

ACUERDO SOBRE LA SUPERVISIÓN DE LA EXENCIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD QUE CONTEMPLA LA LEY GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

(UMB/DTSA/001/22)

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

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 23 de febrero 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 dictado el siguiente acuerdo:

I. ANTECEDENTES

Primero. Aprobación de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual

La Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), que traspone lo dispuesto en la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 (en adelante, DSCA), regula en su Título VI las obligaciones que deberán cumplir los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito televisivo.

En concreto, el citado Título VI establece determinadas obligaciones en materia de accesibilidad (capítulo II). El cumplimiento de las citadas obligaciones, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final novena, no entrará en vigor hasta *“transcurrido un año desde la entrada en vigor de la presente ley”*, con lo cual se podrá exigir su cumplimiento desde el 9 de julio de 2023.

Segundo. Requerimiento de información

Con el objetivo de garantizar la transparencia y dar seguridad jurídica a todos aquellos prestadores de servicios de comunicación audiovisual que cumplan con los requisitos de exención establecidos en la disposición transitoria cuarta de la LGCA, con fecha de 12 de septiembre de 2022 se remitió a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual sujetos a la supervisión de la CNMC escrito relativo a la verificación de tal circunstancia por la CNMC.

En base a lo anterior, se han recibido en el registro de la CNMC diversos escritos de prestadores audiovisuales de ámbito estatal solicitando acogerse a las exenciones en materia de accesibilidad reguladas en el artículo 101.4 y disposición transitoria cuarta de la LGCA. Asimismo, en estos escritos, los prestadores audiovisuales han presentado diferentes dudas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, Ley CNMC), corresponde a esta Comisión la supervisión y control del *“correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual”*.

En particular, el punto 10 del citado artículo 9 de la Ley CNMC prevé como función de esta Comisión *“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 este sentido, el artículo 106 de la LGCA, establece que la CNMC será el organismo encargado de controlar el cumplimiento de las obligaciones previstas en su Capítulo II referido a la *“Accesibilidad”*.

Segundo. Régimen regulatorio de la LGCA en materia de accesibilidad

(i) Evolución del marco regulatorio español en materia de accesibilidad

La entrada en vigor de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA-2010), supuso un hito en la apertura de la televisión a las personas con discapacidad ya que, a través de su articulado, se venía a garantizar el derecho de acceso de las personas con discapacidad a la comunicación audiovisual.

La ya derogada LGCA-2010 establecía dos tipos de obligaciones para garantizar los derechos de las personas con discapacidad; por un lado, (i) aquellas cuyo objetivo era el de asegurar la accesibilidad a los medios de comunicación audiovisual, que se traducían en obligaciones cuantitativas en materia de subtítulo, audiodescripción y lengua de signos (tabla 1) y, por otro lado, (ii) aquellas relativas a promocionar y fomentar una imagen adecuada de las personas con discapacidad en los medios.

Tabla 1. *Obligaciones cuantitativas impuestas en materia de accesibilidad en la LGCA-2010*

		Subtitulado	Audiodescripción	Lengua de signos
TV lineal	Públicas	90%	10 horas/semanales	10 horas/semanales
	Privadas	75%	2 horas/semanales	2 horas/semanales

Respecto al ámbito subjetivo, las exigencias en materia de accesibilidad solo eran requeridas a aquellos prestadores de comunicación audiovisual televisiva, en abierto y con cobertura estatal o autonómica.

En virtud de lo anterior, la labor supervisora de esta Comisión se centró en el seguimiento del grado de cumplimiento alcanzado por los 9 operadores que prestaban servicios a través de la TDT y que, en su conjunto, sumaban un total de 26 canales. Los resultados de este ejercicio de control se venían plasmando, a iniciativa de esta Comisión, en un informe anual.

En 2018, se produjo una actualización de la DSCA 2010 con el objetivo de establecer una regulación del sector audiovisual más acorde con la era digital, caracterizada por la rápida evolución tecnológica, la aparición de nuevos modelos de negocio y los cambios en las pautas de visionado y de consumo de productos audiovisuales.

En concreto, en materia de accesibilidad la DSCA 2018 exige a los Estados miembros garantizar que los prestadores de servicios sujetos a su jurisdicción fomenten activamente la accesibilidad de sus contenidos a las personas con discapacidad. Esta mejora debe ser continua y progresiva.

