

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR LA ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL (AUTOCONTROL) EN RELACIÓN A LA CALIFICACIÓN DE LAS SERIES EMITIDAS EN PLATAFORMAS ONLINE DE VIDEO ON DEMAND Y DE SUS COMUNICACIONES COMERCIALES

CNS/DTSA/025/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 7 de marzo de 2017

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (en adelante CNMC), en su reunión de 7 de marzo de 2017 ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), en relación a la calificación de las series emitidas en plataformas online de Video on Demand (Vod) y de sus comunicaciones comerciales.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de enero de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de AUTOCONTROL en el que se plantean tres cuestiones relativas a la obligación de calificación por edades de las series emitidas en plataformas online de Video On Demand y de sus comunicaciones comerciales.

A raíz de unas solicitudes de Copy Advice sobre anuncios en los que se promocionan series difundidas exclusivamente mediante plataformas online de Video on Demand (Vod), y dada la obligación de calificación por edades de las obras audiovisuales establecida en el artículo 6 del Real Decreto 1084/2015, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, AUTOCONTROL solicita la opinión de esta Sala de Supervisión Regulatoria sobre los siguientes extremos:

1. *“Si en el marco particular de la difusión de comunicaciones comerciales de series emitidas en plataformas online de Video on Demand, existe la obligación de obtener la calificación por edades de las series de conformidad con el artículo 6 del Real Decreto 1084/2015.*
2. *En el caso de que sí exista obligación de obtener la calificación edades de las series, cuál sería el órgano competente al que correspondería otorgar dicha calificación.*
3. *Por último, y en caso de obtener respuesta afirmativa a la primera cuestión, si la calificación de la serie otorgada por el órgano competente debería aparecer en las comunicaciones comerciales de la misma difundidas por un operador de televisión que no emita dicha serie en su programación.”*

Por lo anterior, AUTOCONTROL solicita el criterio de esta Sala sobre los aspectos planteados al objeto de clarificar la correcta aplicación del Real Decreto 1084/2015 para este caso concreto.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“Ley CNMC”) *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual.”*

Y en los apartados tercero, cuarto y sexto se prevé que, en particular, ejercerá las funciones de:

- “(…) 3. Controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas para hacer efectivos los derechos del menor y de las personas con discapacidad conforme a lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.*
- 4. Supervisar la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente y los códigos de autorregulación en los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.*
- (…)*
- 6. Controlar el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales impuestos por los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo”.*

A este respecto, el artículo 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), establece determinadas franjas horarias de

protección de los menores y otras franjas reforzadas de protección de los menores de 13 años ante la emisión de contenidos televisivos, y el artículo 7.6 dispone que:

“Todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva deben disponer de una calificación por edades, de acuerdo con las instrucciones sobre su gradación que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales¹.”

La gradación de la calificación debe ser la homologada por el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

Corresponde a la autoridad audiovisual competente la vigilancia, control y sanción de la adecuada calificación de los programas por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva”.

Asimismo, el artículo 18.7 de la LGCA determina que *“La comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad.”*

Y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su artículo 3 señala que *“Es ilícita [...]”*:

d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios”.

A estos efectos, antes de difundir o publicitar películas cinematográficas u obras audiovisuales, éstas deberán ser calificadas por grupos de edades del público al que están destinadas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 8 y 9 de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (Ley del Cine) y en el Real Decreto 1084/2015, de 4 de noviembre, que la desarrolla.

En consecuencia, ha de entenderse el sometimiento de la comunicación comercial audiovisual a lo dispuesto en la Ley General de Publicidad y al resto de la normativa sobre publicidad, correspondiendo a la CNMC la vigilancia sobre su cumplimiento en el ámbito de la actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

Finalmente, y respecto a la emisión de comunicaciones comerciales, los apartados primero y segundo del artículo 61 de la LGCA prevén lo siguiente:

“1. La responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente Ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. [...]”

