

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

COMUNICACIÓN/DTSA/003/21/CRITERIOS VLOGGERS

Índice

1. ALCANCE DE LA COMUNICACIÓN	2
2. OBJETO	5
3. DEFINICIONES	5
4. AMBITO SUBJETIVO	9
5. CRITERIOS	12
5.1. El servicio prestado conlleva una actividad económica.....	12
5.2. El agente audiovisual es el responsable editorial	14
5.3. El servicio está destinado al público en general	14
5.4. La función del servicio es la de informar, entretener o educar.....	16
5.5. El principal objetivo del servicio es la distribución de contenido audiovisual ..	16
5.6. El servicio distribuye programas audiovisuales.....	17
5.7. El servicio se presta a través de redes de comunicaciones electrónicas	18
6. IMPLEMENTACIÓN DE LA COMUNICACION	18

1. ALCANCE DE LA COMUNICACIÓN

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC o esta Comisión), como Autoridad Audiovisual Independiente encargada de la supervisión y el control del correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual, ha venido actuando desde su constitución en todos los ámbitos del mercado audiovisual, tanto los más tradicionales, como podría ser la televisión en abierto, como en los sectores que estaban menos habituados a una supervisión regulatoria, como son los servicios lineales codificados (televisión de pago) o los servicios de vídeo bajo demanda.

De igual manera, ha venido adecuando sus funciones y labores de control a la realidad y necesidades del mercado audiovisual, prestando especial atención a los nuevos servicios o modalidades de servicios que puedan tener incidencia en el sector y en los derechos de los usuarios.

Desde la aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), el mercado audiovisual ha evolucionado de forma significativa debido principalmente a la proliferación de servicios a través de Internet.

Este desarrollo tecnológico ha modificado sustancialmente los hábitos de consumo y ha incrementado la presencia y relevancia de nuevos agentes como los prestadores audiovisuales que se soportan en plataformas de intercambio de vídeos, es decir, agentes audiovisuales que utilizan y difunden sus contenidos a través de plataformas (en adelante, nuevos agentes audiovisuales o *vloggers*¹).

Se trata de agentes audiovisuales profesionalizados y cuyos contenidos (ya sean vídeos cortos, largos, en directo o diferido) gozan de una destacable presencia en el mercado audiovisual desde el punto de vista del consumo y de la inversión publicitaria.

Para analizar esta tendencia y velar por el respeto de los valores públicos esenciales de la regulación audiovisual, la CNMC ha venido recogiendo en sus Planes de actuaciones del año 2020² y 2021-22³ la necesidad de analizar y, en su caso, intervenir en este ámbito mediante la definición de una *“estrategia para la supervisión y regulación de las plataformas de intercambio de vídeos y de los prestadores que se soportan sobre las mismas (influencers)”*.

¹ *Vloggers* es el término que se ha venido utilizando a nivel europeo y que de forma general engloba a los creadores de contenido que publican dicho contenido en Internet, en formato vídeo.

² En el Plan de actuaciones del año 2020 se recogía que “[...] con la transposición de la nueva DCSA es muy probable que nuevos operadores económicos estén sometidos a la normativa audiovisual. En particular prestadores online de programas consistentes en vídeos cortos, a través de plataformas como YouTube; los prestadores online de programas consistentes en vídeos cortos de ciertas temáticas específicas, como la pornográfica; o las propias plataformas de intercambio de vídeos. Se pretende identificar a los principales prestadores, mantener contactos con ellos, analizar su encaje en la normativa audiovisual y, en su caso, tener contacto con los reguladores de los países en los que estén establecidos” (páginas 26 y 27). Concretándose como medida 1.18.2. *“Identificar nuevos servicios y operadores afectados por la DCSA, analizar su encaje en el nuevo marco normativo, mantener contacto con ellos y, en su caso, con los reguladores de los países en que están establecidos”* (página 45). Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/202005_Plan_Actuaci%C3%B3n_2020_r_evisadoCOVID19.pdf

³ El Plan de Actuaciones de los ejercicios 2021-2022, establece como Acción Estratégica 65, dentro de las bases para gestión eficiente, transparente y autónoma de la CNMC, la *“Definición de la estrategia para la supervisión y regulación de las plataformas de intercambio de vídeos y de los prestadores que se soportan sobre las mismas (influencers)”* (página 20). Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/20210507_Plan%20de%20Actuaciones_def.pdf

Teniendo en cuenta estas previsiones, la CNMC ha venido desarrollando la citada Estrategia durante los ejercicios 2020 y 2021 a través de diversas actuaciones.

En esencia, las actuaciones se han enfocado desde una doble aproximación: por un lado, desde un prisma interno de investigación, donde la CNMC ha desarrollado diversos análisis teóricos preliminares sobre la actividad de los *vloggers*, cuyo objetivo era estudiar la posibilidad de encuadrar a estos agentes como prestadores de servicios de comunicación audiovisual sujetos a la regulación sectorial audiovisual. Para ello, esta Comisión ha tenido en cuenta la evolución del mercado, los últimos avances jurisprudenciales y la experiencia o iniciativas europeas llevadas a cabo a este respecto⁴. Por otro lado, se han impulsado acciones externas tanto a nivel europeo como nacional.

A nivel europeo, el 25 de septiembre de 2020 en el seno del Grupo de Reguladores Europeos de los Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante ERGA⁵) y auspiciado por la CNMC, se llevó a cabo un taller de trabajo entre los miembros de ERGA y la industria audiovisual, sobre la regulación de los *vloggers*. En dicho taller, los distintos reguladores audiovisuales europeos concluyeron, tras un análisis de las características principales de los servicios prestados por los *vloggers*, que, en determinados casos, estos agentes podrían reunir los requisitos establecidos por la regulación audiovisual y, por tanto, podrían ser considerados como servicios de comunicación audiovisual⁶.

En este sentido, debido a la relevancia que este ámbito generó en el grupo de Autoridades, ERGA ha continuado en el año 2021 trabajando en la identificación y regulación de los *vloggers*, como prestadores audiovisuales⁷.

