

**ALEGACIONES DEL CONSEJO DE CONSUMIDORES
Y USUARIOS (CCU)**

**SOBRE LA CONSULTA PÚBLICA
SOBRE EL PROYECTO DE
COMUNICACIÓN POR LA QUE SE
PUBLICAN LOS CRITERIOS QUE
LA CNMC TENDRÁ EN CUENTA
PARA IDENTIFICAR A LOS
PRESTADORES DE SERVICIOS
DE COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL QUE SE
SOPORTAN EN PLATAFORMAS
DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS**

Sesión ordinaria del Pleno de 29 de marzo de 2022

OBSERVACIONES DEL CONSEJO DE CONSUMIDORES (CCU) Y A LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE EL PROYECTO DE COMUNICACIÓN POR LA QUE SE PUBLICAN LOS CRITERIOS QUE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA TENDRÁ EN CUENTA PARA IDENTIFICAR A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL QUE SE SOPORTAN EN PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS

OBSERVACIONES GENERALES

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en su papel de autoridad reguladora, ha abierto una consulta pública para clarificar los criterios que se deben tenerse en cuenta en la regulación de la actividad de aquellas personas que participan en el proceso de comunicación pública identificadas como generadoras de contenidos (vídeos), los cuales se ponen a disposición a través de plataformas de compartición (intercambio) y distribución de dichos contenidos.

En concreto, la consulta pública versa sobre un proyecto de comunicación en el que la CNM adelanta su posición al respecto:

- Identifica a estas personas, bajo determinadas circunstancias, como prestadores del servicio de comunicación audiovisual.
- Considera que cabe aplicarles la normativa existente, o al menos parte de ella, y muy especialmente, cuando entre en vigor, la nueva Ley General de la Comunicación Audiovisual actualmente en fase de tramitación parlamentaria, cuyo objetivo es incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la reforma de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual operada en 2018¹, con notable retraso respecto a los plazos establecidos. Para su trasposición.

¹Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), modificada por la Directiva 2018/1808/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018.

La consulta pública reviste, a nuestro parecer, gran importancia, dada la relevancia que esta actividad ha alcanzado en la oferta proporcionada por las plataformas de internet y de las redes sociales². El propósito de la CNMC se orienta, en este sentido, a ahondar en la transparencia de dicha actividad atendiendo a sus implicaciones desde el punto de vista del consumo y de la inversión publicitaria, así como de las garantías para los usuarios. Tal y como señala la propia CNMC en el proyecto de Comunicación sometido a consulta, la Comisión intenta “aportar claridad a cuándo un agente que emite contenidos en el entorno de las plataformas de intercambio de vídeos debe entenderse que está sometido a las reglas de la LGCA y a la supervisión de la CNMC, con el propósito de contribuir a un mercado audiovisual más seguro y responsable”.

La CNMC utiliza la denominación “*vloggers*” para referirse a estos prestadores, término empleado por el regulador europeo de servicios de comunicación audiovisual (ERGA)³, que hermana el concepto de blog como contenido generado por los usuarios y su dimensión audiovisual a través de la realización de vídeos. Tradicionalmente han sido conocidos como *influencers*, atendiendo a su capacidad de prescripción de cara a sus seguidores o audiencia fiel; como *streamers*, atendiendo al modo *on line* o de flujo en el que difunden sus contenidos, o con denominaciones que remiten en realidad al nomenclador de los canales a través de los cuales se realiza esa difusión: *youtubers*, *instagrammers*, *tiktokers*, etc.

Dado que, como hemos indicado, la futura nueva Ley General de la Comunicación Audiovisual se encuentra actualmente en fase de proyecto de ley y tramitación parlamentaria, y teniendo en cuenta que, en ausencia de trasposición, es de aplicación la mencionada Directiva 2018, recogemos de ésta las definiciones que pueden ilustrarnos para la evaluación del proyecto de Comunicación objeto de esta consulta pública:

Servicio de comunicación audiovisual (artículo 1.1.a.i): *un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables consiste en ofrecer programas al público en general, bajo la responsabilidad*

²

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU\(2022\)703350_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU(2022)703350_EN.pdf)

³ <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/12/ERGA-SG1-2021-Report-Vloggers.pdf>

editorial de un prestador de servicios de comunicación, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas tal como las define el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE; este servicio de comunicación audiovisual es bien una emisión televisiva según la definición de la letra e) del presente apartado, bien un servicio de comunicación audiovisual a petición según la definición de la letra g) del presente apartado⁴.

Servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma o plataforma de intercambio de vídeos (artículo 1.1.a.bis): *un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas tal como se definen en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE, y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación.*

Programa (artículo 1.1.b): *un conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario, con independencia de su duración, dentro de un horario de programación o de un catálogo elaborado por un prestador de servicios de comunicación, incluidos los largometrajes, los vídeos cortos, las manifestaciones deportivas, las comedias de situación, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales.*

Vídeo generado por usuarios (artículo 1.1.b bis): *un conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario, con independencia de su duración, creado por un usuario y subido a una plataforma de intercambio de vídeos por dicho usuario o por cualquier otro.*

⁴ La letra e) define los servicios de comunicación audiovisual lineal (que asimila, erróneamente a nuestro parecer, con los servicios de radiodifusión televisiva, como si sólo sus emisiones pudieran ser lineales) como aquéllos ofrecidos “por un prestador del servicio de comunicación para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación”. La letra g) define los servicios de comunicación audiovisual a petición como aquéllos ofrecidos “por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación”.

Decisión editorial (artículo 1.1.b ter): *una decisión que se adopta periódicamente con el fin de ejercer la responsabilidad editorial y que está vinculada a la gestión diaria del servicio de comunicación audiovisual.*

Responsabilidad editorial (artículo 1.1.c): *el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico, en el caso de las radiodifusiones televisivas, ya en un catálogo, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados.*

Prestador del servicio de comunicación (artículo 1.1.b): la persona física o jurídica que ostenta la responsabilidad editorial sobre la elección del contenido audiovisual del servicio de comunicación audiovisual y determina la manera en que se organiza dicho contenido.

Prestador de plataforma de intercambio de vídeos (artículo 1.1. d bis): la persona física o jurídica que presta un servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma.

Comunicación comercial audiovisual (artículo 1.1 d): las imágenes con o sin sonido destinadas a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica; estas imágenes acompañan o se incluyen en un programa o en un vídeo generado por usuarios a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción. La publicidad televisiva, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto son, entre otras, formas de comunicación comercial audiovisual.

OBSERVACIONES ESPECÍFICAS

De conformidad con las definiciones anteriores, considera la CNMC, en línea con lo señalado a nivel europeo hasta el momento, que para que una actividad en el sector audiovisual pueda catalogarse como un servicio de comunicación audiovisual deben concurrir en la misma, de forma cumulativa, los siguientes 7 criterios:

Cuando no hay referencia expresa a la actividad económica asociada a la comunicación pública llevada a cabo por las / los vloggers, la CNMC plantea una serie de valoraciones sistemáticas indirectas, indiciarias de la intencionalidad comercial, que permiten determinar si tal actividad económica existe o no, y sitúa o no a esos emisores como prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

Por ejemplo, si la plataforma de intercambio de videos a través de la que los vloggers ponen a disposición pública sus contenidos cuenta con un sistema de monetización de los mismos, atendiendo a su audiencia y asociado al retorno publicitario específico o general⁷. O si se identifica la participación de los vloggers (se entiende que previa, simultánea o sucesiva) en la promoción de las mismas marcas y productos que aparecen en sus vídeos, al margen de éstos e incluso al margen de la plataforma en la que se soportan. O si puede contar con una vía de ingresos complementaria a través de *merchandising* de productos o iniciativas propias e incluso a través de donaciones, entendiendo (aunque la CNMC no lo especifica) que puedan asociarse a una intencionalidad comercial y no de otro tipo (interés social)

La CNMC plantea introducir un criterio que matiza esta naturaleza comercial de los mensajes de los vloggers, evaluando la regularidad o no de la retribución, con el fin de “evitar que cualquier ingreso puntual o esporádico relacionado con el sector audiovisual permita concluir que (...) concurre el presente requisito”. Y para ello considera que la observación para determinar la generación de ingresos por parte de estos agentes audiovisuales pudría concretarse en un año, “dado que es un periodo de tiempo razonable para entender que dicha actividad económica es estable y permite descartar otras actividades puntuales”.

No podemos estar de acuerdo con esta cautela temporal, en la medida en la que, en muchas ocasiones, las campañas son bastante fugaces y, en todo caso, una vez demostrada la intencionalidad comercial, por muy esporádica que esta sea, entendemos que la CNMC debería velar porque no se produzcan comunicaciones comerciales encubiertas y porque dichas comunicaciones comerciales cumplan con el resto de criterios de licitud contemplados en la normativa de aplicación, tanto transversal (Ley General de Publicidad, Ley de Competencia Desleal, Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

⁷ Como alternativa a las remuneraciones clásicas variables y escalables, por ejemplo, en Youtube, a partir de un determinado número de seguidores, Twitch ha anunciado un fee básico para sus *streamers* complementado con la retribución variable.

y otras leyes complementarias, Ley General de la Comunicación Audiovisual, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercial Electrónico en su caso) como sectorial.