¹ Actualmente esta referencia debe entenderse hecha a la CNMC.

2. No incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad.

No obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.”

En consecuencia con lo indicado y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.2.j) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para conocer este asunto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

III. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA Y MARCO JURÍDICO APLICABLE

La Constitución Española en su artículo 20 reconoce y protege entre otros, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, concretando, en su apartado 2º, que estos derechos no pueden restringirse mediante ningún tipo de censura.

Si bien, en su apartado 4º, matiza que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

A su vez el mandato constitucional del artículo 39.4 señala que “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

Ambos preceptos implican un deber reforzado de vigilancia y tutela judicial de los poderes públicos, en tanto que la infancia se revela como un valor de especial protección jurídica.

Aquel derecho fundamental y este principio rector de la política social y económica, encuentran su reflejo en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en concreto en el mencionado artículo 7.6 en el que se prescribe que “***Todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva deben disponer de una calificación por edades, de acuerdo con las instrucciones sobre su graduación que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales***”.

Asimismo, el artículo 8.1 de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, dispone en su apartado primero que:

*“Antes de proceder a la comercialización, difusión o publicidad de una película cinematográfica u **obra audiovisual** por cualquier medio o en cualquier soporte en territorio español, **ésta deberá ser calificada** por grupos de edades del público al que está destinada mediante resolución del Director del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales previo informe de la Comisión de Calificación o por los órganos competentes de aquellas Comunidades Autónomas que ostenten competencias para la calificación de las películas y los materiales audiovisuales. Se exceptúan las obras audiovisuales que, de acuerdo con su normativa específica, sean objeto de autorregulación”.*

De conformidad con lo dispuesto en este precepto, el apartado primero del artículo 6 del Real Decreto 1084/2015 prevé lo siguiente:

*“1. Antes de proceder a su comercialización, difusión o publicidad, el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales o el órgano correspondiente de la comunidad autónoma con competencia en la materia, deberá otorgar a las películas cinematográficas y **otras obras audiovisuales** una calificación por grupos de edad, según la siguiente clasificación:*

- a) Apta para todos los públicos.*
- b) No recomendada para menores de siete años.*
- c) No recomendada para menores de doce años.*
- d) No recomendada para menores de dieciséis años.*
- e) No recomendada para menores de dieciocho años.*
- f) Película X.”*

Y el apartado tercero del mismo artículo establece que *“Las calificaciones de las películas cinematográficas y otras obras audiovisuales otorgadas por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales o por los órganos correspondientes de las comunidades autónomas con competencia en la materia tendrán validez en todo el territorio español”.*

Además, en el artículo 9.1 de esta Ley del Cine se establece la obligatoriedad de informar sobre la calificación de las obras audiovisuales por parte de aquellos que lleven a cabo actos de difusión y publicidad de las mismas, en el caso que nos atañe, los operadores de televisión.

“1. Las calificaciones que hayan obtenido las películas cinematográficas y demás obras audiovisuales en España, de acuerdo con la obligación de calificación establecida en el artículo anterior, deben hacerse llegar a conocimiento del público, a título orientativo. Quienes lleven a cabo actos de comercialización, distribución, comunicación pública, publicidad, difusión o divulgación por cualquier medio de estas obras

serán los responsables de que en dichos actos conste la calificación otorgada de manera que resulte claramente perceptible para el público. Se incluyen expresamente las empresas que presten servicios de vídeo bajo demanda o los titulares de sitios web, incluidos los que ofrecen listados ordenados y clasificados de enlaces a otros sitios web o servidores donde se alojen las obras cinematográficas o audiovisuales. A estos efectos, los obligados deberán recabar de los titulares de los derechos de distribución la información sobre la calificación que corresponda a la obra. Reglamentariamente se regularán los requisitos que puedan ser exigibles a este fin”.

