

**LA NUEVA DIRECTIVA AUDIOVISUAL:
PERSPECTIVA LEGAL**

Laura María Caballero Trenado

Universidad Internacional de La Rioja

E-mail: laucab01@ucm.es

RESUMEN: El Parlamento Europeo ha aprobado el 2 de octubre de 2018 el texto de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. A falta de un último trámite (su aprobación formal por parte del Consejo), su promulgación es inminente. A principios de junio de 2018 concluyó la fase de negociaciones entre los tres colegisladores europeos (Comisión, Parlamento y Consejo); este acuerdo político supone su aprobación *de facto*. La publicación de este Instrumento normativo, que se enmarca en el conjunto de iniciativas del Mercado Único Digital, anticipa un enorme impacto en el sector audiovisual al que nos aproximamos desde una perspectiva jurídica.

PALABRAS CLAVE: Directiva, Mercado Único Digital, sector audiovisual, radiodifusores tradicionales, legal.

ABSTRACT: The European Parliament approved on 2 October 2018 the text of the Audiovisual Communication Services Directive. In the absence of a final procedure (its formal approval by the Council), its promulgation is imminent. At the beginning of June 2018 the negotiation phase between the three European co-legislators (Commission, Parliament and Council) was concluded; this political agreement supposes *de facto* its approval. The publication of the aforementioned legal Instrument, which is part of the set of initiatives of the Digital Single Market, anticipates a huge impact on the audiovisual sector that we approach from a legal perspective.

KEYWORDS: Directive, Digital Single Market, Audiovisual Sector, Traditional Broadcaster, Legal.

SUMARIO: *I. Introducción. II. La propuesta de nueva Directiva: desafíos a los que debe dar respuesta. III. Cambios más relevantes. 3.1. El Principio del País de Origen. 3.2. Comunicaciones comerciales audiovisuales. 3.3. Protección del menor. 3.4. Prohibición del discurso del odio. 3.5. Promoción de obras europeas: reserva del 20 por ciento del catálogo de programación. 3.6. Plataformas de distribución de vídeos. 3.7. Accesibilidad. 3.8. Reguladores audiovisuales. 3.9. Formalización del Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual. IV. El concepto de servicio audiovisual público en la DSCA II. V. Conclusiones.*

I.- INTRODUCCIÓN

La nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante, *DSCA II*) sustituirá a la anterior (2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010) tiene como objetivo general lograr un equilibrio entre la competitividad y la protección del consumidor. En el marco del Mercado Único Digital, la Comisión Europea ha trazado una hoja de ruta muy ambiciosa para propiciar la reforma de leyes anticuadas y ambiguas que regulan las telecomunicaciones, los derechos de autor, la protección de datos o la aplicación de la ley de competencia.

La justificación de los precitados objetivos se plasma en los cuarenta y dos considerandos que preceden al corpus legislativo, que se estructura en torno a once capítulos. En total, la propuesta está formada por 33 artículos (el último es una especie de «cláusula de cierre» que delega en el legislador europeo la potestad de supervisión y aplicación de la Norma, así como la fijación del periodo máximo de implementación por parte de los EE.MM.).

En línea con otras directivas, se trata de un texto breve que responde a la naturaleza de este concreto Instrumento normativo, concebido para obligar a los EE.MM. a alcanzar un resultado, pero dejándoles libertad tanto de forma como de medios para llevar a cabo su adopción.

En lo que respecta al sector audiovisual, la *DSCA II* supone una apuesta firme del legislador europeo por adaptar la legislación audiovisual a la presente realidad del mercado, la tecnología y el consumo. La citada medida nace en un momento en que el sector audiovisual precisa de un nuevo entorno regulatorio que ofrezca soluciones y otorgue seguridad jurídica a todos los operadores audiovisuales que conforman el nuevo ecosistema —radiodifusores tradicionales, prestadores de servicios por Internet y contenidos generados usuarios—.

II.- LA PROPUESTA DE NUEVA DIRECTIVA: DESAFÍOS A LOS QUE DEBE DAR RESPUESTA

El audiovisual es un sector regulado pero la tecnología o los cambios en el consumo de contenidos audiovisuales suponen un envite que desafían y pueden socavar sus principios rectores.

Imbricado en la *exception culturelle française*, este sector normativo ha ido siempre por detrás de los sucesivos cambios tecnológicos. Una de las excepciones a esta cuestión es la agilidad que tuvo el legislador español en la transposición de la Directiva

2010/13/UE, de 10 de marzo de 2010, pues tan sólo tres semanas después se aprueba la Ley 7/2010, de 31 de marzo de 2010.

La precitada Norma es, pues, el *corpus* legislativo actualmente en vigor. Sin embargo, ocho años después de su aprobación, el panorama del sector audiovisual ha cambiado de manera significativa. En el nuevo ecosistema digital, la situación de partida dista de ser uniforme, por cuanto están sujetos a normativas diferentes y a niveles de protección desiguales.

