



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS ENTORNOS DIGITALES

IPN/CNMC/020/24

22 de julio de 2024

www.cnmc.es

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS ENTORNOS DIGITALES

(IPN/CNMC/020/24)

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 22 de julio de 2024

Vista la solicitud de informe de la Secretaría General Técnica-Secretariado del Gobierno del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales (en adelante, APLO) que se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 5 de julio de 2024, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, el PLENO acuerda emitir el presente informe.

1. ANTECEDENTES

El APLO, objeto de informe, contiene un conjunto de medidas encaminadas a garantizar la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales. En este sentido, la norma incluye una serie de herramientas e instrumentos que pretenden ofrecer ámbitos digitales seguros limitando los riesgos y perjuicios asociados al uso de los dispositivos electrónicos; entre otros, el acceso a contenidos inapropiados, los problemas de salud, la privacidad, el acoso a través de las redes, la información no veraz o la relativización de los actos de violencia.

El APLO tiene como fines: (i) garantizar tanto el acceso de los menores a contenidos adecuados según su edad, como el respeto de sus derechos; (ii) fomentar un uso responsable por parte de los menores de los entornos digitales; (iii) garantizar que el interés superior del menor sea tenido en cuenta en los productos y servicios digitales; (iv) favorecer el desarrollo de las competencias digitales de los menores de edad; (v) promover una mayor seguridad en el entorno digital.

Para el logro de estos objetivos, tal y como se indica en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) que acompaña al anteproyecto, el APLO incluye una serie de medidas que pretenden reforzar tanto la efectividad de las restricciones y los controles para evitar el acceso de los menores a determinados contenidos no apropiados para su edad y su desarrollo personal, como mejorar la información de la que disponen los menores y sus familias sobre los riesgos asociados al uso de los dispositivos digitales, o la atención a los problemas de salud derivados de la exposición de los menores a determinados contenidos digitales.

En concreto, se contienen previsiones de protección a los menores en relación con: (i) las obligaciones de los fabricantes de dispositivos digitales con conexión a Internet; (ii) la obligación de comprobación de la edad por parte de aquellos sujetos que ofrezcan bienes o servicios destinados a personas mayores de edad; (iii) la prohibición de activación o acceso de mecanismos aleatorios de recompensa por parte de menores; (iv) la elevación hasta los 16 años de la edad mínima para consentir el tratamiento de datos personales; (v) las medidas exigidas a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma; (vi) medidas en el ámbito educativo; (vii) medidas en el ámbito sanitario; (viii) medidas en el ámbito jurisdiccional; (ix) modificación del Código penal.

Con la aprobación del APLO se pretende avanzar, desde una perspectiva normativa en la protección de los menores en los entornos digitales, así como en lograr ámbitos digitales más seguros¹.

En lo que se refiere a las medidas en el ámbito sectorial audiovisual y con el objetivo de limitar el acceso de los menores a contenidos inapropiados según su edad, el APLO incluye: (i) medidas de obligado cumplimiento para los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma. Así, ciertas especificaciones en los sistemas de control parental y de verificación de edad en relación con aquellos contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, previéndose que, ante el incumplimiento de lo establecido para los sistemas de verificación de edad, la CNMC pueda adoptar las medidas previstas en los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en el caso de que se atente o pueda atentar contra el principio de protección de la juventud y la infancia; (ii) ampliación de las obligaciones de protección de menores previstas para los usuarios de especial relevancia en la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA); (iii) medidas para mejorar la efectividad de los canales de denuncia establecidos por la autoridad audiovisual de supervisión; (iv) la tipificación como sanción accesoria el cese de la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma cuando se incumpla la obligación de establecer sistemas de verificación de edad.

La CNMC ha realizado diversas actuaciones encaminadas a la protección de los menores en el entorno audiovisual, tanto desde la perspectiva de su función consultiva como desde la perspectiva de su función de supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual.

Así, cabe mencionar diversos informes de proyectos normativos, en los que se incluyen análisis referidos específicamente a la protección de los menores en los entornos audiovisuales. Entre otros, el IPN/CNMC/042/20 y el IPN/CNMC/026/21 sobre el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, el IPN/CNMC/004/23 sobre el borrador de Real Decreto por el que se regula el Registro estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual, o el IPN/CNMC/035/23 sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia según lo

¹ En 2024 se ha creado el Comité de personas expertas para el desarrollo de un entorno digital seguro para la juventud y la infancia, con el objetivo de analizar buenas prácticas en esta materia y principales riesgos de los entornos digitales, así como de formular recomendaciones y actuaciones a realizar.

dispuesto en el artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

Por otro lado, en relación con la supervisión y el control de contenidos audiovisuales, la CNMC supervisa el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación con el respeto de los derechos del menor. Así, vigila tanto que los contenidos emitidos no perjudiquen seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores (como ante escenas de pornografía o violencia gratuita), como que aquellos contenidos que puedan perjudicar a los menores respeten en su emisión las obligaciones establecidas en la LGCA².

