

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA ABIERTO CONTRA EL USUARIO DE ESPECIAL RELEVANCIA @GABRIELOXGUEVARAA POR LA POSIBLE EMISIÓN DE COMUNICACIONES COMERCIALES SIN CUMPLIR CON LO PREVISTO EN EL TÍTULO VI CAPÍTULO IV DE LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

(IFPA/DTSA/171/24)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel García Castillejo

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

D.^a María Jesús Martín Martínez

D. Enrique Monasterio Beñaran

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Barcelona, a 24 de abril de 2025

Vista la documentación aportada por el agente analizado durante el período de información previa, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta el siguiente acuerdo:

I- ANTECEDENTES

Primero. - Los usuarios de especial relevancia en la Ley General de Comunicación Audiovisual y el Real Decreto de usuarios de especial relevancia

La Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), ha incluido, en su artículo 94, una nueva categoría de agentes audiovisuales sometidos a su regulación, los usuarios de especial relevancia que emplean servicios de intercambio de vídeos. En virtud de la Disposición novena de la LGCA, la efectividad de este artículo quedó supeditada a la aprobación, por parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, del reglamento que concretase los requisitos para ser considerado usuario de especial relevancia.

En atención a lo anterior, el 1 de mayo de 2024 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 444/2024, de 30 de abril (en adelante, el RDUER¹) por el que se desarrollaron los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

Segundo. - Ejercicio de supervisión de la CNMC sobre los usuarios de especial relevancia

Esta Comisión, ha llevado a cabo un análisis de cómo los usuarios de especial relevancia más relevantes, en los que concurrirían los requisitos establecidos en el RDUER, dan cumplimiento a sus obligaciones relacionadas con las comunicaciones comerciales. Entre los agentes analizados se encuentra Don Gabriel Guevara (o, en adelante, el "UER"), objeto de análisis del presente expediente en relación con los contenidos recogidos en el Anexo I.

En concreto, se ha analizado si estos agentes llevaban a cabo comunicaciones comerciales y, en su caso, la compatibilidad de estas formas de publicidad con las exigencias de la LGCA.

¹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-8716

Tercero. - Apertura de un período de información previa y requerimiento de información

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 8 de octubre de 2024, atendiendo a todo lo anterior, de conformidad con lo recogido en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), se procedió a la apertura del correspondiente periodo de información previa, con número de expediente IFPA/DTSA/171/24, con el fin de analizar si el contenido del UER identificado en el ejercicio de supervisión recogido en el antecedente Segundo era conforme a la normativa audiovisual. En concreto, se analizó los contenidos publicados por el UER en fechas 1 y 2 de julio de 2024 en la cuenta de Instagram *@gabrieloxguevaraa*² y del cual se muestran pantallazos en **Anexo I** del presente Acuerdo. En el mismo acto, se le solicitó determinada información. El escrito fue remitido vía correo electrónico desde el Buzón de la Subdirección Audiovisual a la cuenta de correo electrónico obrante en la cuenta de Instagram de este agente.³

Cuarto. – Solicitud de colaboración de la entidad publicitada

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 8 de octubre de 2024, dado que aparece en el contenido del UER, se solicitó la colaboración de “Asia Gardens Hotel & Thai Spa” (en adelante, el “Anunciante”) para valorar correctamente el carácter comercial del contenido emitido por el UER. Asimismo, se solicitó determinada información.

A fecha del presente oficio no se ha recibido la contestación alguna del Anunciante.

Quinto. – Escrito de alegaciones del UER

Con fecha 11 de octubre de 2024 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de contestación del UER, acusando la recepción del escrito remitido por esta Comisión, y presentando alegaciones al respecto, indicando que a su juicio el contenido analizado y objeto del presente procedimiento no podía considerarse publicidad, toda vez que se trataba de una estancia privada en el

² La cuenta de Instagram es la siguiente: <https://www.instagram.com/gabrieloxguevaraa/>

³ Esta Comisión ante la ausencia de domicilio conocido y de inscripción de este agente en el Registro Audiovisual obrante en el Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, ha optado por comunicarse con este agente mediante el correo electrónico oficial que dispone en su cuenta de Instagram.

hotel “Asia Gardens Hotel & Thai Spa”. Junto al mencionado escrito, se acompañaba certificado de movimientos bancarios emitido por su entidad bancaria como prueba del pago de la estancia en dicho establecimiento.

II- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. – Habilitación Competencial

De conformidad con el artículo 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) esta Comisión *“tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

En este sentido, el apartado 10 del artículo 9 de la LCNMC, relativo a la *“competencia de supervisión y control en materia de mercado de la comunicación audiovisual”* señalan que corresponde a la CNMC:

“Controlar y supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de ámbito estatal, de conformidad con el título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.”

El artículo 94, relativo a los usuarios de especial relevancia, en su apartado primero, establece que: *“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 y de las obligaciones para la protección de los menores conforme a lo establecido en los apartados 1 y 4 del artículo 99. Asimismo, tales usuarios deberán respetar lo dispuesto en las secciones 1.ª y 2.ª del capítulo IV del título VI cuando comercialicen, vendan u organicen las comunicaciones comerciales que acompañen o se inserten en sus contenidos audiovisuales”*. Las provisiones de este artículo, de conformidad con la disposición final novena de la LGCA y tras la aprobación del RDUER, entraron en vigor el pasado 2 de mayo de 2024.

Por tanto, con todo lo anterior, esta Comisión es competente para analizar el cumplimiento por parte de los UER de las medidas previstas en la LGCA en el ámbito de las comunicaciones comerciales que les sean de aplicación.

Asimismo, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.2.j) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para

dictar la presente resolución es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Segundo. - Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene como objeto supervisar y controlar, de acuerdo con lo previsto en el Título VI Capítulo IV de la LGCA, la correcta emisión de comunicaciones comerciales por parte del UER. En concreto, se analizará si el contenido emitido contiene comunicaciones comerciales audiovisuales y si éstas están claramente diferenciadas del contenido editorial mediante mecanismos ópticos y/o acústicos y/o espaciales conforme a lo establecido en el artículo 121.3 LGCA.

Tercero. - Régimen jurídico de los UER

La regulación de los influencers o prescriptores de opinión en el ámbito audiovisual se ha incluido, por primera vez, en la LGCA en su artículo 94 bajo la denominación de “usuarios de especial relevancia”.

A los efectos de la LGCA y de conformidad con el artículo 94.2 *“tendrán la consideración de usuarios de especial relevancia aquellos usuarios que empleen los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y cumplan de forma simultánea los siguientes requisitos:*

- a) El servicio prestado conlleva una actividad económica por el que su titular obtiene unos ingresos significativos derivados de su actividad en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma;*
- b) El usuario de especial relevancia es el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio.*
- c) El servicio prestado está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él.*
- d) La función del servicio es la de informar, entretener o educar y el principal objetivo del servicio es la distribución de contenidos audiovisuales.*
- e) El servicio se ofrece a través de redes de comunicaciones electrónicas y está establecido en España de conformidad con el apartado 2 del artículo 3.2”*

Conforme a la Disposición final novena de la LGCA, la entrada en vigor de este artículo quedaba supeditada a la aprobación, por parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, del reglamento que concrete los requisitos para ser considerado usuario de especial relevancia.

Este desarrollo normativo se concretó en el RDUER, que entró en vigor el 2 de mayo de 2024.

El RDUER establece que, por ingresos significativos, de conformidad con la exigencia del artículo 94.2) de la LGCA, se debe entender aquellos ingresos brutos devengados en el año natural anterior, iguales o superiores a 300.000 euros, derivados exclusivamente de la actividad de los usuarios en el conjunto de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma que empleen.

Por su parte, el RDUER señala que se considerará que un servicio responsable de un usuario está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él, como exige el artículo 94.2.c) de la LGCA, cuando cumpla, de forma cumulativa, los siguientes requisitos:

- a) Que el servicio alcance, en algún momento del año natural anterior, un número de seguidores igual o superior a 1.000.000 en un único servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma; o un número de seguidores igual o superior a 2.000.000, de forma agregada, considerando todos los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en los que el usuario desarrolle su actividad.
- b) Que, en el conjunto de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en los que el usuario desarrolle su actividad, se haya publicado o compartido un número de vídeos igual o superior a 24 en el año natural anterior, con independencia de su duración.