Por ejemplo, mientras los radiodifusores tradicionales deben afrontar altos costes derivados de su ocupación en el espectro radioeléctrico, los contenidos audiovisuales ofrecidos por los nuevos *players* (plataformas en línea) tienen unos costes de distribución muy alejados de los que obliga el *broadcast* a través de redes hertzianas terrestres y que permiten reducir gastos.

El espectro radioeléctrico es un bien demanial público y su gestión evidencia el férreo control ejercido por las sucesivas administraciones, que han exhibido un talante hipergarantista en la gestión espectral.

La llegada de la red móvil 5G implica la mudanza de los *broadcaster* tradicionales de la banda espectral que ocupaban, lo que pone de relieve el interés del legislador por esta tecnología; este deslumbramiento es cíclico, pero no se puede, en esta escala de cambios, sobreestimar el futuro inmediato y sacrificar el más remoto, subestimándolo; está en juego la seguridad jurídica, porque no se puede poner el contador a cero sin más.

De la excepción cultural precitada nace también la obligación de los radiodifusores de invertir en cine europeo. Esta prerrogativa es una obligación impuesta por el legislador a los operadores audiovisuales desde 1994, a raíz de la Ley 25/1994, de 12 de julio. A pesar de los argumentos en contra de los sujetos obligados, las sucesivas reformas operadas por el legislador han mantenido esta imposición.

La cuestión del espectro y su *corolario* o la obligatoriedad de invertir en cine europeo no son más que un par de ejemplos de los desafíos jurídicos que tiene que afrontar el audiovisual en los próximos dos años. De entre todos, el más relevante armonizar las reglas de juego y hacerlas extensivas a todos los operadores sin distinción.

La nueva Directiva supone el reconocimiento del legislador europeo al cambio que se ha producido en el panorama de medios audiovisuales. En apretada síntesis, entre los desafíos concretos a los que debe ofrecer respuesta la *DSCA II*, pueden señalarse los siguientes: fomentar las películas europeas (el texto establece unas cuotas que se sitúan en la horquilla del 20 al 30 por ciento para las producciones europeas en las principales

plataformas de servicios a la carta), proteger a los menores, dar una respuesta más eficaz a los discursos de odio e introducir limitaciones de los contenidos publicitarios en la televisión lineal y las plataformas de *VoD*.

III.- CAMBIOS MÁS RELEVANTES

3.1 El Principio del País de Origen

El Principio del País de Origen (PPO) es uno de los ejes centrales de la propuesta de Directiva; es clave en un mercado único y para la distribución de contenidos transfronterizos. Mediante el PPO, los servicios del ámbito de los medios audiovisuales se someten únicamente a las disposiciones vigentes en el país en el que están sometidos.

Se trata de un conjunto de criterios que determinan la competencia judicial sobre los proveedores y los procedimientos de excepción y cooperación que limitan la libertad de recepción y retransmisión en casos específicos.

Es importante señalar que la aplicación del PPO no afecta a la territorialidad de los derechos de autor o al alcance de las licencias en un sector.

En este sentido, cabe recordar, de un lado, que los derechos de autor son, por naturaleza, de carácter territorial. Es decir, se regulan por una concreta legislación nacional. Y, de otro, que las licencias se suelen conceder de ordinario para un ámbito concreto sin que abarque la totalidad de los posibles usos comerciales amparados por los derechos de propiedad intelectual licenciados.

La propuesta de nueva Directiva únicamente establece en qué jurisdicción tiene lugar el acto del que se derivan los derechos de autor y simplifica el régimen regulador de la radiodifusión, por lo que no es necesaria ninguna disposición sobre la territorialidad o la concesión de licencias.

En resumen, la propuesta reafirma el principio de libertad de retransmisión y, al mismo tiempo, simplifica las normas que determinan qué país tiene jurisdicción sobre un proveedor.

3.2 Comunicaciones comerciales audiovisuales

La propuesta de Directiva presentada por la Comisión pasa por desregularizar las comunicaciones comerciales. Éstas son «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. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio»¹.

No obstante, el legislador europeo ha introducido un importante contrapeso, por cuanto si bien mantiene el límite de contenido publicitario en el 20 por ciento en la franja horaria de 7 a 23 horas, flexibiliza las normas de emplazamiento de producto y hace hincapié en las normas de autorregulación en aras de la protección de los sectores más vulnerables.

Precisamente, la protección de los más vulnerables (sobre todo, menores) constituye uno de los ejes centrales del texto presentado por la Comisión. En concreto, busca alejarlos de la exposición a comunicaciones comerciales que promuevan alimentos con alto contenido en grasas y azúcares, tabaco o bebidas alcohólicas.

3.3 Protección del menor

La actitud activa por parte de los proveedores de servicios es, sin lugar a dudas, uno de los objetivos más relevantes que persigue la nueva Directiva. Ello viene motivado, en gran medida, por el auge notable del consumo de contenidos a través de Internet por parte de los menores.