Por último, la CNMC se ha adherido al Pacto de Estado para proteger a los menores en Internet y las redes sociales, iniciativa impulsada por la Asociación Europea para la Transición Digital, Save The Children, Fundación ANAR, iCMedia, Dale Una Vuelta y Unicef, en 2022, apoyada por la Fiscalía General de Estado y AEPD.

2. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Este informe se aprueba en ejercicio de las competencias consultivas de la CNMC en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC).

Asimismo, el artículo 9 de la LCNMC dispone que este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual*”. Y en particular, ejercerá las funciones allí designadas relativas al cumplimiento y supervisión de determinadas obligaciones señaladas en la LGCA.

² Así, en relación con el prestador Techpump, la CNMC le requirió para la implementación de mecanismos de verificación de edad (REQ/DTSA/002/23). Posteriormente, entre otros, con fecha 6 de marzo de 2024 la CNMC inició expediente sancionador contra este prestador, por ofrecer contenidos para adultos sin haber implementado los mecanismos de verificación de edad. Con fecha 18 de abril se adoptaron medidas provisionales, y con fecha 5 de julio multas coercitivas contra este prestador. También, la CNMC lanzó una consulta pública sobre los criterios para supervisar que las plataformas de vídeo impidan el acceso de menores a la pornografía y la violencia gratuita (INF/DTSA/329/23). Por su parte, en el IFPA/DTSA/273/22, la CNMC tramitó una denuncia sobre servicios sonoros a petición (a la plataforma Spotify) por permitir que menores de edad pudieran acceder sin ninguna advertencia a relatos eróticos.

Por tanto, el presente informe se emite al amparo de las mencionadas competencias de asesoramiento que ostenta esta Comisión, teniendo por objeto el análisis de las cuestiones relativas al sector audiovisual en relación con el correcto funcionamiento del mercado de la comunicación audiovisual.

3. CONTENIDO

El APLO consta de una Exposición de Motivos, doce artículos agrupados en cinco Títulos, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales.

El Título Preliminar (“*Disposiciones generales*”: artículos 1 a 3) regula su objeto, los derechos de las personas menores de edad en los entornos digitales y los fines de la norma.

El Título I (“*Medidas en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios*”: artículos 4 y 5) incluye las obligaciones de los fabricantes de dispositivos digitales con conexión a Internet y la regulación del acceso o activación de mecanismos aleatorios de recompensa por menores de edad.

El Título II (“*Medidas en el ámbito educativo*”: artículos 6 y 7) se ocupa de regular, tanto las actividades de formación en los centros de educación infantil, primaria, secundaria obligatoria y secundaria postobligatoria, en competencias digitales del alumnado y en formación continua del profesorado; como el uso de dispositivos en los citados centros.

El Título III (“*Medidas en el ámbito sanitario*”: artículos 8 y 9) incluye medidas en relación con la prevención y promoción de la salud en el uso de las tecnologías de información y comunicación por parte de los menores, así como en relación con la atención especializada a menores con conductas adictivas sin sustancia.

El Título IV (“*Medidas en el sector público*”: artículos 10 a 12) regula la participación, información y sensibilización de los menores hacia los entornos digitales; el fomento de la colaboración público-privada, la corregulación y la estandarización en la aprobación de un código de conducta por parte de los proveedores del servicio de acceso a internet desde una ubicación fija; y la Estrategia Nacional sobre la protección de la infancia y la adolescencia en el entorno digital: elaboración, contenido, aprobación y revisión.

La *disposición derogatoria única* deroga, por un lado, el artículo 13.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y por otro, todas aquellas normas de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en el APLO.

Las *disposiciones finales primera a sexta* modifican distintas leyes con el objetivo de acompasar sus regulaciones a lo contenido en el APLO. Así, la *disposición final primera* modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la *disposición final segunda* modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la *disposición final tercera* modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; la *disposición final cuarta* modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; la *disposición final quinta* modifica la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales; y la *disposición final sexta* modifica la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

Por su parte, las *disposiciones finales séptima, octava, novena y décima* se ocupan, respectivamente, de los títulos competenciales, las disposiciones de la norma que tienen carácter orgánico, la habilitación para el desarrollo reglamentario y la entrada en vigor.

4. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS CONTENIDAS EN EL APLO

El contenido del APLO merece en general una valoración positiva. A pesar de ello, se realizan las siguientes observaciones.

4.1. Obligaciones de los fabricantes de dispositivos digitales con conexión a internet

El artículo 4 del proyecto impone una serie de obligaciones a los fabricantes de dispositivos digitales con conexión a internet. En particular de información a los usuarios y de incluir en los dispositivos funcionalidades gratuitas de control parental. Se impone a los importadores, distribuidores y comercializadores la verificación del cumplimiento de estas obligaciones.

Deben ponderarse los efectos sobre el mercado y la competencia que puede tener la imposición de estas obligaciones.

Por una parte, debe analizarse la imposición de las obligaciones recogidas en el artículo 4 sobre fabricantes de dispositivos. Hay que tener en cuenta que, en muchos casos, el acceso a servicios o contenidos potencialmente perjudiciales para los menores se produce en condiciones que no se encuentran bajo el control de los fabricantes de dispositivos, por tratarse o bien de servicios o contenidos ofrecidos en línea o bien de aplicaciones o productos de software

descargados e instalados por los propios usuarios con posterioridad a la adquisición del dispositivo. Por otra parte, debe señalarse igualmente que en muchos casos el fabricante del dispositivo hace uso de un sistema operativo desarrollado por terceros (por ejemplo, en el caso de sistemas operativos para dispositivos móviles) lo que reduce todavía más su capacidad de control sobre los concretos usos del dispositivo digital. Por otra parte, por las razones señaladas, el cumplimiento de estas obligaciones resultará más sencillo para operadores verticalmente integrados que además de dispositivos, desarrollan o comercializan sistemas operativos y/o aplicaciones, lo que crea una asimetría en el mercado.

Asimismo, debe recordarse que existe un mercado de aplicaciones de control parental en el que están presentes diferentes proveedores. La obligación, recogida en el artículo 4.3 del anteproyecto, de que los fabricantes incluyan en todos los dispositivos una funcionalidad gratuita de control parental puede tener un efecto negativo sobre la competencia en este mercado, afectando especialmente a los proveedores de servicios que no estén verticalmente integrados (que podrán ofrecer sin coste alguno para los usuarios sus propias soluciones de control parental reforzando su posición en este mercado y en los mercados conexos de sistemas operativos y aplicaciones).

En relación con el artículo 4 se propone por tanto revisar los sujetos obligados. Por otra parte, se propone asimismo revisar lo señalado en el artículo 4.3 para que al usuario se le ofrezca la posibilidad de elegir si desea instalar en su dispositivo alguna de las diferentes aplicaciones de control parental existentes en el mercado, y eliminar el requisito de gratuidad.

Procede realizar estas mismas observaciones en relación con la DF Cuarta Apartado Seis que propone incluir unas obligaciones equivalentes en el artículo 115 ter de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

4.2. Acceso y activación de los mecanismos aleatorios de recompensa (artículo 5 APLO)

El APLO prohíbe en su artículo 5 el acceso y la activación por parte de menores de edad de los mecanismos aleatorios de recompensa.

El artículo no indica el órgano administrativo encargado de la supervisión de esta medida ni desarrolla el régimen sancionador aplicable.

Por ello, se sugiere incluir expresamente quién será el órgano administrativo con competencias para supervisar el cumplimiento del artículo y desarrollar el régimen sancionador aplicable, en su caso.

Junto con ello, cabe destacar que el artículo 5 plantea diferentes cuestiones en relación con el efectivo cumplimiento de esta obligación de prohibición de acceso citada, que exigiría en primer lugar de un mecanismo adecuado de verificación de edad, y por otra en qué medida podrá ser exigible a los prestadores no establecidos en España.

4.3. Modificación de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (Disposición final sexta APLO)

4.3.1. Apartado Uno de la DF Sexta

El Apartado Uno de la DF Sexta del APLO propone modificar el artículo 42 de la LGCA referido a la información que deben incluir en sus páginas webs los prestadores de servicios de comunicación audiovisual y las PIVs (plataformas de intercambio de vídeos), en cumplimiento de su obligación de transparencia. En concreto, la propuesta precisa la información que deben publicar sobre la CNMC en el siguiente sentido:

“b) Establecimiento en España y autoridad audiovisual de supervisión competente, incluyendo un enlace fácilmente reconocible y accesible al sitio web de dicha autoridad con el fin de que los usuarios puedan notificar posibles infracciones de la normativa audiovisual”.

Esta CNMC está de acuerdo con la modificación propuesta, en la medida en que facilita la presentación de reclamaciones por parte de los usuarios finales.

