

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR LA CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA EN RELACIÓN AL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

CNS/D TSA/018/15/CRTVE

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 11 de febrero de 2016

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 11 de febrero de 2016, ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por la CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA (en adelante CRTVE), en relación al alcance de las obligaciones contenidas en el artículo 31 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en lo sucesivo LGCA).

I. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA.

Con fecha 25 de noviembre de 2015 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC un escrito de CRTVE, en el que solicita de este organismo diversos criterios interpretativos en referencia al alcance (tanto objetivo como subjetivo) de las obligaciones contenidas en el artículo 31 de la LGCA.

En este artículo, y por lo que se refiere a CRTVE, se regula en su apartado tercero la obligación de garantizar 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 alguna.

En cumplimiento de esta disposición CRTVE facilita la conexión a sus señales lineales a operadores tales como Telefónica, ONO, VODAFONE y otros. Sin embargo, según expone CRTVE en su escrito, en la actualidad diversos operadores de pago están facilitando a sus clientes servicios de valor añadido utilizando para tal finalidad las emisiones lineales de los canales de CRTVE, de modo que algunos de dichos contenidos son fraccionados y extraídos de su mera retransmisión lineal, ofreciéndose por estos prestadores a sus abonados para su acceso mediante diferentes modalidades, como podrían ser de manera individualizada por programas o franjas, en diferido, con posibilidad de grabación y posterior visionado, etc.

Según CRTVE, esta utilización de los contenidos que emite originariamente está provocando la paradoja de que los mencionados operadores están ofreciendo servicios a sus clientes que implican una disponibilidad de derechos de explotación que la propia Corporación no tiene para las emisiones que hace en sus propios medios¹. CRTVE manifiesta que se están planteando bastantes reclamaciones en este sentido por parte de los titulares de los contenidos audiovisuales cedidos a la Corporación, los cuales consideran que la cesión de derechos contratada no incluye los servicios o facultades de explotación que se ofrecen a sus clientes por los operadores de pago. De hecho, se está reclamando a CRTVE por unos servicios que realmente no presta.

CRTVE pide aclaración sobre las siguientes cuestiones:

1) EL artículo 31 de la LGCA, ¿faculta a los operadores a comercializar y ofrecer a sus usuarios los contenidos entregados por la Corporación RTVE, mediante distintos servicios de acceso o explotación diferentes a la mera retransmisión de la señal lineal cedida por esta Corporación? O en caso contrario, ¿se ha extralimitado por parte de algunos operadores, en estos supuestos, el alcance objetivo más lógico que cabe dar al mandato legal citado?

2) En consecuencia con lo anterior, ¿estaría facultada la Corporación RTVE a negociar con los operadores la cesión de derechos sobre los contenidos de sus cadenas, cuando el servicio ofrecido por el operador exceda de la mera retransmisión lineal de la señal, fijando en cada caso la contraprestación económica correspondiente?

¹ El artículo 7.1 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española prohíbe la obtención de ingresos derivados del acceso condicional.

3) *¿Cuál sería el criterio para delimitar el alcance subjetivo de los beneficiarios de la citada cesión legal, especialmente en lo referido aquellos prestadores de los servicios de difusión de televisión por protocolo de Internet (IPTV)? ¿Cabe acudir a algún tipo de registro o habilitación administrativa previa para constatar la virtualidad o idoneidad del pretendido operador que requiera la señal?*

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual”*.

Asimismo, 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 con lo indicado, la CNMC es un organismo competente, en cuanto autoridad consultiva, para responder a la consulta formulada por CRTVE, al circunscribirse la misma 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.

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 A LA CONSULTA.

La consulta de CRTVE se circunscribe a la interpretación que se ha de dar al alcance, tanto de carácter objetivo como subjetivo, de las obligaciones que le conciernen en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la LGCA, en particular en su apartado tercero. Este artículo, 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 licenciatarios 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 el apartado tercero están en conexión directa con las obligaciones denominadas *must carry-must offer*. El *must carry* se refiere tradicionalmente a la obligación que tienen los operadores de televisión mediante acceso condicional (por cable o satélite), 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.

Como precedente inmediato, el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, imponía en su disposición transitoria primera a los titulares de los servicios de difusión televisiva por cable la obligación de transmitir determinados canales generalistas de televisión públicos y privados, hasta el cese definitivo de las emisiones de televisión con tecnología analógica.

La citada disposición transitoria primera fue anulada por Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2009, en los recursos contencioso administrativos 54/2006 y 66/2006, interpuestos respectivamente por SOGECABLE, S.A. y SES ASTRA, S.A.