Así, en su reciente Informe sobre “Análisis y recomendaciones sobre la regulación de los *vloggers*”⁸ aprobado en la Plenaria celebrada el 2 de diciembre de 2021, se reconoce en su apartado 4.3.3 que cuando en la actividad que desarrollan estos agentes concurren determinados requisitos (elementos que coinciden con los analizados en la presente Comunicación), estos agentes pueden ser considerados como prestadores de servicios de comunicación audiovisual. Además, con el objeto de dar recomendaciones al resto de reguladores de la UE sobre su identificación, enuncia una serie de principios relativos a cómo se pueden interpretar en el ámbito de estos agentes, los requisitos necesarios para encuadrarles o excluirles del marco normativo audiovisual. Las

⁴ Entre los países cuyas medidas se han tenido en cuenta están Austria, Países Bajos, Bélgica (zona francófona), etc.

⁵ European Regulators Group for Audiovisual Media Services, ERGA por su nombre en inglés. Este órgano agrupa a los representantes de las autoridades reguladores independientes del sector audiovisual y asesoran a la Comisión Europea en la implementación de la Directiva Audiovisual.

⁶ Ver apartado 5 del Informe del Taller de ERGA sobre la Regulación de Vloggers en plataformas de intercambio de vídeos, de septiembre de 2020: “*There was a common understanding that not all vloggers would qualify as audiovisual media service providers. Thus, vloggers’ content can be qualified as audiovisual media services if they meet the legal requirements under the AVMS Directive. In that case, the commercial communications obligations and age rating of videos as well as the other relevant rules set in the legal framework for AVMS providers are fully applicable to these services*”. Esta conclusión deriva del apartado 4.1 del mismo informe. Disponible en: http://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/01/ERGA-SG1-Report-Vlogger-Workshop-Sept-2020_final_21122020.pdf.

⁷ El Plan de trabajo de ERGA 2021 recogía que se elaborarían guías a este respecto: [...] “*In order to ensure a coherent implementation of the Directive, ERGA will issue guidance on the interpretation of certain complex new provisions of the revised AVMSD, notably in the area of video-sharing platforms and questions around the concrete nature of vloggers, signal integrity and accessibility*”.

⁸ <http://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/12/ERGA-SG1-2021-Report-Vloggers.pdf>

recomendaciones y guías enunciadas en este informe han sido tenidas en cuenta en la elaboración de la presente Comunicación.

Desde una perspectiva nacional, contando ya con la experiencia de los trabajos de nuestro entorno comunitario, el 1 de octubre de 2020, la CNMC publicó una Consulta Pública sobre la Aplicación de la Regulación Audiovisual a los Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual que se soportan en Plataformas de Intercambio de Vídeos (en adelante, Consulta Pública), con el objetivo de recabar información relevante sobre el funcionamiento de estos servicios y determinar los alcances de la aplicación de la LGCA a los agentes responsables de la provisión de tales servicios.

Se recibieron 20 aportaciones procedentes de diversos agentes del sector⁹, sin embargo aquellos nuevos agentes audiovisuales a quienes se podría calificar como prestadores de servicios de comunicación audiovisual que se soportan en plataformas de intercambio de vídeos no participaron en dicho proceso consultivo.

Por otro lado, y de forma paralela, esta Comisión ha llevado a cabo varios ejercicios preliminares de análisis y supervisión de los vídeos de los *Vloggers* más relevantes en España, para identificar la posible presencia de contenidos que pudieran comprometer los valores esenciales de la LGCA. En dichos ejercicios se ha podido observar la existencia de emisiones que no reunían las exigencias legales previstas en la LGCA, como la falta de identificación de la publicidad o que podrían poner en riesgo la protección del menor, al emitir contenidos sin calificación de edad que podrían no ser aptos para todos los públicos.

Además, la CNMC ha tenido la oportunidad de constatar, ante diversas denuncias recibidas¹⁰, la confusión o el desconocimiento existente en parte de la ciudadanía respecto a las actividades de entidades o agentes audiovisuales del entorno digital, como puede ser Internet, redes sociales o plataformas de intercambio de vídeos donde no siempre es fácil discernir cuándo estamos ante una actividad propiamente audiovisual y, por tanto, sometida a supervisión de esta Comisión y cuándo estamos ante otro tipo de servicio que siendo semejante, no se puede entender incluido en el sector audiovisual.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta ineludible para la CNMC ahondar en la transparencia y seguridad jurídica tanto de los nuevos agentes audiovisuales como de los consumidores en este entorno digital. En efecto, se considera pertinente ofrecer a los *Vloggers* la información relevante para que puedan analizar y valorar qué servicios se encuentran sometidos a la LGCA y, por tanto, bajo la supervisión de la CNMC. De igual forma, la CNMC debe velar por la garantía del cumplimiento de los derechos y las expectativas de protección de los usuarios finales cuando disfruten de estos servicios.

⁹ Entre los participantes figuran: asociaciones de anunciantes, de consumo y de autorregulación, plataformas, prestadores de servicios de comunicación audiovisual lineales y no lineales y autoridades audiovisuales regionales.

¹⁰ Entre otros, se pueden destacar los siguientes Acuerdos de la Sala de Supervisión Regulatoria: Acuerdo de 21 de enero de 2021, por la que se archiva la denuncia recibida contra Twitter y Cervezas Ambar por el presunto fomento de conductas contrarias al uso obligatoria de mascarilla en espacios públicos ([IFPA/D TSA/034/20](#)), Acuerdo de 10 de junio de 2021, por el que se archiva la denuncia de la Asociación Española de la Pirotecnia contra la emisión del contenido “Sólo un petardo” en diversas plataformas ([IFPA/D TSA/090/21/AEPIRO](#)), Acuerdo de 25 de noviembre de 2021, por el que se archiva la denuncia de un particular contra el uso no consentido de sus imágenes extraídas de un programa de televisión y publicadas en una página electrónica de contenido erótico ([IFPA/D TSA/287/21/CHICASTV](#)) y Acuerdo de 25 de noviembre de 2021, por el que se archiva la denuncia recibida contra la emisión del anuncio “Besos Icónicos” de la entidad “Mercado Libre” ([IFPA/D TSA/111/21/BESOS](#)).

Por ello, para que el sector pueda tener un mayor conocimiento de las funciones regulatorias de esta Comisión en el mismo, y ante una posible denuncia sobre la actividad de estos agentes, se considera necesario la adopción de la presente Comunicación. En ella se enuncian los criterios que la CNMC debe tener en cuenta para el análisis de las actividades de los *vloggers* y su posible subsunción en el ámbito de la LGCA, de cara a exigir, por esta Comisión, el cumplimiento del actual marco normativo.