En este sentido, el deseo del legislador europeo se traduce en fomentar una actitud de responsabilidad activa por parte de los proveedores de contenidos y servicios audiovisuales en línea y, también, por parte de los radiodifusores tradicionales. De hecho, se establecen normas comunes para todos los proveedores de servicios de comunicación audiovisual sin distinción.

En efecto, del tenor literal de la nueva propuesta se infiere una responsabilidad activa por parte de los proveedores de contenidos en línea. Hasta ahora, esta responsabilidad había sido pasiva, pero la futura Directiva consagra una responsabilidad activa, al señalar:

«Una parte importante de los contenidos almacenados en una plataforma de distribución de vídeos no están bajo la responsabilidad editorial del proveedor de dicha plataforma. No obstante, esos proveedores suelen determinar la organización de los contenidos, a saber, programas o vídeos generados por los usuarios, incluso por medios o algoritmos automáticos. Por lo tanto, los proveedores deben estar obligados a adoptar las medidas adecuadas para proteger a los menores de los contenidos que puedan perjudicar [...]»².

1 Apdo. 24 del art. 2 de la Ley 24/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

2 *Vid.* Considerando 28.

Se adelanta la responsabilidad, que bascula desde una postura pasiva a una posición activa, *ex ante*, por lo que los proveedores de contenidos en línea deben adoptar a su vez una posición *in vigilando*, al ser ahora sujetos garantes de buena parte de las obligaciones inherentes a los contenidos que alojan en sus plataformas, ya sea directamente o a través de enlaces a otras páginas web —prácticas de *linking*, *deep linking* o *framing*, por ejemplo— que, a su vez, pueden impactar en derechos de propiedad intelectual. Volveremos sobre esta importante cuestión más adelante.

Orillada la cuestión de la incidencia de ciertas prácticas en los derechos de autor, interesa ahora subrayar que el cambio del legislador europeo responde, a su vez, a la transformación en los hábitos de consumo de contenidos audiovisuales por parte de los usuarios, muchos de ellos transformados en emisores (de hecho, gran parte de la programación de plataformas de contenidos en línea está integrada por material generado por los propios usuarios).

El elenco de medidas que podrán imponer los EE.MM. a los proveedores de contenidos audiovisuales van desde la simple definición de «contenidos peligrosos» hasta la obligación de adopción de sistemas de control parental, verificación de la edad o identificación de contenidos en función de ciertos códigos de edad, pasando por la instauración de mecanismos que permitan a los usuarios de las plataformas (los que producen contenidos que suben a la plataforma o los que acceden a los vídeos colgados) calificar, notificar o indicar al proveedor del servicio que se trata de contenidos del tipo comentado.

De esta forma, por ejemplo, plataformas como *YouTube* podrán verse obligadas a adoptar mecanismos de identificación de los contenidos (por ejemplo, peligrosos) alojados en su web.

3.4 Prohibición del discurso del odio

Junto a la flexibilidad, la armonización de medidas oportunas para proteger a los menores de los contenidos nocivos y a todos los ciudadanos de los contenidos que inciten a la violencia o al odio, constituye la piedra angular de la propuesta de Directiva.

Con carácter general, este Instrumento normativo prohibirá todas las formas y manifestaciones de racismo y xenofobia, la incitación a la violencia y al odio por razón de sexo, raza, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico.

En particular, tal y como estipula el Considerando 31 del texto propuesto:

«[...] debe buscarse un cuidadoso equilibrio con los derechos fundamentales aplicables, consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Están afectados en particular, según el caso, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y la protección de los datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, la prohibición de discriminación y los derechos del niño».

La conjugación de este equilibrio, que cristaliza en el deseo del legislador europeo de armonizar la normativa de los EE.MM. de la UE no resulta sencilla. El estándar que introducirá la nueva Directiva supone un desafío, por cuanto es más elevado que algunos derechos fundamentales consagrados en las respectivas constituciones de los países miembros de la Unión.

3.5 Promoción de obras europeas: reserva del 20 por ciento del catálogo de programación

Toda la legislación del sector audiovisual europeo está atravesada por la salvaguarda de un presupuesto —la *exception culturelle française*—, mediante el que se han excluido los contenidos audiovisuales de los tratados de libre comercio, en aras de fomentar la industria audiovisual de la Unión a través de imposición de cuotas de exhibición, subvenciones a productores, realizadores, etcétera, medidas fiscales que potencien las producciones locales u obligar a incluir en los catálogos de programación de los proveedores de contenidos audiovisuales un porcentaje mínimo de contenidos europeos.

En efecto, la propuesta recoge la obligación de reservar el 20 por ciento de la programación a obras europeas, imposición que es extensiva a todos los proveedores de contenidos audiovisuales.

La extensión de esta medida a todos los operadores ha sido aplaudida por la doctrina, que ha bendecido la medida, por cuanto «considerando que, actualmente, las empresas de radiodifusión televisiva europeas invierten alrededor del 20 % de su volumen de negocios en contenidos originales y los proveedores a la carta, menos del 1 %, la Comisión pretende que dichas empresas sigan destinando al menos la mitad del tiempo de emisión a obras europeas y obligará a los proveedores a la carta a velar por que en sus catálogos haya al menos una participación del 20 % de contenidos europeos» (Mendoza Losana, 2016; pág. 3).