En efecto, el Tribunal Supremo acordó anular dicha disposición al considerar que la obligación *must carry* prevista en el precepto derogado es una obligación cuya necesidad no fue adecuadamente justificada, siendo tecnológicamente no neutral. Por otro lado, se trataba de una obligación que, con independencia de su finalidad, implica una ventaja competitiva y articulaba un mecanismo forzoso de arbitraje para la emisión de señales que, de no imponerse a todos los servicios de difusión, no únicamente a los difusores por cable, se configuraría

como una obligación competitivamente discriminatoria para la tecnología no obligada a ella.

De manera más reciente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones regula en su disposición adicional séptima determinadas obligaciones de transmisión condicionadas a la aprobación de un real decreto.

Así, en su apartado cuarto establece que *“Mediante real decreto aprobado por el Consejo de Ministros **podrán imponerse**, como obligaciones de servicio público, **exigencias razonables de transmisión de determinados canales de programas de radio y televisión**, así como exigencias de transmisión de servicios complementarios para posibilitar el acceso adecuado de los usuarios con discapacidad, a los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público, si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión, cuando resulte necesario para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y de forma proporcionada, transparente y periódicamente revisable”*.

Hasta la fecha actual, la aprobación del real decreto mencionado no ha tenido lugar.

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.

La importancia de las obligaciones *must carry* y *must offer* radica en garantizar que las señales de televisión en abierto, al tratarse de concesiones o licencias públicas que se otorgan respecto de un bien de dominio público (el espectro radioeléctrico), lleguen a todos los suscriptores de servicios de televisión en acceso condicional, independientemente del operador con que se contrate, de tal manera que no se creen ventajas competitivas si un operador de acceso condicional transmite estos canales en abierto respecto a otros a los que no se les haya otorgado la autorización para transmitirlos. En este caso, los usuarios de los servicios de estos últimos operadores tendrían que desconectar o desactivar el servicio de televisión en acceso condicional cada vez que quisieran recibir las señales de los canales de televisión en abierto.

En este sentido, se entiende que la obligación por parte del prestador del servicio público estatal de televisión de ceder sus canales a todos los prestadores de los servicios de difusión, refuerza la garantía del mantenimiento

del pluralismo informativo y audiovisual y evita que se den situaciones de discriminación competitiva entre distintos prestadores difusores, lo que podría suceder si la obligación de cesión no fuera para todas las plataformas difusoras o si hubiera de hacerse mediante contraprestación.

Habida cuenta de que esta obligación de cesión de canales no afecta a los prestadores del servicio público de ámbito autonómico ni a los licenciarios privados de los servicios de comunicación audiovisual, los cuales podrán realizar la cesión mediante negociación para fijar la contraprestación económica que se acuerde entre las partes, se está analizando esta distinta situación y las consecuencias que se pudieran producir en el sector en relación con el alcance y el impacto competitivo susceptible de generarse en el ámbito y en el mercado audiovisual.

IV. OBJETO Y ANÁLISIS DE LA CONSULTA.

IV.1.- Alcance objetivo de la cesión de los canales de CRTVE.

Solicita CRTVE aclaración sobre el alcance objetivo de la obligatoriedad de la cesión de sus canales a los prestadores de los servicios de difusión de televisión por cable, por satélite y por protocolo de Internet (IPTV). Es decir, si esta cesión es para retransmitir únicamente la señal lineal cedida por CRTVE para ser vista por los abonados a las distintas plataformas difusoras en el mismo momento en que es emitida por CRTVE o si, por el contrario, esta cesión faculta a los restantes operadores a comercializar y ofrecer a sus suscriptores los contenidos entregados por el prestador de titularidad pública, mediante servicios de acceso o explotación diferentes. Esto último significa que estos operadores, normalmente de pago, podrían facilitar a sus clientes servicios de valor añadido utilizando para tal finalidad las emisiones lineales de los canales de CRTVE, de tal manera que sus contenidos pueden extraerse de la mera emisión lineal para ser ofrecidos de manera fraccionada para ser vistos en diferido en función del tipo de programa, o por franjas horarias, posibilitándose la creación de una televisión a la carta o un catálogo de programas.

A este respecto el artículo 31.3 de la LGCA determina claramente cuál es el objeto de la cesión de los canales de CRTVE a las plataformas difusoras, y éste no es otro que garantizar el mantenimiento del pluralismo informativo y audiovisual.