En este mismo sentido, el artículo 8.2 del Real Decreto 1084/2015, de desarrollo de la Ley del Cine, reitera la obligatoriedad de informar sobre la calificación por edades de las películas cinematográficas y otras **obras audiovisuales** en España por parte de los sujetos que realicen actividades de difusión y publicidad de las mismas, de manera bien visible y adecuada al medio o sistema de que se trate.

Por lo que respecta en particular a las series, estas han de considerarse dentro de la categoría general de otras obras audiovisuales, según lo dispuesto en la definición del artículo 4.b) de la Ley del Cine², la cual define también las series para televisión en su artículo 4.g) de la misma manera que el artículo 2.21 de la LGCA³. La principal diferencia respecto a las películas cinematográficas es que las series no están destinadas a ser exhibidas en salas cinematográficas, sino que su objetivo es llegar al público a través de otros medios de comunicación, tales como la televisión lineal, la distribución a través del mercado de DVD o la distribución a petición utilizando las plataformas online.

Así pues, por todo lo expuesto se ha de responder de forma afirmativa a la **primera cuestión** acerca de la obligatoriedad de obtener calificación por edades de las series emitidas por plataformas online de Video on Demand,⁴ pues en este caso la obligación viene determinada por la naturaleza del producto audiovisual que se emite, independientemente de cuál sea su forma de distribución. Y la LGCA establece en el artículo 7.6 que todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual deben disponer de una calificación por edades, de acuerdo con las instrucciones sobre su gradación que dicte la autoridad audiovisual. A estos

² “Otras obras audiovisuales: Aquéllas que, cumpliendo los requisitos de la letra a), no estén destinadas a ser exhibidas en salas cinematográficas, sino que llegan al público a través de otros medios de comunicación.”

³ “Serie de televisión: La obra audiovisual formada por un conjunto de episodios de ficción, animación o documental con o sin título genérico común, destinada a ser emitida o radiodifundida por operadores de televisión de forma sucesiva y continuada, pudiendo cada episodio corresponder a una unidad narrativa o tener continuación en el episodio siguiente.”

⁴ Como ejemplo de este tipo de plataformas se puede citar a Wuaki, Netflix, HBO, Movistar +, Filmin, Atresplayer, etc.

efectos, las plataformas online de Video on Demand se configuran como prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición bajo la modalidad de prestadores de un servicio de catálogo de programas, y sometidos a las disposiciones de la LGCA.

Además, se ha de tener en cuenta que la calificación por edades es uno de los principales instrumentos de información y una herramienta esencial para proteger a los menores frente a contenidos audiovisuales perjudiciales, pues con ella se busca que los padres, tutores, los propios menores y la sociedad en su conjunto, dispongan de una información adecuada sobre el contenido potencialmente perjudicial que puede tener un determinado contenido audiovisual.

En relación a la **segunda pregunta**, sobre el órgano competente al que correspondería otorgar dicha calificación, ha de señalarse que, en virtud del artículo 8 de la Ley del Cine y el artículo 6.3 del Real Decreto 1084/2015, por el que se desarrolla la Ley del Cine, la calificación de las películas cinematográficas y **otras obras audiovisuales** por grupos de edad correspondería al Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, ICAA, mediante resolución de su Director, previo informe de la Comisión de Calificación o por los órganos competentes de aquellas Comunidades Autónomas que ostenten competencias para la calificación de las películas y los materiales audiovisuales.

Sin embargo, el apartado cuarto del artículo 6 del Real Decreto 1084/2015, en una labor de aclaración y desarrollo de lo dispuesto en la Ley del Cine establece la siguiente excepción por lo que respecta a la calificación de determinadas obras audiovisuales:

“4. Estarán exceptuadas de lo dispuesto en los apartados anteriores, y se regirán por su normativa específica, las películas para televisión y las series de televisión, así como aquellas otras obras audiovisuales creadas para su divulgación a través de medios en los que su regulación específica contemple sistemas de autorregulación, códigos de conducta u otros mecanismos para el control de los contenidos divulgados por dichos medios, que se regirán por lo dispuesto en dicha normativa específica. No obstante, lo anterior, cuando dichas obras resulten beneficiarias de alguna ayuda recogida en el capítulo III de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, serán objeto de calificación por el ICAA”. (Se refiere a las medidas de fomento e incentivos a la cinematografía y al audiovisual).

