

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR 13TV S.A.U., EN RELACIÓN A LA FORMA DE CUMPLIMIENTO Y EXENCIONES DE LA OBLIGACIÓN DE FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE OBRA AUDIOVISUAL EUROPEA

EXPEDIENTE CONSULTA FOE SOBRE CUMPLIMIENTO Y EXENCIONES DE 13 TV S.A.U.

(CNS/DTSA/670/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D.^a María Ortiz Aguilar

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 6 de julio de 2023

La Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición expresada, ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por la Asociación de 13TV S.A.U. (en lo sucesivo 13TV).

I. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

Se ha recibido en la CNMC escrito de 13TV con fecha de registro de entrada 20 de abril de 2023, en el que se plantean varias cuestiones en relación a las obligaciones y exenciones contempladas en la sección 3.^a del capítulo III del título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA, en adelante).

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley CNMC, en lo sucesivo), señala que *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual”*. Y en el apartado décimo de dicho artículo se prevé que, en particular, ejercerá las siguientes funciones:

“10. Controlar y supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de ámbito estatal, de conformidad con el título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.”

En relación con este, el artículo 120.1 de la LGCA señala lo siguiente:

“1. El control y seguimiento de las obligaciones contenidas en el presente capítulo corresponderá a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal y de los prestadores establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea que dirigen sus servicios a España, previo dictamen preceptivo del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales”

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 supervisora, para conocer del escrito remitido por 13TV, al circunscribirse el mismo al ámbito interpretativo y de aplicación de la sección 3.^a del capítulo III del título VI de la LGCA y su normativa de desarrollo, ámbito sobre el que esta Comisión despliega sus funciones en el sector audiovisual.

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 Y ANÁLISIS DE LA CONSULTA

La consulta tiene por objeto la interpretación de los artículos 117.2, 117.3, 119.2 y 119.4 de la LGCA. En concreto, se plantean las siguientes preguntas (los números son nuestros):

1.- *“Por los motivos expuestos, esta parte desearía consultar a esta comisión su interpretación sobre si, atendiendo al tenor literal de la LGCA, podría computarse para la obligación de financiación de obra audiovisual europea cualquier obra audiovisual europea que estuviera terminada con independencia de su fecha de fin de producción, al no existir en esta fase transitoria disposición alguna que restrinja o limite dicha posibilidad.”*

2.- *“Por lo anterior, esta parte solicita a esta Comisión una valoración sobre su posible exención en el cumplimiento de la obligación de financiación, atendiendo a su situación particular y única en el mercado de la televisión en abierto, al menos de forma transitoria hasta la aprobación del reglamento que desarrolle la obligación y concrete el régimen de exenciones planteado, (...).”*

En relación con la segunda cuestión, 13TV plantea además las siguientes posibilidades:

2.1.- En cuanto a la exención por bajo volumen de negocios:

2.1.1.- Si el hecho de que un prestador hubiera tenido pérdidas en el ejercicio anterior al de la obligación alteraría el régimen de aplicación de la misma, ya sea vía exención o flexibilización.

2.1.2.- Si pudiera considerarse que los primeros 10 millones de ingresos computables quedarán exentos para evitar el “efecto escalón” que se puede producir.

2.2.- En cuanto a la exención por baja audiencia:

2.2.1.- Que el límite de la cuota de audiencia se debería establecer en 2,5% para determinar la exención, en vez del 2% que establece la DT 5 de la LGCA.

2.2.2.- Que en la exención por baja audiencia, la referencia a la audiencia en los servicios lineales se considerase desde la cuota del mercado publicitario y no desde la mera cuota de audiencia del servicio por cuanto no hay una equivalencia directa entre ingresos publicitarios y audiencia.

2.3.- Si haberse encontrado no sujeto a la obligación en virtud del artículo 5.3. de la Ley 7/2010 como en el artículo 3.2. d) del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre (Real Decreto 988/2015, en lo sucesivo) puede alterar su calificación como prestador no exento.

1. – Sobre el cómputo de cualquier obra audiovisual europea que estuviera terminada con independencia de su fecha de fin de producción para la obligación de financiación de obra audiovisual europea

Comenzando con la primera cuestión planteada (punto 1), la interpretación que el prestador realiza es correcta. Tal y como se señala en el Acuerdo sobre criterios interpretativos de las obligaciones en materia de promoción de obra europea contempladas en la Ley General de Comunicación Audiovisual¹, en tanto en cuanto no se apruebe un nuevo reglamento de desarrollo de la LGCA, se procede a entender que no operan las limitaciones temporales y de cuantía del artículo 10.4 del Real Decreto 988/2015. En consecuencia, son computables las adquisiciones de derechos de obras terminadas con independencia de su fecha de fin de producción.

2.- Sobre la posible exención en el cumplimiento de la obligación de financiación atendiendo a la situación particular del prestador en el mercado de la televisión en abierto

2.1 En cuanto a la exención por bajo volumen de negocios

Entrando a la segunda cuestión planteada (punto 2), al respecto de lo señalado en el punto 2.1., de si un prestador sujeto a la obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales europeas que hubiera tenido pérdidas en el ejercicio social previo al de la obligación puede acogerse a algún mecanismo de flexibilización, la respuesta debe venir dada por los apartados 4 y 5 del artículo 21 del Real Decreto 988/2015, que señalan lo siguiente:

“4. Excepcionalmente, en aquellos casos en que el prestador obligado hubiera tenido en un ejercicio concreto pérdidas contablemente auditadas y únicamente existiera déficit de cumplimiento, deberá cumplir con la obligación de financiación en el ejercicio siguiente al menos en un cincuenta por ciento del cómputo global pudiendo compensar el resto durante los dos ejercicios siguientes.

