

Resolución por la que se resuelve procedimiento sobre el control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas, incoado a JAZZ TELECOM, S.A.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 2012.

Expte. FOE/DTSA/233/14/JAZZTEL

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.

D. Josep María Guinart Solá.

D^a Clotilde de la Higuera González.

D. Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 22 de abril de 2014

Visto el expediente relativo al procedimiento sobre el **control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas** FOE/DTSA/233/14/JAZZTEL¹, incoado a JAZZ TELECOM, S.A.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 2012**, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**, acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- El apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, LGCA, que traspone la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual, establece que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva que emitan películas cinematográficas,

¹ Anteriormente tramitado bajo el número de expediente: ROAD-2013-462130100021

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. 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 catálogo de programas.

Segundo.- JAZZ TELECOM, S.A.U., en adelante JAZZTEL, es un prestador del servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión. Por ello, en principio, estaría sujeto a la referida obligación impuesta en el número 3 del artículo 5 de la Ley 7/2010.

Tercero.- La verificación del cumplimiento de la obligación fue realizada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo bajo la autoridad de la Comisión Interministerial de Seguimiento del artículo 10 del Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, modificado por el Real Decreto 1588/2012, de 23 de noviembre, que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de la producción audiovisual española y europea.

En la Resolución del ejercicio 2011 la Comisión Interministerial de Seguimiento señaló a JAZZTEL que aunque no la consideraba obligada en ese ejercicio, su situación había cambiado en 2012 ante el desarrollo del nuevo servicio JAZZBOX. En consecuencia se instaba a JAZZTEL para identificar los ingresos percibidos por los servicios de televisión prestados en sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio contable de 2011, que serían la base de la obligación a la que sí estaba sometido durante el ejercicio 2012, año en el que deberían realizar sus inversiones para cumplir con la obligación.

Con fecha 8 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la contestación al recordatorio de la obligación presentada por D. Antonio García Martínez, Director-Legal y Regulatorio y representante legal de JAZZTEL, mediante la que manifestaba no presentar declaración por no estar sometido a la obligación en base a las razones expuestas en escrito anteriormente

remitido, con registro de entrada 15 de marzo, las cuales reiteraba nuevamente, manifestando también que no había obtenido ingresos por el concepto servicios de televisión.

Según JAZZTEL, el servicio JAZZBOX consiste en la cesión de uso de un equipo que permite acceso a la oferta CANAL + YOMVI prestado por CANAL +, mientras el servicio prestado por JAZZTEL se atiene a lo establecido en el artículo 3.2 de la LGCA, como servicios excluidos específicamente del ámbito de aplicación de la ley: a) redes y servicios de comunicaciones electrónicas; b) persona físicas o jurídicas que únicamente difundan o transporten la señal de programas audiovisuales cuya responsabilidad editorial corresponde a terceros.

A mayor abundamiento hace referencia a los apartados 15 y 16 del artículo 2 de la LGCA, que definen al prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión y al prestador de un servicio de catálogo de programas, respectivamente, en los que JAZZTEL no se considera incluido. Subraya que en su servicio JAZZBOX se limita a transmitir señales, mediante el equipo de recepción denominado JAZZBOX, a través del cual los clientes acceden al servicio CANAL + YOMVI, prestado por DTS, el cual también está disponible en otros dispositivos, tales como ordenador, iPlus, iPad, iPhone, SmartTV y consolas. Por lo que entiende que no puede ser considerado como un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión, ya que se limita a transmitir las señales y a proporcionar el acceso mediante el equipo JAZZBOX.

También subraya que, según el artículo 2.15 de la LGCA el prestador del servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión debe ofrecer, conjuntamente con un servicio de acceso a comunicaciones electrónicas, una oferta de canales de televisión, ofrecidas en un paquete seleccionado por el prestador de comunicación electrónica. JAZZTEL no selecciona ni interviene en el paquete o contenidos, siendo DTS la única responsable de efectuar dicha selección, de lo que deduce que no puede ser considerada como sujeto obligado.

Cuarto.- Con fecha 17 de septiembre de 2013, el Subdirector General de Contenidos de Sociedad de la Información, en nombre del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, Presidente de la Comisión Interministerial de Seguimiento del cumplimiento de la obligación, envió a JAZZTEL el Borrador de Informe de cumplimiento de su obligación correspondiente al ejercicio 2012. El resultado del cumplimiento de la obligación según el Borrador de Informe y pendiente de las alegaciones del interesado fue el siguiente:

JAZZTEL es un prestador del servicio de comunicaciones electrónicas que presta asimismo servicios de televisión mediante el dispositivo JAZZBOX y mediante acuerdo con un proveedor de contenidos, en este caso la plataforma DTS.