Debe entenderse que el ICAA no ostenta la competencia para calificar por edades las series.

Si bien es cierto que el artículo 7.6 de la LGCA establece la obligación expresa de que todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de

comunicación audiovisual televisiva deben disponer de una calificación por edades, de acuerdo con las instrucciones sobre su graduación que dicte esta Comisión, también es cierto que este precepto tampoco atribuye expresamente esta función de calificación a ningún organismo o entidad concretos. A continuación se analiza cómo la interpretación conjunta de todos los preceptos involucrados puede dar respuesta a esta cuestión.

En primer lugar, cuando la emisión de estas series se efectúe por aquellos prestadores del servicio de comunicación audiovisual adheridos al Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, se debe concluir que corresponde su calificación a estos prestadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.6 de la LGCA, puesto en relación con el sistema de calificación por edades de productos audiovisuales del Código de Autorregulación, verificado por esta Sala mediante Resolución de fecha 23 de junio de 2015. Así se recoge en las “Indicaciones de uso de la ficha y de la guía de calificación” del Código:

“Las series, miniseries y TV Movies, así como los largometrajes y cortometrajes que no hayan sido previamente calificados por el ICAA serán calificados por el operador de televisión en abierto adherido al Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia que realice la primera emisión televisiva en ámbito estatal a través de alguno de los canales de su responsabilidad.”

En todo caso, la vigilancia de que todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva dispongan de una calificación por edades corresponde a esta autoridad audiovisual.

Cuando la difusión de las series se efectúa a través de las plataformas online de Video on Demand no adheridas al Código de Autorregulación, “La calificación por edades se solicitará por la empresa productora o distribuidora de la película cinematográfica u otra obra audiovisual mediante solicitud dirigida al ICAA [...]” acompañando a la solicitud la “Propuesta del grupo de edad concreto para el que se solicita la calificación” además de otros requisitos (artículo 7.1).

A la vista de la regulación analizada, si bien es obligatorio que todas las series han de tener una calificación, la normativa no deja tan claro quién ha de otorgar esta calificación cuando las series no hayan sido calificadas previamente y se distribuyan mediante plataformas online de Video on Demand. No obstante, a pesar de no indicarse esta circunstancia expresamente en la normativa analizada cabe indicar que estas plataformas, en cuanto prestadores de servicios de catálogos de programas, son prestadores de servicios de comunicación audiovisual (televisiva a petición) y, por tanto, son responsables editoriales de lo que difunden, pues ejercen el control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico **o en un catálogo** de los servicios de

comunicación audiovisual (artículo 2, apartados 1 y 13 de la LGCA). Por ello, estas plataformas también están obligadas a cumplir con la obligación establecida en el artículo 7.6 de la LGCA de asegurar que los productos que emiten dispongan de la correspondiente calificación por edades, por lo que debemos concluir que es a ellos a quienes corresponde, en estos casos realizar la calificación por edades atendiendo a las instrucciones sobre graduación por edades que dicte o haya dictado esta Comisión.

En este sentido, con fecha 9 de julio de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó la Resolución por la que aprueban los criterios orientadores para la calificación de contenidos audiovisuales, la cual es aplicable a todos los servicios de comunicación audiovisual, entre ellos a las plataformas de servicio a petición. Y si bien esta Resolución no impone de manera formal quién ha de proceder a la calificación de las series, sí que determina que estos criterios servirán a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en la calificación de contenidos, tal y como dispone el artículo 7.6 de la LGCA.

