

**PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS,
INFLUYENTES Y *STREAMERS* EN LA LEY 13/2022
GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

La Ley Unión Europea,

Número 106, septiembre 2022, pp. 1-13

ISSN 2255-551X

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>*

Plataformas de intercambio de vídeos, influencers y *streamers* en la Ley 13/2022 General de Comunicación Audiovisual

Video-sharing platforms, influencers and streamers in the new Spanish Audiovisual Media Services Act

Pedro Alberto de Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: Entre las novedades más destacadas de la Ley 13/2022 General de Comunicación Audiovisual se encuentra la incorporación al Derecho español de la regulación de la Directiva (UE) 2018/1808 respecto de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. Además, la Directiva es reflejo de la evolución del concepto de servicio de comunicación audiovisual para abarcar la difusión en determinadas circunstancias de videos a través de Internet, como puede ser el caso de determinados proveedores de contenidos, influencers o *streamers* que operan a través de esas plataformas o por otras vías. Tras abordar el régimen de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en la nueva Ley, se analizan las implicaciones de la opción del legislador español por prever una categoría específica, la de los usuarios de especial relevancia que emplean tales servicios de intercambio, para regular la actividad de los proveedores de contenidos mencionados.

PALABRAS CLAVE: Servicios Audiovisuales, Plataformas, Influencers, *Streamers*

ABSTRACT: The incorporation into Spanish law of the provisions of the 2018 Audiovisual Media Services Directive regarding video-sharing platform services is one of the most important features of the new Spanish Audiovisual Media Services Act. In addition, the 2018 Directive reflects the evolution of the concept of audiovisual media service to cover the provision of videos of short duration over the Internet in certain circumstances, as may be the case of some content providers, influencers or streamers operating through those platforms or in other ways. After addressing the regime of video-sharing platform services in the new Act, some implications of the Spanish legislator's choice to provide for a specific category of so called “users of special relevance” of such platforms are discussed.

KEYWORDS: Audiovisual Services, Platforms, Influencers, Streamers

I. Planteamiento

1. Objetivo esencial de la nueva Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA)¹ es la transposición de la Directiva (UE) 2018/1808 por la que se modificó la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual (DSCAV)². Esa modificación de la

¹ BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

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

Directiva respondió a la necesidad de adaptarla a la evolución de las comunicaciones audiovisuales, muy especialmente a la convergencia entre la televisión y los servicios de Internet, que reclama un marco normativo que asegure la aplicación de reglas equiparables a los diversos prestadores que proporcionan contenidos dispares -basta comparar los vídeos cortos difundidos a través de plataformas o sitios de Internet con los tradicionales programas de televisión- pero compiten por la misma audiencia e ingresos.

2. Desde esta perspectiva, dos aspectos de la DSCAV presentan especial relevancia. Por un lado, la circunstancia de que -como ya ha tenido reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en particular en sus sentencias *New Media Online*³ y *Peugeot Deutschland*⁴)- el concepto de servicio de comunicación audiovisual (caracterizado porque su finalidad principal -o la de una de sus partes disociables- es proporcionar, bajo la responsabilidad editorial de un prestador, programas con objeto de informar, entretener o educar al público en general) es susceptible de incluir la difusión a través de Internet de contenidos como videos en partes autónomas de periódicos en línea o en canales de usuarios de plataformas (*influencers, streamers, youtubers, tiktokers...*) (véase cdo. 3 de la Directiva (UE) 2018/1808). Esos vídeos cortos son susceptibles de ser considerados programas a efectos de la DSCAV, de modo que su difusión puede constituir la prestación de un servicio de comunicación audiovisual sometido a la Directiva cuando concurren los otros elementos reseñados que integran ese concepto.

3. Por otro lado, la DSCAV complementó la regulación de los servicios de comunicación audiovisual con la introducción de ciertas normas diferenciadas relativas a una categoría distinta y nueva, la de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, que facilitan el acceso a programas y a vídeos generados por usuarios. Se trata de servicios que no constituyen servicios de comunicación audiovisual -en particular, en la medida en que su prestador no sea responsable editorial de los contenidos difundidos por sus usuarios- y que típicamente constituyen servicios de alojamiento de datos a los efectos del artículo 14 de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE)⁵ (art 16 de la LSSI⁶) y del futuro Reglamento (UE) relativo a la Ley de Servicios Digitales, pero que la DSCAV constató que compiten por la misma audiencia que los servicios de comunicación audiovisual y tienen un impacto similar a estos servicios, lo que justificó la inclusión de un régimen específico relativo a los servicios de medios sociales cuya oferta de programas y vídeos generados por usuarios constituya una funcionalidad esencial de dicho servicio (cdos. 4 y 5 de la Directiva 2018/1808).

4. Ese régimen específico se encuentra recogido en los artículos 28 bis y 28 ter DSCAV, que han sido objeto de transposición en el Título V de la LGCA (bajo el rótulo “La prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma”). Particularidad llamativa de la transposición española es que para hacer frente al primero de los aspectos reseñados -la consideración como servicio de comunicación audiovisual de la difusión en determinadas circunstancias de videos a través de Internet- el legislador haya optado por incluir una disposición específica en el último artículo de ese Título, en concreto, su artículo 94, que lleva como rúbrica “Obligaciones de los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de

comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, DO L 303, 28.11.2018, pp. 69–92.

