

RESOLUCIÓN RELATIVA AL PROCEDIMIENTO SOBRE EL CONTROL DE LA FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE LA PRODUCCIÓN DE OBRAS EUROPEAS, POR PARTE DE DIGITAL CORNUCOPIA S.L., 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 2020

(FOE/DTSA/027/21)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 10 de febrero de 2021

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución relativa al procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas FOE/DTSA/027/21/DIGITAL CORNUCOPIA, por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva DIGITAL CORNUCOPIA S.L. 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 2020.

I. ANTECEDENTES

1. 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, (en adelante, LGCA), que traspone la Directiva 2010/13/UE 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.

2. Sujeto obligado

DIGITAL CORNUCOPIA S.L. (en adelante, DIGITAL CORNUCOPIA) es un prestador de servicios de comunicación audiovisual responsable editorial del servicio lineal ALL FLAMENCO y del servicio de vídeo bajo demanda del mismo nombre.

3. Declaración de DIGITAL CORNUCOPIA

Con fecha 31 de mayo de 2021, tuvo entrada en el registro de esta Comisión el informe de cumplimiento, correspondiente a la obligación relativa al ejercicio 2020 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 (en adelante Real decreto 988/2015), por el que se regula el régimen jurídico de esta obligación. Dicho informe de cumplimiento fue aportado en el marco de las diligencias previas realizadas en el periodo de solicitud de información del IFPA/DTSA/029/21 DIGITAL CORNUCOPIA, S.L.

El informe de cumplimiento presentado consta de los siguientes documentos:

- Formulario electrónico cumplimentado por la sociedad indicando los ingresos obtenidos y la financiación efectuada.
- Copia de la cuenta de explotación de DIGITAL CORNUCOPIA, S.L., donde se recogen las cantidades acumuladas desde su apertura hasta diciembre de 2019.
- Respuesta al requerimiento de información formulado en el IFPA/DTSA/029/21 DIGITAL CORNUCOPIA, S.L.
- Detalle de la programación emitida en 2020 por DIGITAL CORNUCOPIA, tanto en su servicio lineal como de vídeo bajo demanda.

4. Petición de Dictamen al Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 15 de octubre de 2021 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

5. Alegaciones y solicitud de aplicación del artículo 22 el RD 988/2015

Haciendo uso del derecho que el artículo 53.1.e) de la LPACAP otorga a los interesados para formular alegaciones en cualquier fase del procedimiento

anterior al trámite de audiencia, con fecha 14 de noviembre de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC el escrito del prestador en el que alega que debería tener la consideración de prestador temático, así como de reconsiderar la computabilidad de las obras declaradas en el cumplimiento de las obligaciones de financiación de obra europea en el ejercicio 2020. Subsidiariamente a esto, el prestador solicita acogerse al derecho a acumular la cuantía de la obligación a futuros ejercicios que recoge el artículo 22 del RD 988/2015. Las alegaciones se tratarán en el cuerpo de la resolución.

6. Dictamen del Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales

Con fecha 7 de enero de 2022 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.

7. Concentración de trámites: audiencia y confidencialidad

Con fecha de 26 de enero de 2022, tal y como permite el artículo 72.1 de la LPACAP en relación al artículo 82 de la misma norma, se notificó de manera telemática al prestador 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 2020, que causaba la apertura del trámite de audiencia. Junto a este, también se anexaron las instrucciones necesarias para solicitar la confidencialidad de la información presente en el informe.

8. Alegaciones de DIGITAL CORNUCOPIA al Informe preliminar

Con fecha 2 de febrero de 2022 tuvo entrada en el Registro de a CNMC el escrito de alegaciones presentado por DIGITAL CORNUCOPIA al contenido del informe preliminar. El contenido del mismo se tratará en el cuerpo de la resolución.

El prestador no ha emitido solicitud alguna de confidencialidad sobre ninguno de los aspectos del informe preliminar.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. 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 DIGITAL CORNUCOPIA 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.

2. Normativa aplicable

El presente procedimiento se rige por lo establecido en el Real Decreto 988/2015 por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas.

3. 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 DIGITAL CORNUCOPIA, en el ejercicio 2020, según lo establecido en el artículo 5.3 de la LGCA y su normativa de desarrollo.

III. VERIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN

1. En relación con los ingresos declarados

Analizando los documentos contables presentados, se comprueba que DIGITAL CORNUCOPIA ha computado correctamente los ingresos derivados de la programación y explotación de los canales que comercializa durante el ejercicio contable 2019.

2. Carácter temático

Originalmente, y a raíz del escrito de alegaciones de 14 de noviembre de 2021, en el informe preliminar se había considerado a DIGITAL CORNUCOPIA como temático en documentales.

Sin embargo, en su escrito de alegaciones de fecha de 2 de febrero de 2022, DIGITAL CORNUCOPIA manifiesta su desacuerdo con la calificación de prestador temático en documentales que se le reconoce en el informe preliminar y solicita que se le considere temático en musicales, por ser el principal contenido de los servicios que ofrece.

Para considerar esta cuestión, es necesario hacer referencia al párrafo 7º del artículo 5.3 de la LGCA:

*“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.**”*

También es necesario hacer referencia al artículo 3.3 del RD 988/2015, donde se detallan elementos adicionales de esta característica, así como las consecuencias de no acogerse a la misma:

*“3. 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 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.”

En primer lugar, es necesario recordar que la aplicación del carácter temático a un prestador es voluntaria. DIGITAL CORNUCOPIA solicitó expresamente acogerse a la misma en su escrito de alegaciones del 14 de noviembre de 2021, en donde manifiesta explícitamente en su punto III. “(...). *En consecuencia, ALL FLAMENCO (servicio de DIGITAL CORNUCOPIA) debería quedar exento de la obligación de financiación de ningún otro tipo de obras audiovisuales europeas que no sean de carácter exclusivamente documental ya que no forman parte de su programación*”. Esta declaración se aceptó y se incorporó al informe preliminar reconociendo la condición de prestador temático en documentales.

Esta primera solicitud contrasta con la contenida en el escrito de alegaciones de fecha 2 de febrero de 2020, en donde el prestador señala que “*En consecuencia, DIGITAL CORNUCOPIA NO se declara temático de documentales, según se indica en el Capítulo III Segunda del Informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, sino MUSICAL.*”

Al respecto de esta última declaración, se debe considerar desestimada por cuanto los artículos anteriormente citados recogen que las únicas obras computables a efectos de analizar el carácter temático de un prestador son “***un único tipo de contenidos, siendo éstos películas cinematográficas, series de televisión, producciones de animación o documentales***”. En la medida que las obras musicales no forman parte de ninguno de estos tipos de contenidos a efectos de analizar dicha cuestión, se debe desestimar esta solicitud.

En cuanto a la solicitud originaria, de considerar al prestador temático únicamente en documentales, es necesario señalar que el prestador añade en el punto II de su escrito de alegaciones de fecha 2 de febrero de 2022 que “*Esta naturaleza temática se acredita en la documentación aportada en la declaración, que refleja que la presencia de títulos de carácter documental o cinematográfico fue absolutamente excepcional en 2020, tanto en el servicio de catálogo de programas como del canal lineal, representando el 2,4% en el servicio de vídeo bajo demanda, y un 0,2% en el canal de televisión (medido en términos de minutos totales de emisión).*”

Tras verificar que las emisiones del prestador no alcanzan el 70% del tiempo total de emisión anual de acuerdo con los artículos anteriormente mencionados, tampoco es posible aceptar el carácter de prestador temático de documentales.

Por lo tanto, dado que el prestador no puede adquirir la condición de prestador temático a la vista de los datos de sus emisiones, deberá cumplir todos los requisitos de la obligación de financiación previstos en las letras a), b), c) y d) del artículo 4.1 del RD 988/2015.

3. En relación a las inversiones declaradas

Se han revisado tanto las inversiones declaradas como las inversiones realizadas por DIGITAL CORNUCOPIA en 2020 y se ha comprobado que en este caso se trata de una financiación directa a la producción de la obra FLAMENCO DE BADAJOZ y una compra de derechos de la obra LA NUEVA ERA DEL FLAMENCO.

Sin embargo, es necesario señalar que la obra FLAMENCO DE BADAJOZ no figura en el depósito de películas del ICAA ni tiene certificado de nacionalidad de obra española o europea, por lo que, al no ser obra europea y siguiendo así lo dispuesto en el artículo 2.1 del RD 988/2015, no es posible computarla a efectos del cumplimiento de la obligación.