Por tanto, aquellos agentes en los que concurran los requisitos previstos en el artículo 94 de la LGCA, de conformidad con las previsiones del RDUER, serán considerados usuarios de especial relevancia en los términos de la LGCA y sometidos a supervisión de esta Comisión.

En este sentido, el artículo 94.1 de la LGCA señala que los UER “[...] *deberán respetar lo dispuesto en las secciones 1.ª y 2.ª del capítulo IV del título VI cuando comercialicen, vendan u organicen las comunicaciones comerciales que acompañen o se 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)”.

Cuarto. - Ejercicio de supervisión de la CNMC sobre los contenidos publicados por el UER

Entre los agentes analizados en el ejercicio de supervisión de la CNMC descrito en el Antecedente Segundo se encuentra el UER, objeto de análisis del presente Acuerdo.

Entre las publicaciones de este agente, se destaca las realizadas en su cuenta, en la plataforma de intercambio de vídeo Instagram⁴ el pasado 1 y 2 de julio de 2024 y de las que se pueden observar distintos pantallazos en el Anexo I de este acuerdo.

- En el contenido emitido el día 1 de julio de 2024 se observa una habitación de hotel, terraza y exteriores acompañado de una superimpresión escrita con la expresión inglesa “in paradise” junto a dos emoticonos dentro del contenido editorial publicado por el UER. En dicha publicación, se etiqueta a la cuenta de Instagram @asiagardens mediante la inclusión de su *handle*⁵, la cual a priori estaría gestionada por “Asia Gardens Hotel & Thai Spa.”⁶
- En el contenido emitido el día 2 de julio de 2024 se observa al UER dándose un baño en una piscina. En dicha publicación, nuevamente se etiqueta a la cuenta de Instagram @asiagardens, sin acompañar dicha publicación de ninguna superimpresión. El etiquetado de la cuenta @asiagardens es un indicio suficiente para esta Comisión para considerar que los contenidos publicados se refieren a las instalaciones de “Asia Gardens Hotel & Thai Spa” y del posible carácter comercial de los mismos.

Quinto. – Obligaciones de los UER en el ámbito de las comunicaciones comerciales (sección 1ª y 2ª Capítulo IV LGCA)

Una vez determinado el régimen jurídico de los UERs y descrito el tipo de contenido emitido por el UER, corresponde, a continuación, analizar si éste puede ser considerado una comunicación comercial a los efectos de la LGCA y, en dicho supuesto, si ha cumplido con las exigencias que prevé la normativa para la realización de comunicaciones comerciales:

⁴ Instagram es un Prestadores del Servicio de Intercambio de Vídeos a través de plataforma conforme a la definición del artículo 2.13 de la LGCA y al 1.1.bis de la Directiva Audiovisual 2018/1808 y se encuentra establecida en Irlanda (https://mavise.obs.coe.int/advanced-search?service_type=4&country=92&service_name=Instagram).

⁵ El handle o username es el identificador que representa la identidad digital de usuarios, marcas y organizaciones en redes sociales. Precedido generalmente por el símbolo “@”, constituye un elemento fundamental en la arquitectura de la comunicación digital. <https://www.sb.digital/diccionario-social-media/handle-o-username#:~:text=El%20handle%20o%20username%20es,arquitectura%20de%20la%20comunicaci%C3%B3n%20digital>.

⁶ La cuenta de Instagram es la siguiente: <https://www.instagram.com/asiagardens/>

- **Exigencias legales de la comunicación comercial**

Los UER, de conformidad con lo señalado en el artículo 94 de la LGCA deben dar cumplimiento, en el ámbito de las comunicaciones comerciales, a lo estipulado en la Sección 1ª y 2ª del Capítulo IV del título VI cuando comercialicen, vendan u organicen las comunicaciones comerciales que acompañen o se inserten en sus contenidos audiovisuales.

La antedicha Sección 1ª del Capítulo IV de la LGCA (artículos 121 a 125) recoge los elementos básicos que deben cumplir los prestadores a la hora de realizar comunicaciones comerciales, así como aquellas promociones que por su contenido, naturaleza o formato están sometidas a restricciones más fuertes o, directamente, están prohibidas, como la publicidad del tabaco.