³ STJUE de 21 de octubre de 2015, *New Media Online*, C-347/14, EU:C:2015:709.

⁴ STJUE de 21 de febrero de 2018, *Peugeot Deutschland*, C-132/17, EU:C:2018:85.

⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DO L 178, 17.7.2000, pp. 1-16.

⁶ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2002.

vídeos a través de plataforma”. Se trata de un planteamiento que no debe hacer perder de vista que la difusión de vídeos a través de Internet al margen de una plataforma (por ejemplo, una parte autónoma con videos de un periódico en línea que no utilice una plataforma de ese tipo) puede cumplir los requisitos para ser considerada servicio de comunicación audiovisual a los efectos de la Directiva, lo que puede implicar que la opción adoptada a este respecto en la LGCA presente ciertas carencias. Tras abordar el régimen de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en la LGCA, ámbito en el que el legislador español ha optado en gran medida por una transposición prácticamente literal de la DSCAV (apdos. II a IV, *infra*), se hará referencia al régimen de los usuarios de especial relevancia que emplean tales servicios de intercambio (apdos, V y VI).

II. Concepto de servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma

5. El artículo 2.13 LGCA reproduce la definición de “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” del artículo 1.a.bis) DSCAV de manera prácticamente literal, con una mención añadida, aparentemente innecesaria, a la eventual emisión de comunicaciones comerciales entre las finalidades o funcionalidades de tales prestadores. En concreto, en los términos del artículo 2.12 LGCA, esa categoría se define como: “Servicio cuya finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables o cuya funcionalidad esencial consiste en proporcionar, al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, así como emitir comunicaciones comerciales, y cuya organización determina el prestador, entre otros medios, con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación”.

6. Frente a los “servicios de comunicación audiovisual”, que se caracterizan por ser prestados bajo la responsabilidad editorial del prestador correspondiente, la nueva categoría va referida típicamente a prestadores de servicios de intermediación, que difunden contenidos generados por sus usuarios respecto de los que no ejercen responsabilidad editorial, como en principio es propio de las redes sociales y las plataformas que permiten a sus usuarios compartir contenidos en línea. Teniendo en cuenta que los principales prestadores de tales redes sociales y plataformas típicamente no se encuentran establecidos en España lo que determina que en principio queden al margen de la LGCA (véase apartado siguiente), desde la perspectiva de la aplicación de la LGCA presenta interés también la eventual concreción de su aplicación respecto de otros modelos de negocio que incluyen la posibilidad de que usuarios difundan contenidos y cuya calificación como “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” a los efectos de que les resulten de aplicación las obligaciones y el régimen de supervisión previstos en los artículos 86 a 93 LGCA puede resultar incierta.

7. Al concretar el alcance de la nueva categoría, resulta determinante que pretende abarcar los que denomina servicios de medios sociales cuando su oferta de programas y vídeos generados por usuarios constituya una «funcionalidad esencial» del servicio. A este respecto, la LGCA se limita a señalar en su Preámbulo que la subsunción en esa categoría se produce en la medida en que “la oferta de programas y vídeos generados por usuarios puede considerarse una funcionalidad esencial de los servicios de medios o redes sociales siempre que dicho contenido audiovisual no sea meramente accesorio o constituya una parte mínima de las actividades de dicho servicio”, básicamente reproduciendo una afirmación contenida en el considerando 5 de la Directiva (UE) 2018/1808.

8. Por ello, tiene interés recordar que para precisar qué servicios de medios sociales cumplen este criterio y entran en el ámbito de aplicación de las nuevas normas sobre servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, revisten singular importancia, aunque carezcan de

carácter vinculante, las Directrices adoptadas por la Comisión para proporcionar orientaciones sobre la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de esa definición⁷.

9. Con respecto a las actividades que quedan al margen de esta nueva categoría, las Directrices consideran que la accesividad respecto de una actividad o funcionalidad subyacentes de la plataforma puede concurrir, por ejemplo, en situaciones en las que se suben vídeos exclusivamente con la finalidad de apoyar las transacciones económicas objeto de la plataforma (como imágenes de los productos que se comercializan). Por su parte, la apreciación de que el contenido audiovisual constituye solo una «parte mínima» de las actividades del servicio se vincula con un análisis de consideraciones cuantitativas y cualitativas que lleven a apreciar que desempeña un papel insignificante en la economía general del servicio. A modo de ejemplo, la Comisión considera que típicamente no será ese el caso cuando la plataforma aloje un número considerable de vídeos o cuando, aunque el número de los mismos sea reducido, contribuyan de manera importante al atractivo, la funcionalidad o el éxito en el mercado del servicio (por ejemplo, a la luz del volumen de consumo de esos vídeos por sus usuarios o del nivel de exposición de los mismos cuando acceden al servicio). Para asegurar un nivel adecuado de protección a los menores y usuarios, la Comisión rechaza una interpretación estricta de ese requisito, al considerar que para apreciar la funcionalidad esencial no cabe exigir que el contenido audiovisual deba presentar tal importancia que el servicio en cuestión no pueda funcionar sin el mismo.

