requerimiento de información

Con fecha 29 de junio tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito presentado por MULTICANAL en el que se ha aportado el enlace al sistema streaming PIX a través del cual se podía visionar la siguiente obra:

- **[CONFIDENCIAL]**

Respecto a la obra **[CONFIDENCIAL]**, MULTICANAL declaró que se encontraba en fase temprana de producción, por lo que no era posible aportarla. No obstante, se comprometió a aportar copia para el visionado una vez finalizara su producción.

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 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 d) 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 LPACAP, se notificó de manera telemática a MULTICANAL 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. MULTICANAL tuvo acceso a la notificación el día 28 de septiembre de 2017.

Noveno. - Alegaciones de MULTICANAL al Informe preliminar

MULTICANAL no ha presentado alegaciones al informe preliminar en el trámite de audiencia concedido.

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 MULTICANAL 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 MULTICANAL, 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. - Sobre la no aplicación de la obligación a MULTICANAL

En su escrito de alegaciones MULTICANAL, como ha realizado en ejercicios anteriores, sostiene la inaplicación de la obligación del artículo 5.3.

Resumiendo, MULTICANAL entiende que no está sujeto a la obligación dado que a su entender sólo es referido a los titulares de canales en abierto y no a los de pago o acceso condicional. Asimismo, sostiene que dicha obligación choca con el espíritu de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, al imponérsele dicha obligación sólo a un tipo de agentes que no sobrepasan el umbral de tolerancia de audiencia recogido por las Guidence de la CE en relación con la obligación de emisión de obra europea (Revised Guidelines for Monitoring the Application of Articles 16 and 17 of the Audiovisual Media Services (AVMS) Directive)².

A este respecto, dado que estas alegaciones han sido desestimadas en ejercicios anteriores, conviene destacar que recientemente ha acaecido

² <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/revised-guidelines-monitoring-application-articles-16-and-17-audiovisual-media-services-avms>

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio de 2016³ donde, recogiendo fallo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 2009 (asunto C-222/07) y del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016, se concluye la conformidad con la Directiva, así como la legalidad y constitucionalidad de la obligación. Por lo que se deben desestimar, como se ha venido haciendo, las alegaciones de MULTICANAL siendo clara su sujeción a la citada obligación dado que es un prestador audiovisual con responsabilidad editorial de sobre sus canales, de conformidad con el artículo 2.1 de la LGCA.

Por último, en relación con el umbral de tolerancia referido por MULTICANAL, cabe señalar que dicho umbral está previsto por la recomendación de la Comisión Europea como criterio que puede exonerar a los prestadores en relación con la obligación de emisión de obras europea; pero no sobre las posibles obligaciones de financiación de obra europea que puedan tener los Estados, como es la obligación aquí analizada. Además, cada Estado Miembro debe decidir su aplicabilidad y el legislador español al no hacer referencia a los umbrales de audiencia en la LGCA, optó por su no incorporación. De hecho, el reciente Real Decreto 988/2015 mantiene esta idea ya que su artículo 3.4 establece que la *“obligación de contribuir anualmente a la financiación anticipada de obra europea es independiente del porcentaje de tiempo que el canal dedique a la emisión de los previstos en la letra d) del apartado segundo, así como de la audiencia del canal.”*

Así, de conformidad con todo lo anterior se debe concluir la sujeción de MULTICANAL a la obligación establecida en el artículo 5.3 de la LGCA.

Segunda. - En relación con los ingresos declarados

Analizando los documentos contables presentados, se comprueba que MULTICANAL ha computado correctamente los ingresos derivados de la programación y explotación de sus canales durante el ejercicio contable 2015.

Tercera. - Carácter temático

Por lo que se refiere al carácter temático declarado por el prestador, se da por confirmado dicho carácter en base a las mediciones de sus emisiones realizadas por esta Comisión en el ejercicio 2016. Concretamente, se declara temático en los siguientes contenidos:

- Los canales XTREM y DARK son declarados temáticos en obras cinematográficas.

³ Accesible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7738323&links=%22104%2F2004%22%20%221665%2F2016%22&optimize=20160718&publiinterface=true>

- Los canales ODISEA y NATURA son declarados temáticos en documentales.
- El canal PANDA es declarado temático en animación.

A tenor del artículo 5.3 de la LGCA, el prestador que emita en exclusiva o en un porcentaje superior al 70% de su tiempo total de emisión anual un único tipo de contenidos, siendo estas películas cinematográficas, series, producciones de animación o documentales, podrán materializar la obligación invirtiendo únicamente en este tipo de contenidos.