Esta Comunicación se presenta como otro hito dentro de la Estrategia de la CNMC en la supervisión de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que se soportan en plataformas de intercambio de vídeos y se encuadra en el ámbito competencial que la CNMC ostenta para la supervisión y el control del correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual.

2. OBJETO

La presente Comunicación tiene como objeto divulgar los criterios, establecidos en la LGCA, que la CNMC tendrá en cuenta para considerar que los servicios prestados por estos nuevos agentes audiovisuales que se soportan en plataformas de intercambio de vídeos, llevan a cabo una actividad propiamente audiovisual y, por tanto, deben estar sometidos a las reglas sectoriales audiovisuales.

La existencia de contenidos no alineados con las exigencias de la LGCA en los servicios de algunos *vloggers*, junto a la confusión que se aprecia en la ciudadanía sobre la naturaleza de estos contenidos, muestra la inseguridad y el desconocimiento de los agentes y consumidores en este ámbito. Ello, unido al hecho de que no se ha recibido ninguna contribución por parte de estos nuevos agentes audiovisuales en el proceso de Consulta Pública, lo que parece denotar su alejamiento a la regulación sectorial, justifica y recomienda que esta Comisión intente 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.

Así, siguiendo con la Estrategia de regulación citada, la presente Comunicación pretende ahondar en los principios de seguridad jurídica, transparencia y predictibilidad de las actuaciones que guiarán esta Comisión en el ejercicio de sus funciones cuando tenga que abordar la aplicación del marco normativo a estos agentes.

Por último, hay que señalar que esta Comunicación tiene una finalidad principalmente orientativa del contenido de la normativa y de la práctica administrativa existente que, por la rápida evolución del mercado y de los agentes, debe ser contextualizada al momento actual y, por tanto, podrá ser objeto de revisión periódica.

3. DEFINICIONES

Tanto la LGCA como la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual¹¹ contienen una serie de definiciones que permiten determinar el ámbito material de aplicación de la norma que será, a su vez, el de aplicación de la presente Comunicación.

¹¹ Directiva 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. Cuando sea necesario diferenciar entre ambas, en adelante nos referiremos a cada una de ellas como Directiva Audiovisual 2010 y Directiva Audiovisual 2018, respectivamente.

Actualmente nos encontramos en un momento de transición entre la vigencia de la LGCA, norma que transpuso al ordenamiento nacional la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual que se aprobó en el año 2010, y el proceso de transposición a la legislación nacional¹² de la nueva Directiva Audiovisual del año 2018 que modifica la del año 2010.

Por ello, en el presente apartado se enunciarán las definiciones que se consideran relevantes para la presente Comunicación partiendo de las recogidas en la LGCA y señalando las referencias al marco normativo comunitario, incluida la Directiva de 2018 en la medida en la que, aunque se halle pendiente de trasposición por el legislador español, la legislación nacional previa debe ser interpretada, mientras esté vigente, de manera conforme con esta Directiva desde su publicación.

A los efectos de identificar los elementos esenciales de aplicación de las citadas normas, son relevantes, especialmente, las siguientes definiciones: (i) servicio de comunicación audiovisual, (ii) programa, (iii) responsabilidad editorial, (iv) prestador de servicios de comunicación audiovisual, (v) canal y (vi) catálogo de programas. A continuación, se recogerán las definiciones previstas tanto en la LGCA como en las Directivas Audiovisuales:

i) Servicios de comunicación audiovisual:

La LGCA recoge en su artículo 2.2 que:

“Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales.”

En términos parecidos se refiere el artículo 1.1.a) i) de la Directiva Audiovisual¹³, precisando la posibilidad de que el servicio de comunicación audiovisual pueda ser sobre toda la actividad del agente o sobre una parte disociada del mismo y dedicada a la provisión de programas.

A su vez, la LGCA establece en sus artículos 2.2.a) y 2.2.b) dos modalidades de servicios de comunicación audiovisual¹⁴:

a) El servicio de comunicación audiovisual televisiva, que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación.

b) El servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el

¹² El Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual ha sido remitido al Congreso de los Diputados para el inicio de su tramitación parlamentaria el pasado 30 de noviembre de 2021.

¹³ a) “servicio de comunicación audiovisual”: 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 disociables consiste en ofrecer programas al público en general, bajo la responsabilidad 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 apartado,

¹⁴ En términos semejantes se pronuncia la Directiva Audiovisual en sus artículos 1.1.e) y g).

espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.”

ii) Programa:

El artículo 2.6.a) de la LGCA establece que se considera como un “programa”:

“Conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o de un catálogo de programas. En todo caso son programas de televisión: los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las series, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales, así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo”.

Este concepto ha sufrido una modificación en la redacción dada por la Directiva Audiovisual 2018, al establecerse que la duración del programa no es relevante, incluyendo de forma expresa a los vídeos cortos dentro de la categoría de programas audiovisuales y, a su vez, eliminando la alusión a que la forma y el contenido de un programa deba ser comparable a la forma y al contenido de la radiodifusión televisiva. Tras esta modificación, el artículo 1.b) de la Directiva Audiovisual, señala que tendrá la consideración de programa:

“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”;

A este respecto, es importante tener en cuenta lo recogido en el Considerando (24) de la Directiva Audiovisual 2010 que señala que: *“el concepto de programa debe interpretarse de forma dinámica teniendo en cuenta la evolución de la radiodifusión televisiva”.*

Por último, a este respecto, tras su modificación en 2018 la Directiva Audiovisual incorpora una nueva definición relacionada con la actividad de los usuarios en las plataformas de intercambio de vídeos. Así, añade al artículo 1 el apartado “b bis)” que define:

“vídeo generado por usuarios”: 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;”

iii) Responsabilidad editorial

La LGCA recoge en su apartado 2.13 el concepto de responsabilidad editorial de la siguiente manera:

“Se entiende por responsabilidad editorial el ejercicio de 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. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados”.

Este concepto se recoge de forma muy similar en el artículo 1.c de la Directiva Audiovisual¹⁵.

