

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL PROCEDIMIENTO SOBRE EL CONTROL DE LA FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE LA PRODUCCIÓN DE OBRAS EUROPEAS, INCOADO A FOX IBERIA S.L.U., Y 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 2014.

FOE/D TSA/013/15/FOX

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 12 de abril de 2016

Visto el expediente relativo al procedimiento sobre el **control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas** FOE/D TSA/013/15/FOX, incoado a FOX INTERNATIONAL CHANNELS ESPAÑA S.L. y 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 2014**, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Primero.- 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, 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 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.

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.

Segundo.- Sujeto obligado.

FOX INTERNATIONAL CHANNELS ESPAÑA S.L., ostenta la dirección editorial de los canales de televisión, de acceso condicional, FOX, FOX LIFE (antes FOX CRIME), NATIONAL GEOGRAPHIC CHANNEL y, NAT GEO WILD, que emite en la modalidad de servicio de comunicación audiovisual de pago, estando sujetos a la referida obligación.

Tercero.- Declaración de FOX.

Con fecha 31 de julio de 2015 tuvo entrada el informe de cumplimiento, presentado por “FOX INTERNATIONAL CHANNELS ESPAÑA S.L.”, en adelante FOX, correspondiente a la obligación relativa al ejercicio 2014 de la inversión obligatoria para la financiación anticipada de películas cinematográficas y obras para televisión, europeas y españolas impuesta por la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual y el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula dicha obligación. Esto es:

- Formulario electrónico cumplimentado en red por la sociedad indicando la financiación efectuada.
- Cuentas anuales de la sociedad individual, debidamente auditadas y depositadas en el Registro Mercantil de Madrid, correspondientes al ejercicio contable 2013, finalizadas el 30 de junio de ese año.
- Informe de Procedimientos Acordados (IPA) realizado por la auditora **[CONFIDENCIAL]** por el que se desglosan los ingresos procedentes de “otras actividades” de la compañía correspondientes a 2013, declarados como no computables, por importe de 7.228.188,58 €.
- Contratos realizados por **[CONFIDENCIAL]**, algunas veces suscritos también por **[CONFIDENCIAL]**, ambas de EE.UU. de un total de once obras declaradas como documentales de televisión europeos, con la exigencia del requisito de obra europea conforme a la Directiva

(2007/65/CE) realizados por productoras británicas, acompañando soporte para visionado de los mismos.

- Parrillas de los cuatro canales que declara como temáticos de serie FOX y FOX CRIME y temáticos de documentales NATIONAL GEOGRAPHIC, NAT GEO WILD, así como del canal VIAJAR, que declara exento de la obligación.

Cuarto.- Requerimiento de información.

Dado la fecha en que el prestador presenta su declaración y que ha aportado toda la documentación acreditativa de su declaración, no se ha considerado pertinente el requerimiento de información que el Reglamento establece en su artículo 5.3.

Quinto.- Petición de Dictamen al Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 9 de octubre de 2015 y, de conformidad con lo señalado en el párrafo 11 del art. 5.3 de la LGCA se solicitó el correspondiente Dictamen preceptivo al Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, en adelante ICAA.

Sexto.- Dictamen del Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

Con fecha 2 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el dictamen preceptivo del ICAA de fecha 30 de octubre de 2015, en el que señala su conformidad con lo recogido en el informe preliminar.

Séptimo.- Informe preliminar.

Con fecha 23 de noviembre de 2015, de conformidad con el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJPAC, se notificó de manera telemática a FOX 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, incoado a FOX y dirigido al cumplimiento de la obligación establecida por el art. 5.3 de la LGCA, relativa al ejercicio 2015.

Octavo.- Alegaciones de FOX al Informe preliminar.

Con fecha 16 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de FOX por el que presentaba las alegaciones al informe preliminar de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual

notificado el 23 de noviembre de 2015, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 apartado 2 de la LRJPAC.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- 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 Ley 7/2010, de 31 de marzo.

En consecuencia, en aplicación de los anteriores preceptos, esta Comisión es el organismo competente para verificar el cumplimiento por parte de FOX 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.

Segundo.- Objeto del procedimiento.

Este procedimiento tiene como objeto determinar el cumplimiento de la obligación de financiación anticipada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva FOX, en el ejercicio 2014, según lo establecido en el artículo 5.3 de la LGCA y regulado por el Reglamento, aprobado por Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio.

A estos efectos, durante la tramitación de este procedimiento fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, en concreto, el 7 de noviembre de 2015, 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, que deroga el Reglamento 1624/2004.

III. VERIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN

A continuación se indican los elementos de la declaración presentada por FOX que han dado lugar a observaciones, que fueron recogidas en el informe preliminar, así como las alegaciones presentadas por el prestador y la valoración que realiza esta Sala sobre las mismas:

Primera.- En relación con los canales.