10. La Comisión agrupa en cuatro categorías los indicadores que considera más relevantes para ser tenidos en cuenta por las autoridades nacionales al aplicar el criterio de funcionalidad esencial de la definición de prestador de plataformas de intercambio de vídeos: 1) la relación entre el contenido audiovisual y la actividad económica principal del servicio (arquitectura y diseño de la plataforma, autonomía del contenido audiovisual, inclusión de funcionalidades específicas del servicio adaptadas al contenido audiovisual, elementos que se destacan al posicionar o promocionar el servicio); 2) la pertinencia cuantitativa y cualitativa del contenido audiovisual disponible en el servicio (cantidad de contenido, nivel de uso de los contenidos audiovisuales por los usuarios de las plataformas, popularidad del contenido audiovisual de la plataforma); 3) la generación de ingresos a partir del contenido audiovisual (inclusión de comunicaciones comerciales vinculadas a ese contenido, cobro por acceder a esos contenidos, existencia de acuerdos de patrocinio en relación con los contenidos subidos, seguimiento para fines comerciales de la interacción de los usuarios con el contenido audiovisual); y 4) la disponibilidad de herramientas destinadas a mejorar la visibilidad o el atractivo del contenido audiovisual (incitación al consumo de contenido audiovisual o a la interacción con el mismo, ofrecimiento a los usuarios de sistemas para conocer el rendimiento y gestionar el contenido subido a la plataforma).

III. Ámbito de aplicación y determinación del establecimiento

11. La decisión sobre si la oferta de contenido audiovisual es una funcionalidad esencial del servicio, de modo que el prestador queda sometido a las reglas pertinentes de la DSCAV, incorporadas básicamente en los artículos 86 a 93 LGCA, corresponde al Estado miembro que tenga jurisdicción sobre el servicio en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 DSCAV bis, que proporciona los criterios acerca de en qué Estado miembro se considera establecido un prestador. Estas normas han sido objeto de transposición en los apartados 3 a 6 del artículo 3 LGCA. A este respecto, las Directrices mencionadas incluyen ciertas observaciones relativas al procedimiento, que contemplan la obligación del Estado miembro de informar a los prestadores de servicios de la

⁷ Comisión Europea, «Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» en virtud de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual» (2020/C 223/02), DO C 223, 7.7.2020, p. 3.

evaluación en curso y de las implicaciones jurídicas de ser considerado como prestador de plataformas de intercambio de vídeos.

12. Ciertamente, debe destacarse que el artículo 28 bis DSCAV incluye criterios específicos para determinar la sujeción a la jurisdicción de un Estado miembro de los prestadores de plataformas de intercambio de vídeo, pues con respecto a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual es el artículo 2.3 DSCAV el que establece los criterios que determinan que un prestador de servicios esté establecido en un Estado miembro a los efectos de la Directiva, y el artículo 2.4 otros proporciona criterios adicionales que determinan la sujeción a la jurisdicción de un Estado miembro de prestadores del servicio de comunicación audiovisual a los que no se aplica el art. 2.3. Estas disposiciones han sido objeto de incorporación en el artículo 3.2 LGCA, que determina cuándo se considera que un prestador del servicio de comunicación audiovisual está establecido en España. En virtud del criterio de origen, el artículo 3 de la DSCAV impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la libertad de recepción y no obstaculizar las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por dicha Directiva. Únicamente cumpliendo las exigentes condiciones impuestas en su apartado 2, los Estados miembros pueden establecer excepciones al respecto. Ahora bien, es importante que, a diferencia de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE), la DSCAV tiene “ámbitos coordinados” mucho más concretos, pues están limitados en principio a las materias objeto de armonización por esta Directiva.

13. Como ha quedado apuntado, respecto de los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, operan normas específicas para determinar el territorio del Estado miembro de su establecimiento, a los efectos de quedar sujeto a su jurisdicción, establecidas en el artículo 28 bis DSCAV. Habida cuenta de que se trata de prestadores que tienen también la condición de prestadores de servicios de la sociedad (y, en su momento, prestadores de servicios digitales) de la información su régimen especial busca asegurar la coordinación con las reglas de la DCE (y en el futuro el Reglamento UE sobre la Ley de Servicios Digitales). La definición de prestador de servicios establecido de la DCE se considera también determinante para concretar el Estado miembro a cuya jurisdicción queda sometida una plataforma de intercambio de vídeos a los efectos de la DSCA. Así resulta del artículo 28 bis de la DSCAV, que se remite a la DCE, lo que tiene su reflejo ahora en la LGCA, Según su artículo 3.3, tales prestadores están sujetos a lo dispuesto en la LGCA siempre que se encuentren establecidos en España, de conformidad con la ya mencionad Ley 34/2002 (LSSI).

14. A este respecto, cabe recordar que, frente a la simple reproducción del concepto de prestador de servicios establecido que utiliza la DCE, como opción que hubiera resultado más respetuosa con esa Directiva, la LSSI incorpora en el artículo 2 una definición propia de prestador de servicios establecido y ciertas presunciones de establecimiento que no aparecen en la DCE. Al separarse de la DCE, la solución de la LSSI puede plantear dificultades. Al no coincidir con la adoptada en otros Estados miembros favorece la aparición de conflictos positivos o negativos al determinar el establecimiento y dificulta la coordinación con otros instrumentos que también utilizan ese concepto de establecimiento propio del Derecho de la UE. Las eventuales dificultades deben superarse a través de una interpretación del artículo 2 LSSI conforme con el Derecho de la UE, que asocia el lugar del establecimiento a la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un periodo indefinido y determina que cuando existan varios establecimientos, el relevante sea el que presta el servicio concreto o, en caso de duda, el lugar en el que el prestador tiene su centro de actividades en relación con ese servicio. En cualquier caso, la definición de prestador de servicios establecido de la DCE (LSSI) resulta también

determinante para concretar el Estado miembro a cuya jurisdicción queda sometida una plataforma de intercambio de vídeos a los efectos de la DSCAV (LGCA).