Ha sido siempre ésta una medida muy discutida por parte de los radiodifusores (sobre todo, de carácter privado) que trataban con denuedo de expulsar o, cuanto menos, de suavizar la medida con propuestas que excluyesen la obligación sobre los resultados brutos de explotación, en la convicción instalada de que la medida mermaba no sólo sus ingresos sino también su competitividad.

En cualquier caso y, conforme a la propuesta, corresponde a los EE.MM. decidir si además imponen obligaciones de financiación de obras europeas a los servicios a la carta disponibles en su país, pero establecidos en otro Estado miembro (art. 13.2 de la propuesta de Directiva)³.

En línea con la flexibilidad normativa que permite una directiva, la propuesta deja a los EE.MM. la forma en que deben concretarse las aportaciones financieras. Estas contribuciones pueden consistir tanto en inversiones directas como en exacciones a fondos cinematográficos nacionales.

Al objeto de asegurar que las obligaciones en materia de promoción de las obras europeas no socaven el desarrollo del mercado y permitir la entrada de nuevos operadores, la nueva Directiva exime del cumplimiento de estas imposiciones a las empresas con escasa presencia en el mercado (por ejemplo, aquéllas con un bajo volumen de facturación o audiencias exiguas):

«Los Estados miembros dispensarán de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 a los proveedores con un bajo volumen de negocios o una baja audiencia, o que sean pequeñas empresas y microempresas. Los Estados miembros podrán también obviar los requisitos en los casos en que resulten impracticables o injustificados en razón de la naturaleza del tema del servicio de comunicación audiovisual a petición»⁴.

Sin embargo, el aspecto más controvertido tal vez sea el contenido en el apdo. segundo del artículo 13:

«Los Estados miembros podrán exigir a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual bajo su competencia judicial una contribución financiera a la producción de obras europeas, por ejemplo, mediante inversiones directas en contenidos y aportaciones a fondos nacionales. Los Estados miembros podrán exigir la realización de estas contribuciones financieras a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición dirigidos a públicos de sus territorios, pero establecidos en otros Estados miembros. En este caso, las contribuciones financieras se basarán exclusivamente en los ingresos obtenidos en los Estados miembros de recepción. Si el Estado miembro en que está establecido

3 *Ibidem.*

4 Comisión Europea. 2016. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado. Art. 13.5.

el prestador impone una contribución financiera, deberá tener en cuenta las eventuales contribuciones financieras impuestas por los Estados miembros de recepción. [...]»⁵.

En efecto, de la redacción del precepto se colige que la nueva Directiva faculta a los EE.MM. a levantar barreras de mercado («podrán exigir [...] una contribución financiera a la producción de obras europeas [...]»), de un lado. Y, de otro, que los radio-difusores y prestadores de servicios de comunicación audiovisual establecidos fuera del territorio UE pueden soslayar la referida obligación.

Por lo tanto, una interpretación *ad literam* del precepto nos lleva a concluir que: i) la propuesta contiene una importante contradicción, en la medida que se permite a los EE.MM. establecer restricciones a las emisiones transfronterizas, lo que choca frontalmente con la normativa europea vigente, que promueve la libre circulación de bienes y servicios, y ii) es disuasoria de futuras inversiones, por cuanto indirectamente incentiva que los prestadores de servicios transfronterizos se radiquen fuera de la UE, al quedar ayunos los EE.MM. de mecanismos jurídicos para exigir la contribución financiera a la producción de obras europeas.

3.6 Plataformas de distribución de vídeos

La propuesta de Directiva extiende los efectos de la normativa audiovisual a las plataformas de distribución de vídeos (hasta ahora las obligaciones contenidas en la normativa audiovisual europea recaían únicamente sobre el *espinazo* de los *broadcaster* tradicionales).

En efecto, el difícil equilibrio que bascula entre el fomento de la competitividad y la protección del consumidor se conjuga en la equiparación de las mismas reglas a las nuevas plataformas *online*.

Este deseo del legislador europeo ha cristalizado en la inclusión de un nuevo capítulo en la propuesta de Directiva, dedicado íntegramente a las plataformas de distribución de vídeos.

La inclusión de este Capítulo, cuya rúbrica es *Disposiciones aplicables a los servicios de plataformas de distribución de vídeos*, que se compone únicamente dos únicos preceptos (artículos 28 *bis* y 28 *ter*) responde a una cuestión doble: i) reflejar la realidad en el plano legal, por cuanto el consumo de contenidos a través de operadores de Internet no para de crecer (sobre todo, vía *streaming*), y ii) establecer un marco común de derechos y obligaciones para todos los actores.

5 *Vid.* Art. 13.2 DCSA (II).

