

LAS OBLIGACIONES DE FINANCIACIÓN Y RESERVA DE EMISIÓN DE OBRAS EUROPEAS EN LA LEY GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

Ricardo Gómez Cabaleiro*

Fecha de recepción: 29-09-2020

El régimen jurídico de la televisión hasta fechas relativamente recientes venía condicionado por la consideración de esta actividad como servicio público esencial de titularidad estatal. El Tribunal Constitucional aceptó la *publicatio* llevada a cabo por el legislador en la ley por la que se aprobó el Estatuto de la Radio y la Televisión (Ley 4/1980, de 10 de enero) en razón a la importancia de esta actividad para el pluralismo político y el número reducido de operadores posible debido a los límites de capacidad del espacio radioeléctrico. Como señaló el Tribunal Constitucional en la temprana Sentencia 12/1982, la titularidad estatal del servicio era una opción legislativa constitucionalmente viable como forma de atender los bienes jurídicos protegidos.

Ciertamente, la consecuencia inmediata de esta alternativa legal era que la iniciativa privada en el sector televisivo ha de articularse a través del régimen de concesiones administrativas, tal y como establecía la Ley 10/1988, de 3 de mayo de Televisión Privada. Al amparo de esta regulación, el titular de la concesión administrativa actúa por delegación de la Administración, obligado a la explotación directa del servicio público y condicionado por una elevada intervención administrativa propia de quien es responsable último del servicio.

Este marco legal, que perduró en la España constitucional más de treinta años, cambió radicalmente con la aprobación de la Ley General de la Comunicación Audiovisual que liberaliza la actividad

* Abogado socio de LEHCAB (Lehmann & Cabaleiro Abogados) y director del Instituto para la Protección de Derechos en el Entorno Digital.

© De la obra: Ricardo Gómez Cabaleiro.

© De la edición: Instituto de Derecho de Autor, 2020.

Reservados todos los derechos. El editor no se hace responsable de las opiniones, comentarios y declaraciones vertidas por el autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

televisiva y, consecuentemente, reduce el grado de intervención pública en el sector. Los servicios de comunicación audiovisual televisivos son calificados ahora como servicios de interés general por su vinculación con derechos fundamentales que afectan tanto a quien presta el servicio —como el derecho fundamental a la libre expresión o a la libre empresa— como a quien es destinatario del servicio —derecho a recibir información veraz y plural—. En este nuevo entorno jurídico, la puesta en marcha de un servicio televisivo únicamente requiere autorización administrativa previa, a través de licencia, cuando se presta por medio de ondas hertzianas, cuya disponibilidad limitada determina que se concedan a través de un proceso de selección en condiciones de igualdad a todos los interesados mediante un concurso público (artículo 27 LGCA). Si no existe una limitación técnica, la actividad es libre y solo requiere la comunicación a la Administración que velará por el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y el respeto de la normativa que protege a los consumidores.

El cambio operado conlleva, evidentemente, una reducción de la intervención ministrativa en el control de la actividad del operador televisivo. A quien opera sujeto a una licencia se le permite incluso el arrendamiento de la licencia; negocio de inconcebible realización en la normativa anterior por mor del régimen concesional derivado de la titularidad pública del servicio.

Esta menor injerencia no evita, en todo caso, que la actividad del prestador del servicio televisivo que opera bajo licencia —por usar un bien público escaso como sucede con el espacio radioeléctrico— esté sujeto a la intervención administrativa. Su propio acceso a esta actividad queda sometido a un concurso en competencia con terceros del que obtendrá la licencia para explotar un bien escaso; concurso en el que la Administración procura que la selección del licenciatario sea óptima para la satisfacción de los intereses generales que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, consistirán en garantizar la mayor pluralidad y la oferta de contenidos que satisfaga en mejores condiciones la demanda de la audiencia.

El hecho de que ambos elementos —garantía del pluralismo y oferta de contenidos que satisfaga la demanda del público— estén estrechamente unidos a la condición del titular de la licencia explica que el legislador se preocupe por definir al prestador del servicio televisivo como aquel que tiene atribuida la dirección editorial, esto es, quien tiene bajo su control efectivo la selección de los programas y contenidos y acuerda su organización en el canal. Esta responsabilidad es principal y esencial en el licenciatario de una prestación de comunicación audiovisual y constituye, sin duda, el núcleo intransferible de su actividad. El titular de la licencia puede organizar los servicios de transmisión de la señal a través de terceros, puede comercializar su programación a través de una empresa especializada, puede encargar la producción de sus contenidos a una productora; y nada de ello le sitúa en incumplimiento de sus obligaciones como titular de la licencia. Ahora bien, si pierde el control editorial, aunque mantenga el resto de servicios auxiliares, perderá la condición de prestador de servicios de comunicación. Ello explica que, cuando la norma permite (artículo 29 de la LGCA) el arrendamiento de la licencia, la responsabilidad editorial sobre los contenidos se atribuya por ley directamente al arrendatario (art. 2).