15. Ahora bien, con el propósito de asegurar la eficacia de las medidas del artículo 28 ter DSCAV para proteger a los menores y al público en general frente a la presencia de ciertos contenidos ilícitos y nocivos, así como garantizar la «igualdad de oportunidades» -cabe suponer que entre las plataformas que compiten en la UE- (cdo. 44 Directiva 2018/1808), la DSCAV prevé la aplicación de esas normas también a plataformas de intercambio de vídeos no establecidas en un Estado miembro a los efectos de la DCE. Conforme al artículo 28.bis.2 DSCAV, esos prestadores se consideran a esos efectos establecidos en el Estado miembro en el que el prestador: a) tenga establecida una empresa matriz o una empresa filial, o b) esté establecida una empresa del grupo del que forme parte. El apartado 3 precisa que cuando las empresas antes mencionadas estén establecidas en distintos Estados miembros, se considerará como Estado miembro de establecimiento el de su empresa matriz o, en su defecto, el de su empresa filial o, en su defecto, el de la otra empresa del grupo. El apartado 4 aclara que en caso de existir empresas filiales o del mismo grupo establecidas en Estados miembros diferentes, se considerará como Estado miembro de establecimiento aquel en el que una de las filiales o de las empresas inició su actividad en primer lugar, siempre que mantenga una relación estable y efectiva con la economía de dicho Estado miembro. Estas disposiciones sobre la determinación del lugar de establecimiento en España aparecen ahora incorporadas en los apartados 4 a 6 del artículo 3 LGCA. En virtud del artículo 28.bis.6 DSCAV, los Estados miembros deben comunicar a la Comisión la lista de los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos establecidos en su territorio o que se consideren establecidos en su territorio, indicando el criterio en el que basan su jurisdicción.

16. En todo caso, si como afirma el preámbulo de la Directiva 2018/1808, el fundamento de la aplicación del artículo 28 ter DSCAV a prestadores no establecidos en un Estado miembro en el sentido de la DCE es asegurar la eficacia de las medidas para proteger a los menores y al público en general frente a la presencia de ciertos contenidos ilícitos y nocivos así como garantizar la «igualdad de oportunidades» (entre las plataformas que operan en la UE), cabe pensar que podría haber sido adecuado fijar un criterio que permitiera exigir el cumplimiento de esas obligaciones a plataformas que dirijan a Estados miembros de la UE sus servicios y tengan un número significativo de usuarios en el mercado de la UE pese a no presentar ninguna de las conexiones a las que hace referencia el artículo 28.bis.2 DSCAV (art. 3.4 DSCAV), como hacen ya otros instrumentos de la Unión, reguladores de la actividad de plataformas en línea, como por ejemplo, el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

17. También la adopción definitiva del Reglamento UE sobre la llamada Ley de Servicios Digitales (LSD) será relevante en este contexto. El artículo 28.bis.2 DSCAV pone de relieve que el que un prestador de plataformas de intercambio de vídeos se considere establecido en un Estado miembro en virtud de estas normas resulta determinante de la aplicación a los mismos de los artículos 3 y 12 a 15 de la DCE a los efectos de la DSCAV. En los términos del artículo 28.ter.1 las medidas que prevé para proteger a los menores y el público en general y para el control de las comunicaciones comerciales audiovisuales deben entenderse “sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 a 15 DCE” (además, cabe dejar constancia del carácter de norma especial del art. 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital, incorporado en el art. 73 del Real Decreto-ley 24/2021). En concreto, las medidas no pueden derivar en un control previo ni en un filtrado de los contenidos subidos que no se ajusten al artículo 15 DCE (art. 28.ter.3 DSCAV). Cabe recordar que, tras la adopción del Reglamento UE sobre la Ley de Servicios Digitales, los artículos 12 a 15 se suprimirá de la DCE y pasarán a ser sustituidos por normas

equivalentes que forman parte de la LSD. Por su parte, el considerando 48 de la Directiva 2018/1808 vincula con el significado de esas normas relativas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios relativas a la limitación de responsabilidad y la prohibición de obligaciones generales de supervisión, la circunstancia de que las medidas para proteger a los menores y al público en general en el marco de la DSCAV deben guardar relación con la organización de los contenidos, y no con los contenidos como tales. De acuerdo con la definición de servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, la plataforma determina la organización de los programas y videos generados por usuarios sobre los que no tiene responsabilidad editorial «entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación». En tales circunstancias, no cabe dar por supuesto que las plataformas se benefician en todo caso y respecto de todos los contenidos sobre los que no tienen responsabilidad editorial de las reglas sobre limitación de responsabilidad de los intermediarios de la DCE (en particular, de su art. 14) y en el futuro de la LSD.

