

**ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR FUBO TV SPAIN, S.L. EN RELACIÓN CON EL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL**

**CNS/DTSA/075/21/FUBO**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidente**

D. Ángel Torres Torres

**Consejeros**

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez

**Secretario**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 9 de septiembre de 2021

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 9 de septiembre de 2021, ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por el prestador de comunicación audiovisual FUBO TV SPAIN, S.L. (en adelante, Fubo TV), en relación con el alcance de las obligaciones contenidas en el artículo 31 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual

**I. ANTECEDENTES**

Con fecha 3 de noviembre de 2020 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de la entidad Fubo TV, a través del cual solicita a la CNMC una interpretación respecto de los conceptos de “canales principales” y “contraprestación económica” subsumidos en el artículo 31.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA).

**II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL**

**Primero. - Habilitación competencial.**

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley CNMC) “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*”

*supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de 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, la CNMC es el organismo competente, en cuanto autoridad reguladora, para conocer del escrito remitido por Fubo TV, al circunscribirse el mismo al ámbito interpretativo y de aplicación del artículo 31 de la LGCA y su normativa de desarrollo, ámbito sobre el que esta Comisión despliega sus funciones en el sector audiovisual, resolviendo los conflictos que pudieran suscitarse, de acuerdo con el artículo 12.1.e) de la Ley CNMC.

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. MARCO JURÍDICO APLICABLE**

El artículo 31 de la LGCA, dedicado a *la explotación de redes de comunicación electrónica y servicios de comunicación audiovisual*, dispone lo siguiente:

- “1. Los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas garantizarán el derecho de acceso a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y productores independientes de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre telecomunicaciones y las capacidades técnicas de su red.*
- 2. Igualmente, los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas garantizarán la posibilidad técnica de transmitir imagen y sonido en condiciones que permitan una interactividad efectiva.*
- 3. Por su parte, y con el objeto de garantizar el mantenimiento del pluralismo informativo y audiovisual, la Corporación de Radio y Televisión Española garantizará la cesión de sus canales de radio y televisión a los prestadores de los servicios de difusión de televisión por cable, por satélite y por protocolo de Internet (IPTV), sin contraprestación económica entre las partes.*

*Asimismo, los licenciarios de los servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal facilitarán la cesión de sus canales principales de televisión en abierto, previa negociación para fijar la contraprestación económica acordada entre las partes.*

4. *Los prestadores del servicio de comunicación electrónica podrán serlo también de comunicaciones audiovisuales, estando sometidos a la presente Ley en cuanto prestadores de este servicio.”*

Las estipulaciones contempladas en este artículo están en conexión directa con las obligaciones denominadas *must carry* y *must offer*. El *must carry* se refiere tradicionalmente a la obligación que tienen los operadores de televisión mediante acceso condicional, de incluir en las señales que transmiten a sus suscriptores los canales de televisión en abierto, siempre que los titulares de dichos canales lo hubieran solicitado. Por otro lado, la obligación de tipo *must offer* se refiere a la imposición a las cadenas de televisión en abierto de la obligación de otorgar un paquete de contenidos que incluye sus señales a todos los operadores de televisión en acceso condicional que así lo soliciten. Se puede señalar que el *must offer* es la obligación correlativa al *must carry*, es decir, el *must offer* se refiere a la obligación a cargo de los titulares de los canales de televisión en abierto de ofrecer sus señales de televisión a todas las plataformas difusoras codificadas o en acceso condicional que lo soliciten.

En relación con el alcance de la obligación *must offer*, esta Sala de Supervisión Regulatoria ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, parámetros que serán tenidos en cuenta a la hora de responder a la presente consulta<sup>1</sup>.

#### **IV. ANÁLISIS DE LA CONSULTA**

En su escrito de consulta Fubo TV pone de manifiesto que, desde el año 2018, viene negociando con Mediaset la adquisición de una licencia para poder incluir en el servicio que ofrece a sus abonados todos los canales de titularidad de este prestador (Telecinco, Cuatro, Factoría de Ficción, Boing, Divinity, Energy y Bemad).