En este sentido, la nueva Directiva supone un marco regulador que refleja la realidad de un mercado que hasta ahora había sido sectorializado. No tenía sentido imponer unas reglas de juego determinadas a unos operadores (en función, por ejemplo, de la tecnología por la que se transmitían los contenidos audiovisuales) en detrimento de otros.

La propuesta termina en parte con esta distorsión, que comportaba distintos niveles de protección para el usuario y se aproxima a la nueva realidad, que a su vez pivota sobre nuevas formas de consumo (vídeos bajo demanda, dispositivos de pocas pulgadas —como *tablets* y *smartphones*—, contenidos producidos por los propios usuarios, etcétera).

La imposición expresa a las plataformas de distribución de obligaciones que impidan la difusión de contenidos nocivos para menores, en general, y que combatan el discurso del odio, en particular, son las dos medidas clave, junto a la salvaguarda del interés general, que persigue la propuesta analizada.

El auge del consumo de contenidos audiovisuales vía *streaming* ha sido, muy posiblemente, el factor catalizador del cambio.

La aprobación de la propuesta de Directiva permitirá no sólo que la UE pueda exigir a las nuevas plataformas *online*, por ejemplo, inversión en obras europeas (según se desprende del texto, el 20 por ciento, tal y como se ha apuntado anteriormente) sino, también, responder de obligaciones que hasta ahora eran sólo inherentes a los radiodifusores tradicionales.

Responsabilidad editorial y obligaciones en materia de derechos de autor son, quizás, los dos aspectos más sobresalientes a los que deberán hacer frente los nuevos operadores tras la entrada de la nueva Directiva.

La visualización de un video en Internet con incidencia en la propiedad intelectual puede agruparse en cuatro grandes categorías: i) las descargas (*downloading*); ii) las redes *peer-to-peer*; iii) los enlaces (*linking* y *deep linking*), y iv) el *streaming*. En esta Comunicación, nos centraremos en esta última por ser la forma masiva de consumo de videos y, éstos, a su vez, el formato por excelencia llamado a protagonizar el cambio de paradigma de consumo de contenidos.

Señalábamos anteriormente que el objetivo general de la propuesta de Directiva es lograr un equilibrio entre la competencia leal y establecer medidas tuitivas para el consumidor. Y ello sin olvidar, además, la promoción y la estimulación de la innovación y la creatividad.

Una conjugación de intereses difícil, si se tiene en cuenta que los derechos de propiedad intelectual crean barreras legales al acceso o uso del conocimiento por parte de terceros mediante la atribución de derechos exclusivos a los inventores y creadores.

Estos derechos exclusivos evitan que terceros se aprovechen del esfuerzo ajeno y a su vez, permiten al titular de los derechos explotar su conocimiento o creatividad en el mercado y obtener rendimientos económicos, incentivando con ello la creatividad y la innovación.

El progreso y el desarrollo de la SC se fundamentan en que dicho conocimiento sea compartido ampliamente, ya que permite que las creaciones de otros sirvan de inspiración y referencia para la creatividad ajena.

En efecto, gran parte del valor de la creatividad o de la actividad innovadora que protege la propiedad intelectual viene del hecho de que la misma sea accesible a otros. Así, para proteger una idea, ésta debe hacerse pública, de forma que se una al acervo común que posibilita el progreso de la sociedad.

El *streaming* es la distribución digital de contenido multimedia protegido por derecho de autor que espolea ese conocimiento a través de una red de ordenadores en tiempo real. Mediante la modalidad de *streaming*, los datos se reproducen en el mismo acto a través de un sistema se conoce como búfer, por lo que el contenido no se almacena en el disco duro.

Al tratarse de una retransmisión fluida, continua y sin interrupciones, se orilla el almacenamiento, que es una conducta sobre la que sí impacta la propiedad intelectual. Los datos se alojan en una página caché (que es temporal). De hecho, sólo pueden visualizarse si el usuario continúa en la misma página web porque, si cambia, la caché borra los datos almacenados.

La cuestión del alojamiento temporal constituye, de hecho, el argumento principal que ha permitido soslayar la litigiosidad que ha suscitado esta conducta en torno a la posible vulneración de derechos de autor.

No obstante, si la cuestión de la temporalidad había sido esgrimida hasta ahora con cierto éxito para soslayar la cuestión de los derechos de autor, ello no ha sido óbice para que los derechos de autor se protejan por otra vía. Y éste es el caso del derecho de reproducción o de comunicación pública, a que tienen derecho a hacer efectivo los autores.

Mediante el primero, los autores hacen efectivo su derecho a que la obra se fije en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.

A través del segundo, hacen efectivo su derecho a que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de cada una de ellas.

Entre las prácticas más habituales para posibilitar el acceso a contenidos es el *linking*. El programa que sustenta la operación de Internet permite que la información sea híper vinculada (*hyperlinked* o *hypertext reference linked*) dentro y entre sitios. Dicha vinculación (*linking*) ocurre cuando el creador de una página web provee una referencia a otra, usualmente indicado en textos de color o iconos, utilizando un software que le permite al usuario hacer clic en la referencia y ver el contenido en la página vinculada (un *link*). Mientras esto permite a los usuarios navegar de manera fluida ente páginas web, esto también genera problemas relacionados con los derechos de autor.

