

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ARCHIVA EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A FUBO TV SPAIN, S.L. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 59.1 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

SNC/DTSA/091/21/FUBO

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 14 de octubre de 2021

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y las demás actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adopta la presente Resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Periodo de información previa IFPA/DTSA/037/21

Con el fin de conocer las circunstancias concretas de la aplicación de la obligación de financiación anticipada de obra audiovisual europea (en adelante, obligación FOE), del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA) al prestador de servicios de comunicación audiovisual FUBO TV SPAIN, S.L. (en adelante, FUBO), de conformidad con los artículos 9 y 28 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), con fecha 19 de mayo de 2021 se inició la tramitación de un periodo de información previa número IFPA/DTSA/037/21.

SEGUNDO.- Requerimiento de información y reitero

En el marco del citado periodo de información previa, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) realizó el 21 de mayo de 2021 un requerimiento de información a FUBO, para que, en el plazo de diez días contados desde la notificación, remitiera a esta Comisión todos los datos correspondientes a la obligación del año 2020 respecto de los siguientes puntos:

- Informe de declaración en relación con la obligación FOE en el año 2020, acreditando la cifra de ingresos computables de 2019 y, en su caso, señalando si desea acogerse al artículo 22 del Real Decreto FOE, por ser la obligación de financiación igual o inferior a los 200.000 euros.
- Alternativamente, su deseo de acogerse a la posibilidad de presentar el informe de declaración con posterioridad al 1 de abril de 2021, en caso de que su ejercicio social no coincidiera con el año natural, teniendo en cuenta que el prestador tendría tres meses desde el cierre del ejercicio con el límite del 31 de julio de 2021.
- Alternativamente, acreditación de no estar sujeto a la obligación.

La DTSA comprobó que la notificación telemática había sido puesta a disposición del contacto señalado por el prestador al darse de alta en el Registro Estatal de Prestadores de servicios de comunicación audiovisual y que no accedió al contenido de la notificación en el plazo de los 10 días siguientes al de la puesta a disposición.

Una vez concluido el plazo para la remisión de la información solicitada sin haber recibido respuesta, y por ser necesario para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución relativa al procedimiento que se está instruyendo por la CNMC, se le reiteró el requerimiento de información mediante escrito de la DTSA de fecha 21 de junio de 2021, para que aportara, de conformidad con el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y artículo 28 de la LCNMC, la información que ya le fue solicitada en el requerimiento previo, en el plazo de 10 días contados desde la notificación.

Dicho plazo transcurrió sin haberse recibido respuesta por parte de este prestador y sin que éste haya accedido a su contenido.

TERCERO.- Incoación del procedimiento sancionador

Con fecha 21 de julio de 2021, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador número SNC/DTSA/091/21, al entender que FUBO había podido

cometer la infracción tipificada en el artículo 59.1 de la LGCA por no haber atendido al requerimiento de información indicado en los apartados anteriores.

El día 22 de julio de 2021 se puso a disposición del prestador la notificación del acuerdo de incoación en la sede electrónica de la CNMC, concediéndole un plazo de 10 días para la presentación de las alegaciones, documentos e informaciones y propuestas de pruebas, en su caso. Dicho plazo transcurrió sin que el prestador haya accedido a la notificación, por lo que se cursó la notificación al domicilio que consta en el Registro Estatal de Prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.2 del Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, aprobado por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, esta primera notificación se practicó también por correo ordinario y mediante anuncio en la web de la CNMC: (i) El 28 de julio de 2021, Correos procedió a notificar el acuerdo en la dirección de destino.; y (ii) el 12 de agosto de 2021 se publicó también en la página web de la CNMC en Internet el 12 de agosto de 2021.

CUARTO.- Alegaciones de FUBO

El 6 de septiembre de 2021, FUBO presentó un escrito de alegaciones, mediante correo electrónico, en el cual manifiesta lo siguiente:

- Que, en ningún caso, ha sido intención de la empresa faltar a sus obligaciones de colaborar con la CNMC.
- Que la falta de contestación al requerimiento de información se debió al desconocimiento de la filial española de la notificación, pues, erróneamente, se dieron de alta en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual, los datos de la empresa central norteamericana y los de su Director General.
- Que, en breve, dará cumplimiento al requerimiento de información y procederá a la modificación de los datos que figuran en el Registro.

Mediante nuevo escrito de 13 de septiembre de 2021, FUBO TV respondió a las cuestiones planteadas por la CNMV en su requerimiento de información, manifestando, sucintamente, las características de los servicios que presta y alegando que, a su entender, no está sujeta a la obligación FOE establecida en el artículo 5.3 de la LGCA ya que no tiene responsabilidad editorial sobre los canales y catálogos de programas de terceros que difunde.

QUINTO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

El 9 de septiembre de 2021 le fue notificado a FUBO la propuesta de resolución proponiendo el cierre y archivo del procedimiento sancionador, y se le otorgó un plazo para alegaciones de 10 días.