Sobre los canales de FOX sometidos a la obligación se señaló, en principio, que el canal NAT GEO WILD no debería ser incluido ya que emitió productos que no reunían los requisitos para ser calificados de documentales. Respecto al canal NATIONAL GEOGRAPHIC CHANNEL, se estimó, en una primera fase, que la emisión de una serie de televisión, así como de ciertos documentales de reciente producción, lo hacían objeto de la obligación.

FOX aportó durante el periodo de alegaciones una serie de documentos donde se califica al canal NAT GEO WILD, como un canal objeto de la obligación dado que emitió documentales, y, a su entender, debía ser considerado como un canal temático como así se entendió en ejercicios anteriores, con la misma programación que mantiene hoy en día.

Tras comprobar la veracidad de los documentos aportados por FOX en lo referente a la programación de este canal, se considera que este canal es objeto de la obligación.

Segunda.- En relación con los ingresos declarados.

Analizadas las cuentas e IPA presentados, se comprueba que FOX ha identificado correctamente los ingresos derivados de la programación y explotación de los canales obligados durante el ejercicio contable 2013.

Tercera.- Carácter temático.

El párrafo séptimo del artículo 5.3 de la LGCA establece que *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”.*

Esta Sala ha señalado en ejercicios anteriores¹ que también se podrá considerar que un prestador es temático *“siempre y cuando todos sus canales obligados sean temáticos, aunque emitan diferentes contenidos. Lo contrario puede significar que determinados prestadores con vocación temática y que dispongan de más de un canal se vean abocados a emitir el mismo tipo de contenido en todos sus canales, lo cual no parece ser el espíritu ni el fin de la ley, pues lo normal es que cada canal vaya destinado a un tipo de audiencia específica según el contenido emitido”*.

Según los datos iniciales que obraban en poder de esta Comisión, los porcentajes de emisión de series durante el año 2014 habían sido: del canal FOX, de **[CONFIDENCIAL]** y del canal FOX LIFE, antes FOX CRIME, de **[CONFIDENCIAL]**, resultando el cómputo de ambos de **[CONFIDENCIAL]**. Por su parte, en relación con el canal NATIONAL GEOGRAPHIC CHANNEL, este canal sobrepasaba el umbral del 70% de emisión de documentales.

Durante el periodo de alegaciones, FOX ha manifestado su discrepancia en los datos obrantes en esta Comisión, pues a su entender los porcentajes de cada uno de los canales deberían ser superiores.

No obstante, también señala que aun cuando se tuvieran en cuenta los datos recogidos en el informe preliminar, la escasa diferencia para alcanzar el 70% en emisión de series, restaría el **[CONFIDENCIAL]**, deben hacer concluir que FOX es temático en series respecto a estos dos canales.

En este sentido, el escaso margen que le resta a FOX para alcanzar el 70% de emisión en series, justifica su consideración, pues es **[CONFIDENCIAL]**. De hecho, en el ejercicio anterior, donde su margen, siendo escaso, fue un poco superior al aquí analizado se entendió que FOX era temático. En concreto, se señaló que *“esta Comisión entiende que siendo rigurosos en la aplicación de la norma, en el presente caso ésta debe ser interpretada de manera flexible, dado que la diferencia de un 1,27% para alcanzar el 70% señalado en el artículo 5.3 de la LGCA es tan residual que aconseja estimar que FOX en este ejercicio es un prestador temático, dado que es obvio que ha dirigido la mayoría de sus inversiones y tiempo de emisión a documentales y series de televisión”*.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el canal NAT GEO WILD, como se ha señalado en el apartado primero, se ha tenido en cuenta como canal sujeto a la obligación donde FOX ha superado ampliamente el porcentaje del 70% en emisión de documentales.

¹ Entre otros, en la Resolución de 2 de junio de 2015, por la que se resuelve el procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, incoado a Fox International Channels España, 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 en el ejercicio 2013.

Así las cosas, se debe concluir que a los efectos de la obligación aquí analizada, FOX en el ejercicio 2014 ha sido un prestador temático de series y documentales.

Cuarta.- En relación con las obras declaradas.

Por lo que se refiere a las inversiones declaradas, se ha procedido a revisar los contratos aportados y a visionarlas. Así, se ha comprobado que se trata de acuerdos de inversión de las empresas del Grupo sobre las que esta Comisión ha considerado en el ejercicio pasado que resultaban computables a tenor de lo establecido por el artículo 7.2 del Reglamento.

Los contratos están suscritos por empresas británicas, en ellos existen cláusulas que exigen la europeidad de las obras y están realizados en dólares de Estados Unidos. El prestador declara invertir solamente en documentales.

Como resultado de esta revisión se indicaron en el informe preliminar las siguientes observaciones:

- En primer lugar, sobre el tipo de cambio de la moneda aplicado por FOX, se señaló que de conformidad con lo estipulado por el Reglamento 2004 en su artículo 5.1, se deben tener en cuenta las cantidades y fecha que están consignadas en los contratos. Así, el importe computable será aquel que corresponda a la fecha del compromiso de inversión, por lo que habrá de aplicarse al importe de la inversión comprometida, en este caso declarada en dólares, el tipo de cambio de la fecha del contrato. Por ello, se procedió a subsanar los importes declarados en todos los casos por FOX, dado que no se corresponden con la aplicación del tipo de cambio de la fecha del contrato.
- En segundo lugar, el contrato de la obra **[CONFIDENCIAL]**, dado que el contrato es de fecha 19 de junio de 2013, estaría fuera del ámbito del ejercicio 2014.