Un simple *link* (una vinculación) de una página web al inicio de otra normalmente no genera ninguna preocupación, ya que el uso de dichos links puede equipararse al uso de pies de página para referirse a otras páginas. Frecuentemente no se requiere un permiso para hacer un *link* de un sitio web, debido a que el titular ha dado una licencia implícita a vincular su material al hacerlo disponible en línea, o por caracterizar esa vinculación como uso justo.

Sin embargo, esta práctica ha generado un torrente jurisprudencial por parte del TJUE, que ha ido pronunciándose sobre la responsabilidad en los casos de incumplimiento de derechos de autor, que no han sido precisamente pocos.

De este modo, a través de distintos asuntos, el TJUE ha desarrollado el concepto de «comunicación pública» como un derecho exclusivo de autores y otros titulares de derechos conexos de propiedad intelectual.

Mediante los conocidos asuntos *Svensson*, *BestWater* y *GS Medida*, el Alto Tribunal europeo comienza a concretar y modular la naturaleza jurídica de la práctica del *linking* en Internet al introducir distintos conceptos dentro del derecho de comunicación pública.

No ha habido una jurisprudencia consolidada sobre la cuestión hasta 2017, que constituye un punto de inflexión en esta materia. El 26 de abril de 2017, el TJUE se pronuncia sobre los derechos de reproducción y de comunicación pública en la ya conocida Sentencia (*C-527/15 FilmSpeler*), en la que responderá a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de instancia holandés.

Una empresa comercializada en Internet distintos modelos de un reproductor multimedia denominado *filmspeler*, que permitía el acceso a obras protegidas disponibles en sitios de difusión en flujo continuo (*streaming*) y visualizarlas en una pantalla de tv. El

TJUE concluyó que la venta del reproductor constituye una comunicación al público en el sentido recogido en la Directiva de 2001 sobre Derechos de Autor, tras recordar que el citado Instrumento normativo tiene como objetivo la instauración de un nivel elevado de protección en favor de los autores.

La cuestión de hacer efectivo el derecho de comunicación pública a sus legítimos titulares es la razón última por la que existen las normas de propiedad intelectual, que persiguen fomentar y proteger la innovación y la creatividad. Pero éstas se deben conjugar con aquéllas que persiguen la competencia efectiva en el marco de un mercado íntegro que a su vez contenga medidas tuitivas para los consumidores. Una tarea que se antoja difícil para el legislador que se ha propuesto crear el Mercado Único Digital, de ahí que la tarea interpretadora del TJUE resulte esencial en una cuestión tan viva.

3.7 Accesibilidad

En diciembre de 2015, en el marco del paquete de medidas propuestas por la Comisión para fomentar el Mercado Único Digital, el legislador europeo adoptó una propuesta de Acta Única de Accesibilidad, que fija los requisitos de accesibilidad de una amplia gama de productos y servicios, incluidos los servicios de comunicación audiovisual. Por lo tanto, se eliminan las disposiciones sobre accesibilidad.

En concreto, se suprime el artículo 7 de la Directiva actual, habida cuenta de que la propuesta de Acta Europea de Accesibilidad establece ya unos requisitos comunes más estrictos en materia de accesibilidad para los prestadores de servicios de comunicación.

3.8 Reguladores audiovisuales

Bajo la rúbrica *Autoridades reguladoras de los Estados Miembros*, el precepto que encabeza este Capítulo —el artículo 30— está dedicado a las autoridades reguladoras nacionales independientes.

Si bien el catálogo de cuestiones que propone la Directiva no es exhaustivo, cinco son las competencias que otorga a los reguladores audiovisuales: la defensa del pluralismo informativo de los medios de comunicación, la diversidad cultural, la protección de los consumidores, el mercado interior y la promoción de la competencia leal.

Se da la circunstancia que España es de los pocos países del entorno europeo que carece de una autoridad reguladora independiente del sector audiovisual. Sin embargo, cuando parece haberse instalado la convicción del necesario establecimiento de unos con-

sejos audiovisuales independientes, efectivos y con competencias reales, el legislador europeo se ha adelantado.

En efecto, tras la aprobación del texto final, España tendrá cuatro años por delante para implementar la nueva Directiva en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, dos son las opciones que, en la práctica, se tiene que plantear: i) crear una autoridad *ex novo*, o ii) ampliar las competencias actuales de la CMT, integrada en la CNMC, que actualmente está *ayuna* de atribuciones en materia de contenidos.

3.9 Formalización del Grupo de Entidades Regulatoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual

La voluntad decida del legislador europeo de armonizar las competencias de los reguladores audiovisuales nacionales independientes cristaliza en la formalización del Grupo de Entidades Regulatoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA).

Prueba de ello, es la inclusión en este Capítulo del artículo 30 *bis*, que está concebido para reforzar la conformación y preservación del mercado interior.