Dentro de estos artículos cobra especial relevancia el artículo 121, relativo al derecho a emitir comunicaciones comerciales⁷, cuyo apartado 3 establece el denominado “principio de separación e identificación” entre comunicación comercial y contenido. Así recoge: *“Las comunicaciones comerciales audiovisuales deben estar claramente diferenciadas del contenido editorial mediante mecanismos ópticos y/o acústicos y/o espaciales.”*

La necesaria separación e identificación entre comunicación comercial y contenido es un aspecto capital de la regulación sectorial audiovisual y general de la publicidad⁸, que tiene como objetivo asegurar que el espectador es plenamente consciente de que está siendo impactado o se le está promocionando un producto o servicio.

De cara a garantizar la transparencia en la separación entre contenido y comunicación comercial, la regulación audiovisual ha limitado la exposición de estas últimas a bloques separados del contenido y/o en las pausas naturales de los mismos. No obstante, el desarrollo tecnológico, que permite nuevas formas de publicidad, y las nuevas necesidades del sector han justificado una cierta flexibilidad en estos extremos consintiendo algunos tipos de comunicaciones

⁷ El apartado primero de este artículo define el concepto de comunicación comercial; por su parte su apartado 2º, determina el derecho de los prestadores a emitir este tipo de comunicaciones de conformidad con previsto en la LGCA, la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad y de conformidad con el resto de normativa sectorial.

⁸ Así se recoge en el artículo 9 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que señala: *“Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”.*

comerciales dentro del contenido⁹, pero siempre, avisando de forma suficientemente clara al espectador de la efectiva presencia de la comunicación comercial.

Especialmente importante es que dicha identificación, cuando la promoción de productos o servicios se realiza dentro del contenido audiovisual, sea clara para que el usuario final conozca que ese contenido que parece editorial, en realidad, es una comunicación comercial.

Esto ya sucede, por ejemplo, en aquellas comunicaciones comerciales que, por sus características, puedan confundir al espectador sobre su carácter publicitario, recogidas en el artículo 136.1 de la LGCA, que obliga a insertar “*una sobreimpresión permanente y legible con la indicación «publicidad»*” durante toda la comunicación.

La inclusión de este término (publicidad)¹⁰ es la forma específica que la LGCA entiende que debe concurrir para informar al usuario adecuadamente de que está siendo expuesto a una comunicación comercial.

La utilización del término para este tipo de comunicaciones comerciales que puedan confundir al espectador sólo es de carácter obligatorio para los servicios lineales, dado que el artículo 136 se encuadra en la Sección 3ª del Capítulo IV del Título VI de la LGCA referido a la “*Normativa específica para las comunicaciones comerciales audiovisuales en el servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal*”¹¹.

No obstante lo anterior, ello no quiere decir que en los servicios de comunicación audiovisual a petición o no lineales¹², como el analizado en el presente

⁹ Este es el caso del emplazamiento del producto, las telepromociones o de otro tipo de superposiciones o inserciones en el ámbito del contenido audiovisual.

¹⁰ La utilización de este término ha sido constante en la regulación audiovisual. Así, por ejemplo, se recogía en el artículo 14.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual para los publireportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios. En semejantes términos el artículo 11 del Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, aprobado por el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, para las Telepromociones

¹¹ De conformidad con el artículo 2.5 de la LGCA: “5. *Servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal: Servicio de comunicación audiovisual que se presta para el visionado simultáneo de programas y contenidos audiovisuales sobre la base de un horario de programación*”. Atendiendo a dicha definición, serían servicios lineales, los UER que distribuyen contenido en plataformas como Twitch que cumplan con la definición anterior.

¹² De conformidad con el artículo 2.6 de la LGCA: “6. *Servicio de comunicación audiovisual televisivo a petición o televisivo no lineal: Servicio de comunicación audiovisual que se presta para el visionado de programas y contenidos audiovisuales en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por*

expediente, los prestadores no estén obligados a informar a los usuarios de la presencia de comunicaciones comerciales cuando sus contenidos están incorporando publicidad de bienes o servicios dado que, como se ha comentado, el artículo 121.3 de la LGCA obliga a los prestadores a que las comunicaciones comerciales audiovisuales estén *“claramente diferenciadas del contenido editorial mediante mecanismos ópticos y/o acústicos y/o espaciales”*.