En efecto, al ejercer estas plataformas la responsabilidad editorial de lo que difunden, son también responsables de que la calificación por edades de las series que distribuyen (la cual es obligatoria) sean adecuadas a sus contenidos, vengan ya calificadas por otros sujetos, como puedan ser las empresas productoras o distribuidoras o por algún operador de televisión en abierto, o las califiquen ellas mismas, en su defecto, como prestadores del servicio de comunicación audiovisual que son.

En cualquier caso, la calificación por edades ha de atender a los criterios orientadores para la calificación de contenidos audiovisuales, aprobados por la citada Resolución de 9 de julio de 2015 y, en el caso de aquellos operadores adheridos al Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, al sistema de calificación por edades de productos audiovisuales del Código de Autorregulación, verificado por la Sala de Supervisión Regulatoria mediante Resolución de fecha 23 de junio de 2015.

A ello hay que añadir que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.6 de la LGCA, corresponde a la autoridad audiovisual competente (la CNMC) la vigilancia, control y sanción de la adecuada calificación de los programas por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

En referencia a la **tercera pregunta** que se formula, en particular si la calificación de la serie otorgada por el órgano competente debería aparecer en las comunicaciones comerciales de la misma difundidas por un operador de televisión que no emita dicha serie en su programación, hay que resaltar que con fecha 9 de junio de 2016 esta Sala aprobó la “Resolución por la que se modifica de oficio la de esta Comisión de 1 de marzo de 2016 por la que se requiere a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual para que, en la emisión de comunicaciones comerciales sobre películas cinematográficas

de estreno, informen sobre la calificación por edades de las películas y la calificación de los avances”.

En esta Resolución, de conformidad con la normativa cinematográfica, se acordó requerir a los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual para que en la emisión de comunicaciones comerciales sobre películas cinematográficas de estreno se informe de la calificación por edades obtenida por las películas o, en su caso, que están pendientes de calificación.

A pesar de referirse a comunicaciones comerciales sobre películas cinematográficas, se ha de entender afecta también a las comunicaciones comerciales efectuadas sobre las series que emitan otros prestadores, por tratarse también de obras audiovisuales (igual que las películas cinematográficas).

Es decir, que al igual que en el caso de la emisión de comunicaciones comerciales sobre series de los propios operadores de televisión se establece que ha de informarse sobre la calificación obtenida por la serie, en las comunicaciones comerciales sobre series que se van a emitir en otros operadores o en plataformas online de Video on Demand debe informarse también sobre la calificación y según lo establecido en el artículo 9.1 de la Ley del Cine, quienes lleven a cabo actos de comercialización, distribución, comunicación pública, **publicidad**, difusión o divulgación por cualquier medio de estas obras serán los responsables de que en dichos actos conste la calificación otorgada de manera que resulte claramente perceptible para el público.

Por tanto, existe obligación de obtener la calificación por edades de las series emitidas por plataformas online de Video on Demand conforme al artículo 7.6 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

Las plataformas online de Video on Demand ejercen la responsabilidad editorial de lo que difunden y son también, por ello, responsables de que la calificación obligatoria por edades de las series que distribuyen sean adecuadas a sus contenidos, ya vengan calificadas por las empresas productoras o distribuidoras o por algún operador de televisión en abierto, o bien las califiquen ellas mismas, en tanto que prestadores de servicios de comunicación audiovisual (artículo 2.1 de la LGCA).

Por último, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley del Cine, la información sobre la calificación de una serie debe aparecer en las comunicaciones comerciales por un operador de televisión que no emita dicha serie en su programación, pues son actos de publicidad de obras audiovisuales.

En aras a garantizar la protección de los derechos de los menores, no existe motivo alguno que justifique que se excluya de la información de esta

calificación a las comunicaciones comerciales de series que se vayan a emitir en otros operadores o en plataformas online de Video on Demand, al tratarse asimismo de obras audiovisuales.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) a los efectos oportunos.