Integrado por las autoridades reguladoras independientes nacionales en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual, la propuesta de Directiva plantea conferir al ERGA las competencias siguientes⁶:

- i) asesorar y asistir a la Comisión en su labor de garantizar la aplicación coherente del marco regulador de los servicios de comunicación audiovisual en todos los EE.MM.;
- ii) asesorar y asistir a la Comisión en cualquier aspecto relacionado con los servicios de comunicación audiovisual dentro de las competencias de la Comisión; si estuviese justificado con el fin de asesorar a la Comisión sobre determinadas cuestiones, el Grupo podrá consultar a los participantes en el mercado, consumidores y usuarios finales, con el fin de recopilar la información necesaria;
- iii) facilitar el intercambio de experiencias y buenas prácticas en lo relativo a la aplicación del marco regulador de los servicios de comunicación audiovisual;
- iv) cooperar y facilitar a sus miembros la información necesaria para la aplicación de la presente Directiva (en particular, en lo que atañe al principio de

6 *Vid.* Art. 30 *bis* DCSA (II).

libertad de retransmisión, la oposición de excepción y en la extensión de la normativa inherente al sector audiovisual a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual), y

- v) emitir dictámenes, a petición de la Comisión, sobre asuntos relativos a los servicios de comunicación audiovisual, en particular la protección de los menores y la incitación al odio.

El elenco de atribuciones que la propuesta confiere al ERGA se refuerza con la potestad que la nueva Directiva otorga al macroorganismo regulador de emitir dictámenes.

En concreto, el ERGA podrá emitir dictámenes relativos a las cuestiones contempladas en el artículo 2, apartado 5 *ter*, artículo 6 *bis*, apartado 3, y artículo 9, apartados 2 y 4. Esto es, para dirimir sobre cuestiones relativas a competencia judicial si eventualmente los EE.MM. interesados no han logrado alcanzar algún acuerdo⁷, para pronunciarse sobre posibles incumplimientos en materia de información sobre contenido por parte de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual (en especial, aquéllos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores)⁸, así como para resolver sobre cuestiones relacionadas con la elaboración de códigos de conducta de autorregulación y correulación en relación con las comunicaciones comerciales audiovisuales inadecuadas⁹.

¿Por qué estas atribuciones están reforzadas? Porque la nueva Directiva le ha conferido a este Organismo potestad sancionadora. En principio, un dictamen es un Instrumento jurídico que no tiene fuerza vinculante.

Ahora bien, del tenor literal del precepto se desprende que la emisión de dictámenes se hará previa solicitud de la Comisión. Elevado a la Comisión, ésta sí dispone de capacidad sancionadora. De hecho, la emisión de dictámenes motivados forma parte del *iter* formal de los procedimientos sancionadores.

No obstante, este aspecto es un «verso suelto» en el espíritu de una Directiva que rezuma desregulación.

IV.- EL CONCEPTO DE SERVICIO AUDIOVISUAL PÚBLICO EN LA DCSA II

El concepto de «servicio público» permanece petrificado en su significado, extensión y alcance en el Estatuto de Radio Televisión Española de 1981. ¿Qué implica, por

7 *Vid.* Art. 2 apdo. 5 *ter bis* DCSA (II).

8 *Vid.* Art. 6 *bis* apdo. 3 DCSA (II).

9 *Vid.* Art. 9 apdos. 1 y 2 DCSA (II).

lo tanto, el concepto de «servicio público»? Nada menos, que todas las televisiones en España, sea cuál sea su titularidad y su cobertura geográfica, tienen todavía hoy la consideración legal de «servicio público».

De hecho, toda la producción legislativa posterior, incluidas diversas leyes de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado, ha mantenido esta ficción, aunque era manifiesto que la era del monopolio estatal de la televisión había quedado atrás¹⁰.

Esta concepción se mantiene en el espíritu de la nueva Directiva. Por ejemplo:

«[...] y proteger a todos los ciudadanos frente a la incitación a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con el sexo, la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico»¹¹.

Esta naturaleza tuitiva imprime consistencia al concepto de «servicio público». Más aún. A pesar del deseo del legislador europeo de desregular muchas cuestiones inherentes al sector audiovisual, en parte debido a su dinámica intrínseca convergente, el concepto de «servicio público» permanece incólume en la presente propuesta, y ello a pesar de que no hay una sola referencia en todo el texto.

El 3 de abril de 2010 se produjo el *apagón* analógico de la televisión por ondas hertzianas, momento a partir del que las emisiones de televisiones terrestres comenzaron a realizarse mediante técnicas digitales.