Finalmente, se hace referencia a la inscripción ante el Registro Mercantil como persona jurídica autorizada (o su vinculación con ésta) para llevar a cabo una actividad empresarial relacionada con el sector audiovisual como indicio de actividad económica.

2. El prestador debe ostentar la responsabilidad editorial sobre los contenidos que ofrece.

Tal y como señala la Directiva Audiovisual de Servicios de Comunicación Audiovisual de 2010 en su considerando 25, *“El concepto de responsabilidad editorial es esencial para definir el papel de prestador del servicio de comunicación y, por lo tanto, para la definición de los servicios de comunicación audiovisual. (...)”*.

La responsabilidad editorial supone, por tanto, en el caso de los vloggers, no tanto la organización (que queda en manos de la plataforma de distribución) cuanto la capacidad de decidir el contenido que va a ser puesto a disposición a través de la plataforma de internet o de las redes sociales. Ello implica la planificación y elaboración del contenido, la formulación de un título y de una descripción de dicho contenido, la forma única o seriada en la que va a difundirse, la selección de imágenes para su difusión / promoción, etc.

3. Debe ser un servicio dirigido al público en general.

El considerando 21 de la Directiva en su versión de 2010 establece que *“la definición de servicio de comunicación audiovisual debe englobar únicamente servicios de comunicación audiovisual (...) que sean medios de comunicación de masas, es decir, que estén destinados a una parte significativa del público en general y que puedan tener un claro impacto sobre él (...)”*.

Se trata de un concepto, el de comunicación de masas, a nuestro modo de ver confuso, en la medida en la que precisamente una de las características de las plataformas de internet y de las redes sociales es su naturaleza de medios sociales (*social media*) y no de medios de masas (*mass media*), basados en la interactividad y en la comunicación punto a punto (*pointcast*), sea o no de

acceso condicional, frente a la difusión masiva (*broadcast*), aunque como en el caso de los medios masivos puedan llegar a públicos cada vez más amplios (*one to many*) dentro de su mayor capacidad de segmentación.

Es aceptable, en ese sentido, el criterio de potencialidad manejado por la CNMC, considerando que, “en cualquiera de los casos, estos agentes no presentan limitaciones en cuanto a la suscripción y/o consumo de sus servicios y, por tanto, tienen, en última instancia, una vocación de universalidad al estar disponibles al público en general”. En mayor medida que el enfoque cuantitativo de la audiencia conseguida (aunque, como ocurre con las plataformas OTT en la normativa audiovisual, los requerimientos a los prestadores puedan variar dependiendo de su relevancia en el mercado) o el más cualitativo de la influencia lograda.

4. La función de los contenidos debe ser principalmente informar, entretener o educar.

Considera la CNMC que, en general, los servicios prestados por los agentes audiovisuales cumplen las funciones propias de un servicio de comunicación audiovisual, representadas en esa tríada utilizada por la BBC desde sus inicios. Una tríada que, con el tiempo y la hibridación de los formatos se ha mostrado no tanto alternativa cuanto complementaria. Pero excluye de esta consideración

los contenidos que tienen como objetivo promover, con fines meramente comerciales, un producto o un servicio determinado.

“En este sentido – aclara- la definición de servicio de comunicación audiovisual no abarca una cadena de vídeos publicada en Internet, en la que se pueden consultar vídeos cortos promocionales de un producto o servicio concreto. Si bien, un vídeo promocional puede informar, entretener o incluso educar a los espectadores, es con el único fin y como medio para alcanzar el fin promocional del vídeo en cuestión”.

Consideramos que la intencionalidad comercial, vale decir, publicitaria y promocional de los contenidos, no menoscaba el carácter de prestador de servicios de comunicación audiovisual de un determinado vlogger (y, por supuesto, de un anunciante), en la medida en la que las comunicaciones

comerciales que acompañan o (en ese caso) se integran en, e incluso constituyen, los programas y vídeos, forman parte de los contenidos audiovisuales que definen esos servicios⁸. Y ni que decir tiene que estas comunicaciones comerciales difundidas por los vloggers (cuando éstos las comercialicen) han de cumplir criterios de veracidad y licitud cuyo cumplimiento debería garantizar la CNMNC en tanto que regulador audiovisual.

5. Su propósito principal deber ser la provisión de programas.

Como ya hemos indicado, la normativa europea excluye de la consideración de servicios de comunicación audiovisual a aquéllos cuyo contenido audiovisual sea meramente incidental y no constituya la finalidad principal propia o de una de sus partes disociables.