Para ello se considera que es suficiente que esa cesión *-must offer-* sea con carácter lineal, es decir, para que los canales de CRTVE sean retransmitidos por las plataformas difusoras a la vez que su emisión original y formando parte de los distintos paquetes de canales que ofrecen a sus clientes abonados. Cualquier otra forma de explotación o comercialización sería ir más allá de lo permitido por la Ley, pues en ningún momento ésta pretende que con la cesión

de los canales del prestador de titularidad pública los terceros operadores privados resulten beneficiados económicamente. El beneficio ha de entenderse que es general, pues ha de ir destinado a los telespectadores, los cuales gozarán del mantenimiento del pluralismo informativo y audiovisual, independientemente de la forma de acceso a los canales de titularidad pública.

Por otra parte esta cesión no ha de entrañar contraprestación económica entre las partes y, como bien dice CRTVE, sería paradójico que las plataformas difusoras ofrecieran servicios a sus clientes que implican una disponibilidad de derechos de explotación que la propia Corporación no tiene para las emisiones que hace en sus propios medios.

En definitiva, esta Comisión considera que, tanto por el objeto y finalidad de la cesión de los canales de CRTVE, especificados en el inciso inicial del artículo 31.3 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 en la LGCA.

IV.2.- Negociación y condiciones de la cesión de los canales de CRTVE.

CRTVE entiende que la obligación legal de cesión del artículo 31.3 de la LGCA se refiere meramente a la retransmisión lineal de la programación cedida, tal como se ha expuesto en el apartado anterior, por lo que cualquier explotación diferente de esta retransmisión lineal quedaría al margen de la citada obligación, debiendo regularse por contrato entre las partes (cedente y cesionaria) la cesión de derechos sobre los contenidos de las diferentes cadenas de CRTVE para hacer posibles los distintos servicios individualizados que los operadores (de pago) ofrecen a sus usuarios, en función de la disponibilidad que ostente la CRTVE, obtenida en la contratación con los titulares de los derechos audiovisuales.

A este respecto, pregunta CRTVE si *estaría facultada a negociar con los operadores la cesión de derechos sobre los contenidos de sus cadenas, cuando el servicio ofrecido por el operador exceda de la mera retransmisión lineal de la señal, fijando en cada caso la contraprestación económica correspondiente.*

El artículo 31.3 la LGCA se refiere a la “cesión de sus canales de radio y televisión” y “sin contraprestación económica entre las partes”.

Y en el artículo 2.8 de la LGCA se define canal como *“conjunto de programas de televisión o de radio organizados dentro de un horario de programación que no puede ser alterado por el público”.*

En una interpretación lógica y coherente con lo indicado en el apartado anterior, la obligatoriedad de la cesión sin ningún condicionamiento incluye únicamente la retransmisión de la señal lineal de los canales de CRTVE sin ningún tipo de contraprestación, pero en ningún momento se indica que CRTVE no pueda ceder derechos sobre contenidos concretos emitidos en sus canales de televisión sobre los cuales ostente la titularidad, ni tampoco se prohíbe que esta cesión se pueda hacer mediante contraprestación económica.

El artículo 7.1 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de CRTVE prohíbe la obtención de ingresos derivados del acceso condicional. Y en términos similares se pronuncia el artículo 43.2 de la LGCA:

*“Los servicios de interés económico general de comunicación audiovisual radiofónica, televisiva, conexos e interactivos de titularidad estatal no admitirán ninguna forma de comunicación comercial audiovisual, **ni la emisión de contenidos audiovisual en sistemas de acceso condicional**, sin perjuicio de las excepciones que su normativa específica de financiación establezca.”*

Sin embargo, el mismo artículo 7.1 de su Ley de Financiación establece que CRTVE *“Podrá obtener ingresos, sin subcotizar los precios de su actividad mercantil, por los servicios que preste y, en general, por el ejercicio de sus actividades, **incluyendo la comercialización de sus contenidos**, tanto de producción propia como de producción mixta o coproducción [...]”*

Y en el artículo 7.5 del mismo texto legal se prevé que *“El acceso mediante pago de tarifas a paquetes básicos en los que se incluyan emisiones de radio y televisión de la Corporación RTVE a través de sistemas de distribución en red ofrecidos por terceros no tendrá la consideración de actividad de acceso condicional o de pago.”*

Es decir, la Ley permite la obtención de ingresos mediante la comercialización de sus contenidos por lo que, en consecuencia, se ha de interpretar que CRTVE tiene libertad para negociar con terceros operadores la posibilidad de comercializar mediante contraprestación económica aquellos derechos sobre contenidos audiovisuales concretos sobre los que ostente algún tipo de titularidad y que no consistan en la mera cesión de canales para ser retransmitidos de forma lineal, todo ello en el ámbito de la negociación contractual entre las partes. Si no se interpretase de esta manera, la referencia de dicho artículo a la comercialización de los contenidos de la Corporación quedaría vacía de contenido.