Si bien la presencia del dominio público escaso acentúa la intervención administrativa para optimizar los bienes constitucionales en juego, esos mismos valores y derechos protegidos se hallan indudablemente en juego en cualquier servicio televisivo, y es su salvaguarda la que justifica la regulación del sector por la Administración y, en definitiva, la imposición de restricciones y condiciones a la actividad económica televisiva. Esta regulación de la actividad televisiva se reparte entre las instituciones europeas —muy centradas en la defensa del consumidor y las libertades fundamentales de comercio— o españolas —en los ámbitos, por ejemplo, de fomento de la cultura nacional— en razón a sus respectivos ámbitos de competencia.

Las razones esgrimidas, que son el fundamento de la intervención pública con independencia de que el operador use o no bienes públicos, explican la existencia de determinadas cargas vinculadas, precisamente, a aquellos aspectos de interés público cuyo fomento asume la normativa audiovisual. Entre ellos destacan las obligaciones de financiación anticipada de producción europea (art. 5.3 LGCA) y la denominada *cuota* o reserva de pantalla para la emisión de obra europea (art. 5.2 LGCA).

La Ley 22/1999, de 7 de junio, y la disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio de 2001, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual, modificaron el artículo 5.1

de la Ley 25/1994, de 12 de julio, para incorporar al ordenamiento español una obligación de inversión en cine de los operadores de televisión con la redacción final siguiente:

«Los operadores de televisión que tengan la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan largometrajes cinematográficos de producción actual, es decir, con una antigüedad menor de siete años desde su fecha de producción, deberán destinar, como mínimo, cada año, el 5 por 100 de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para la televisión europeos...».

Esta norma fue desarrollada por el Real Decreto 1652/2004 por el que se aprobó el reglamento que regulaba la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles.

Sobre esta normativa, y con ocasión de la impugnación del reglamento por parte de la UTECA, la Sala Tercera del Tribunal Supremo planteó varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que fueron resueltas por Sentencia de 5 de marzo de 2009 (C-222/07). En dicha resolución el alto europeo subrayó que la obligación de inversión en cine era una norma nacional ajena a la regulación europea. En este sentido, el tribunal decía: «En primer lugar, procede señalar que la Directiva no contiene ninguna disposición que regule la cuestión de en qué medida un Estado miembro puede obligar a los operadores de televisión a destinar una parte de sus ingresos de explotación a la financiación» del cine. Ahora bien, la sentencia reconocía que «los Estados miembros están facultados, por lo que se refiere a los organismos de radiodifusión televisiva, para prever normas más estrictas o más detalladas en los ámbitos regulados por dicha Directiva». En atención a los razonamientos expuestos, el tribunal sentenciaba que nada se oponía en la Directiva a una normativa interna como la acordada por las autoridades españolas.

Por otro lado, y en el seno del mismo procedimiento, el Tribunal Supremo elevó una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español. También en este caso la impugnación fue resuelta de forma favorable a la licitud a la obligación de inversión en cine, al entender que la afectación de la libertad de empresa está justificada por el interés general de protección y fomento de la cinematografía.

Finalmente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de julio de 2016, desestimó el recurso contencioso-administrativo confirmando la legalidad del RD 1652/2004. La norma allí estudiada (pues aunque formalmente se impugnaba el reglamento de desarrollo, se estudió también la validez de la propia ley) fue derogada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), si bien la nueva regulación mantiene la obligación de inversión en términos muy similares.

En efecto, la nueva regulación, contenida en el artículo 5.3 del citado texto legal, obliga a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva a contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de obras audiovisuales con el 5 % de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales que emiten obras con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción:

Artículo 5.3. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica deberán contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con el 5 por 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción. Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura estatal o autonómica esta obligación será del 6 por 100.