A este respecto, con la modificación de 2018, la Directiva Audiovisual ha introducido una aclaración dentro del ámbito de la responsabilidad editorial para ejemplificar cómo se puede apreciar dicho elemento incorporando en su artículo 1.b *ter*) el concepto de **decisión editorial** como:

“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”

iv) Prestador de servicios de comunicación audiovisual:

La LGCA define en su artículo 2.1 al prestador del servicio de comunicación audiovisual, como:

“La persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio.”

v) Canal:

La LGCA en su artículo 2.8 define este concepto cómo:

“Conjunto de programas de televisión o de radio organizados dentro de un horario de programación que no puede ser alterado por el público.”

vi) Catálogo de programas:

El artículo 2.11 de la LGCA lo define como:

“Conjunto de programas puestos a disposición del público, que elige el programa y el momento de su visión o su audición.”

Por último, hay que tener en cuenta que la LGCA en su artículo 3.2 excluye de su ámbito de aplicación:

“a) Las redes y servicios de comunicaciones electrónicas utilizados para el transporte y difusión de la señal de los servicios de comunicación audiovisual, sus recursos asociados y los equipos técnicos necesarios para la recepción de la comunicación audiovisual. Su régimen es el propio de las telecomunicaciones.

b) Las personas físicas o jurídicas que únicamente difundan o transporten la señal de programas audiovisuales cuya responsabilidad editorial corresponde a terceros.

c) Las comunicaciones audiovisuales sin carácter económico, a excepción de los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro del artículo 32 de esta Ley, así como los servicios que no constituyan medios de comunicación en masa, es decir, que no estén destinados a una parte significativa del público y no tengan un claro impacto sobre él, y en general cualesquiera actividades que no compitan por la misma audiencia que las

¹⁵ A este respecto, es importante tener en cuenta lo señalado en el Considerando (25) de la Directiva Audiovisual 2010: “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. (...)”.

emisiones de radiodifusión televisiva. En particular, están excluidos del alcance de la Ley los sitios web de titularidad privada y los que tengan por objeto contenido audiovisual generado por usuarios privados.”

4. AMBITO SUBJETIVO

De conformidad con las definiciones anteriormente descritas, y como así ha sido señalado por esta Comisión en diversas ocasiones¹⁶, para que una actividad en el sector audiovisual pueda catalogarse como un servicio de comunicación audiovisual en los términos de la LGCA y sometido a la supervisión de la CNMC deben concurrir en la misma de forma cumulativa los siguientes 7 criterios:

- Debe tratarse de un servicio económico,
- El prestador debe ostentar la responsabilidad editorial sobre los contenidos que ofrece,
- Debe ser un servicio dirigido al público en general,
- La función de los contenidos debe ser principalmente informar, entretener o educar,
- Su propósito principal deber ser la provisión de programas,
- Los programas creados deben ser audiovisuales,
- Los programas deben proveerse mediante redes de comunicaciones electrónicas.

La concurrencia de estos elementos, en los términos que se señalará más adelante, en un servicio configuran el mismo como un servicio de comunicación audiovisual sometido a la supervisión de esta Comisión.

Todos aquellos *vloggers* en los que coincidan de forma cumulativa los 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 LGCA.

A este respecto, es importante traer a colación el Considerando (3) de la Directiva Audiovisual de 2018 que precisamente reconoce esta posibilidad al señalar que: *“los canales o cualquier otro servicio audiovisual que estén bajo la responsabilidad editorial de un prestador pueden constituir servicios de comunicación audiovisual en sí mismos, aunque se ofrezcan a través de una plataforma de intercambio de vídeos, que se caracteriza por la ausencia de responsabilidad editorial. En tales casos, corresponderá a los prestadores con responsabilidad editorial cumplir lo dispuesto en la Directiva 2010/13/UE”*.

No obstante, ello no quiere decir que todas aquellas entidades que emitan contenidos audiovisuales en las plataformas deberán ser consideradas prestadores audiovisuales *per se*. En efecto, para que se pueda apreciar esta circunstancia debe acreditarse, entre otros criterios, el carácter económico del servicio, que el mismo esté efectivamente dirigido al público en general o que tenga por objeto entretener, informar o educar. Así, por ejemplo, aquellos servicios en los que no concurren dichos criterios, como los vídeos generados por los usuarios finales (o, en terminología de la Directiva Audiovisual *user-*

¹⁶ Estos criterios han sido referidos por esta Comisión entre otros en los Acuerdos citados en la Nota al pie nº10. Así como, en su Informe a la primera consulta pública del anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual (IPN/CNMC/042/20). En términos semejantes se puede ver el Informe del Taller de ERGA sobre la Regulación de Vloggers en plataformas de intercambio de vídeos, de septiembre de 2020.

generated content o UGC) donde no prima un interés económico ni realmente tienen un impacto significativo en la audiencia¹⁷ estarán excluidos del ámbito de la LGCA¹⁸.

Esta Comunicación parte de un acercamiento neutral del agente que preste el servicio y de la plataforma en la que se apoye para su emisión, esto es, a los efectos de determinar los sujetos a los que se aplica la presente Comunicación, es irrelevante el tipo de agente que preste el servicio. Así, se analiza si, a partir de los siete criterios señalados, el servicio debe ser considerado, a efectos de la regulación audiovisual, un servicio de comunicación audiovisual. Y ello con independencia de que estos prestadores puedan ser estrictamente *vloggers*, o bien agentes tradicionales del sector audiovisual que hacen uso de las plataformas de intercambio de vídeos para ofrecer sus servicios.

Asimismo, ha de recordarse que la LGCA establece dos tipos de servicios de comunicación audiovisual en función de la capacidad de elección del contenido y del horario de su consumo por parte del usuario final (servicios de comunicación lineales y los servicios de comunicación no lineales o a petición).

Si bien la mayoría de los *vloggers pueden* encuadrar su actividad dentro de los servicios de comunicación audiovisual no lineal o a petición, pues elaboran un catálogo sobre el que el usuario final elige qué contenido ver y cuándo verlo, existen también en la actualidad importantes prestadores que no sólo disponen de un catálogo, sino que además llevan a cabo emisiones lineales que congregan grandes cuotas de audiencia donde el usuario no puede elegir qué ver y cuándo verlo, sino que sólo puede disfrutar de lo que el creador esté difundiendo, es decir, se estaría llevando a cabo un servicio de comunicación audiovisual lineal.