Cuarta. - En relación con las obras declaradas

Se han detectado diversas cuestiones que deben citarse para, por un lado, matizar los datos considerados en relación con la inversión y, por otro lado, porque requieren una explicación adicional por parte de MULTICANAL para poder ser tenidas en cuenta a los efectos de la presente obligación.

En concreto, a continuación se analizarán las siguientes cuestiones: i) la relación entre el sujeto obligado y la entidad inversora; ii) la naturaleza de las obras declaradas y; iii) las inversiones realizadas por las empresas distribuidoras.

i) Sobre la relación entre MULTICANAL y la entidad inversora.

Al igual que sucedió en el ejercicio pasado, se observa que los contratos han sido suscritos por otra empresa del grupo AMC Networks Inc. Concretamente por **[CONFIDENCIAL]**. Por ello, tal y como se acreditó en el ejercicio 2015, MULTICANAL aporta un certificado del Director de la Asesoría Jurídica del grupo AMC Networks Inc., donde se especifica que todas las empresas mencionadas forman parte del grupo y consolidan sus cuentas anuales junto a las del resto de entidades pertenecientes al grupo.

Del mismo modo, MULTICANAL aporta copia del organigrama empresarial que acredita la dependencia de esta empresa respecto al grupo mencionado.

De esta forma, se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 9.2 del Real Decreto 988/2015 en relación con el cómputo de la financiación realizada por empresas productoras del grupo de sociedades al que pertenece MULTICANAL.

ii) Sobre la naturaleza de determinadas obras

Como se ha explicado en el apartado sexto de “Antecedentes”, MULTICANAL no ha podido aportar copia de visionado de la obra **[CONFIDENCIAL]** al encontrarse ésta en una etapa temprana de producción. Tal como se suele obrar en estos casos, se acepta de manera provisional su naturaleza temática como serie, a falta de su verificación en cuanto sea posible.

iii) Sobre las inversiones realizadas a empresas distribuidoras

En relación con la obra **[CONFIDENCIAL]**, la documentación aportada por MULTICANAL acredita que el contrato se ha celebrado con la empresa distribuidora **[CONFIDENCIAL]**.

No obstante, a tenor del artículo 10.3 c) del Real Decreto, solo se acepta la inversión en una empresa distribuidora si ésta posee el carácter de independiente reflejado en el artículo 4, letra ñ) de la Ley 55/2007 del 28 de diciembre.

En el presente caso, al tratarse de una empresa extranjera no es posible esta verificación por parte del ICAA. Por ello se solicitó a MULTICANAL que aportase la documentación acreditativa necesaria que verificase que la empresa distribuidora **[CONFIDENCIAL]** es una distribuidora independiente según el artículo citado anteriormente. Al no dar respuesta satisfactoria en las alegaciones al informe preliminar, esta obra no podrá ser computada como parte de la inversión.

IV.- FINANCIACIÓN REALIZADA EN EL EJERCICIO

A continuación, se presenta la inversión realizada por MULTICANAL, 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, al que se ha acogido de manera expresa MULTICANAL.

Primera. - En relación con la inversión realizada por MULTICANAL

MULTICANAL declara haber realizado una inversión total de 15.948.960,00 € en el ejercicio 2016, que no coincide con la cifra computada por esta CNMC según se desglosa en el siguiente cuadro:

| Capítulo de clasificación | Financiación Declarada | Financiación Computable |
|---|------------------------|-------------------------|
| 5. Series de televisión europeas, durante la fase de producción | 15.948.960,00 € | 4.275.360,00 € |
| TOTAL | 15.948.960,00 € | 4.275.360,00 € |

Segunda. - Cumplimiento de la obligación

Una vez realizada la revisión y verificación de la declaración realizada por MULTICANAL, y considerando que este prestador es temático en su conjunto de conformidad con el párrafo 7 del artículo 5.3 de la LGCA, el cumplimiento de la obligación en el ejercicio 2016 resultante es el siguiente:

Ingresos del año 2015

- Ingresos declarados y computados10.534.675,00 €

Financiación computable en obra europea

- Financiación total obligatoria526.733,75 €
- Financiación computada4.275.360,00 €
- **Excedente****3.748.626,25 €**

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*”. MULTICANAL solicitó expresamente en su escrito de declaración la aplicación de los excedentes reconocidos en el ejercicio anterior al presente ejercicio analizado, sin embargo, al no arrojar en éste resultados deficitarios, no es posible el ejercicio de la compensación.

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 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 la financiación anticipada de películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación europeos en el Ejercicio 2016, MULTICANAL IBERIA S.L.U. **ha dado cumplimiento a la obligación, generando un excedente de 3.748.626,25 €**

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.