4.3.2. Apartado Dos de la DF Sexta

El Apartado Dos de la DF Sexta modifica el artículo 89 en sus apartados e) y f), por el que se define dos de las medidas que deberán implementar las PIVs para proteger a los menores frente a determinados contenidos audiovisuales. En concreto, estas medidas de control son:

“e) Establecer y operar por defecto sistemas de verificación de edad para los usuarios con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores que, en todo caso, impidan el acceso de estos a los contenidos audiovisuales más nocivos, como la violencia gratuita o la pornografía.

Dichos sistemas deberán garantizar unos niveles de seguridad y de privacidad, en particular, en cuanto a minimización de datos, limitación de la finalidad y protección de datos desde el diseño equivalentes, como mínimo, a los de la cartera de identidad digital europea (EUDI Wallet) conforme al Reglamento (UE) 2024/1183, de 11 de abril de 2024.

f) ~~Facilitar~~ Establecer por defecto sistemas de control parental controlados por el usuario final con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores”.

Añadido “por defecto”

En ambas obligaciones el APLO propone que las mismas deban entenderse cumplidas con el establecimiento y operación “por defecto” de los mecanismos de control.

Ni el APLO ni la MAIN explican el porqué de la necesidad del añadido “por defecto”.

La interpretación de esta Comisión en relación con ambas obligaciones es que, sin necesidad de así decirlo, dicha obligación se entiende “por defecto”, esto es que los mecanismos de control tienen una configuración predeterminada o, en otras palabras, que no hay necesidad de realizar ninguna acción previa o intermediación por parte de un tercero para que se ofrezca al usuario de forma automática.

Por el contrario, dicho añadido puede llevar a confusión, en la medida en que otras obligaciones similares en la LGCA y que se entienden “por defecto” no tienen dicho añadido. Véase por ejemplo el artículo 99.3 y 99.4 LGCA relacionados a la obligación de implementar sistemas de control parental por parte de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

Sujeción a requisitos relacionados con el eIDAS

El APLO introduce un párrafo adicional en el artículo 89.e) LGCA que condiciona las herramientas de verificación de edad a “garantizar unos niveles de seguridad y de privacidad equivalentes, como mínimo, a los de la cartera de identidad digital europea (EUDI Wallet) conforme al Reglamento (UE) 2024/1183, de 11 de abril de 2024”.

El estado actual del arte en cuanto a sistemas de verificación de edad (SVE) arroja que a día de hoy no existen soluciones con niveles altos de seguridad y privacidad semejantes a los postulados en la regulación del eIDAS, si bien se trabaja en su desarrollo.

Partimos de una realidad en que las plataformas de intercambio de vídeos (PIVs) solo tienen un mecanismo de autodeclaración de la edad. Actualmente, esta Comisión tiene expedientes abiertos contra PIVs pornográficas, algunas de las cuales están intentando cumplir con la obligación del artículo 89.e) vigente desde 2022 a través de las soluciones disponibles en el mercado.

Sin perjuicio de que sea lo deseable que los SVE alcancen los niveles impuestos por el eIDAS2, lo cierto es que a día de hoy no es una solución factible y que los principios en los que se basa se encuentran en desarrollo.

El artículo 28 ter apartado 3 de la Directiva 2010/13/UE de Servicios de Comunicación Audiovisual, modificada por la Directiva (UE) 2018/1808 (Directiva Audiovisual) establece que los Estados miembros deben velar por la aplicación de medidas como los SVE, que deberán ser viables y proporcionadas³. En este marco, la LGCA ha dispuesto que reglamentariamente se podrá especificar el alcance y la proporcionalidad de los SVE y que, en todo caso, sea esta CNMC quien se encargue de evaluar la idoneidad de dichas medidas⁴.

En este sentido, esta CNMC se encuentra en pleno desarrollo de su función supervisora, valorando caso a caso las soluciones que proponen los agentes que distribuyen pornografía en internet, dejando claro qué propuestas no se corresponden con una protección eficaz, siempre tomando en cuenta el estado actual de la tecnología. Téngase en cuenta, además, que algunos prestadores establecidos en España ofrecen contenidos para adultos en otros Estados Miembros, e incluso fuera de la UE, con lo que soluciones basadas en identidad digital de ámbito nacional (e incluso europeo) deben necesariamente complementarse con otras alternativas que el prestador debe ofrecer a quienes carezcan de dicha identidad digital.