Por tanto, la presente Comunicación tiene en cuenta estas circunstancias y se refiere a todos aquellos prestadores de servicios de comunicación audiovisual que se soporten en plataformas de intercambio de vídeos y que presten servicios en su modalidad lineal, no lineal o ambas.

Este acercamiento neutral pretende, por un lado, otorgar el mismo grado de protección al espectador del que disfruta actualmente respecto a los servicios tradicionales en materias tan importantes como la protección del menor o del consumidor, de tal forma que se fomente un entorno seguro para el consumo de contenidos audiovisuales. Por otro lado, este acercamiento contribuye a equiparar las condiciones de competencia entre agentes que ofrecen estos servicios.

Por último, la presente Comunicación está dirigida a todos aquellos agentes que de conformidad con la LGCA están sujetos a la supervisión de la CNMC según lo previsto

¹⁷ En este sentido, el Considerando (21) de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual 2010 señala: “A efectos de la presente Directiva, la definición de servicios de comunicación audiovisual debe englobar únicamente servicios de comunicación audiovisual, tanto si se trata de radiodifusión televisiva como a petición, 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. Su alcance debe estar limitado a los servicios tal como están definidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, por lo tanto, debe abarcar cualquier forma de actividad económica, incluida la de las empresas de servicio público, pero no las actividades que no son fundamentalmente económicas ni entran en competencia con la radiodifusión televisiva, como los sitios web de titularidad privada y los servicios consistentes en la prestación de servicios o distribución de contenido audiovisual generado por usuarios privados con el fin de compartirlo e intercambiarlo entre grupos de interés”.

¹⁸ En ese sentido ya se ha pronunciado esta Comisión, por ejemplo, en Acuerdo de 10 de junio de 2021, por el que se archiva la denuncia de la Asociación Española de la Pirotecnia contra la emisión del contenido “Sólo un petardo” en diversas plataformas (IFPA/DTSA/090/21/AEPIRO)

en el artículo 3 de la LGCA y con pleno respeto al “principio de país de origen” que rige en los ámbitos regulados por la Directiva de Comunicación Audiovisual.

No obstante lo anterior, hay que destacar que existen supuestos en los que la emisión de determinados contenidos por parte de un prestador se puede considerar que están siendo ofrecidos en España y, por tanto, sometidos a la supervisión de la CNMC, con independencia del país en que esté domiciliado.

En efecto, desde el punto de vista territorial, el que el prestador no esté domiciliado en España no conlleva necesariamente que no esté sujeto a la supervisión de la CNMC. Como ha tenido la oportunidad de señalar esta Comisión¹⁹, podrán estar bajo la supervisión de la CNMC servicios de comunicación audiovisual ofrecidos por prestadores sujetos a la jurisdicción española, que pueden ser personas físicas o jurídicas no necesariamente domiciliadas en España.

A este respecto, el artículo 3.1 de la LGCA dispone que *“Los servicios de comunicación audiovisual están sujetos a lo dispuesto en esta Ley siempre que el prestador del servicio de comunicación audiovisual se encuentre establecido en España”*, el artículo 22.2, sobre el régimen jurídico de los servicios de comunicación audiovisual de interés general, establece que *“La prestación del servicio requiere comunicación fehaciente ante la autoridad audiovisual competente y previa al inicio de la actividad”*, y su artículo 33 dispone que *“Los prestadores de servicio de comunicación audiovisual habrán de inscribirse en un Registro estatal o autonómico de carácter público, en atención al correspondiente ámbito de cobertura de la emisión”*, no exigiendo que sean personas físicas o jurídicas con domicilio en España.

En esta misma línea, el artículo 4.3 del Real Decreto 847/2015, de 28 de septiembre, por el que se regula el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual y el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad (en adelante Real Decreto del Registro), sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicación audiovisual, dispone que *“Las personas físicas o jurídicas de países no miembros del Espacio Económico Europeo que presten servicios de comunicación audiovisual deberán designar un representante domiciliado en España a efectos de notificaciones.”*

Finalmente, el artículo 56.6 de la LGCA tipifica como infracción muy grave *“La prestación del servicio de comunicación audiovisual sin disponer de la correspondiente licencia o sin haber cumplido el deber de comunicación previa”*.

Por tanto, con la salvedad de la aplicación del principio de país de origen que rige en la Unión Europea, aquellos prestadores que estén prestando servicios de ámbito estatal en España estarán sujetos a la supervisión de la CNMC y les será de aplicación la presente Comunicación, sin que el hecho de que estén domiciliados en otro país sea un impedimento para ello. De hecho, desde la entrada en vigor de la LGCA se ha admitido con normalidad la existencia de prestadores domiciliados fuera de España que se inscriben en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual, y a los que la CNMC controla para asegurar que cumplen con la LGCA. Estos prestadores, de acuerdo con el citado artículo 4.3 del Real Decreto del Registro, deben disponer de un representante domiciliado en España a efectos de notificaciones, salvo que se aplique el principio de país de origen por estar en un Estado Miembro de la Unión Europea.

¹⁹ En este sentido, ver el Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de 25 de noviembre de 2021, por el que se archiva la denuncia recibida contra la emisión del anuncio “Besos Icónicos” de la entidad “Mercado Libre” (IFPA/DTSA/111/21/BESOS).

5. CRITERIOS

El cumplimiento cumulativo de los siete criterios establecidos en la LGCA determina que un sujeto sea considerado prestador de servicio de comunicación audiovisual y, por tanto, sometido a la supervisión de esta Comisión.

A continuación, se expone cómo estos criterios han de considerarse cumplidos para el caso de los agentes audiovisuales que ofrecen contenidos audiovisuales en las plataformas de intercambio de vídeos.

En el establecimiento e interpretación de los siguientes criterios, esta Comisión ha tenido en cuenta las contribuciones recibidas en el proceso de Consulta Pública anteriormente señalada²⁰, así como las experiencias de carácter europeo que se están llevando a cabo. A este respecto, cobra especial importancia el Informe de ERGA *“Analysis and recommendations concerning the regulation of vloggers”* de reciente aprobación en el seno de dicho grupo de Reguladores.

5.1. El servicio prestado conlleva una actividad económica

La definición de servicio de comunicación audiovisual de la Directiva Audiovisual²¹ alude expresamente a un servicio tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En concreto, el carácter económico del servicio de comunicación audiovisual se recoge en el artículo 57 al establecer que se trata de *“prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración”*.