Asimismo, este tipo de actividad en ningún caso constituye un ingreso derivado del acceso condicional o de pago, pues esta actividad de acceso condicional la estarían realizando los terceros operadores que emiten contenidos de CRTVE, pero no el prestador público, tal como señala el artículo 7.5 de su Ley de Financiación.

IV.3.- Alcance subjetivo de la cesión de los canales de CRTVE.

Finalmente, interesa a CRTVE puntualizar el ámbito subjetivo de los operadores que puedan considerarse beneficiarios de la cesión establecida en el artículo 31.3 de la LGCA, especialmente para aquellos prestadores de los servicios de difusión de televisión por protocolo de Internet (IPTV). En este sentido la consulta es la siguiente:

¿Cuál sería el criterio para delimitar el alcance subjetivo de los beneficiarios de la citada cesión legal, especialmente en lo referido a aquellos prestadores de los servicios de difusión de televisión por protocolo de Internet (IPTV)? ¿Cabe acudir a algún tipo de registro o habilitación administrativa previa para constatar la virtualidad o idoneidad del pretendido operador que requiera la señal?

A este respecto, se ha de señalar que la Ley no distingue el ámbito de cobertura de los distintos prestadores difusores de televisión por cable, satélite o protocolo de Internet (IPTV) a los que CRTVE está obligada a ceder sus canales, por lo que en principio debería cederlos a todos aquellos que lo solicitasen.

Si bien no parece haber dificultades para la identificación y virtualidad de las plataformas difusoras de canales de televisión por cable o satélite, debido a su escaso número, CRTVE refiere que el principal problema vendría ocasionado por la identificación e idoneidad de aquellos operadores difusores que prestan el servicio por protocolo de Internet (IPTV).

A estos efectos, se considera que la finalidad de la Ley es que la obligación de ceder los canales opera únicamente respecto a los “prestadores de los servicios de difusión de televisión”, entendiendo por tales a las plataformas difusoras de canales de televisión cuya responsabilidad editorial puede ser de esas plataformas o de terceros, pero que en ningún caso tendría virtualidad sobre los prestadores que únicamente prestan servicios de catálogos de programas, los cuales se constituyen en sí mismos en responsables editoriales respecto a los contenidos que ofrecen bajo demanda. Es decir, que se constituyen en prestadores de servicios de comunicación audiovisual en la modalidad de “comunicación audiovisual a petición”, pero no en operadores difusores de canales de televisión, ya sean suyos o de terceros.

Así pues, los operadores difusores que prestan el servicio por protocolo de Internet (IPTV), estarían identificados con la definición establecida en el artículo 2.15 de la LGCA para los prestadores de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión:

“La persona física o jurídica prestadora del servicio de comunicación electrónica que ofrezca, conjuntamente con un servicio de acceso a comunicaciones electrónicas, una oferta de canales de televisión que en

sus contenidos incluyan películas cinematográficas, películas para televisión o series para televisión, ofrecidas en un paquete seleccionado por el prestador de comunicación electrónica.”

Es cierto que en la normativa, tanto audiovisual como de telecomunicaciones, no está prevista la constitución de un registro específico de prestadores de servicios de comunicación electrónica que difundan canales de televisión. O bien estos se encuentran inscritos en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual, al ostentar la responsabilidad editorial de algunos de los canales de televisión que difunden (por ejemplo, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.) a la vez que son difusores de otros canales; o bien podrían encontrarse inscritos en el Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas, gestionado transitoriamente por la CNMC, cuando únicamente se dedican a difundir canales de televisión de terceros, no constituyéndose, por tanto, en prestadores de servicios de comunicación audiovisual. En este caso, su localización viene dada por la información que deben facilitar sobre su oferta de servicios en el momento de efectuar la notificación previa al inicio de la actividad.

En cuanto a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, se ha de indicar que con fecha 28 de noviembre de 2015 se ha publicado en el BOE la “Orden PRE/2516/2015, de 26 de noviembre, por la que se determina la fecha en la que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo comienza a ejercer de forma efectiva determinadas funciones en materia audiovisual transferidas por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”.

De conformidad con esta Orden, la competencia para ejercer las funciones de recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y para llevar el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual, corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Dichas funciones las ejerce el citado Departamento Ministerial sujetándose a lo dispuesto en el Real Decreto 847/2015, de 28 de septiembre, por el que se regula el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual y el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad, a partir de la entrada en vigor de la mencionada Orden de Presidencia, es decir, el 29 de noviembre de 2015, por lo que en última instancia, corresponde a este Departamento Ministerial determinar aquellos prestadores del servicio de comunicación audiovisual que son a la vez prestadores difusores de canales de televisión.

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