Siguiendo los criterios fijados por la DSCA 2018, el legislador español aprobó, el pasado 7 de julio de 2022, una nueva LGCA donde se amplían, de forma sustancial, tanto el elenco de obligaciones en materia de accesibilidad que venían siendo exigidas, como el conjunto de prestadores audiovisuales con obligación legal de insertar dichas medidas.

La siguiente tabla sintetiza el conjunto de obligaciones de carácter cuantitativo impuestas por la nueva norma, con detalle de los diferentes niveles de exigencia que se demanda en función del tipo de servicio que ofrezca el prestador audiovisual: lineal en abierto, lineal en acceso condicional, servicios a petición y mantenimiento de servicios de comunicaciones audiovisuales de terceros.

Tabla 2. *Obligaciones cuantitativas impuestas en materia de accesibilidad en la LGCA-2022*

		Subtitulado	Audiodescripción	Lengua de signos
TV lineal	Públicas	90%	15 horas/semanales	15 horas/semanales
		Horario máxima audiencia	Prioritariamente horario máxima audiencia y en determinado tipo de contenidos	
	Privadas	80%	5 horas/semanales	5 horas/semanales
		Horario máxima audiencia	Prioritariamente horario máxima audiencia y en determinado tipo de contenidos	
Servicios exclusivos para otro EM	Incorporación gradual	Incorporación gradual	Incorporación gradual	
TV lineal de acceso condicional	Servicios con cobertura estatal	30%	5 horas/semanales	Incorporación gradual
		Contenidos de mayor interés para la audiencia	Contenidos de mayor audiencia	Programas de mayor interés para la audiencia en lengua de signos
	Servicios exclusivos para otro EM	Incorporación gradual	Incorporación gradual	Incorporación gradual
Servicios a petición	Servicios con cobertura estatal	30%	Gradual	Gradual
		Contenidos de mayor interés para la audiencia	Dotados con la debida prominencia en el catálogo	Dotados con la debida prominencia en el catálogo
	Servicios exclusivos para otro EM	Incorporación gradual	Incorporación gradual	Incorporación gradual
Servicios de terceros (prestadores audiovisuales y prestadores de agregación)		Mantener las medidas de accesibilidad incorporadas por los prestadores		

Por tanto, con la vigente LGCA, la CNMC debe abordar la supervisión de un elenco mayor de prestadores y sus diferentes servicios. En concreto, tomando como referencia los datos del Registro público estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual que gestiona el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (información que también está disponible a través de Mavise), conforme a la nueva legislación han pasado a estar bajo la supervisión de la CNMC más de 100 prestadores y de 500 servicios (más de 340 servicios lineales y 170 servicios a petición).

Asimismo, destaca la presencia de prestadores cuya actividad se basa en la provisión de un número muy elevado de canales. En efecto, del total de servicios a supervisar por la CNMC, alrededor del 60% de los mismos son prestados en su conjunto por tan solo 10 agentes, con un claro predominio de la modalidad lineal.

Esto refleja la existencia de nuevos modelos de negocio, con agentes que ofrecen una gran cantidad de canales, mayoritarios en número de servicios presentes en el mercado, pero con cifras de audiencia marginales.

(ii) Régimen de exención de la LGCA

El capítulo II del Título VI de la LGCA establece las obligaciones que deben cumplir los prestadores de servicios de comunicación audiovisual (resumidas en la Tabla 2 del apartado anterior) para garantizar el acceso a los servicios televisivos lineales en abierto, de acceso condicional y servicios a petición (artículo 102 a 104).

El artículo 101.4 de la LGCA establece que estarán exentos de cumplir las anteriores obligaciones todos aquellos prestadores del servicio de comunicación audiovisual que cumplan, de forma acumulativa, dos condiciones: *“un bajo volumen de negocio y con una baja audiencia en los términos que se determinen reglamentariamente”*.

Hasta la entrada en vigor de la normativa de desarrollo prevista, establece la Disposición transitoria cuarta que *“se entenderán por bajo volumen de negocio aquellos ingresos anuales inferiores a dos millones de euros y por baja audiencia aquella inferior al dos por ciento en el caso de los servicios de comunicación audiovisual televisivos lineales, y la inferior al uno por ciento en el caso de los servicios de comunicación audiovisual televisivos a petición”*.