La jurisprudencia europea se ha pronunciado sobre esta cuestión, señalando que la característica esencial de la remuneración reside en que ésta constituye la contrapartida económica de la prestación²². Pero dicha contraprestación no tiene porque ser necesariamente un pago en efectivo, sino que puede adoptar otras formas que representan un valor en términos económicos.

Por su parte, el artículo 3.2.c) de la LGCA sobre el ámbito de aplicación de la LGCA excluye expresamente a las comunicaciones audiovisuales sin carácter económico.

En consecuencia, el servicio de comunicación audiovisual debe ser un servicio económico por el que necesariamente se perciba una contraprestación, entendida ésta en sentido amplio.

En el sector audiovisual, la contraprestación proviene principalmente de las comunicaciones comerciales y de las suscripciones al servicio.

No obstante lo anterior, en el caso de los *vloggers*, podemos observar variadas formas de contraprestación con origen en distintas fuentes: la plataforma que alberga los contenidos, los anunciantes y la audiencia.

Así, en primer lugar, las plataformas permiten rentabilizar el contenido emitido a través de la publicidad que la propia plataforma gestiona, compartiendo con el agente audiovisual los ingresos por este concepto. Para poder disfrutar de dicha posibilidad, las plataformas establecen requisitos mínimos para poder “monetizar” dicho contenido

²⁰ Cabe precisar que la inmensa mayoría de las contribuciones recibidas en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la regulación audiovisual a estos nuevos agentes audiovisuales comparten el análisis realizado por esta Comisión sobre la posible consideración de los servicios bajo análisis como servicios de comunicación audiovisual y se muestran partidarios de la aplicación de la LGCA.

²¹ Art.1.1.a) i) de la Directiva Audiovisual.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1988, Asunto Belgium v. Humbel (C -263/86).

como: cumplir determinados volúmenes de número de suscriptores, cantidad de horas de visualización o transmisión u otros similares.

A este respecto, la CNMC tomará como un primer indicio de la existencia de actividad económica, el hecho de que el agente audiovisual en cuestión cumpla con los requisitos establecidos por la plataforma para que, *a priori*, pueda monetizar sus contenidos y compartir los ingresos de publicidad gestionados por la plataforma.

La concurrencia de este aspecto no significa *per se* que el creador del contenido esté recibiendo una contraprestación, pero sí es un criterio mínimo que presume entender que está en disposición de monetizar el contenido y que puede recomendar un mayor análisis de este criterio en estos agentes. De forma inversa, la inexistencia de este elemento puede sugerir que estamos ante un servicio no encuadrable en el ámbito de la LGCA.

En segundo lugar, los anunciantes realizan acuerdos comerciales con estos agentes audiovisuales para que publiquen su marca y/o productos a través de distintos formatos publicitarios, al margen de la plataforma.

Dichos acuerdos pueden tener por objeto la participación del agente audiovisual en mensajes publicitarios convencionales, patrocinios²³, emplazamientos²⁴, pero también pueden incorporar novedosas formas publicitarias, tales como el unboxing, haul, branded content, entre otros. Del mismo modo, se tomarán en cuenta fórmulas publicitarias como los códigos de descuento, sorteos, personalización de avatares, etcétera. Así, la existencia de este tipo de comunicaciones comerciales o fórmulas publicitarias será tenida en cuenta por esta Comisión para valorar la existencia de una actividad económica derivada de un servicio audiovisual.

En tercer lugar, la audiencia puede generar ingresos para el agente con la suscripción a determinados contenidos premium, compra de productos propios o *merchandising*, o donaciones, entre otros.

La CNMC tendrá también en cuenta si los ingresos provienen de alguna de las fuentes de financiación antes mencionadas, por ser las fuentes de ingresos habituales en este ámbito.

Adicionalmente, la CNMC analizará si tales ingresos se han obtenido de forma regular, esto es, si se trata de ingresos constantes o periódicos, para evitar que cualquier ingreso puntual o esporádico relacionado con el sector audiovisual permita concluir que en dicho agente concurre el presente requisito. A este respecto, esta Comisión considera que el periodo de observación para determinar la generación de ingresos por parte de estos agentes audiovisuales puede 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.

También será un indicio de actividad económica 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.

²³ El artículo 2.29 de la LGCA define al “patrocinio” como cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos.

²⁴ El artículo 2.31 de la LGCA define al “emplazamiento de producto” como toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa.

5.2. El agente audiovisual es el responsable editorial

De acuerdo con la Directiva Audiovisual, la responsabilidad editorial supone 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 petición²⁵.

Con idéntico tenor, el artículo 2.13 de la LGCA reproduce la definición de responsabilidad editorial antes mencionada.

Adicionalmente, la Directiva Audiovisual define “decisión editorial” como 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 audiovisual²⁶.

En los servicios lineales, la responsabilidad editorial consiste en la elección de los programas y su ordenación dentro de un canal de acuerdo con un horario de programación. En los servicios no lineales, la responsabilidad editorial consiste en el control sobre la selección de un programa audiovisual y su organización en un catálogo de programas organizado por la entidad.

En el caso de estos nuevos agentes audiovisuales, el requisito de responsabilidad editorial se puede apreciar cuando sean estos los que en última instancia escojan el contenido que va a ser publicado, publiquen dicho contenido dándole cierta organización²⁷ e incluso borren el contenido.

Las decisiones editoriales que suelen acompañar la gestión de la actividad de estos agentes audiovisuales, y que valorará especialmente esta Comisión, son, por lo general: la planificación y elaboración del contenido, la formulación de un título, la elaboración de una descripción del contenido, la división del contenido por capítulos, o la selección de una imagen que sirve de portada al vídeo, entre otras.

Otras decisiones editoriales, como el uso de funcionalidades avanzadas, tales como la generación de listas de reproducción que permiten conformar una colección de vídeos con una temática determinada, son significativas pero no resultan determinantes por sí mismas.

Por el contrario, un ejemplo de falta de responsabilidad editorial se encuentra en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataformas, que ofrecen secciones de vídeo (feed) en las que los vídeos se organizan por medio de algoritmos automáticos²⁸.

5.3. El servicio está destinado al público en general

El considerando 21 de la Directiva Audiovisual 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 (...)”*.