En cuanto al tipo de explotación que pretende dar a los citados canales, la entidad consultante afirma que, además del derecho de retransmisión lineal, en el seno de estas negociaciones se han venido incluyendo funcionalidades adicionales a esta, como son, *“la grabación privada de los contenidos o Personal*

---

<sup>1</sup> Acuerdo, de 11 de febrero de 2016, por el que se da contestación a la consulta formulada por la CRTVE en relación al alcance de las obligaciones contenidas en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual. CNS/DTSA/018/15.

Acuerdo, de 2 de febrero de 2017, por el que se da contestación a la consulta formulada por EL Gobierno de Navarra sobre las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual en iniciativas de extensión de la cobertura de la televisión digital. CNS/DTSA/234/16.

Acuerdo, de 1 de febrero de 2018, por el que se da contestación a la consulta formulada por la CRTVE en relación con la cesión de canales a otros prestadores. CNS/DTSA/825/17.

*Video Recording (PVR) así como el visionado de los contenidos ya emitidos a través de la tecnología conocida como Reverse-EPG”.*

Fubo TV considera que, en el marco de las citadas negociaciones, Mediaset le ha venido exigiendo unas cantidades que se sitúan fuera de los precios de mercado, lo que resulta contrario al espíritu del artículo 31.3 de la LGCA. Afirma el prestador que este precepto tiene una finalidad de manifiesto interés público, y debe considerarse como un instrumento facilitador del acceso a los ciudadanos a una pluralidad informativa y audiovisual, y no como una base legal para regular una transacción comercial privada.

En este contexto, Fubo TV solicita a la CNMC que interprete los conceptos de “canales principales” y “contraprestación económica” subsumidos en el artículo 31.3 de la LGCA.

En relación con el concepto de canales principales incorporado por la LGCA, la entidad consultante defiende que este término debería incluir a todos los canales que ofrece el operador de televisión en abierto y, en el caso de exceptuarse algunos, tal exclusión sólo debería afectar a aquellos canales que sean de alcance reducido o muy minoritario por estar destinados a un público perteneciente a un segmento poblacional muy concreto y no al público general.

En relación con esta cuestión, esta Comisión ha venido manteniendo que la obligación de *must offer* establecida en el artículo 31.3 de la LGCA impone de manera clara una obligación de acceso a la señal de televisión de los licenciarios de servicios de comunicación audiovisual a favor de los prestadores de servicios de difusión a través de distintas tecnologías. Sin embargo, de la lectura del citado artículo 31.3 de la LGCA, se infiere que el legislador ha querido diferenciar entre aquellas obligaciones que debe asumir el prestador público, obligado a ceder la totalidad de sus canales, de aquellas que deben ser asumidas por los licenciarios de los servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal, quienes deberán ceder exclusivamente aquellos canales considerados como principales.

A la luz de lo dispuesto en el precepto aludido, para el caso que nos ocupa esta Comisión debe considerar que la obligación impuesta a Mediaset no abarca la totalidad de sus canales en abierto como interpreta el consultante, sino exclusivamente a aquellos canales considerados principales.

En cuanto al criterio que ha de ser aplicado para la determinación de un canal como principal, la LGCA no aporta ninguna regla al respecto, más allá del fin último perseguido por la propia obligación, que no es otro que el de *“garantizar el mantenimiento del pluralismo informativo y audiovisual”*. A este respecto, el hecho de que en la actualidad los diferentes licenciarios para prestar servicios de comunicación audiovisual televisiva en abierto cuenten con un número

distinto de canales<sup>2</sup>, conlleva necesariamente que la determinación de los canales principales se haya de realizar caso por caso, teniendo en cuenta las particularidades propias de cada licenciatario. De no alcanzar las partes un acuerdo sobre estos términos, y de conformidad con lo previsto en el artículo 12.1.e) de la Ley CNMC, estas podrán interponer un conflicto ante esta Comisión para su determinación.