³ Artículo 28 ter de la Directiva Audiovisual: “3. A efectos de los apartados 1 y 2, las medidas adecuadas se determinarán a la luz de la naturaleza del contenido en cuestión, 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. Los Estados miembros velarán por que los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos sujetos a su jurisdicción apliquen esas medidas. Dichas 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. Dichas medidas no derivarán en medidas de control previo ni en el filtrado de los contenidos subidos que no se ajusten al artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE. A los efectos de la protección de los menores dispuesta en el apartado 1, letra a), del presente artículo, los contenidos más nocivos estarán sujetos a las medidas más estrictas de control de acceso”.

⁴ Artículos 92 y 93 LGCA.

4.3.3. Apartado Tres de la DF Sexta

El Apartado Tres de la DF Sexta modifica el artículo 93.4 LGCA referido a la supervisión y control de la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma por parte de esta Comisión.

El APLO propone modificar el artículo de la siguiente forma:

“4. El incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 89.1 letra e) será constitutiva de la infracción tipificada en el artículo 157.8, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda derivarse de dicha acción. A este respecto, cuando el incumplimiento de las citadas obligaciones atente o pueda atentar contra el principio de protección de juventud e infancia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá adoptar las medidas previstas en los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de conformidad con lo dispuesto en dichos artículos”.

La modificación propuesta por el APLO introduce en la LGCA la facultad de esta Comisión de solicitar el bloqueo de las PIVs a través de las herramientas que proporciona la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI).

En concreto, las PIV son, en esencia, servicios de la sociedad de la información. De modo que, el artículo 8 de la LSSI otorga a la autoridad competente la posibilidad de adoptar una medida que interrumpa la prestación de un servicio de sociedad de la información que atente o pueda atentar contra la protección del menor. Por su parte, el artículo 11 de la LSSI impone a los prestadores del servicio de intermediación (como son, por ejemplo, los proveedores del servicio de acceso a Internet, ISP) un deber de colaboración con la Administración Pública, de modo que acaten la orden de cese contra un servicio de sociedad de la información. Este mismo artículo 11 exige que, al restringir el acceso a contenidos audiovisuales relacionados con la libertad de información y expresión, que gozan de protección constitucional, una orden de bloqueo o cese debe contar con la correspondiente autorización judicial.

Esta CNMC está de acuerdo con esta propuesta, en la medida en que implica en la práctica la posibilidad de que esta Comisión pueda ordenar el bloqueo de las PIVs infractoras, con la colaboración de los ISP, previa solicitud de la autorización judicial correspondiente.

Si bien, el artículo 8.1 de la LSSI hace referencia a la “autoridad competente en la materia” como la autoridad competente para ordenar el bloqueo, esta precisión realizada brinda claridad sobre la habilitación de esta Comisión para ordenar el

cese de la actividad ante el incumplimiento por parte de las PIVs de implementar SVE.

Sin embargo, la introducción de esta habilitación legal para ordenar el cese se formula en un apartado referido a la supervisión de las PIVs cuando la evidencia que se ha podido encontrar en la labor de supervisión de los servicios de contenido pornográfico en internet indica que dichos servicios pueden calificarse tanto como servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma (PIVs) como servicios comunicación audiovisual televisivos a petición (VoD).

Básicamente, la diferencia se encuentra en la forma en que realizan la selección del contenido y la organización del mismo, ambos aspectos fundamentales en la determinación de la responsabilidad editorial del agente y, por tanto, en su calificación o no de servicio de comunicación audiovisual.

Por un lado, hay páginas web de pornografía que son PIVs pues tienen la funcionalidad de permitir a los usuarios finales subir vídeos y cuya organización del contenido la determina el prestador, entre otros medios, con algoritmos automáticos, de acuerdo con el artículo 2.13 de la LGCA. Pero hay otras páginas en las que el titular del servicio realiza tanto la selección como la organización de los vídeos, sin permitir a los usuarios finales subir vídeos, por lo que calificarían como VoDs.

De acuerdo con lo anterior, sería adecuado introducir la modificación que se plantea formular en este apartado referido a la supervisión de las PIVs (artículo 93.4 de la LGCA) como una de las funciones de supervisión del mercado audiovisual (artículo 9 de la LCNMC), pudiéndose aplicar a todos los prestadores del mercado audiovisual.

4.3.4. Apartado Cuatro de la DF Sexta

El Apartado Cuatro de la DF Sexta del APLO propone modificar el artículo 94.1 de la LGCA relacionado con las obligaciones de los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma.