*La financiación de las mencionadas obras audiovisuales podrá consistir en la **participación directa** en su producción o en la **adquisición de los derechos** de explotación de las mismas (destacado del autor).*

Igualmente, se establece el desglose de esta obligación de financiación en los siguientes porcentajes:

- Al menos el 60 % (70 % en el caso de los servicios de titularidad pública) deberá dedicarse a películas cinematográficas con excepción de las calificadas X.
- El 60 % se destinará a producción en lenguas oficiales en España.
- Del importe destinado a la financiación cinematográfica, al menos el 50 % deberá destinarse a producciones independientes.
- Como mínimo, el 60 % de esta obligación de financiación, y el 75 % en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, deberá dedicarse a películas cinematográficas de cualquier género.
- En todo caso, el 60 % de esta obligación de financiación se destinará a la producción en alguna de las lenguas oficiales en España.
- De este importe, al menos el 50 % deberá aplicarse en el conjunto del cómputo anual a obras de productores independientes. En las coproducciones no se contabilizará a estos efectos la aportación del productor independiente.
- Hasta el 40 % restante (25 % en el caso de servicios de titularidad pública) podrá dedicarse a financiación de «películas, series o miniseries para televisión».

El citado precepto contiene una importante novedad respecto a la normativa anterior, ya que prevé la aplicación de la misma obligación a los prestadores del servicio de comunicación electrónica en los siguientes términos:

También están sometidos a la obligación de financiación establecida en este artículo los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas.

La regulación con rango de ley fue complementada por un nuevo reglamento de desarrollo de su texto, aprobado por Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, cuyo artículo 3.2 recoge los requisitos que deben reunir los prestadores obligados, que son:

- a) estar establecidos en España;
- b) ofrecer un servicio de cobertura estatal o autonómico;
- c) tener la responsabilidad editorial sobre los canales de televisión o catálogos de programas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2.2 y 2.13 de la Ley 7/2010 para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual y de un servicio de catálogos de programas; así como tener la responsabilidad sobre la selección de los canales de televisión que ofertan para los prestadores de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión;
- d) emitir en dichos canales productos audiovisuales de antigüedad menor de siete años.

La obligación de financiación puede cumplirse, bien mediante la participación directa en la producción de obras (como producción propia, coproducción, encargo de producción, aportaciones financieras o a través de AIE cuya finalidad sea la producción de obras audiovisuales), bien mediante la adquisición de derechos de explotación.

Conforme a los últimos datos disponibles¹ en el momento de elaboración de este trabajo, en el último año analizado la obligación de financiación de los 20 operadores sujetos en España ascendió a más de 132 millones de euros, mientras que la financiación computada superó los 389,5, lo que arroja un excedente de 257,5 millones de euros. Igualmente destaca que en el último año auditado no se ha iniciado ningún procedimiento ni se ha incoado ningún expediente sancionador por incumplimiento de la obligación de financiación. Ambos datos dan idea del éxito de la medida

1 *Informe sobre el cumplimiento en el ejercicio 2018 de la obligación de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y series de animación*, publicado por la CNMC el 24 de abril de 2020.

respecto a la finalidad de fomento pretendida, ya que las mismas estructuras creadas para el cumplimiento de la obligación se han convertido (o al menos han convergido) en fórmulas rentables para los operadores.

Estrechamente relacionada con la obligación de financiación se encuentra la obligación reserva de pantalla prevista en el art. 5.2 de la LGCA. Conforme a dicho apartado, los operadores deben reservar a obra europea el 51 % del tiempo de emisión anual. El 50 % de esa cuota (25,5 % del total) está reservado para obras europeas en cualquiera de las lenguas españolas. Por otro lado, el 10 % del tiempo de emisión está reservado a obras europeas de productores independientes del prestador del servicio, y la mitad de ese 10 % debe haber sido producida en los últimos 5 años. Para el cálculo de los tiempos de emisión y de los porcentajes reservados se excluye el dedicado a informaciones, eventos deportivos, juegos, publicidad, servicios de teletexto y televenta. En cuanto a los prestadores de catálogos de programas, la reserva a favor de obra europea es del 30 %, la mitad de la cual debe ser en alguna de las lenguas oficiales en España.

Como ocurre con las obligaciones de financiación del art. 5.3 LGCA, también la de reserva de pantalla ha alcanzado un alto grado de asunción y cumplimiento por la industria. De hecho, el desarrollo de la primera favorece la disponibilidad de un catálogo de obras por los operadores con cuya emisión se da cumplimiento a la segunda.

Al igual que ha sucedido en otros países de nuestro entorno, y destacadamente en Francia (donde encuentran su origen), tanto las medidas relativas a la financiación de obra europea como las que regulan la cuota de pantalla, complementarias entre sí, han servido como elementos fundamentales para el fomento de la producción europea, y especialmente española, dando lugar a una implicación del sector televisivo que va hoy mucho más allá de los mínimos legales exigidos. Igualmente, desde la perspectiva del público, se ha facilitado notablemente su posibilidad de acceso a unas obras que, en otras condiciones, encontrarían importantes dificultades para convivir y competir con producciones extracomunitarias.