Con relación a cómo estos agentes deben señalar e informa al espectador del carácter comercial de sus contenidos, el artículo 121.3 señala que debe ser mediante mecanismos *“ópticos y/o acústicos y/o espaciales”*, sin concretar más.

Este aspecto vendrá determinado, en su caso, en el nuevo Reglamento de comunicaciones comerciales audiovisuales, que adecuará la regulación en este ámbito al marco jurídico actual tras la entrada en vigor de Ley General de Comunicación Audiovisual y que se encuentra en fase de tramitación por parte del Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública.¹³

No obstante, hasta que dicho desarrollo reglamentario se lleve a cabo y teniendo en cuenta que estos agentes tienen la obligación de informar claramente de la existencia de comunicaciones comerciales en sus contenidos y que la regulación sectorial ha venido señalando que la forma de llevar a cabo este aviso es mediante la utilización del término “Publicidad” durante la presencia de este tipo de actuaciones, esta Comisión estima que la utilización de este término es la forma más adecuada para informar a los espectador.

En el sector de los UER o influencers, se ha venido utilizando por algunos agentes, comprometidos con la obligación de informar a los consumidores, una expresión análoga y derivada de “publicidad” como es el término “publi”. Este concepto es ampliamente utilizado en el sector y está recogido en otros instrumentos de autorregulación¹⁴ como adecuado y reconocible por el consumidor.

Por el contrario, otro tipo de figuras como *“embajador de ...”*, *“Afiliado...”*, *“colaboración con...”*, *“colaboración pagada”* o *“AD”*, no serían adecuadas para dicho propósito identificador, dado que la diversidad de términos para un mismo propósito no contribuye a la transparencia del mensaje al espectador que en

el prestador del servicio”. Atendiendo a dicha definición, serían servicios no lineales, los UER que distribuyen contenido en plataformas como Instagram que cumplen con dicha definición.

¹³ El Ministerio ya inició un periodo de consulta pública sobre el nuevo reglamento de comunicaciones comerciales audiovisuales: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/comunicacion/Paginas/Consulta-Reglamento-comunicaciones-comerciales-audiovisuales.aspx>

¹⁴ Así se prevé en el [Código de Conducta sobre el uso de Influencers en la publicidad](#) de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol).

muchos casos no es capaz de discernir si ante mensajes semejantes la regulación es distinta o incluso no es capaz de entender qué dice el mensaje¹⁵.

Por tanto, hasta que se lleve a cabo el desarrollo reglamentario iniciado por el Ministerio en el ámbito de las comunicaciones comerciales, esta Comisión entiende que el instrumento adecuado para informar al espectador de la presencia de comunicaciones comerciales en los contenidos de los UER de carácter no lineal sería la introducción de forma clara y legible del término “publicidad” o, en su defecto, “publi” durante la promoción del bien o servicio.

Dicho aviso o señalización debe incluirse dentro del contenido (ya sea un programa¹⁶ o un vídeo generado por un usuario¹⁷) en un lugar visible e identificable sin ninguna acción ulterior del espectador y que permita, de forma clara, fácil y automática, el reconocimiento de la existencia de comunicaciones comerciales en el contenido, dentro del vídeo.

En el contenido analizado del UER no se observa indicación alguna sobre el posible carácter comercial del mismo, más allá de la inserción de la etiqueta del hotel donde estaba residiendo y que podría, a su vez, estar promocionando. En dicho caso, si estuviéramos ante una comunicación comercial, el UER no habría dado adecuado cumplimiento a la exigencia del artículo 121.3 de separar claramente el contenido editorial de contenidos comerciales, siendo susceptible, en consecuencia, de causar error al espectador sobre la naturaleza de lo que está viendo.