18. Por otra parte, la afirmación en el artículo 28.bis.5 DSCAV de que: «A los efectos de la presente Directiva, el artículo 3 y los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE se aplicarán a los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos que se consideren establecidos en un Estado miembro de conformidad con el apartado 2 del presente artículo», debe ser puesta en conexión con el considerando 63 de la Directiva 2018/1808 que introdujo dicho artículo 28bis en la DSCAV. Como aclara ese considerando la DSCAV no afecta a las normas de Derecho internacional privado, en particular a las que regulan la competencia judicial y al Derecho aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales. Dejando a un lado la dimensión administrativa y de Derecho público, cabe sostener que en relación con las demandas en materia civil y mercantil –por ejemplo, de daños frente a la plataforma- es la ley aplicable a la responsabilidad civil en virtud de la norma de conflicto relevante la que debe determinar también «las causas de exoneración así como toda limitación... de responsabilidad», por utilizar los términos literales del Reglamento (CE) No 864/2007 o Reglamento Roma II⁸.

19. Por último y como cuestión diferente, cabe dejar constancia de que la Directiva (UE) 2018/1808 aclara que la categoría «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» no abarca actividades no económicas, como es propio de los sitios web privados y las comunidades de intereses no comerciales (cdo. 6). En este sentido, el artículo 3.8 LGCA considera que quedan excluidos de su ámbito de aplicación los sitios webs privados y las comunicaciones audiovisuales que no constituyan medios de comunicación de masas.

IV. Régimen aplicable a las plataformas

20. La caracterización como prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma establecido en España tiene como consecuencia el sometimiento a las obligaciones y régimen de supervisión y control -atribuido a la CNMC- contenidos en los artículos 86 a 93 LGCA, cuyo enfoque predominante ha sido la reproducción del contenido del prolijo artículo 28 ter DSCAV, si bien con algunas variaciones puntuales. Aunque la DSCAV no excluye la imposición de obligaciones adicionales por los Estados miembros, el criterio de origen favorece que los Estados hagan un uso restringido de esa posibilidad para no disuadir a los prestadores de establecerse en su territorio. Con respecto al régimen sancionador por el incumplimiento de sus obligaciones, habrá que estar a lo dispuesto en el Título X de la LGCA.

⁸ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 , relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199, 31.7.2007, pp. 40-49.

21. En primer lugar, se impone a estos prestadores en el artículo 87 LGCA la obligación de inscribirse en el Registro estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual, de prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y de prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual, previsto en el artículo 39 LGCA. De acuerdo con la disposición final novena de la LGCA, su artículo 39 no entrará en vigor hasta la aprobación del reglamento que se dicte para establecer la organización y funcionamiento del Registro estatal.

22. El artículo 88 LGCA, incorporando el artículo 28.ter.1) DSCAV exige la adopción por los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos sujetos a la jurisdicción española la adopción de las medidas adecuadas para proteger: a) a los menores de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral; b) al público en general de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales que inciten a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de un grupo por razón de edad, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, raza, color, origen étnico o social, características sexuales o genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, nacionalidad, patrimonio o nacimiento; y c) al público en general de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales que incluyan contenidos cuya difusión constituya una provocación pública a la comisión de algún delito y, especialmente, una provocación pública a la “comisión de un delito de terrorismo, de pornografía infantil o de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia... por motivos racistas, xenófobos, por su sexo o por razones de género o discapacidad en los términos y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal”. A los efectos de concretar el eventual alcance de las medidas “adecuadas”, la DSCAV menciona expresamente que tal obligación debe entenderse in perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 a 15 de la DCE, entre los que destaca la prohibición de imponer a los prestadores de servicios de intermediación una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

23. El artículo 89.1 LGCA contiene una relación de medidas a adoptar por los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, para proteger a los menores y al público en general de los contenidos audiovisuales antes indicados. En concreto, tales medidas son: a) Incluir en las condiciones del servicio de las plataformas las obligaciones establecidas en el artículo 88; b) Establecer mecanismos transparentes y de fácil uso que permitan a los usuarios notificar al correspondiente prestador los contenidos que vulneren las obligaciones establecidas en el artículo 88; c) Establecer sistemas a través de los cuales los prestadores del servicio expliquen a los usuarios el curso que se ha dado a esas notificaciones; d) Establecer y sistemas de fácil uso que permitan a los usuarios calificar los contenidos que puedan vulnerar las obligaciones establecidas en el artículo 88; e) Establecer sistemas de verificación de edad para los usuarios con respecto a los contenidos que puedan perjudicar a los menores que, en todo caso, impidan el acceso de estos a los contenidos audiovisuales más nocivos; f) Facilitar sistemas de control parental con respecto a los contenidos que puedan perjudicar a los menores; g) Establecer procedimientos transparentes, eficaces y de fácil uso para el tratamiento y la resolución de las reclamaciones de los usuarios a los prestadores del servicio, en relación con la aplicación de las medidas anteriores; h) facilitar medidas y herramientas eficaces de alfabetización mediática; e i) Facilitar que los usuarios, ante una reclamación presentada por ellos y no resuelta satisfactoriamente, puedan someter el conflicto a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo, de acuerdo con la Ley 7/2017, sin perjuicio de que los usuarios puedan acudir a la vía judicial que corresponda.