En concreto, el APLO plantea la modificación de dicho artículo en los siguientes términos:

“1. Los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma se considerarán prestadores del servicio de comunicación audiovisual a los efectos del cumplimiento de los principios del título I conforme a lo establecido en el artículo 86 establecidos en los artículos 4,

6, 10, 12, 14, 15 y en el apartado 1 del artículo 7 y de las obligaciones para la protección de los menores conforme a lo establecido en los apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 99. Asimismo, tales usuarios deberán respetar lo dispuesto en las secciones 1ª y 2ª del capítulo IV del título VI cuando comercialicen, vendan u organicen las comunicaciones comerciales que acompañen o inserten en sus contenidos audiovisuales.

Los usuarios de especial relevancia tomarán aquellas medidas adecuadas para el cumplimiento de estas obligaciones y utilizarán 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) y 91.2.b).”

Aplicación de los principios

El APLO mejora la técnica legislativa sustituyendo la alusión genérica a los principios que se aplicarán a los Usuarios de Especial Relevancia (UERs), por una referencia concreta a los artículos que contienen los principios aplicables.

Veracidad aplicable a los UERs

En general estos agentes no producen contenidos que se puedan calificar como noticiarios o programas informativos de actualidad. No obstante, en caso de que así lo hicieran, el que se les exija cumplimiento del principio de veracidad merece una opinión positiva.

Por tanto, se sugiere incluir el artículo 9 de la LGCA en este apartado.

Sujeción de los UERs con emisiones lineales a las obligaciones de protección de los menores

La MAIN del APLO reconoce que los UERs pueden ofrecer contenidos audiovisuales en directo, mucho más parecidos a los servicios de comunicación audiovisual lineales. Por ello, a fin de garantizar una protección adecuada de los menores frente a su exposición a contenidos dañinos o perjudiciales se considera oportuno modificar el régimen establecido en el artículo 94.1, de manera que sea aplicable tanto a los UERs con emisiones lineales como a los UER con emisiones no lineales.

Este enfoque nos parece correcto, toda vez que refleja la realidad de los contenidos publicados por los UERs en plataformas como Twitch⁵, contenidos que no siempre deberían ser accesibles a todos los públicos.

En su labor de supervisión, esta Comisión hace seguimiento de UERs en la plataforma Twitch caracterizados por la emisión en directo de programas de videojuegos. Este mismo contenido es editado posteriormente para ser incluido en el catálogo que los UERs ponen a disposición del público en plataformas como YouTube.

Al respecto, la propuesta del APLO, con la que esta CNMC se muestra de acuerdo, no solo garantiza la igualdad de tratamiento entre los distintos servicios, sino también el mismo nivel de protección de los usuarios con independencia de la forma de emisión.

Obligaciones de publicidad del artículo 42

Se considera necesario añadir a la lista de obligaciones de los UER la del artículo 42 de la LGCA. No hay razón para que estos agentes no cumplan con las mismas medidas de transparencia que el resto de prestadores del servicio de comunicación audiovisual, muy especialmente a la hora de facilitar al público quién es la autoridad de supervisión competente y la presentación de reclamaciones por su contenido.

4.3.5. Apartado Cinco de la DF Sexta

El Apartado cinco del APLO modifica el artículo 160.1 c) LGCA referido a las sanciones que se pueden imponer a las infracciones muy graves en el caso de los servicios de comunicación audiovisual y las PIVs. Dicho artículo queda redactado de la siguiente forma:

“c) Las sanciones previstas en las letras a) y b) de este apartado podrán, además, llevar aparejada alguna de las siguientes sanciones accesorias:

1.º La revocación de la licencia para prestar el servicio de comunicación audiovisual y el consiguiente cese de la prestación del servicio cuando el prestador haya cometido la infracción muy grave prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 157.

⁵ Twitch es una de las plataformas de interés debido a que tanto esta como YouTube están dirigidas a un público joven y pueden ser vistas inclusive desde la televisión mediante aplicaciones propias, con el consiguiente mayor alcance de este segmento vulnerable de la sociedad.

2.º El cese de las emisiones y el precintado provisional de los equipos e instalaciones utilizados para realizar la emisión cuando se haya cometido la infracción muy grave prevista en los apartados 4 y 5 del artículo 157.

3.º El cese de la prestación del servicio por parte del prestador del servicio de intercambio de videos a través de plataforma cuando se haya cometido la infracción muy grave prevista en el apartado 8 del artículo 157. Esta medida se adoptará en los términos establecidos en el artículo 93.4.”

La propuesta se corresponde con el principio de legalidad puesto que la restricción a la libertad de expresión se formula de forma expresa, directa y clara en una norma con rango de ley, cumpliendo los estándares internacionales de protección de la libertad de expresión.

No obstante lo anterior, como se ha señalado, las páginas web de contenido pornográfico no solo pueden ser PIVs si no también VoDs.

