

NUEVA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL: LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS*

Helena Palomino Moraleda
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 14 de octubre de 2022

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 8 de julio de 2022, se publicaba en el BOE la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual (en adelante, “LGCA”)¹, que ha traído consigo importantes novedades en la materia, fruto de la transposición a nuestro Ordenamiento de la Directiva² de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante “DSCA”) que entró en vigor en el año 2018.

Entre otras novedades, destaca la regulación de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, contemplada en los artículos del 86 al 94 LGCA. La nueva normativa de comunicación audiovisual ha asumido la definición dada por la DSCA al “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” o “plataforma de intercambio

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NBI00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

¹ Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

² DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE 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), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.



de vídeos”: un servicio (...) 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 (...) 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. Se incluirían en este concepto plataformas tan populares en la actualidad como son YouTube y Tiktok.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Debemos tener presente que no todos los prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma están sujetos a la LGCA, *únicamente están sujetos a la norma aquellos que estén establecidos en España conforme a la Ley 34/2002*, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico³, art. 3 LGCA. La norma se basa en el principio de país de origen -consagrado en la DSCA-, por el que un prestador de servicios está sujeto al ordenamiento jurídico del país donde esté establecido. De conformidad con este criterio, quedarían al margen de la regulación las plataformas más utilizadas por los usuarios, como por ejemplo YouTube al tener su domicilio social en Irlanda y no en España.

Sin embargo, se contemplan algunas excepciones a este principio. En concreto, para aquellos prestadores de intercambio de vídeos que, aun estando establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea, *ofrezcan servicios específicamente dirigidos al territorio nacional*, la LGCA⁴ establece la obligación de contribuir a la financiación de la televisión pública nacional mediante el pago de una aportación anual que se calculará sobre los ingresos brutos de explotación facturados anualmente por los servicios específicamente dirigidos al territorio nacional. Esta excepción abre la puerta a que las plataformas internacionales como las ya mencionadas YouTube, TikTok o Instagram TV estén obligadas a financiar la televisión pública de España. Pero la aplicación de la norma se encuentra aquí con el problema de determinar el volumen de ingresos que estas plataformas obtienen en nuestro país, toda vez que esta será la base para determinar su aportación. Será la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, “CNMC”) la encargada de controlar el cómputo de los ingresos de cada plataforma sujeta a la obligación.

³ Conforme al art. 2.17 LGCA.

⁴ Disposición Final Cuarta. Modificación de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.



En definitiva, de forma general conforme a la aplicación del principio de país de origen sólo las plataformas de intercambio de vídeos con sede en España están sujetas a la nueva LGCA, pero este ámbito de aplicación se amplía cuando se trata de la obligación de financiar la televisión pública, donde sí están incluidas las plataformas que ofrezcan *servicios específicamente dirigidos* a España independientemente del país donde esté situada su sede. Con esta delimitación, ideada por Europa, se busca que los prestadores establecidos en un Estado miembro no se vean sujetos a las obligaciones impuestas por otro Estado y a su vez, evitar que los prestadores internacionales se vean envueltos por un sinfín de legislaciones. El gran problema que esta delimitación presenta es que las grandes plataformas utilizadas en nuestro país (reiteramos: YouTube, TikTok o Instagram TV, Twitch...) se quedan exentas de muchas obligaciones que sí serán de aplicación para las plataformas radicadas en España, como la implantación de sistemas de verificación de edad y calificación de los programas por edades, sistemas de control parental, prohibición de tratar los datos de los menores de edad con fines de mercadotecnia o implantar una funcionalidad para que los usuarios que suban vídeos declaren si contienen publicidad; obligaciones que detallamos en los siguientes apartados. En consecuencia, se genera un claro desequilibrio que afecta a la competencia entre las plataformas y vuelve a poner en el punto de mira a la LGCA pues la reforma no ha colmado la necesidad de un marco normativo específico que se ajuste a las particularidades de este sector.