Aunque JAZZTEL alega que no presta el servicio y que es un mero transmisor de la señal, eso no se compagina con la oferta conjunta que realiza a sus clientes desde el desarrollo del equipo JAZZBOX y con el hecho que ello implica, cual es la percepción de ingresos por dichos servicios, probablemente bajo el sistema de compartición de ingresos con el proveedor de contenidos, sin menospreciar que esta oferta de contenidos le permite competir en mejores condiciones en su mercado.

Respecto al argumento de que JAZZTEL no realiza la selección de los contenidos, sino que es DTS quien lo realiza, se señala que el hecho de que el primero delegue en el segundo, previo acuerdo, la selección de los contenidos, no le exime de la obligación, puesto que es evidente que está prestando el servicio de emisión de películas de cine, películas de televisión, series de televisión, documentales y productos de animación a sus clientes, y percibiendo ingresos por ello.”

Concluyendo que “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, **no ha dado cumplimiento a la obligación.**”

Quinto.- El 4 de octubre de 2013 JAZZTEL, presentó sus alegaciones al Borrador de Informe de cumplimiento ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Resultan de aplicación las siguientes normas: la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA); Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles, aprobado por el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio; Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto; Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y demás disposiciones que le sean de aplicación.

Segundo.- El presente procedimiento, como se ha señalado, fue iniciado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en virtud de las competencias que le otorgaba la normativa antes citada. Sin

embargo, el artículo 9.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, señala que ésta 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.

Por su parte, la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013 y la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establecen que los procedimientos relacionados con las funciones de defensa de la competencia y de supervisión de los sectores regulados iniciados con anterioridad a la constitución de la Comisión continuarán tramitándose por los órganos previamente existentes hasta la efectiva puesta en funcionamiento de dicha Comisión, por lo que una vez constituida ésta, será la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el órgano competente para continuar con la tramitación del procedimiento si faltase algún trámite, y en todo caso para resolver .

La Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, estableció el 7 de octubre de 2013, como la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En virtud de lo anterior, una vez tramitado el procedimiento por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, y una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y remitido el expediente, 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.

Tercero.- El presente procedimiento tiene como objeto determinar el cumplimiento de la obligación de financiación anticipada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva JAZZTEL, 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.

Cuarto.- Las **alegaciones** presentadas por JAZZTEL el 4 de octubre de 2013 son las siguientes:

PRIMERA: En cuanto a los fundamentos para la determinación de la obligación de JAZZTEL señala que el hacer uso de los términos “probablemente” y “es evidente” en la redacción, representa una discrecionalidad y arbitrariedad que dan lugar a una absoluta falta de motivación del Informe. Aluden a Sentencias del Tribunal

Supremo, entre otras la de fecha 17 de febrero de 1996. Indica cuál es la doctrina del Tribunal al respecto: que la resolución ha de ser motivada, esto es contener todos los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho.

SEGUNDA: Respecto a la consideración de JAZZTEL como sujeto obligado, alude a la exclusión de la aplicabilidad de la LGCA establecida en el artículo 3.2 de la misma, para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas utilizados para el transporte y difusión de la señal de los servicios de comunicación, por ser su régimen el propio de las telecomunicaciones, así como las personas físicas y jurídicas que únicamente difundan o transporten la señal de programas audiovisuales cuya responsabilidad editorial corresponde a terceros.

Puesto que la obligación se aplica a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva, los prestadores de servicios de catálogos de programa y los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión, señala que JAZZTEL no se encuadra en las dos primeras categorías y tampoco en la tercera, dada la definición del art. 2.15 de la LGCA: “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”.

Añade que JAZZTEL mediante su servicio JAZZBOX se limita a emitir señales mediante un equipo de recepción denominado JAZZBOX, a través del cual los clientes acceden al servicio CANAL + YOMVI prestado por DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A. Señalando que este servicio de DTS está disponible, además en ordenadores, iPad, iPhone, SmartTV, consolas, iPlus, etc. Con lo que JAZZTEL sostiene que no puede ser considerado prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión, ya que se limita a transmitir las señales y a proporcionar el acceso mediante su equipo de recepción y puesto que no selecciona ni interviene en el paquete de contenidos que DTS emite.

TERCERA: Señala que los ingresos percibidos por JAZZTEL, en concepto de servicios de televisión, correspondientes al ejercicio contable 2011, son CERO euros.

Concluye reiterando que JAZZTEL no está sometido a la obligación.

Quinto.- Esta Comisión realiza las siguientes consideraciones relativas al cumplimiento de la obligación por parte de JAZZTEL para el ejercicio 2012.