En este sentido, a fin de no generar distorsiones regulatorias, las sanciones que se prevean para las PIVs, deberían también preverse para los VoDs, por lo que el numeral 3 debiera quedar redactado en los siguientes términos:

“3.º El cese de la prestación del servicio por parte del prestador del servicio de intercambio de videos a través de plataforma y del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisivo a petición cuando se haya cometido la infracción muy grave prevista en los apartados 8, 11, 12, 13, y 14 del artículo 157”.

4.4. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Disposición final primera APLO)

El APLO modifica el apartado 5 del artículo 90 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para permitir a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo autorizar las actuaciones de la CNMC en relación con el cese de servicios por infracción del artículo 93.4 LGCA.

Al respecto, se observa en la redacción propuesta que al describir la obligación de las PIVs de implementar los SVE, mantiene la propuesta de sujeción de dichos sistemas a los requisitos de la regulación del eIDAS.

A estos efectos, nos remitimos a lo comentado en la propuesta de modificación planteada en el Apartado Dos de la DF Sexta.

4.5. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Disposición final tercera APLO)

Apartados Uno y Dos de la DF Tercera

Se trata de una modificación complementaria de la anterior que reconoce en el orden contencioso-administrativo la nueva atribución de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para autorizar la ejecución de los actos adoptados por los órganos administrativos competentes para adoptar la decisión de cese.

Adicionalmente, se modifica el artículo 122 bis con objeto de que el procedimiento de autorización judicial para la ejecución de estas medidas se generalice para todos los bienes jurídicos protegidos por el artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, y demás medidas señaladas, y no solamente para salvaguardar la propiedad intelectual, como actualmente sucede.

La propuesta normativa consistente en modificar la Ley de lo Contencioso Administrativo de modo que la CNMC pueda obtener la autorización judicial que valide sus órdenes de cese del servicio ha sido valorada más de una vez en IPNs de distintas normas.

La propuesta se corresponde con el principio de legalidad puesto que la restricción a la libertad de expresión se formula de forma expresa, directa y clara en una norma con rango de ley.

Los procedimientos iniciados por esta Comisión contra las PIVs pornográficas permiten inferir de la conducta de las mismas que ni las multas económicas, ni las medidas provisionales de cese de la actividad son suficientemente disuasorias para compeler a las PIVs al cumplimiento.

Por esta razón, esta CNMC se manifiesta de acuerdo con la modificación señalada.

4.6. Otras cuestiones

- Sería aconsejable establecer el ámbito de aplicación de la ley en lo que se refiere a los sujetos obligados y en particular en qué medida las obligaciones serán exigibles en cada caso a los sujetos no establecidos en España. En la medida en que el cumplimiento de las obligaciones recogidas en el anteproyecto pueda crear diferencias en función del lugar de establecimiento

se produce una distorsión competitiva en el mercado derivada de la asimetría regulatoria.

- En varios apartados del anteproyecto (artículo 8.1, 8.5, 10.2 y 10.5) se hace referencia al concepto de “las tecnologías de la información y comunicación”. Debe señalarse la gran amplitud de este concepto y valorar si resulta consistente con el objeto del anteproyecto. A modo de ejemplo en el artículo 8.5 podrían entenderse incluidos aspectos ajenos al objeto de la norma legal y que ya cuentan con una regulación específica como la recogida en el “Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.” Que por su especificidad debiera quedar excluida del anteproyecto.
- El artículo 10.6 impone a las entidades del sector privado ciertas obligaciones en las comunicaciones dirigidas a menores. Esta obligación tiene un carácter general y no se encuentra limitada a los entornos digitales de manera que pudiera exceder el objeto del anteproyecto.
- En la disposición final cuarta por la que se propone la modificación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:
 - En el punto Dos se propone incluir en el artículo 47.1 de la ley como tipo infractor “*El incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones de verificación y comprobación de edad en la contratación de bienes o servicios destinados a personas mayores de edad*”. Debe ponderarse la proporcionalidad de esta inclusión como infracción en función de cómo de sencillo puede ser la comprobación de edad en ciertos entornos digitales.
 - La misma consideración puede realizarse respecto de lo recogido en el apartado cuatro de esta disposición final que propone modificar el artículo 62.1 de la Ley y en el apartado cinco respecto del artículo 98.2 último párrafo. En relación con esta misma propuesta debe destacarse el carácter impreciso y abierto de los “*bienes o servicios destinados a personas mayores de edad*” entre los que se mencionan aquellos que presenten “*contenido sexual, violento o por suponer un riesgo para la salud física o el desarrollo de la personalidad*”. El carácter en muchos casos subjetivo de estos conceptos podría en determinados casos conllevar una considerable inseguridad

para los sujetos obligados, pudiendo ser objeto de sanción conforme a lo señalado en el punto anterior. Se podría buscar algún concepto jurídico determinado equivalente en la normativa audiovisual, que se refiere a “violencia gratuita o pornografía” o a contenidos “que puedan resultar perjudiciales para los menores”.