Recoge la CNMC lo señalado en el considerando 3 de la Directiva de 2018, el cual establece que debería entenderse que se cumple el requisito de finalidad principal si el servicio tiene una forma y contenido audiovisuales disociables de la actividad principal del prestador de servicios. Y permite afirmar que cualquier servicio audiovisual que esté bajo la responsabilidad editorial de otro prestador puede constituir dicho servicio en sí mismo, aunque se ofrezca a través de una plataforma de intercambio de vídeos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la CNMC menciona como criterios de valoración para determinar la naturaleza del servicio de comunicación audiovisual cómo éste es percibido por el público en general y su recurrencia, es decir, que tenga una estabilidad en el tiempo de al menos un año de actividad.

⁸ Aunque no estamos manejando el Proyecto de Ley general de la Comunicación Audiovisual como texto de referencia, éste lo deja claro al definir el servicio de comunicación audiovisual como un “servicio prestado con la finalidad principal propia o de una de sus partes disociables de proporcionar, bajo la responsabilidad editorial de un prestador del servicio de comunicación audiovisual, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales audiovisuales”. Y el servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma como un “servicio cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en proporcionar, al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, así como emitir comunicaciones comerciales, y cuya organización determina el prestador, entre otros medios, con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación”.

De nuevo nos parece un periodo excesivamente prolongado, entendiendo que un análisis *hic et nunc* de la naturaleza disociable y autónoma de una determinada oferta audiovisual debería ser suficiente como para justiciar su consideración como servicio de comunicación audiovisual y actuar en consecuencia por parte del regulador. Subsidiariamente, consideramos que el periodo temporal a considerar será de tres meses, o al menos de seis meses.

6. Los programas creados deben ser audiovisuales.

Teniendo en cuenta que, como ha venido señalado la CNMC en sus diferentes documentos de posición, la definición de programa de la Directiva Audiovisual no impone ningún requisito sobre la duración de los mismo y comprende por tanto a los vídeos de corta duración publicados en Internet (en 2010, y aún más claramente en 2018), si el servicio objeto de análisis distribuye programas, “es decir, imágenes en movimiento” que constituyen un elemento unitario dentro de un horario de programación o de un catálogo, bajo el formato de vídeos, por lo general cortos, también podrá decirse del mismo que cumple el criterio de que distribuye programas audiovisuales.

La Comisión menciona, en este sentido, el haber descartado “que una página electrónica de contenido erótico fuera considerado servicio de comunicación audiovisual en la medida en que ésta no distribuía programas audiovisuales”.

Ya hemos señalado en diferentes ocasiones, y ahora con ocasión de la tramitación de la nueva LGCA, nuestra discrepancia con la definición de contenido audiovisual (en el caso de los programas y de los vídeos, no así de las comunicaciones comerciales) vinculada a la necesidad de que las imágenes que se difundan deban ser “en movimiento”. Y nuestra discrepancia es aún mayor en relación con las redes sociales, en las que en muchos casos los y las *influencers* difunden sus mensajes a través de fotografías que pueden afectar al desarrollo del menor o suponer ilícitos publicitarios en la misma medida que las imágenes en movimiento. Desde el punto de vista de la defensa de los consumidores y usuarios no tiene ningún sentido que éstos queden desprotegidos por una mera cuestión técnica o formal en la elaboración de los mensajes sin atender a su contenido, sea éste visual (imágenes, textos) o sonoro (verbal).

7. Los programas deben proveerse mediante redes de comunicaciones electrónicas.

Señala con acierto la CNMC que la vinculación conceptual de los servicios de comunicación audiovisual a su prestación a través de redes de comunicaciones electrónicas ha permitido que dicho concepto pueda aplicarse a servicios tan dispares desde un punto de vista técnico como lo son la televisión en abierto por ondas hertzianas u on line, las plataformas de IOTV y cable o las plataformas OTT.

En este aspecto, la CNMC exigirá únicamente para considerar que un servicio bajo análisis cumple con el requisito para considerarse de comunicación audiovisual que sea accesible gracias a las redes de comunicaciones electrónicas. En particular, aquéllas que permiten el acceso a Internet fijo y móvil.

En definitiva, todos aquellos *vloggers en* los que concurran los siete criterios anteriormente señalados tendrán la consideración de prestadores de servicios de comunicación audiovisual que se soportan en plataformas de intercambio de vídeos y, consecuentemente, les serán de aplicación las obligaciones establecidas en la normativa audiovisual y quedarán sometidos a la supervisión de la CNMC

Madrid, 29 de marzo de 2022

El presidente del CCU
Carlos Ballugera Gómez

El secretario del CCU
Nelson Castro Gil