La digitalización de las redes por ondas terrestres, fenómeno que inyectó un mayor ancho de banda en el espectro radioeléctrico, comportó un aumento de canales. No obstante, el incremento de canales que propició el *encendido* digital como consecuencia del aumento de la capacidad de banda ancha no vino acompañado de un aumento del consumo de televisión convencional. Al contrario, a pesar de la extraordinaria fortaleza que había mostrado el consumo hasta la llegada de la TDT, ésta supone un punto de inflexión, tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

En efecto, la introducción de la tecnología TDT no sólo trae consigo una disminución del consumo de minutos (tendencia que sólo se «rompe» en 2017, en parte porque se han introducido en las mediciones «invitados» —espectadores que no viven en el hogar y se encuentran en éste viendo la televisión—) sino, también, en términos cualitativos, por cuanto el *target* joven ha protagonizado una huida hacia otros universos digitales, lo que ha propiciado una disminución de consumo de televisión lineal.

10 *Art. Cit.*

11 *Vid. Considerando 28 DCSA (II).*

Concebida como una tecnología de sustitución, la TDT se planteó sobre un modelo de comunicación que pronto fue superado por otras tecnologías gestionadas por actores de diversos sectores (telecomunicaciones, distribución, etc.).

Dos son los tipos de consumo de televisión. Por un lado, está el consumo *off-line*, que es aquél que coincide con una forma tradicional (o lineal) de ver contenidos televisivos, que se sustenta en una programación con horarios establecidos. De otro, el consumo *on-line*, que permite visualizar contenidos de manera no lineal, a *posteriori*, vía Internet.

El cambio de paradigma de consumo televisivo comienza con el nacimiento de la plataforma por *streaming YouTube* en 2005, que supone una revolución en la distribución de contenidos multimedia.

Esta distribución digital de contenidos multimedia a través de *smart tvs*, *smartphones*, *tablets*, etc., que, sin duda ha alterado sustancialmente los hábitos de consumo de la programación televisiva que conocemos tradicionalmente se verá espoleada con la tecnología 5G.

En este sentido, tres serán los vectores de acción que cincelarán una redefinición del modelo audiovisual en el quinquenio 2020-2025: la economía 5G, los gigantes digitales y los nuevos operadores de la industria de la televisión.

Por lo tanto, el motor de este cambio será la distribución digital, auspiciada por el corolario de *gadgets* multimedia que, propulsados por la velocidad (en clave de 5G) redefinirán el consumo de contenidos.

A los operadores tradicionales se suman ya nuevos *players* (*YouTube*, *Netflix* y *HBO*, entre los más conocidos). Y, del lado de la distribución, habrá que tener muy en cuenta a *Google TV*, *Facebook TV* y *Amazon Prime Video*.

El video es, precisamente, el formato de consumo televisivo por excelencia que está llamado a protagonizar el gran cambio en la forma de consumo.

De hecho, este cambio de paradigma —el consumo de vídeo *vía streaming*— es una de las cuestiones nucleares de la nueva Directiva —y su principal desafío—, dado que el legislador europeo se ha trazado como propósito dotar de seguridad jurídica a todos los actores sin distinción.

V.- CONCLUSIONES

La elección del citado Instrumento normativo es acertada, por cuanto su flexibilidad contribuye a reordenar un sector que es cambiante, por ejemplo, al suavizar las

restricciones aplicables hasta ahora a la televisión y que ya no están justificadas. Pero los avances tecnológicos trastocan principios regulatorios y no se puede poner el contador a «cero» y alterar sin más las reglas de juego. Está en juego la seguridad jurídica.

Por esta razón, la equiparación de las reglas de juego entre radiodifusores tradicionales y distribuidores de contenidos que ofrece la propuesta europea es, sin ningún género de duda, el aspecto más relevante, por cuanto el *corpus* legal que rige hasta su entrada en vigor es la Ley de la Comunicación Audiovisual de 2010, un texto que supone una discriminación *de facto* entre los operadores tradicionales, sujetos al cumplimiento de unos requisitos más exigentes fijados en la Norma de 2010 y los nuevos, cuyo marco legal es más laxo.

Así pues, lejos de mantenerse al margen en actitud pasiva y neutral, las autoridades reguladoras deben llevar a cabo acciones tuitivas encaminadas a proteger los intereses de todos los operadores sin distinción. Tras la entrada en vigor de la DSCA II, los EE.MM. respectivos tendrán veintiún meses para transponerla. El legislador español debe permanecer especialmente atento a esta cuestión.

De hecho, no hacerlo supondría una clara violación de las dos vertientes del derecho fundamental a la igualdad.

En efecto, el principio de igualdad proclamado por el artículo 14 de la CE admite dos vertientes: i) una referida a la «igualdad ante la ley», que impide al legislador establecer, entre situaciones semejantes, diferencias de tratamiento, y ii) otra referida a la «igualdad en la aplicación de la ley», que persigue una interpretación de la ley de forma igual para todos.

Así, de un lado, no toda disparidad de trato significa discriminación y, en consecuencia, tal principio ha de requerir una identidad absoluta de presupuestos fácticos. De otro, la aplicación del principio de «igualdad en la aplicación de la ley», ordena que exista un término de comparación adecuado, de forma que se haya producido un tratamiento desigual en supuestos absolutamente idénticos, según doctrina reiterada tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.