Por otro lado, cabe indicar que la obligación *must offer* también puede plantear dudas sobre el alcance de la cesión del canal, es decir, si la obligación de cesión lo es para retransmitir únicamente la señal lineal del canal o canales afectados o si, por el contrario, esta cesión faculta a los operadores a ofrecer los contenidos del canal mediante servicios de acceso o explotación diferentes, es decir, si permitiría una explotación no lineal de los mismos.

Esta cuestión ya fue resuelta por esta Comisión en lo que respecta a los canales de CRTVE mediante Resolución de 11 de febrero de 2016 por la que se da contestación a la consulta formulada por la CRTVE en relación alcance de las obligaciones contenidas en el artículo 31 de la Ley Audiovisual. En esta Resolución se concluía que *“tanto el objeto y finalidad de la cesión de los canales de la CRTVE, especificados en el inciso inicial del artículo 31.1 de la LGCA (asegurar el mantenimiento del pluralismo informativo y audiovisual), como por los destinatarios del beneficio implícito a la garantía de esta cesión, el alcance objetivo de la misma se ha de limitar a la retransmisión de la señal lineal de los canales cedidos por CRTVE, justificándose este alcance en el fin perseguido por la norma y en la ausencia de contraprestación económica entre las partes, señalada por la LGCA”*.

En el caso de los demás licenciatarios, la LGCA sí que prevé que exista una contraprestación económica acordada entre las partes, lo cual no obsta para que, a juicio de esta Comisión, la obligación de cesión de los canales privados haya de entenderse igualmente limitada a su emisión lineal, dado que el objetivo que persigue la propia norma también resulta de aplicación.

En relación con la contraprestación económica, cabe sostener que aquella que pudiera alcanzarse en el seno de una negociación basada en la mera cesión de la retransmisión de la señal de uno o varios canales privados, no tendrá porqué ser equiparable a aquella cuantía que pudiera negociarse cuando las partes convengan una extensión de la explotación o comercialización de los mismos.

Respecto a la fijación de esta contraprestación económica, el consultante defiende que esta cesión de canales no es libre, sino que se configura como una

---

<sup>2</sup> Mediaset 7 canales (Telecinco, FDF, Boeing, Telecinco HD, Cuatro, Divinity, Energy, Be Mad, Cuatro HD), Atresmedia 6 canales (Antena 3, Neox, Nova, Atreseries, La Sexta, Mega), Net Televisión 2 canales (Disney Channel, Paramount Channel), Veo Televisión 2 canales (Gol, Dmax), 13 Televisión 1 canal (13 TV), Radio Blanca 1 canal (Dkiss), Central Broadcaster Media 1 canal (Ten) y Real Madrid Televisión 1 canal (Real Madrid TV).

obligación legal que pesa sobre el licenciataria del servicio de comunicación audiovisual. En su opinión, la fijación abusiva del importe a pagar por parte del operador de televisión en abierto en unos niveles excesivamente elevados vaciaría de contenido dicha obligación y crearía de facto una obligación no deseada por el legislador para el operador de acceso condicional.

A este respecto cabe indicar que, teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa el acuerdo que se ha venido negociando entre Fubo TV y Mediaset se circunscribe a todos los canales de este último prestador, así como que la explotación que se pretende hacer de los mismos excede de la mera retransmisión lineal, esta Comisión entiende que la citada negociación excede del ámbito de las obligaciones encuadradas en el artículo 31.3 de la LGCA.

Conforme a lo expuesto, la Sala de Supervisión Regulatoria considera que en el presente caso no pesa sobre Mediaset la obligación legal fijada en el artículo 31.3 de la LGCA de alcanzar un acuerdo en los términos que, según ha puesto de manifiesto Fubo TV, se viene negociando. No obstante, nada impediría que estos prestadores, de forma voluntaria, pudieran alcanzar un acuerdo en los términos descritos, en cuyo caso las condiciones económicas deberán fijarse libremente por las partes implicadas.

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