El cumplimiento de las citadas obligaciones, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final novena, entrará en vigor *“transcurrido un año desde la entrada en vigor de la presente ley”*, con lo cual se podrá exigir su cumplimiento desde el 9 de julio de 2023 aplicándose, hasta ese momento, la normativa de la LGCA anterior.

Tercero. Criterios para la supervisión de las exenciones en materia de accesibilidad

En el marco de la Disposición transitoria cuarta de la LGCA mencionada, y ante las diferentes dudas que han presentado los prestadores audiovisuales en sus escritos de solicitud de exención, esta CNMC, en virtud de las competencias que le otorga la LGCA en esta materia, ha considerado conveniente especificar los criterios de valoración respecto a las exigencias de bajo volumen de ingresos y baja audiencia, para la verificación de las mismas.

Como cuestión previa, varios prestadores han manifestado en sus escritos que la exigencia de cumplir con los dos requisitos establecidos en la Disposición transitoria cuarta (bajo volumen de negocios y baja audiencia) de forma acumulativa resulta excesiva si se compara con otro tipo de obligaciones impuestas por la LGCA, donde las condiciones exigidas son de carácter alternativo. En base a ello, solicitan se valore únicamente el cumplimiento de uno de los criterios (de audiencia o de ingresos), para beneficiarse de la exención en materia de accesibilidad.

En relación con ello, cabe reseñar que el artículo 101.4 de la LGCA, establece que estarán exentos de cumplir con las obligaciones dispuestas en su Capítulo

II, todos aquellos “prestadores del servicio de comunicación audiovisual con un bajo volumen de negocio y con una baja audiencia en los términos que se determinen reglamentariamente”.

La conjunción “y” tiene un valor acumulativo, lo que se traduce en que deben cumplirse, en este caso, ambas condiciones para estar exento de las obligaciones del Capítulo II. Si el legislador hubiera querido eximir a los prestadores por el cumplimiento de cualquiera de estos requisitos, habría utilizado en su redacción la conjunción disyuntiva “o”, tal y como efectúa en el artículo 114.2 LGCA, respecto a las exenciones de la obligación de cuota de obra europea.

Al margen de la citada interpretación semántica, cabe poner de relieve que, tal y como reza en la Exposición de motivos de LGCA, uno de los objetivos de la norma es “garantizar que se mejore de forma continua y progresiva la accesibilidad de los servicios para las personas con discapacidad”.

La interpretación contraria, en términos generales, conllevaría a que parte de los canales que, a día de hoy, tienen implantadas medidas de accesibilidad y vienen cumpliendo con cuotas en materia de accesibilidad, dejarían de estar obligados a su cumplimiento, lo cual no se ajustaría al espíritu de la norma.

Por lo tanto, todos aquellos prestadores sujetos a la supervisión de la CNMC que cumplan acumulativamente con ambos criterios, se habrán de considerar exentos de cumplir con las obligaciones relativas a la accesibilidad contenidas en el capítulo II del título VI.

Bajo las anteriores consideraciones, los criterios de valoración que se van a tener en cuenta por la CNMC para la supervisión del cumplimiento en materia de accesibilidad, en el marco de la Disposición transitoria cuarta de la LGCA, son los siguientes:

(i) Criterios aplicables al concepto de bajo volumen de negocio

La Disposición transitoria cuarta establece que *“se entenderán por bajo volumen de negocio aquellos ingresos anuales inferiores a dos millones de euros”*, habiéndose planteado dudas por los operadores sobre qué servicios deben integrarse en la definición de ingresos anuales, la delimitación del ámbito territorial de los servicios que deben tenerse en cuenta, así como el ejercicio contable que ha de tomarse como referencia.

La CNMC considera por ingresos anuales todos aquellos devengados anualmente por el prestador respecto a los servicios de comunicación audiovisual televisivos lineales y a petición prestados en el mercado audiovisual español. Los ingresos devengados por la prestación de servicios de agregación de servicios de comunicación audiovisual quedan fuera de la citada definición.

En el caso de aquellos prestadores que se financien con subvenciones, donaciones, o similares, se considerarán como ingresos a los efectos de determinar el bajo volumen de negocio las cantidades percibidas para financiar la prestación de servicios de comunicación audiovisual en el mercado español.

En relación con el año contable, en los que respecta a las exenciones del año 2023, esta Comisión ha estimado oportuno tomar como referencia los ingresos del ejercicio 2021.