- En el Apartado Seis, respecto a las obligaciones a incluir en el artículo 115 ter de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se recuerda lo señalado en la sección el epígrafe 4.1

5. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LGCA

Prestadores establecidos en terceros países sujetos a la LGCA y a la supervisión de la CNMC

La aprobación de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, de Televisión sin Fronteras, trajo consigo la instauración en la Unión Europea del Principio de País de Origen en el ámbito de la regulación audiovisual.

Bajo esta lógica, el Principio de País de Origen no aplica fuera del ámbito comunitario, por tanto, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y los usuarios de especial relevancia que decidan establecerse en terceros países deben cumplir con la regulación del país de destino.

Aunque este razonamiento pueda resultar bastante claro, el incumplimiento de una obligación de la LGCA por parte de un prestador establecido en un tercer país merece aclararse en la LGCA.

En este sentido, procedería modificar el artículo 3 de la LGCA referido al ámbito de aplicación, que contempla expresamente la sujeción a dicha LGCA de los prestadores establecidos en España, y podría incluir aclaración para referirse a las facultades de supervisión de los prestadores establecidos en terceros países.

A este respecto, puede servir de ejemplo la LSSI, que, si bien posee un artículo 2 referido a los prestadores establecidos en España y un artículo 3 referido a

prestadores establecidos en la UE o en el EEE, posee un artículo 4 referido a los prestadores establecidos fuera de la UE y del EEE⁶.

Propuesta

Modificar el artículo 3 de la LGCA para incluir como supuesto adicional un punto 7 bis que señale que:

“7 bis. El prestador del servicio de comunicación audiovisual, el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y el usuario de especial relevancia que estando establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea dirija sus servicios o sea accesible al mercado español está sujeto a lo establecido en esta Ley, y bajo supervisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El APLO, objeto de informe, contiene un conjunto de medidas encaminadas a garantizar la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales. Con la aprobación del APLO se pretende avanzar, desde una perspectiva normativa en la protección de los menores en los entornos digitales, así como en lograr ámbitos digitales más seguros.

El contenido del APLO merece a esta CNMC una valoración positiva, si bien se plantean una serie de conclusiones y recomendaciones. Junto con ello, se sugiere una reforma de la LGCA.

Todo ello en los siguientes términos:

- Se sugiere valorar el impacto sobre la competencia de las obligaciones impuestas a los fabricantes de dispositivos digitales con conexión a internet.
- Se sugiere concretar el órgano competente, el régimen sancionador, así como atender a cuestiones como los SVE o el ámbito de aplicación, en relación con la prohibición de acceso y activación por parte de menores de edad de los mecanismos aleatorios de recompensa.

⁶ Artículo 4. Prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo.

A los prestadores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.2 y 11.2.

Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables.

- Se estima que la previsión de establecimiento y operación “por defecto” de mecanismos de control puede llevar a confusión.
- Se cuestiona la sujeción de los sistemas de verificación de edad al eIDAS.
- Se sugiere introducir la modificación referida a la supervisión de las PIVs (art. 93.4 LGCA) como una de las funciones de supervisión del mercado audiovisual (art. 9 LCNMC), pudiéndose aplicar a todos los prestadores del mercado audiovisual.
- Se recomienda introducir la obligación de cumplimiento del principio de veracidad, así como la obligación de publicidad prevista en el art. 42 LGCA, para los UERs.
- Se sugiere que la sanción accesoria de cese de la prestación del servicio se prevea tanto para las PIVs, como para los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo a petición.
- Se recomienda que el APLO concrete el ámbito subjetivo de aplicación.
- Se destaca la poca concreción del concepto referido a “las tecnologías de la información y comunicación”.
- Se recomienda que la creación y puesta a disposición de los usuarios de contenidos digitales por parte de las AAPP se realice con respeto a las normas de competencia.
- Se considera que las obligaciones en las comunicaciones dirigidas a menores tienen un carácter general y no se circunscriben al entorno digital, lo que podría exceder del objeto del APLO.
- Ciertos parámetros de modificación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se consideran excesivamente amplios en su redacción.
- Se recomienda modificar el art. 3 LGCA para incluir en su ámbito de aplicación y bajo la supervisión de la CNMC a los prestadores establecidos en terceros países que dirijan sus servicios o sean accesibles al mercado español.