Sin embargo, la LGCA sí que ha llegado más allá en las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, entendiéndose por aquellos quienes prestan servicios a través de redes de comunicaciones electrónicas con objeto de informar, entretener o educar al público en general y cuya principal diferencia con los prestadores de intercambio de vídeos es la responsabilidad editorial que ostentan sobre el contenido de la plataforma. Entre estos prestadores se encuentran la plataforma española Movistar + o las internacionales Netflix y HBO. En este caso también se aplica el principio de país de origen para determinar la aplicación de la LGCA, pero les será extensible la norma cuando las plataformas ofrezcan servicios específicamente dirigidos a España no sólo para la financiación de la televisión pública sino también para la financiación de la obra europea. El art. 117 LGCA contempla que estarán obligados a financiar anticipadamente la obra audiovisual europea no solo las plataformas que estén establecidas en España como Movistar + sino también aquellas que, aunque estén establecidas en otro país miembro de la Unión Europea dirigen sus servicios a España (exceptuados quienes tengan un bajo volumen de negocio), lo que incluye a las populares Netflix o HBO. Aun siendo insuficiente este marco de aplicación, las obligaciones incluidas permiten un mayor equilibrio entre las plataformas nacionales e internacionales que en el caso de los servicios de intercambio de vídeos.

3. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS A TRAVÉS DE PLATAFORMA

La nueva redacción de la LGCA determina la necesidad de que los prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma garanticen en sus contenidos la observancia de los principios generales de la comunicación audiovisual (dignidad humana, alfabetización, igualdad, entre otros).

Para dar cumplimiento a este encargo, el artículo 88 LGCA dirige un mandato a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos para que adopten medidas con el fin de proteger: i) a los menores, evitando que los vídeos de la plataforma perjudiquen su desarrollo físico, mental o moral; ii) al público en general de los vídeos que atenten contra la dignidad humana y los valores constitucionales (principio general contemplado en los párrafos segundo y cuarto del art. 4 LGCA).

3.1 Principales obligaciones de los prestadores del servicio de intercambio de videos

Con el objetivo de proteger al precitado público, los prestadores del servicio de intercambio de videos a través de plataforma deberán aplicar las siguientes medidas:

- a) Incluir en las cláusulas de condiciones de servicios para los usuarios las obligaciones contenidas en la norma con respecto a determinados contenidos audiovisuales.
- b) Establecer sistemas para facilitar al usuario la notificación de contenidos que vulneren las obligaciones establecidas por la LGCA y establecer mecanismos que permitan conocer a los usuarios el curso de esta notificación.
- c) Implantar sistemas de verificación de edad para los usuarios con respecto a los contenidos no válidos para su edad.
- d) Facilitar sistemas de control parental.
- e) Habilitar procedimientos transparentes y fáciles de uso para la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de la plataforma.
- f) Llevar a cabo medidas y herramientas eficaces de alfabetización mediática y poner en conocimiento de los usuarios la existencia de esas medidas y herramientas.
- g) Facilitar a los usuarios el acceso a una resolución alternativa de litigios de consumo.

Asimismo, en aras de proteger a los menores, se prohíbe que los datos recogidos o generados por los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de la

plataforma, sean utilizados con fines comerciales como mercadotécnica directa o publicidad personalizada.

Junto a las anteriores medidas, con el objetivo de regular y proteger a los menores y al público en general, la LGCA establece una serie de obligaciones en materia de publicidad. Los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma vienen obligados a garantizar que las comunicaciones comerciales audiovisuales respeten los principios generales enunciados por la LGCA: respeto a la dignidad humana, prohibición de discriminación o protección de la salud, entre otros. Para ello, se incluirán estas obligaciones en las cláusulas de condiciones del servicio y se deberá incorporar una funcionalidad para que los usuarios que suban vídeos declaren si los mismos contienen publicidad. En atención a esta información, los prestadores del servicio de intercambio deben informar a los usuarios qué contenido de la plataforma contiene comunicación comercial.

Se permiten las comunicaciones comerciales audiovisuales de juegos de azar y apuestas cuando se difundan desde canales que tengan como actividad principal el ofrecimiento de información sobre las actividades de juego definidas en la Ley 13/2011 de 27 de mayo, de regulación del juego; siempre que hagan uso del mecanismo de control de edad que debe estar disponible en la plataforma. La LGCA limita los horarios en los que podrá emitirse publicidad de juegos de azar o alcohol, entre otros, véase art. 123; sin embargo, en las plataformas de intercambio de vídeos la publicidad referente a este contenido no está sujeta a este límite horario siempre que se notifique el contenido.

Como se viene exponiendo, entre los principales objetivos de la nueva LGCA está el de garantizar una protección eficaz a los menores. Así, la norma pretende que los prestadores del servicio de intercambio de videos reduzcan la exposición de los menores a las comunicaciones comerciales audiovisuales relativas a alimentos y bebidas cuya ingesta excesiva es desaconsejada. En todo caso, la publicidad que fomente comportamientos perjudiciales para los menores exigirá verificación de edad y acceso a usuarios mayores de edad.