¹⁵ Como así se recoge en el Erga Report “How to identify and localise Vloggers and regulate their commercial communication?: “[...] *The advertising content is sometimes not labelled at all or is labelled with such creative expressions that it is not even recognizable what form of advertisement it is supposed to be. Missing or incorrect labelling can be due to intent or simply due to a lack of knowledge of the legal situation*”. Apartado 5.2.1 Commercial content in the video, página30. Accesible aquí: <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2022/12/2022-12-ERGA-SG1-Report-Vloggers-2.pdf>

¹⁶ De conformidad con el artículo 2.18 de la LGCA se entiende por: “*Programa televisivo*”: *Conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario, con independencia de su duración, dentro del horario de programación de un servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal o de un catálogo de programas elaborado por un prestador del servicio de comunicación audiovisual, incluidos los largometrajes, los vídeos cortos, las manifestaciones deportivas, las series, las comedias de situación, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales, así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo*”.

¹⁷ De conformidad con el artículo 2.20 de la LGCA se entiende por: “*Vídeo generado por usuarios*”: *Conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario, con independencia de su duración, creado por un usuario y puesto a disposición del público a través de una plataforma de intercambio de vídeos por dicho usuario o por cualquier otro*.”

- **Carácter comercial del contenido**

El artículo 121 de la LGCA establece el derecho a emitir comunicaciones audiovisuales que tienen todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual y ofrece en su apartado 1º una definición de comunicación comercial audiovisual:

“1. Se considera comunicación comercial audiovisual las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, que acompañan o se incluyen en un programa o en un vídeo generado por el usuario a cambio de una remuneración o contraprestación similar a favor del prestador del servicio de comunicación audiovisual, o bien con fines de autopromoción. La publicidad televisiva, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto son, entre otras, formas de comunicación comercial audiovisual.”

En un sentido parecido se pronuncia la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, “Ley General de Publicidad” o “LGP” indistintamente)¹⁸ cuando en su artículo 2º define el término de publicidad como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.”*

Como se ha descrito en el apartado anterior, en el contenido analizado del UER se lleva a cabo una referencia explícita al hotel “Asia Gardens Hotel & Thai Spa” mediante la inclusión, en ambas publicaciones emitidas, de la mención de su cuenta de Instagram en el propio contenido editorial.

Uno de los elementos descritos por el artículo 121.1 de la LGCA para la concurrencia de una comunicación comercial hace referencia a la existencia de una remuneración. No obstante, no se debe confundir el concepto de remuneración con un pago concreto monetario, pues, como ha señalado jurisprudencia europea, la característica esencial de la remuneración reside en que ésta constituye la contrapartida económica de la prestación¹⁹, pero dicha contraprestación no tiene por qué ser necesariamente un pago monetario, sino que puede adoptar otras formas que representan un valor patrimonial en

¹⁸ La Ley General de Publicidad se aplica a toda actividad publicitaria con independencia el tipo de producto o servicio publicitado, así como de los medios por los cuales sea difundido.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1988, Asunto Belgium v. Humbel (C -263/86).

términos económicos, ya sea en forma de abono de una cantidad de dinero o en cualquier otra forma²⁰.

De hecho, en otros supuestos de infracción en el ámbito de las comunicaciones comerciales, la doctrina jurisprudencial española ha interpretado que no puede ser obstáculo para la apreciación de la infracción el hecho de que no se acredite la existencia de la contraprestación; sólo que si se justifica ésta la ley presume la intencionalidad.²¹

En esta línea, los propios instrumentos de Autorregulación desarrollados en el ámbito de la publicidad de los influencers²² han reconocido que el concepto de contraprestación recibida por un UER puede ser tanto directa como indirecta y consistir en un pago en efectivo o adoptar otras formas, como es un regalo o una invitación, siempre que represente un valor en términos económicos²³.

En este sentido, el UER alega en su escrito que se trató de una estancia privada en el hotel “Asia Gardens Hotel & Thai Spa” sin que mediara encargo de publicidad ni, consecuentemente, contraprestación alguna. Para acreditar dicha circunstancia ha facilitado a esta Comisión un certificado de movimientos bancarios donde consta, lo que a priori podría ser el pago de la estancia en el hotel citado. Asimismo, dicho documento ostenta la certificación por parte de la entidad bancaria de que el UER es titular de la cuenta bancaria emisora del pago.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de septiembre de 2021, Asunto Peek & Cloppenburg v. Peek & Cloppenburg KG (C-371/20).