Asimismo, la obra LA NUEVA ERA DEL FLAMENCO figura haber recibido el certificado de calificación el 20 de diciembre de 2018 bajo el género de documental. Por lo tanto, al no cumplir los plazos establecidos en el artículo 10.4 del RD 988/2015 y no tener la consideración de película cinematográfica, no es posible computarla en el cumplimiento de las distintas obligaciones previstas en la normativa para el ejercicio 2020.

IV. FINANCIACIÓN REALIZADA EN EL EJERCICIO

A continuación, se presenta la inversión realizada por DIGITAL CORNUCOPIA, el cumplimiento de la obligación, los resultados correspondientes al ejercicio 2020, así como la posible aplicación de los mismos a la luz de lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto 988/2015, al que se ha acogido de manera expresa DIGITAL CORNUCOPIA.

1. En relación con la inversión realizada por DIGITAL CORNUCOPIA

DIGITAL CORNUCOPIA declara haber realizado una inversión total de 26.215,62 € en el ejercicio 2020, que no coincide con la cifra computada por lo señalado anteriormente, según se desglosa en el siguiente cuadro:

Capítulo de clasificación	Financiación Declarada	Financiación Computable
2. Películas cinematográficas en lenguas oficiales en España con posterioridad a la fase de producción	26.215,62 €	0,00 €
TOTAL	26.215,62 €	0,00 €

2. Cumplimiento de la obligación

Una vez realizada la revisión y verificación de la declaración realizada por DIGITAL CORNUCOPIA, el cumplimiento de la obligación en el ejercicio 2020 resultante es el siguiente:

Ingresos del año 2019

- Ingresos declarados y computados 200.569,77 €

Financiación computable en obra europea

- Financiación total obligatoria 10.028,49 €
- Financiación computada 0,00 €
- **Déficit..... 10.028,49 €**

3. Respecto a la aplicación del artículo 22 del Real Decreto 988/2015

En la medida de que la financiación declarada por DIGITAL CORNUCOPIA no ha podido ser considerada computable por no concurrir alguno de los requisitos establecidos por la normativa, cabe realizar una última consideración. Y es que el prestador, mediante el escrito de fecha 14 de noviembre de 2021, realizó la solicitud subsidiaria de acogerse al derecho que otorga el artículo 22 del RD 988/2015.

En cuanto a los documentos contables presentados, en concreto la Cuenta de Explotación correspondiente al ejercicio 2019, se comprueba que DIGITAL

CORNUCOPIA ha declarado 200.569,77 € como importe neto de la cifra de negocios.

En este sentido, para el ejercicio 2020, DIGITAL CORNUCOPIA está obligada a invertir el 5 por ciento de dichos ingresos en producción de obra europea, lo que arroja un importe de 10.028,49 €, desglosados tal y como se recoge en el apartado anterior.

Según el artículo 22 del Real Decreto 988/2015:

“1. Los prestadores obligados cuya aplicación del porcentaje fijado a los ingresos computables dé lugar a una obligación de financiación de importe igual o inferior a doscientos mil euros, podrán optar por realizar la financiación en ese ejercicio, o bien acumular dicha cantidad al ejercicio siguiente

2. El prestador obligado señalará expresamente en el informe de declaración previsto en el artículo 14 su intención de acogerse a lo dispuesto en el apartado anterior”.

Por ello, tal y como DIGITAL CORNUCOPIA ha solicitado y, dado que la cantidad resultante de la obligación es inferior al umbral de 200.000 € fijado en la normativa, se cumplen los requisitos del artículo 22 del Real Decreto 988/2015 para poder acumular la obligación de financiación al próximo ejercicio.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO. - Conceder a DIGITAL CORNUCOPIA, S.L. su petición de acogerse al artículo 22 del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre y acumular la cantidad de 10.028,49 € del ejercicio 2020 al ejercicio 2021, en lo relativo a su obligación prevista en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, 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.

SEGUNDO. – Se desestima la solicitud del prestador de que se le declare temático, conforme a lo señalado en el párrafo 7º del apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector audiovisual 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.