(ii) Criterios aplicables al concepto de baja audiencia

Respecto al concepto de baja audiencia, la precitada Disposición transitoria cuarta establece diferentes niveles atendiendo al tipo de servicio de comunicación audiovisual que se presta (lineales o a petición).

Para la verificación del cumplimiento de la citada exigencia, esta CNMC se valdrá como referencia de los criterios establecidos en la Comunicación de la Comisión Europea, 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 adelante, Comunicación de la Comisión), si bien estos únicamente son de aplicación directa a la obligación de promoción de obra audiovisual europea.

- En relación con los servicios lineales

La exención de los servicios lineales, en abierto o de acceso condicional, está condicionada a la obtención de unos niveles de audiencia inferior al 2%.

A este respecto, el apartado 4.2 de la Comunicación de la Comisión establece que *“Para los servicios lineales la audiencia es un concepto establecido y existen servicios de medición de audiencia en varios Estados miembros. Por consiguiente, la definición de baja audiencia debe basarse en indicadores ya aceptados y utilizados en el contexto de la DSCAV, a saber, el porcentaje de audiencia diario calculado para el año de referencia”*.

Atendiendo a lo anterior, adicionalmente a los datos aportados por los propios prestadores, la CNMC tomará en consideración, respecto a los servicios lineales prestados en territorio español, los datos anuales más recientes publicados por la empresa de medición de audiencia Kantar Media, S.A.U.

Por su parte, para poder cotejar los datos de audiencia de servicios prestados en otros Estados Miembros de la Unión Europea (en adelante, EEMM), esta CNMC ha requerido a sus reguladores la identificación de aquellos servicios que tengan audiencia superior al 2% en sus respectivos países, sin que hasta el momento se haya identificado entre estos a ningún servicio ofrecido por prestadores bajo supervisión de la CNMC.

- En relación con los servicios a petición

La exención de los servicios a petición está condicionada a la obtención de unos niveles de audiencia inferiores al 1%. Ahora bien, la determinación de lo que debe ser el nivel de audiencia en este tipo de servicios presenta particularidades.

Tal como señala la Comunicación de la Comisión, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, lo que a este respecto expone el considerando 40 de la DSCA, *“La baja audiencia puede determinarse, por ejemplo, basándose en el tiempo de visionado o en las ventas”*. Desarrollando esta idea, dicha Comunicación de la

Comisión trata de buscar el mejor método para reflejar el nivel de ventas en los servicios a petición, y concluye que, en el caso de los servicios del tipo suscripción (SVOD), el indicador clave puede ser el del número de abonados de pago suscritos a dicho servicio.

En el caso de los servicios de petición financiados con la publicidad (AVOD), o de modo transacción, en los que el usuario paga por acceder a cada contenido (TVOD), no existen suscripciones, con lo que es necesario recurrir a otros indicadores. La Comunicación de la Comisión recomienda utilizar los usuarios únicos que acceden al servicio en un período de tiempo determinado, si bien recuerda que la DSCA no impide utilizar criterios alternativos.

Tanto para tener en cuenta la contribución de los servicios AVOD y TVOD al cómputo total del mercado de vídeo bajo demanda, como para calcular la propia audiencia de estos servicios, se considera adecuado hacer uso de la cifra de ingresos de estos servicios.

Se descarta utilizar el indicador de usuarios únicos en un período de tiempo porque no se dispone de una definición precisa de dicho indicador que pueda equipararse a los suscriptores de SVOD, ni de datos de los prestadores.

De esta forma, teniendo en cuenta que para el propósito de la supervisión del cumplimiento de estas obligaciones en el año 2023 interesa conocer los datos de suscripciones y de ingresos en servicios a petición de los que pueda disponer la CNMC en este momento, se van a utilizar los relativos al año 2021.