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 30 de julio de 2013, (nº Recurso 6965/2010), FJ Cuarto y Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 (nº Recurso 5920/2017), FJ Tercero. En términos semejantes se puede citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 9 de junio de 2011 (asunto C-52/10), donde se señalan, en su párrafo 34, que, “[...] si bien es cierto que la existencia de una remuneración o de un pago similar constituye un criterio que permite determinar el propósito publicitario de un organismo de radiodifusión televisiva, no obstante, del tenor literal del artículo 1, letra d), de la Directiva 89/552 y de la estructura general y la finalidad de ésta se desprende que no se puede excluir tal propósito a falta de tal remuneración o pago similar.”

²² El Código de Conducta sobre el uso de influencers en la publicidad 2020 de Autocontrol establece que a efectos de la norma 3ª, tendrán la consideración de contraprestaciones, entre otros: el pago directo (o indirecto a través de agencias), la entrega gratuita de un producto, las entradas gratuitas a eventos, la prestación gratuita de un servicio, los cheques regalo, las bolsas regalo y los viajes. <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>

²³ En términos semejantes se puede citar la “Influencers’ guide to making clear that ads are ads” de Reino Unido, guía facilitada por diversas autoridades de regulación publicitaria para informar a los influencers de qué es publicidad y cuándo deben señalarla donde, en su página 5 señala ejemplos de contraprestación y, entre otros, se refiere a: ser embajador, afiliado o que te den productos o servicios de forma gratuita. <https://www.asa.org.uk/static/790d2e01-e3f8-4fea-b3c99ef91a9f04dc/Influencerguidance2023v4-FINAL.pdf>

Si bien este aspecto justifica en cierto modo que la estancia en el hotel no se trata de un pago en especie por una comunicación comercial, ello no sería suficiente para acreditar que no pudiera mediar un pago monetario o de otra índole por el encargo comercial propiamente dicho. En este sentido, el UER ha señalado que no existe encargo comercial y el posible anunciante no ha contestado a la solicitud de colaboración de esta Comisión de cara a identificar dicha relación comercial. Por ello, se deben examinar en detalle los contenidos analizados para poder identificar posibles indicios del carácter comercial de los mismos.

Una vez realizado este ejercicio, se debe descartar el carácter comercial de los contenidos, a pesar de incluir el handle del hotel, dado que no se muestran o exhiben logos del mismo, ni se destacan de forma clara ni se menciona o se da prominencia de forma verbal o escrita a las características del hotel, que sería el bien o servicio posiblemente promocionado. Asimismo, tampoco se lleva a cabo una mención de precios y/o se incluyen códigos de descuento relacionados con dicho servicio. Es decir, de las características del contenido y tras las alegaciones presentadas por el UER y las pruebas aportadas, se debe descartar el carácter publicitario o promocional de los contenidos emitidos.

En este sentido, estos agentes deben ser especialmente cautelosos a la hora de etiquetar marcas de bienes o servicios con los que no tengan relación comercial alguna, ni como posible reclamo de las mismas, dado que dicha referencia en su contenido puede confundir al espectador que no le queda claro si está ante un contenido editorial o promocionado.

De hecho, este tipo de referencias es una práctica que están llevando a cabo varios de estos agentes como un tipo de comunicación comercial más efectiva, dado que sería una estrategia publicitaria más natural que otras opciones, generando mayor confianza y por ende incidiendo en las decisiones de compra de los espectadores que no pueden diferenciar si está ante un contenido editorial o publicitario. De hecho, dichas referencias podrían entenderse como prácticas contrarias a la normativa de consumo, a los códigos de autorregulación o a la propia LGCA como posible publicidad encubierta o engañosa²⁴.