FUBO no ha realizado alegaciones a la propuesta de resolución.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la CNMC para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para tramitar y resolver el presente procedimiento se establecen en el artículo 29.1 de la LCNMC, que señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la LGCA.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la LCNMC y en la LGCA, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LPAC y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP).

Según el artículo 29.2 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”. En consecuencia y atendiendo a lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC.

Respecto de la legislación aplicable, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en las ya citadas LCNMC, LGCA, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por lo dispuesto en la LPAC, LRJSP y demás normas de aplicación.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si FUBO infringió el régimen contenido en el artículo 59.1 de la LGCA, al no haber dado respuesta al requerimiento de información de la CNMC de fecha 19 de mayo de 2021, ni a su reiteración de fecha 21 de junio de 2021.

TERCERO.- Análisis de los hechos y de las alegaciones de FUBO

El artículo 5.3 de la LGCA establece que *“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 [...] También están obligados a la 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 [...] El control y seguimiento de las obligaciones contenidas en este punto corresponderá al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, previo dictamen preceptivo del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, y sin perjuicio de sus competencias en el ámbito de la industria cinematográfica. Reglamentariamente se establecerán el procedimiento, los mecanismos de cómputo y la información que podrá recabarse de los operadores [...]”*.

La LCNMC establece en su artículo 9 que esta Comisión *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual. 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 la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.[...]*”

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 (en adelante, Real Decreto FOE) establece en su artículo 14 el plazo para la presentación de la declaración de financiación de obra europea, siendo éste con carácter general antes del día 1 de abril de 2021 (a no ser que el ejercicio social no coincida con el año natural, lo que alarga el plazo para presentar la declaración hasta el 31 de julio).

A la vista de lo dispuesto en los preceptos citados, no habiendo recibido de FUBO el citado informe de declaración de la obligación FOE del año 2020, ni notificación relativa a que su ejercicio social no coincida con el año natural, o acreditación de no estar sujeto a esta obligación, esta Comisión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 de la LPAC, procedió a abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias concretas de la aplicación de la obligación FOE a este prestado. Así, se requirió al operador que aportase determinada información sobre su actividad, a fin de poder tener un mayor conocimiento de las circunstancias del caso. Dicho requerimiento de información, practicado el 21 de mayo de 2021 y reiterado el 22 de junio de 2021,

no fue contestado por el operador, lo cual dio lugar a la incoación del presente procedimiento sancionador.

No obstante lo anterior, en el trámite de audiencia FUBO: (i) ha alegado que la falta de respuesta al requerimiento de información se ha debido a un error administrativo interno, sin intencionalidad; (ii) ha dado cumplimiento al requerimiento facilitando la información solicitada sobre los servicios prestados, de difusión de canales y catálogos de programas en abierto y de acceso condicional de terceros, sin responsabilidad editorial sobre el contenido de los mismos; y (iii) ha alegado que, a su entender, no está sujeta a la obligación de contribuir 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 establecida en el artículo 5.3 de la LGCA, ya que no tiene responsabilidad editorial sobre los citados canales y catálogos de programas de terceros que difunde.

A la vista de todo lo anterior hay que señalar que formalmente FUBO no habría cumplido en plazo la obligación de actualización de los datos inscritos en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual, según se dispone en los artículos 19 y 20 del Real Decreto 847/2015, de 28 de septiembre, que regula dicho registro y el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad; y que ello no le eximiría de atender los requerimientos de información de esta Comisión, dada su condición de sujeto obligado a recibir las notificaciones electrónicas (artículo 14 de la LPAC), lo que entraría dentro de los requisitos del tipo infractor establecido en el artículo 59.1 de la LGCA.

Sin embargo, sentado lo anterior hay que tener en cuenta que: (i) una vez que FUBO ha accedido a las notificaciones, ha explicado las razones del retraso en la contestación al requerimiento de información, y ha procedido a regularizar su situación aportando voluntariamente los datos requeridos, no se aprecia un ánimo infractor en el operador; y (ii) del análisis de los citados datos y de sus alegaciones

se desprende que el citado operador no estaría sujeto a la obligación FOE ni a presentar el informe de declaración establecido en el artículo 14 del Real Decreto FOE, ya que no cumple uno de los requisitos establecidos en el artículo 3.2c) del citado Real Decreto FOE para estar obligado a ello (tener la responsabilidad editorial sobre los canales y catálogos de programas que difunde).

En definitiva, tras la instrucción del presente procedimiento cabe concluir que no existen elementos de juicio suficientes para imputar a FUBO la comisión de la infracción del artículo 59.1 de la LGCA. Por lo tanto, resulta procedente archivar el presente procedimiento sancionador.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar concluso el presente procedimiento sancionador incoado al prestador de servicios de comunicación audiovisual FUBO TV SPAIN, S.L., y proceder al archivo de las actuaciones.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado. haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y que contra ella podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.