24. Pese a la formulación imperativa del artículo 89.1 LGCA (“tomarán las siguientes medidas”), debe destacarse que el artículo 28 ter DSCAV, donde figura esa relación de medidas, prevé que cuáles de entre ellas resultarán relevantes, así como su preciso alcance, variarán según las circunstancias del caso. En concreto, prevé que las medidas adecuadas se determinarán a la luz de la naturaleza del contenido de que se trate (en particular, respecto de la protección de los menores, los contenidos más nocivos deben estar sujetos a las medidas más estrictas de control de acceso.), de los perjuicios que puede ocasionar, de las características de la categoría de personas que debe protegerse, “así como de los derechos e intereses legítimos en juego, incluidos los de los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos y los usuarios que hayan creado o subido el contenido, así como del interés público”. Dispone, además, la Directiva que las medidas “deberán ser viables y proporcionadas, teniendo en cuenta el tamaño del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y la naturaleza del servicio que se presta”, reiterando que tales medidas no deben derivar en medidas de control previo ni en el filtrado de los contenidos subidos que no se ajusten al artículo 15 DCE. A este respecto, el artículo 92 de la LGCA prevé que se podrá especificar reglamentariamente el alcance y la exigibilidad de cada una de las medidas especificadas en el artículo 89, en función, entre otros, del tamaño y volumen de usuarios del prestador del servicio, así como de la naturaleza de los contenidos o tipo de servicio ofrecido. Por lo demás, de cara al futuro presenta también indudable importancia práctica el que se trata de medidas que en parte se solaparán con las que se contempla imponer a estos intermediarios en el Reglamento (UE) relativo a la llamada Ley de Servicios Digitales.

25. Por su parte, el artículo 91 LGCA contiene las obligaciones en materia de comunicaciones comerciales audiovisuales, incorporando lo dispuesto en el artículo 28 ter 2 DSCAV, de modo que parte de la diferenciación en el alcance de las obligaciones del prestador de servicio de plataforma respecto, de una parte, de las comunicaciones comerciales que comercialice, venda u organice y, de otra, de las que no comercialice, venda u organice. En relación con las primeras, se impone a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma el cumplimiento del régimen general previsto en materia de emisión de comunicaciones comerciales para los prestadores del servicio de comunicación audiovisual (arts. 121 a 125 LGCA, que incluyen normas sobre la prohibición de ciertas comunicaciones comerciales, en particular, en relación con la protección de la dignidad humana, de la salud -en particular, en relación con el tabaco y las bebidas alcohólicas- y de los menores), salvo ciertas limitaciones horarias. Se exige, además, en todo caso, la verificación de edad y acceso a usuarios mayores de edad respecto de las comunicaciones comerciales que fomenten comportamientos nocivos o perjudiciales para menores.

26. En relación con las comunicaciones comerciales audiovisuales que no comercialicen, vendan u organicen, se impone a los prestadores del servicio en artículo 91 LGCA la adopción de ciertas medidas para garantizar que cumplen con los requisitos establecidos en los arts. 121 a 125 LGCA. Alguna medida en parte coincide con las previstas en el artículo 89, antes reseñadas, como la inclusión de ciertas menciones en las condiciones generales del servicio, en este caso relativas a los requisitos aplicables a las comunicaciones comerciales. Las otras medidas incluyen: disponer de una funcionalidad para que los usuarios que suban vídeos declaren si a su entender dichos vídeos contienen comunicaciones comerciales audiovisuales; y restricciones específicas acerca de dónde pueden difundirse las comunicaciones comerciales audiovisuales relacionadas con los juegos de azar y apuestas (que en realidad no se configuran tanto como medidas que el prestador del servicio de plataforma deba introducir sino como limitación de las cuentas o canales a través de las que pueden difundirse tales comunicaciones comerciales y la exigencia de requisitos específicos a esas cuentas o canales). Se impone, además, a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma la obligación de informar claramente a los usuarios cuando los programas y vídeos generados por usuarios contengan comunicaciones comerciales audiovisuales, siempre que

los usuarios que suban vídeos hayan declarado o siempre que el prestador tenga conocimiento de ese hecho (art. 91.3 LGCA). Al igual que se ha señalado con respecto al artículo 89, el artículo 92 de la LGCA prevé que se podrá especificar reglamentariamente el alcance y la exigibilidad de cada una de las medidas especificadas en el artículo 91.

27. De conformidad con la disposición final novena de la LGCA, sus artículos 88 a 91 entrarán en vigor transcurrido un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley, que tuvo lugar el 9 de julio de 2022, el día siguiente de su publicación en el BOE.

V. Usuarios de especial relevancia: delimitación de la categoría

28. Como ha quedado señalado, el concepto de “servicio de comunicación audiovisual” de la DSCAV comprende la difusión a través de Internet de contenidos como videos en partes autónomas de periódicos en línea o en canales de usuarios de plataformas (*influencers* o influencers, *streamers*, *youtubers*, *tiktokers*,...), en la medida en que dicha actividad cumpla los elementos integrantes de ese concepto, caracterizado -tanto en el art. 1.1.a) DSCAV como en el art. 2.1 LGCA- porque la finalidad principal del servicio -o de una de sus partes dissociables- es proporcionar, bajo la responsabilidad editorial de un prestador, programas con objeto de informar, entretener o educar al público en general. Así lo constató el considerando 3 de la Directiva (UE) 2018/1808 -que transpone la DSCAV- y, como ha quedado también indicado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