²⁵ Art.1.1.c) de la Directiva Audiovisual.

²⁶ Art.1.1.b ter) de la Directiva Audiovisual.

²⁷ En el expediente SNC/DTSA/020/17, la CNMC se pronunció sobre la existencia de responsabilidad editorial en un servicio audiovisual ofrecido en Internet.

²⁸ En el expediente IFPA/DTSA/034/20, la CNMC se pronunció sobre la ausencia de responsabilidad editorial de una plataforma digital.

En los mismos términos, el artículo 3.2 de la LGCA sobre el ámbito de aplicación de la LGCA excluye expresamente a los servicios que no constituyan medios de comunicación en masa.

La variedad de servicios que proveen los agentes a los que está destinada la presente Comunicación, no permite determinar *ex ante* un criterio único o particular de identificar el carácter de medio de masa de los mismos. En este sentido, hay agentes más universales o que tienen por objeto atraer al mayor número de espectadores posibles sin entrar o centrar su servicio a un ámbito concreto y, también, existen agentes audiovisuales que son más proclives a llegar a segmentos concretos de la población en función de la temática que difunden, donde su poder de influencia es muy significativo. No obstante, 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.

De forma más concreta, en la valoración del cumplimiento de este criterio, la CNMC entiende que se puede recurrir a dos enfoques complementarios:

Por un lado, la necesidad de que el servicio esté “destinado a una parte significativa del público en general”. Este elemento, alude a un enfoque más cuantitativo del carácter de medio de masas. Para su identificación, se puede tomar en cuenta la audiencia o seguimiento del servicio.

A este respecto, se considera especialmente valiosa la información relativa al número de visualizaciones del contenido o el número de seguidores de la cuenta²⁹. Además, esta información, al ser pública, facilita el análisis e identificación del carácter de medio de masas.

Además, hay que tener en cuenta que estos agentes audiovisuales suelen diversificar la prestación de sus servicios en todas las plataformas existentes, por lo que el análisis de este aspecto por la CNMC podría realizarse de una forma agregada teniendo en cuenta el seguimiento del agente audiovisual en varias plataformas, esto es, por ejemplo, tomar en cuenta el número de seguidores o visualizaciones en dos o más plataformas.

Para conseguir información sobre la audiencia puede ser útil acudir a consultoras especializadas con bases de datos o páginas electrónicas de referencia en el posicionamiento y relevancia de estos agentes.

Por otro lado, la posibilidad de que “puedan tener un claro impacto sobre el público en general” apunta a un enfoque cualitativo de la naturaleza de medio de masas, que hace referencia a la influencia que pueda tener el agente audiovisual en la opinión pública o en un determinado debate.

Este criterio es especialmente relevante en el caso de aquellos servicios que se dirijan a segmentos concretos de la población en función de la temática que difunden, por ejemplo, contenido infantil, moda y belleza, música, deporte, etc.

Para valorar este aspecto, la CNMC podrá tener en cuenta la relevancia del agente audiovisual dentro del entorno de la plataforma de que se trate y del ámbito material del contenido.

²⁹ El expediente IFPA/D TSA/090/21 ejemplifica la valoración de la CNMC según el enfoque cuantitativo de la naturaleza de medio de masas de un servicio de comunicación audiovisual, en un caso en el que se cuestionaba la licitud de un contenido publicado en una plataforma digital.

No tendrán el carácter de medio de masas aquellos servicios que se dirigen exclusivamente a satisfacer los intereses comunes de un grupo cerrado que no tenga por objeto atraer al público en general, sino más bien compartir una idea y/o experiencia común a dicho entorno. Ejemplos de ello pueden ser: una escuela, un club deportivo, un hospital, un museo, o cuando tanto el agente audiovisual como su audiencia pertenezcan a la misma familia, círculo de amigos o similar.

5.4. La función del servicio es la de informar, entretener o educar

El artículo 1.1.a) i) de la Directiva Audiovisual define al servicio de comunicación audiovisual como aquel que tiene como objeto informar, entretener o educar. El artículo 2.2 de la LGCA señala expresamente lo mismo.

En general, los servicios prestados por los agentes audiovisuales cumplen las funciones propias de un servicio de comunicación audiovisual: hay quienes proporcionan información sobre viajes, decoración o noticias; otros proporcionan entretenimiento con temáticas de videojuegos, series, contenido infantil o música; y, finalmente, otros brindan contenido educativo por el que imparten lecciones de diversas asignaturas (idiomas, matemáticas, física, etc.) y explican paso a paso cómo hacer cualquier tipo de tarea.

Al respecto, se deben excluir los contenidos que tienen como objetivo promover, con fines meramente comerciales, un producto o un servicio determinado. En este sentido, 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 cuestión³⁰.

En consecuencia, no tendrán la función de un servicio de comunicación audiovisual aquellas cuentas de empresas que ofertan productos o servicios gestionadas con el único fin de promocionar dichos productos o servicios.

5.5. El principal objetivo del servicio es la distribución de contenido audiovisual

Tanto la definición de servicio de comunicación audiovisual contenida en la LGCA como aquella contenida en la Directiva Audiovisual, establece que la principal funcionalidad del servicio debe ser proporcionar programas.

El considerando 22 de la Directiva Audiovisual 2010 explica que la definición de servicio de comunicación audiovisual debe excluir *“todos los servicios cuyo principal objeto no sea proporcionar programas, es decir, aquellos cuyo contenido audiovisual sea meramente incidental y no constituya la finalidad principal”*.

En este sentido, la CNMC entiende que la presencia de programas debe ser de tal entidad que sirva para justificar razonablemente que el principal objetivo del servicio es la distribución de tales programas³¹.

De forma más reciente, la definición de servicio de comunicación audiovisual de la Directiva Audiovisual se pronuncia sobre el supuesto en que un prestador de

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-132/17, Peugeot Deutschland GmbH.

³¹ En el expediente IFPA/DTSA/034/20, la CNMC descartó que una cuenta de Twitter sea un servicio de comunicación audiovisual en la medida en que la presencia de programas era accesoria.

comunicación audiovisual provea más de un servicio. Así, exige para ser considerado servicio de comunicación audiovisual, que la finalidad principal propia o de una de sus partes disociables consista en ofrecer programas³².