²⁴ En este sentido se refiere la Cámara de Comercio Internacional en su "ICC Advertising and Marketing. Communications Code" publicado en edición de 2024. Apartado 18.2 Influencer marketing communications: "[...] Influencers should not create social media posts or other messages alleging the content is sponsored by a business when they have no agreement with the brand. Such false statements should be regarded as marketing communications promoting the influencer's own activity or brand, and hence as misleading (see Article 5)". Accesible aquí: <https://iccwbo.org/business-solutions/the-icc-advertising-and-marketing-communications-code/#anchor-download-multilanguage>

Así las cosas, una vez determinado que los hechos descritos no reúnen los requisitos exigidos en el artículo 121 LGCA para ser calificados como comunicaciones comerciales esta Comisión debe proceder, por tanto, al archivo de las actuaciones llevadas a cabo y al cierre del presente periodo de información previa.

En todo caso, se debe recordar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 de la LGCA, los UER deben cumplir con lo previsto en las secciones 1.^a y 2.^a del capítulo IV del título VI de la misma Ley, relativo a las comunicaciones comerciales audiovisuales. De lo ahí previsto, cabe subrayar la obligación prevista en el artículo 121 de la LGCA: cuando los UER incluyan, inserten o acompañen en sus contenidos audiovisuales cualquier contenido que pueda suponer la promoción, de manera directa o indirecta, de bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica a cambio de una remuneración o prestación similar a su favor, deberán de identificar con suficiente claridad, que esos contenidos son publicidad en los términos indicados en el presente Acuerdo, de tal manera que permita a los usuarios identificarlos como tal.

Sexto. - Inscripción en el Registro de prestadores de servicios audiovisuales

Esta Comisión ha podido comprobar²⁵ que el UER analizado no se encuentra inscrito como Usuario de Especial Relevancia 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 y por ende, podría no estar dando cumplimiento a su obligación establecida en el artículo 39.2 g) de la LGCA y desarrollada reglamentariamente en el Real Decreto 1138/2023 de 19 de diciembre²⁶, por lo que se dará traslado del presente Acuerdo al Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, a los efectos oportunos.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia:

²⁵ Fecha de acceso al registro por parte de los servicios de la CNMC: 5 de marzo de 2025.

²⁶ *Real Decreto 1138/2023 de 19 de diciembre, por el que se regulan 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 y el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad.*

ACUERDA

PRIMERO. – Archivar el procedimiento de información previa instado contra las publicaciones del usuario de especial relevancia Gabriel Guevara con nombre de servicio *@gabrieloxguevaraa*.

SEGUNDO. – Dar traslado del presente Acuerdo al Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, órgano responsable de la gestión del 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 y el Procedimiento de Comunicación Previa de Inicio de Actividad para controlar el cumplimiento de la Registro, a los efectos oportunos.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, publíquese en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (www.cnmc.es) y notifíquese a:

UER

Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública

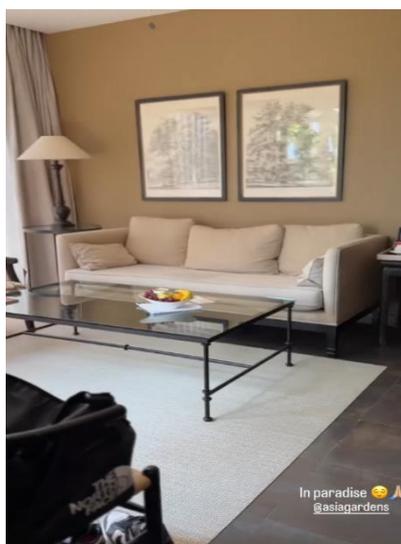
Con esta resolución se agota la vía administrativa, si bien cabe interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

Anexo I

En el presente Anexo se identifican los contenidos (*Stories*) emitidos por el UER con perfil de Instagram *@gabrieloxguevaraa* en el mes de julio de 2024 identificados por esta Comisión en su ejercicio de supervisión.

1. Contenido (*Story*) emitido el 1 de julio de 2024:

A continuación, se muestran pantallazos del contenido emitido donde se puede observar la presencia de la marca o producto promocionado:



Identificación de la marca o producto: “Asia Gardens Hotel & Thai Spa”.

2. Contenido (Story) emitido el 2 de julio de 2024:

A continuación, se muestran pantallazos del contenido emitido donde se puede observar la presencia de la marca o producto promocionado:



Identificación de la marca o producto: “Asia Gardens Hotel & Thai Spa”.