Sobre estas dos primeras objeciones, FOX no ha realiza alegación alguna, por lo que se mantienen las conclusiones alcanzadas al respecto en el informe preliminar.

- En tercer lugar, en el informe preliminar se mencionó que una parte de las obras no reunían los requisitos del documental, sino que eran reportajes de televisión. Este sería el caso de las obras **[CONFIDENCIAL]**.

No obstante, tras visionarlas de nuevo, se ha llegado a la conclusión de que la mayoría de obras citadas sí se adecúan a las características y peculiaridades necesarias para ser consideradas documentales.

Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por FOX en sus alegaciones al informe preliminar, no se considera que [CONFIDENCIAL] pueda ser considerada como una obra documental.

En efecto, según FOX, [CONFIDENCIAL] es una obra documental cuya inversión debe computar. Para este prestador, [CONFIDENCIAL] es un *“documental televisivo que versa sobre [CONFIDENCIAL].*

No obstante, tras el visionado de la obra, no se puede compartir el análisis llevado a cabo por FOX respecto a esta obra. A diferencia de lo alegado, [CONFIDENCIAL] no presenta las condiciones o circunstancias de [CONFIDENCIAL].

Por tanto, en relación con [CONFIDENCIAL], esta Sala no entiende que esta obra pueda ser considerada como un documental, no aceptándose su inversión.

En consecuencia, de todo lo anterior, las obras declaradas que reúnen los requisitos de documental y, por tanto, resultan computables, una vez realizado el ajuste del tipo de cambio, son las siguientes:

[CONFIDENCIAL]

IV. FINANCIACIÓN REALIZADA EN EL EJERCICIO

A continuación se presenta la inversión realizada por FOX, el cumplimiento de la obligación, los resultados correspondientes al ejercicio anterior 2013, así como la aplicación de los mismos a la luz de lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento, al que se ha acogido de manera expresa FOX.

Primera.- En relación con la inversión realizada por FOX.

FOX declara haber realizado una inversión total de 3.726.053 euros en el ejercicio 2014, que no coincide con la cifra computada por esta CNMC según se indica en el siguiente cuadro:

Capítulo de clasificación	Financiación Declarada	Financiación Computable
11 Series de televisión europeas, en fase de producción	3. 726.052,99 €	2.089.599,67€
TOTAL	3. 726.052,99 €	2.089.599,67€

Segunda.- Cumplimiento de la obligación.

Una vez realizada la revisión y verificación de la declaración realizada por FOX el cumplimiento de la obligación en el ejercicio 2014 resultante es el siguiente:

Ingresos del año 2013

- Ingresos declarados y computados 28.935.742,00 €

Financiación computable en obra europea

- Financiación total obligatoria 1.446.787,10€

- Financiación computada 2.089.599,67€

- **Excedente** 642.812,57€

Tercera.-Aplicación de los resultados de 2013.

El **Ejercicio 2013** se había resuelto reconociendo a FOX el carácter temático y la existencia de excedente en la siguiente partida:

- **1.123.660,98 €** en la obligación general de invertir el 5% en obra europea (en películas cinematográficas, película y series para televisión, documentales y series de animación europeos).

De esta manera, dado que FOX solicitó expresamente en su escrito de declaración la aplicación de lo previsto en el artículo 8.2 del Reglamento, teniendo en cuenta lo señalado por la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 24 de junio de 2009, procede destinar los excedentes reconocidos del ejercicio 2013 al cumplimiento de la obligación en el ejercicio actual, con el porcentaje máximo del 20% sobre la obligación de financiación correspondiente, y tal como establece dicho artículo.

La aplicación de los señalados excedentes conlleva:

- Respecto a la obligación general de invertir en obra europea, la cantidad a la que está obligada a invertir FOX en el ejercicio 2014 es de 1.446.787,1€, por lo que el límite del 20% supone 289.357,4 €. Dado que FOX había generado un excedente en el ejercicio 2013 sobre esta obligación de 1.123.660,98 €, hay margen suficiente y podrá tomar el 20% antes mencionado, es decir los 289.357,4€, del excedente para ser destinados al cumplimiento de la obligación en el ejercicio 2014. De dicha aplicación parcial resulta que FOX, en relación con esta obligación en el ejercicio 2014, ha generado un excedente final de **932.169,97€** correspondiente al excedente reconocido en 2013 con la limitación del 20% mencionada, más el excedente de este ejercicio 2014.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Respecto de su obligación prevista en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, 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 en el Ejercicio 2014**, FOX ha dado cumplimiento a la obligación, presentando un **excedente** final de **932.169,97€**

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual a los efectos que proceda 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.