En consecuencia, la apreciación de la principal finalidad de un servicio de puesta a disposición de vídeos ofrecido en el marco de una gama más amplia de servicios debe vincularse al examen de si el servicio mencionado, como tal, tiene un contenido y una función autónoma y no es un mero complemento indisociable de otra actividad³³.

En esta línea, el considerando 3 de la Directiva Audiovisual 2018 establece que debería entenderse que se cumple el requisito del objetivo principal si el servicio tiene una forma y contenido audiovisuales disociables de la actividad principal del prestador de servicios. Se debe considerar que un servicio constituye un mero complemento indisociable de la actividad principal en función de la relación entre la oferta audiovisual y la actividad principal.

El mencionado considerando identifica *a priori* que los canales o cualquier otro servicio audiovisual que estén bajo la responsabilidad editorial de otro prestador pueden constituir servicios de comunicación audiovisual en sí mismos, aunque se ofrezcan a través de una plataforma de intercambio de vídeos.

De acuerdo con lo anterior, en principio, el servicio provisto por los agentes audiovisuales se basaría principalmente en la actividad de crear y publicar vídeos y constituiría como tal un servicio autónomo. No se trataría ésta de una actividad accesoria o subordinada a alguna otra.

Para la valoración de este criterio, la CNMC tendrá especialmente en cuenta la forma en que se presenta la oferta del servicio y cómo ésta es percibida por el público en general.

Asimismo, y en línea con lo comentado en apartado 5.1, esta actividad debe ser recurrente, por lo que se tendrá en cuenta que este servicio tenga una estabilidad en el tiempo, entendiendo que ello se presume si cuenta, al menos, con un año de actividad.

5.6. El servicio distribuye programas audiovisuales

El precitado artículo 1.1.b de la Directiva Audiovisual define lo que ha de entenderse por programa. Como ejemplo de programas cita los largometrajes, los vídeos cortos, las manifestaciones deportivas, las comedias de situación, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales.

El artículo 2.6.a) de la LGCA define programa en iguales términos, añadiendo como ejemplos: las series y las retransmisiones en directo de eventos culturales o de cualquier otro tipo.

A este respecto, es importante referir que la definición de programa de la Directiva Audiovisual 2010 ha sido interpretada en el sentido de que la misma no impone ningún requisito sobre la duración de los programas y que, por tanto, la definición de “programa” comprende a los vídeos de corta duración publicados en Internet³⁴.

³² Art.1.1.a) i) de la Directiva Audiovisual.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de octubre 2015, Asunto New Media Online GmbH (C -347/14).

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de octubre 2015, Asunto New Media Online GmbH (C -347/14).

Por su parte, con la modificación introducida por la Directiva Audiovisual 2018 se elimina de la definición de programa la alusión a que la forma y el contenido de un programa deba ser comparable a la forma y al contenido de la radiodifusión televisiva. En otras palabras, se elimina el criterio que exigía que los programas guardaran semejanza con la televisión o *TV-like*. Adicionalmente, en la nueva definición se incluye expresamente a los “vídeos cortos” como ejemplo de programas.

De acuerdo con lo señalado, si el servicio objeto de análisis distribuye programas, es decir, imágenes en movimiento³⁵ 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.

5.7. El servicio se presta a través de redes de comunicaciones electrónicas

Tanto la normativa comunitaria como la LGCA definen al servicio de comunicación audiovisual en términos tecnológicamente neutros. De modo que, solo se exige que tales servicios deban ser prestados a través de redes de comunicaciones electrónicas.

Este aspecto de la definición de servicio de comunicación audiovisual ha sido valioso pues ha permitido que una definición que data del año 2007³⁶ sea aplicable a servicios tan dispares desde un punto de vista técnico como lo son la televisión en abierto, los servicios lineales codificados, los servicios de vídeo bajo demanda y actualmente los servicios audiovisuales por diversos prestadores de servicios de comunicación audiovisual que proporcionan sus contenidos a través de Internet.

Atendiendo a lo señalado, respecto a este criterio la CNMC exigirá únicamente que el servicio bajo análisis sea accesible gracias a las redes de comunicaciones electrónicas, en particular, aquellas que permiten el acceso a Internet fijo y móvil.

6. IMPLEMENTACIÓN DE LA COMUNICACION

La presente Comunicación ofrece una serie de orientaciones a los agentes audiovisuales que se soportan en plataformas de contenidos para que puedan conocer de antemano cómo analizará esta Comisión sus actividades y, de forma indirecta, les permita determinar, a su vez, si sus servicios están sometidos a la LGCA. A este respecto, una vez se entienda que un agente puede considerarse prestador de servicios de comunicación audiovisual, les serán de aplicación las obligaciones previstas actualmente en el marco normativo.

El propósito de esta Comunicación es la de proporcionar una orientación a tener en cuenta por los nuevos agentes audiovisuales que se soportan en plataformas de intercambio de vídeos, para que puedan, en base a los presentes criterios, determinar si su actividad se puede entender encuadrada dentro del ámbito competencial de la CNMC.

³⁵ En el expediente IFPA/DTSA/287/21, la CNMC descartó que una página electrónica de contenido erótico fuera considerada servicio de comunicación audiovisual en la medida en que ésta no distribuía programas audiovisuales.

³⁶ Artículo 1 a) de la Directiva 2007/65/CE, del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Esta Comisión va a seguir ejerciendo sus competencias en el ámbito de estos servicios priorizando su actividad de supervisión a aquellos agentes, o prestadores, o ámbitos que puedan exigir una mayor atención del regulador en función del riesgo o quebranto a los principios de la LGCA por el impacto en el consumidor, por la implicación que pueda tener para el menor, etc. No obstante, ello no quiere decir que no pueda entrar a analizar el comportamiento de un agente concreto que no goce de esta relevancia, ante una denuncia o conocimiento de un posible ilícito.

De igual forma, hay que señalar el carácter dinámico de estos servicios, en permanente evolución. Es por ello que la valoración de un determinado agente como prestador de un servicio de comunicación audiovisual estará, por tanto, vinculada a un momento determinado. Así, pueden existir servicios que inicialmente no sean designados como servicio de comunicación audiovisual, pero que al evolucionar e introducirse variaciones en el mismo puedan ser reevaluados con posterioridad y apreciarse dicha circunstancia, y viceversa.