La exigibilidad de las medidas expuestas en estos párrafos podrá sufrir variaciones en función del tamaño de las plataformas, su volumen de usuarios o naturaleza de los contenidos, entre otros. Y, con el fin de que las plataformas puedan adaptarse a las nuevas obligaciones, la LGCA ha otorgado un periodo de margen de tres meses desde su publicación.

Por último, debe subrayarse que los nuevos hábitos de consumo han provocado la irrupción y consolidación de estas plataformas lo que ha desembocado en la necesidad de

un marco jurídico con el fin de proteger a los consumidores y la competencia. Sin embargo, esta nueva regulación que acabamos de exponer está circunscrita a obligaciones básicas relativas a principios esenciales de la comunicación audiovisual, lo que contrasta con la amplia lista de obligaciones- ya existentes de manera previa y ahora actualizada- para el resto de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. Esta normativa previa sobre la materia y la falta de responsabilidad editorial de las plataformas como una de las principales diferencias del resto de prestadores de servicios, marca las diferentes obligaciones que deben asumir unos y otros.

En este sentido, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen obligaciones en materia de accesibilidad, por ejemplo: la televisión en abierto debe garantizar un mínimo del 80 % de programas subtítulos o la emisión de un mínimo de cinco horas semanales de programas en lengua de signos; obligaciones que no son impuestas a las plataformas. También carecen las plataformas de las obligaciones impuestas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual sobre la promoción de obra europea: cuotas mínimas de emisión anual, porcentajes del catálogo de servicios que deben ofertar de obra europea o la obligación de financiar anticipadamente estas obras. Y, como ya se ha expuesto de forma previa, una diferencia importante entre unos y otros prestadores la marcan las obligaciones a las que están sometidos en materia de publicidad; por ejemplo, mientras el resto de prestadores de servicios de comunicación audiovisual deben respetar unas franjas horarias de emisión de publicidad relativa a alcohol o juegos de azar, las plataformas no están sujetas a estas limitaciones si cumplen los requisitos expuestos, al igual que tampoco están obligadas las plataformas a respetar los límites cuantitativos en la emisión de publicidad que se le impone al resto de prestadores.

3.2 Supervisión y control

La CNMC es el órgano encargado de controlar que los prestadores del servicio de intercambio de vídeos cumplan las medidas y obligaciones previamente expuestas. Para dar cumplimiento a este fin, la CNMC evaluará el grado de idoneidad de las medidas adoptadas por los prestadores del servicio referidas en la ley previo informe preceptivo, pero no vinculante, de la Agencia Española de Protección de Datos.

Los prestadores del servicio de intercambio de videos están obligados a facilitar a la CNMV la información que les sea requerida, debiendo colaborar en lo necesario.

3.3 Especial referencia a los *influencers*

El pasado mes de febrero la CNMV abrió una consulta pública con el fin de examinar los criterios relevantes para considerar prestadores de servicios de comunicación audiovisual a usuarios de especial relevancia (conocidos, comúnmente, como *vloggers* o *influencers*), con el fin de valorar su sometimiento a la nueva ley de comunicación audiovisual.

Finalmente, la LGCA dedica su art. 94 a estos usuarios de especial relevancia, quienes serán considerados prestadores del servicio de comunicación audiovisual y por tanto sometidos a los principios y obligaciones de la LGCA si cumplen los siguientes requisitos:

- a) El servicio prestado conlleva una actividad económica, obteniendo el titular unos ingresos significativos con ella.
- b) El *influencer* es el responsable editor de los contenidos publicados.
- c) El servicio prestado está dirigido al público en general y puede tener impacto sobre él.
- d) Con el servicio prestado se busca distribuir contenidos audiovisuales para informar o entretener.
- e) El servicio se ofrece a través de redes de comunicación electrónicas y el *influencer* está establecido en España.

La nueva LGCA obliga a que estos usuarios de especial relevancia se inscriban en el Registro estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual, al igual que el resto de los prestadores de servicios de intercambio de videos.

Sin embargo, conforme a la Disposición final novena de la LGCA estas disposiciones no entran en vigor hasta la aprobación del reglamento *que concrete los requisitos para ser considerado usuario de especial relevancia*.