29. La DSCAV, cuyo Preámbulo reproduce en parte el mencionado considerando de la Directiva, ha optado por introducir una norma específica en relación con los que denomina “usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma” y que, conforme a su preámbulo, pretende abarcar los servicios prestados, entre otros por “«vloggers», «influencers» o «prescriptores de opinión», (que) gozan de relevancia en el mercado audiovisual desde el punto de vista de la inversión publicitaria y del consumo, especialmente, entre el público más joven”. La opción del legislador español ha sido incorporar una norma específica, el artículo 94 LGCA, que impone a estos actores ciertas “obligaciones básicas relativas a los principios generales de la comunicación audiovisual, a la protección del menor, a la protección del consumidor y a su inscripción en el Registro”. El artículo 94 es el último de los preceptos del Título V de la LGCA, dedicado, según su rúbrica a “La prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma”. Como también ha quedado indicado, la opción del legislador español no impide apreciar que quienes prestan servicios de difusión a través de Internet de vídeos cortos bajo su responsabilidad editorial, con objeto de informar, entretener o educar al público en general, no están sometidos al régimen aplicable a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma sino que deben estarlo al régimen propio de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, en la medida en que cumplan los requisitos para ser incluidos en esta categoría. De hecho, lo que hace el artículo 94 LGCA, como prevé expresamente su apartado 1, es considerar a los “usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma” como “prestadores de servicios de comunicación audiovisual” a los efectos de que tengan que cumplir con ciertas obligaciones que la LGCA les impone. En todo caso, el planteamiento a este respecto de la LGCA puede generar algunas dificultades.

30. La categoría “usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma” no figura entre las definiciones del artículo 2 de la LGCA, pero los criterios determinantes de la inclusión en esta categoría -y del sometimiento al régimen de obligaciones previsto- aparecen recogidos en los apartados 2 y 3 del artículo 94 LGCA. Como punto de partida debe destacarse que esta categoría se limita en todo caso a “usuarios que empleen

los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma”, de modo que no comprende eventuales servicios de difusión de vídeos cortos al margen de esas plataformas.

31. Ahora bien, quienes lleven a cabo actividades similares al margen de esas plataformas pueden en ocasiones reunir las condiciones para ser considerados “prestadores de servicios de comunicación audiovisual” en el sentido del artículo 2 LGCA. El modelo de transposición, limitado a quienes emplean servicios de intercambio de vídeos mediante plataforma, va unido a la incertidumbre acerca del régimen aplicable a quienes puedan desarrollar actividades semejantes pero no lo hagan recurriendo a los servicios de un plataforma. Por ejemplo, esa podría ser la situación en casos en los que el prestador tiene una página web en la que se permite el acceso a un elevado número de vídeos a través de un catálogo de búsqueda (salvando las distancias, en la línea del litigio principal en el asunto que dio lugar a la ya mencionada STJUE en el asunto *New Media Online*). Incertidumbre, en particular, respecto a las concretas circunstancias que deben darse para que quienes actúan en ese tipo de supuestos deban ser caracterizados como “prestadores de servicios de comunicación audiovisual” (al hilo, por ejemplo, de lo que se dirá más adelante acerca del desarrollo reglamentario previsto en la disposición final séptima de la LGCA), así como, a falta de la previsión de un régimen específico, su eventual caracterización como servicio de comunicación audiovisual televisivo a petición o la eventual extensión a tales prestadores del régimen previsto en el artículo 94.

32. El apartado 2 del artículo 94 LGCA, subordina la calificación como “usuario de especial relevancia”, al cumplimiento por quien emplea servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, de cinco requisitos de forma simultánea. Se trata de requisitos que básicamente coinciden con los que llevan a la caracterización como servicios de comunicación audiovisual, en los términos del artículo 1.1.a) DSCAV y del artículo 2.1 LGCA.

33. En concreto, los requisitos enumerados en el artículo 94.2 LGCA son los siguientes: a) que el servicio prestado conlleve una actividad económica por el que su titular obtiene unos ingresos significativos en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma; b) que el titular sea el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio; c) que el servicio esté destinado a una parte significativa del público en general y pueda tener un claro impacto sobre él; d) que la función del servicio sea la de informar, entretener o educar y su principal objetivo sea la distribución de contenidos audiovisuales; y e) que el servicio se ofrezca a través de redes de comunicaciones electrónicas y el prestador este establecido en España de conformidad con el artículo 3.2. Ciertamente, el que el artículo 94 se integre en el Título V de la LGCA, relativo a la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, no impide apreciar que respecto de los denominados usuarios de especial relevancia de tales plataformas los criterios determinantes para apreciar su eventual establecimiento en España -y consiguiente sometimiento al régimen jurídico previsto en el artículo 94- son los relativos a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual (apartado 2 del artículo 3 LGCA), en relación con lo señalado previamente en materia de establecimiento. En todo caso, lo anterior es compatible con que tales usuarios de especial relevancia, en tanto que proveedores de contenido en línea, reunirán típicamente las condiciones para ser considerados prestadores de servicios de la sociedad de la información a los efectos de la DCE y la LSSI, pudiendo ser relevante a esos efectos estas normas incluidas sus disposiciones sobre establecimiento y criterio del mercado interior.

34. Lo anterior se complementa con la previsión en el apartado 3 del artículo 94 LGCA de que el régimen de obligaciones que establece no será de aplicación a una serie de sujetos: a) centros educativos o científicos cuando su actividad entre dentro de sus cometidos o sea de carácter divulgativo; b) entidades culturales respecto de la presentación de su programación o actividades; c)

administraciones públicas o partidos políticos con fines de información y de presentación de sus funciones que desempeñan; d) empresas y profesionales con el fin de promocionar los bienes y servicios que producen o distribuyen; y e) asociaciones y organizaciones no gubernamentales con fines de autopromoción y de presentación de sus actividades relativas a su objeto.