En primer lugar, se recuerda que la evolución de JAZZTEL en relación con la obligación ha sido cambiante desde la entrada en vigor de la LGCA. De ese modo, la empresa pasó de disponer de un servicio de televisión propia, mediante la plataforma JAZZTELIA, a facilitar a sus clientes un contrato ventajoso con el prestador de televisión por satélite DTS, y a la situación actual en la que – además de mantener la posibilidad de ese contrato con DTS – se ofrece la posibilidad de acceder a los contenidos empaquetados en Yomvi mediante un equipamiento propio (Jazzbox).

Debido a ello, en el ejercicio 2010, aunque el servicio de televisión JAZZTELIA había estado disponible para los clientes de JAZZTEL durante un período reducido, la Comisión Interministerial de Seguimiento estimó que la entidad no estaba sujeta a la obligación en ese ejercicio. En el siguiente ejercicio, 2011, tampoco lo estuvo, dado que JAZZTEL señaló proporcionar solamente a sus clientes un contrato ventajoso con DTS, limitándose JAZZTEL a ofrecer los servicios objeto de su actividad principal, sin mención alguna a los servicios de televisión. No obstante, puesto que el ejercicio 2011 se tramitó en el año 2012, se señaló a JAZZTEL en el informe de cumplimiento de 2011 que su situación había cambiado en 2012.

En segundo lugar, se recuerda que JAZZTEL no ha cumplimentado su obligación en este ejercicio 2012 mediante, entre otras, la acreditación de ingresos prevista en el artículo 3.1.a) del Reglamento, la presentación de sus cuentas anuales correspondientes a 2011, y 3.1. b) el desglose de ingresos conformado por auditoría externa. Esto dificulta poder determinar sin lugar a dudas cuál es el sistema de percepción de ingresos por parte de JAZZTEL de los servicios de televisión que ofrece a sus clientes, pues si bien es DTS el proveedor de contenidos, en ocasiones éstos se canalizan y ofrecen por JAZZTEL a sus clientes mediante sus propios equipos.

No obstante, esta Comisión toma en consideración la alegación de JAZZTEL según la cual no percibe ingresos por los servicios de televisión ofrecidos a sus clientes. Se recuerda, en cualquier caso, que JAZZTEL no ha aportado el contrato de provisión de contenidos con DTS, ni tampoco la acreditación de ingresos correspondientes al ejercicio contable 2011, conforme a lo establecido en el artículo 3 del Reglamento, a pesar de haber sido solicitados reiteradamente.

En tercer lugar, hay que diferenciar dos circunstancias distintas en la provisión del servicio de televisión por parte de JAZZTEL. Por un lado, en el caso de la oferta conjunta Jazztel/Canal +, no hay dudas sobre el no sometimiento a la obligación por parte de JAZZTEL, en la medida en que este operador actúa como un mero agente comercial de DTS. El servicio de televisión de Canal + es instalado y facturado por DTS de forma totalmente independiente al servicio de acceso a Internet ofrecido por JAZZTEL. En ese sentido, no habría diferencias reseñables

entre esta actividad y la efectuada por cualquier otra empresa que canaliza la venta del servicio de televisión por satélite para DTS.

Por otro lado, es razonable que la actividad de recepción de canales a través de Jazzbox ofrezca algunas dudas sobre la pertinencia del sometimiento a la obligación de inversión. No obstante, a ese respecto esta Comisión toma en consideración la alegación de JAZZTEL relativa a que, para que un prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión esté obligado, deben concurrir dos elementos fundamentales: a) por un lado, prestar servicios de comunicaciones electrónicas y b), por otro, comercializar una gama de canales o programas *“ofrecidas en un paquete seleccionado”* por esta entidad. Así, el operador debe haber realizado previamente la selección o bien de las películas o bien del paquete (en términos amplios, dado que no está definido) que se emite. Es decir, debe tener cierto “control” sobre los contenidos a emitir que le posiciona como una entidad que los empaqueta haciendo ofertas comerciales totales a sus clientes. En el caso de Jazztel, en principio, es cuestionable que concurra el segundo requisito. En efecto, Jazztel en sus alegaciones sostiene que su servicio consiste en la distribución de un descodificador permite a sus clientes descodificar y acceder a los canales de Digital +; pero sólo a los canales que previamente haya seleccionado DTS, sin que pueda modificar dichos paquetes.

Por lo tanto, en la situación actual es razonable concluir en la no procedencia de aplicar la obligación de inversión a JAZZTEL por la puesta a disposición de los clientes de un descodificador para acceder a la oferta de canales empaquetados por un tercero que ya está sujeto a la obligación de inversión. Ello no es impedimento para que esta Comisión haga un seguimiento especial en relación con los escenarios que pudieran dar origen a la necesidad del cumplimiento de la obligación por parte de JAZZTEL.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Respecto de la 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 los ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación europeos, se concluye que en las circunstancias de prestación de servicios actuales JAZZ TELECOM, S.A.U. no **queda sujeto a dicha** obligación.

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