Con todo, el siguiente cuadro muestra los resultados de este ejercicio, con el que se concluye que en el año 2021 el número de suscripciones a los efectos de estimar la audiencia de servicios SVOD era de 24.235.473, y el volumen de ingresos a los efectos de estimar la audiencia de servicios AVOD y SVOD es de 1.257.976.994 €:

Servicios SVOD

SUSCRIPCIONES SVOD Establecidos fuera de España	16.279.292
SUSCRIPCIONES SVOD Establecidos en España	6.815.049

Servicios TVOD y AVOD

Ingresos TVOD	36.800.000 €
Contribución de TVOD a suscripciones totales	708.968
Ingresos AVOD	22.432.101 €
Contribución de AVOD a suscripciones totales	432.164
Total suscripciones	
Total suscripciones del mercado VOD	24.235.473
Total ingresos	
Total ingresos del mercado VOD	1.257.976.994 €

Par el cálculo de la contribución de los servicios de TVOD y AVOD al total del mercado (cifra necesaria para obtener la cuota de audiencia de los servicios SVOD), se ha tenido en cuenta que el ingreso medio por abonado en servicios de suscripción SVOD de los principales prestadores es de 51,91 euros anuales.

Como ya se ha anticipado, el mercado español está caracterizado por el elevado peso de los servicios SVOD, de manera que la aportación combinada de AVOD y TVOD está por debajo del 5 % del total del mercado.

Se concluye por tanto que aquellos servicios SVOD conformados por catálogos que en 2021 tengan una cuota de mercado inferior al 1% en términos de suscripciones, (del total del mercado de 24.235.473 suscripciones), o bien aquellos servicios AVOD o TVOD conformados por catálogos que tengan una cuota de mercado inferior al 1 % en términos de ingresos (del total de ingresos del mercado 1.257.976.994 €), donde adicionalmente se cumpla la condición de bajo volumen de negocio, estarán exentos de cumplir con las obligaciones de accesibilidad en el año 2023.

Lo mismo que con los servicios lineales, para poder cotejar las cuotas de mercado de servicios a petición prestados en otros EEMM, se requirió a los reguladores el número total de suscripciones a servicios en el año 2021 en sus respectivos países.

(iii) Sobre los servicios dirigidos a audiencias minoritarias

Como ya se ha mencionado anteriormente, en el mercado audiovisual existen agentes cuyo modelo de negocio consiste en ofrecer al público un elevado número de canales o catálogos dirigidos a audiencias minoritarias¹.

Estos servicios son en su mayoría de naturaleza experimental, de lanzamiento reciente, o están dirigidos a un público marginal.

Las Directrices de la Comisión para el seguimiento de la solicitud de los artículos 16 y 17, de la DSCA², en relación con las obligaciones de promoción de obra europea, establecen, para los deberes de información o reporting, que para niveles de audiencia por debajo del 0,3%, puede suponerse que las obligaciones de reporting pueden imponer una carga muy pesada a los canales concernidos³.

Con objeto de no desincentivar la creación de nuevas empresas, fomentar el desarrollo de mercado y evitar cargas excesivas, de forma transitoria, y mientras que el futuro Reglamento no fije los requisitos para este tipo de servicios, por su escasa presencia en el mercado, no se priorizará la supervisión sobre el

¹ Tomando como referencia los datos ofrecidos por el Registro de prestadores y Mavise, se ha estimado que entre 300 y 400 servicios serían objeto de supervisión por la CNMC del cumplimiento de las obligaciones de accesibilidad.

² Revised guidelines for monitoring the application of articles 16 and 17 of the Audiovisual and Media Services (AVMS) Directive (July 2011)

³ *“In this regard, the Commission considers that an audience share of 0.3% could be seen as a “tolerance threshold” below which it could be supposed that the reporting obligation may place too heavy a burden on the channels concerned”.*

cumplimiento de esta obligación de los servicios con una audiencia inferior al 0,3%, al margen de cuales sean los ingresos del prestador.

(iv) Datos para aplicar la exención en años posteriores a 2023

La CNMC publicará anualmente los datos necesarios para que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisivos puedan conocer con suficiente antelación sus respectivos porcentajes de cuota de audiencias o ingresos en la siguiente anualidad, permitiendo así saber si pueden acogerse a los supuestos de exención que contempla la LGCA para los prestadores con bajo volumen de negocios y baja audiencia.

Vistos los preceptos citados y demás normativa aplicable, en tanto no entre en vigor la normativa de desarrollo prevista en el artículo 101.4 de la LGCA, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC,

ACUERDA

ÚNICO. Adoptar en el marco de la disposición transitoria cuarta de la LGCA, los criterios expuestos en los apartados anteriores en relación con la supervisión de la exención de las obligaciones en materia de accesibilidad que contempla la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a todos los interesados.

Con este acuerdo se agota la vía administrativa, si bien cabe interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.