35. Desde la perspectiva de la eventual aplicación práctica del artículo 94 LGCA, resulta determinante que el apartado tres de la disposición final séptima de la LGCA prevé que el Gobierno adoptará las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de lo previsto en ese artículo. En particular, se prevé que el desarrollo reglamentario concretará “los requisitos de ingresos y audiencia significativos establecidos en las letras a) y c) del apartado 2 del artículo 94, para ser considerado usuario de especial relevancia.”

VI. Régimen jurídico de los usuarios de especial relevancia

36. La caracterización de un concreto *streamer*, *influencer*, *youtuber*, etc. como “usuario de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma” va asociada a la exigencia de tener que cumplir con las obligaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 94, así como a la obligación de registrarse en el Registro estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual establecido en el artículo 39 LGCA (art. 94.4). Cabe recordar que, conforme a la disposición final novena, el artículo 39 LGCA no entrará en vigor hasta la aprobación del reglamento que se dicte para establecer la organización y funcionamiento del Registro estatal.

37. Por consiguiente, resulta clave el apartado 1 del artículo 94 LGCA, que opta en gran medida por fijar las obligaciones por remisión a algunas de las previstas respecto de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo en el Título VI de la LGCA, en el que se integran los artículos 99 y 121 a 134, a los que se remite. Con carácter previo, el apartado 1 del artículo 94 LGCA exige a todo “usuario de especial relevancia que emplee servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma” el cumplimiento de los principios del título I en relación con establecido en el artículo 86, que hace especial referencia a los principios establecidos en los artículos 4 (dignidad humana y valores constitucionales), 6 (igualdad de género e imagen de las mujeres), 7.1 (personas con discapacidad), 10 (alfabetización mediática), 12 (autorregulación), 14 (corregulación) y 15 (códigos de conducta).

38. El resto de las obligaciones se determinan por remisión a algunas de las previstas para los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo, en concreto, a los apartados 1 y 4 del artículo 99 y a las secciones 1.^a y 2.^a del capítulo IV del título VI (arts. 121 a 134). Los apartados 1 y 4 del artículo 99 LGCA imponen obligaciones de información acerca de la naturaleza potencialmente perjudicial para el desarrollo físico, mental o moral de los menores de los programas y contenidos audiovisuales, así como de emisión por separado de los que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita, participación en el acuerdo de corrección relativo a la calificación de contenidos y facilitación de mecanismos de control parental o sistemas de codificación digital. Además, “cuando comercialicen, vendan u organicen las comunicaciones comerciales que acompañen o se inserten en sus contenidos audiovisuales” los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma deben cumplir con las secciones 1.^a y 2.^a del capítulo IV del título VI, que incluyen una remisión a la Ley General de Publicidad y a la normativa específica sectorial, prohibiciones absolutas de ciertas comunicaciones comerciales (como las que vulneran la dignidad humana), prohibiciones respecto de comunicaciones comerciales audiovisuales que fomenten comportamientos nocivos para la salud (en particular, en relación con el tabaco, las bebidas alcohólicas, el esoterismo o los juegos de azar), obligaciones relativas a la protección de los menores, así como otras relativas, entre otros aspectos,

a la identificación y diferenciación de las comunicaciones comerciales audiovisuales. Además, el artículo 94 LGCA impone a los usuarios de especial relevancia la utilización de los mecanismos que el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma pone a su disposición, en particular, los establecidos en los artículos 89.1.d) (para la calificación de los contenidos en relación con la protección de menores) y 91.2.b) (declaración de si los vídeos que suben incluyen comunicaciones comerciales). Con respecto al régimen sancionador por el incumplimiento de sus obligaciones, habrá que estar a lo dispuesto en el Título X de la LGCA.

39. De acuerdo con la disposición final novena de la LGCA, el artículo 94 entrará en vigor con la aprobación del reglamento que concrete los requisitos para ser considerado usuario de especial relevancia.

VII. Epílogo

40. Al margen de la significativa evolución que la LGCA -cuando se adopten sus normas de desarrollo- representa, no cabe desconocer que la expansión de las actividades de las plataformas y de su uso por terceros para prestar servicios de comunicación audiovisual ha tenido lugar en un contexto de deficiente aplicación del marco legal preexistente, en el que la regulación audiovisual es solo parte de un entramado normativo más complejo. Como la actualidad de este verano ha puesto de relieve, la situación creada por esa deficiente aplicación, junto con las carencias del marco normativo, puede ir unida a un significativo menoscabo de derechos fundamentales de terceros (intimidad o vida privada y familiar, datos personales, libertad de empresa, propiedad intelectual...) con los que resulta preciso ponderar aquellos derechos fundamentales que en principio se ven favorecidos por la expansión de tales servicios (libertad de expresión e información, también libertad de empresa...). En este contexto, no solo el desarrollo del marco normativo de la LGCA debe constituir una prioridad, sino también su decidida aplicación, junto con las del conjunto de normas que se proyectan sobre la actividad de las plataformas y de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que las utilizan, por las autoridades competentes.