5. El prestador obligado no podrá volver a hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior aunque en los ejercicios siguientes también

¹ [UMB/DTSA/001/23](#)

sufriera pérdidas en tanto no haya sido totalmente recuperada la financiación del primer ejercicio.”

Por lo tanto, se debe responder afirmativamente a la cuestión planteada; un prestador obligado con pérdidas en el ejercicio social previo al del cumplimiento de la obligación puede flexibilizar el cumplimiento de la obligación.

En este sentido, si las pérdidas fueran contablemente auditadas y hubiera invertido al menos un cincuenta por ciento de la obligación de financiación en el ejercicio siguiente, podrá compensar el cincuenta por ciento restante en los dos años posteriores. Y ello, teniendo en cuenta que no podrá hacer uso nuevamente de la posibilidad que prevé el artículo 21.4 del Real Decreto 988/2015 hasta que haya cumplido con la totalidad de la inversión prevista en el primer ejercicio.

Al respecto de lo señalado en el punto 2.1.2., solo es posible señalar que si se hubiera pretendido que los primeros diez millones de ingresos computables de la obligación quedasen exentos, el legislador lo habría previsto así en la LGCA; por cuanto esta posibilidad no se ha planteado así, esta Comisión no puede dar una respuesta afirmativa a este planteamiento.

2.2.- En cuanto a la exención por baja audiencia

Comenzando con los puntos 2.2., al respecto del 2.2.1., en donde se señala que la exención por baja audiencia debería operar en el 2,5% en vez de en el 2% que recoge la DT 5ª de la LGCA, esta Comisión tampoco puede indicar nada distinto a lo que ya contempla la DT 5ª de la LGCA.

Entrando al punto 2.2.2., acerca de qué componentes debería tener el cálculo de la cuota de audiencia, es necesario señalar que la interpretación a realizar debe venir dada necesariamente por la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2020, por la que recoge las Directrices en virtud del artículo 13, apartado 7, de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual relativas al cálculo de la proporción de obras europeas en los catálogos a petición y a la definición de «baja audiencia» y «bajo volumen de negocios».

Si bien es cierto que en la Comunicación se recoge que *“las orientaciones establecidas en la presente sección se entienden sin perjuicio de la libertad del Estado miembro destinatario de establecer diferentes límites a escala nacional aplicables a los prestadores sujetos a su jurisdicción.”*, la DT 5ª de la LGCA reza como sigue (el resaltado es propio):

Disposición transitoria quinta. Régimen transitorio de la obligación de promoción de obra audiovisual europea.

(...).

3. **En tanto no entre en vigor la normativa de desarrollo** correspondiente a esta obligación, se entenderá por baja audiencia aquella inferior al dos por ciento en el caso de los servicios de comunicación audiovisual lineal, y la inferior al uno por ciento en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición **conforme a lo establecido en la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2020, por la que se establecen Directrices en virtud del artículo 13, apartado 7, de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual relativas al cálculo de la proporción de obras europeas en los catálogos a petición y a la definición de «baja audiencia» y «bajo volumen de negocios».**

En consecuencia, a no ser que el reglamento de desarrollo establezca algo distinto, el límite para considerar la exención por baja audiencia se mantendrá en el dos por ciento para los servicios lineales, calculado conforme a lo que señala el punto 4.2 de la Comunicación, esto es, conforme al porcentaje de audiencia diario calculado para el año de referencia de conformidad con la práctica habitual en la industria nacional².

2.3.- En cuanto a la continuidad de la no sujeción del prestador a la obligación de financiación en virtud del artículo 5.3. de la Ley 7/2010

Acabando con el último punto del análisis, el 2.3., se plantea si un prestador de servicios de comunicación audiovisual nacional que no hubiera estado sujeto a la obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales europeas en los términos que indicaba el artículo 5.3 de la LGCA 7/2010 debería estar obligado a cumplir con las obligaciones que señala la LGCA 13/2022.

Al no haber una referencia en la LGCA a esta concreta situación, un prestador de servicios de comunicación audiovisual que no estuviera sujeto a la obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales europeas bajo el régimen establecido en el artículo 5.3 de la LGCA 7/2010, que a su vez no pueda acogerse a las exenciones por baja audiencia ni por bajo volumen de negocios de conformidad con lo señalado en el artículo 117.2 en relación con la DT 5ª de la LGCA 7/2022, está obligado a cumplir con las obligaciones de la LGCA 13/2022 aunque los servicios de comunicación audiovisual que se encuentra prestando no hayan sufrido ninguna alteración significativa respecto de los que se prestaran durante la vigencia de la LGCA 7/2010.

² También pueden verse las “*Revised guidelines for monitoring the application of Articles 16 and 17 of the Audiovisual and Media Services (AVMS) Directive*” (Directrices revisadas para el control de la aplicación de los artículos 16 y 17 de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual), Doc CC AVMSD (2011) 2, p. 3.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto anteriormente, se debe contestar afirmativamente a lo preguntado en los puntos 1. y 2.1.1., en los términos señalados. Asimismo, se debe contestar en sentido negativo a los puntos 2.1.2, 2.2 y 2.3.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, notifíquese a 13TV S.A.U. por ser interesado y publíquese en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (www.cnmc.es).