

EL ACCESO A LOS CONTENIDOS EN LÍNEA EN EL MERCADO INTERIOR DE LA UE: LA ENCRUCIJADA ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, EL DERECHO DE LA COMPETENCIA, LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Especial referencia al Reglamento (UE) 2017/1128 relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior

Vanessa Jiménez Serranía*

Fecha de recepción: 20-07-2020

El universo digital ha transformado de manera rápida e irreversible nuestra vida cotidiana y ha creado nuevos hábitos y «normalidades» tanto en nuestra manera de relacionarnos y trabajar como en nuestros hábitos de consumo. Esta tendencia se ha visto acrecentada en los últimos años con el desarrollo de las plataformas de *streaming* y de vídeo a la demanda cuya importancia se ha manifestado de forma patente durante las tan atípicas circunstancias vividas debido a la pandemia de la covid-19.

El acceso a los contenidos en línea ha pasado de ser comprendido como una necesidad (en el sentido económico) del consumidor a ser considerado como un derecho inherente al nuevo contexto digital en el que nos hallamos.

Nos vamos a encontrar, pues, ante el sempiterno dilema relativo a los derechos inmateriales: la búsqueda del equilibrio entre la propiedad y el acceso. Dicho de otra manera, es preciso llegar a una fórmula en la que, por un lado, se respeten los derechos de propiedad intelectual de los titulares de derechos, pero, por otro, se procure un acceso amplio, transfronterizo y simple sobre los contenidos a los consumidores.

* Profesora lectora en la UOC, Universitat Oberta de Catalunya.

© De la obra: Vanessa Jiménez Serranía.

© De la edición: Instituto de Derecho de Autor, 2020.

Reservados todos los derechos. El editor no se hace responsable de las opiniones, comentarios y declaraciones vertidas por el autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

1. LA PORTABILIDAD DE CONTENIDOS EN EL ACCESO TRANSFRONTERIZO DE CONTENIDOS EN LA UNIÓN EUROPEA

1.1. EL ACCESO TRANSFRONTERIZO DE CONTENIDOS EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Cómo decíamos, esta necesidad de acceso de contenidos por parte de los consumidores (usuarios) se ha comprendido en la Unión Europea como un derecho. Así, ya en la Comunicación de la Comisión Europea del 9 de diciembre de 2015, «Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor»,¹ se dice que «la UE debe favorecer una amplia disponibilidad de servicios de contenidos en línea “sin fronteras”, para así ofrecer a la población más posibilidades de elección y diversidad», apuntándose como una de las posibles vías de solución derivadas de las dificultades de acceso, la portabilidad transfronteriza de contenidos.

El término «portabilidad», en este contexto, ha de ser entendido como la «característica de un servicio de contenidos en línea de que los abonados puedan acceder de forma efectiva a los servicios de contenidos en línea, y utilizarlos, en su Estado miembro de residencia sin estar limitados a un lugar concreto» [*vid.* art.2.6, Reglamento (UE) 2017/1128 relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, de aquí en adelante «Reglamento (UE) 2017/1128»].

Es esta concepción del uso «en el Estado miembro de residencia sin estar limitados a un lugar concreto» lo que supone el quid de la problemática en este tema, ya que estamos hablando de un presupuesto que afecta tanto a la práctica contractual «clásica» para este tipo de contenidos como a la propia protección otorgada por la propiedad intelectual.

Recordemos que los modelos tradicionales utilizados en las licencias de uso de los contenidos digitales implican por regla general la delimitación territorial de los mercados a lo largo de las fronteras nacionales por parte de los titulares derechos. Esta realidad implica que se concede a los prestadores de servicios, habitualmente de manera exclusiva, la explotación de los contenidos para un determinado Estado miembro o para varios (aunque se establecerán condiciones de comercialización diferentes en función del lugar de residencia del abonado). Estas prácticas contractuales han sido cuestionadas desde la perspectiva el derecho de la competencia (*ver infra*), y existe en la actualidad una clara tendencia por parte de las autoridades europeas hacia una regulación favorable a la concesión de licencias multiterritoriales y/o transfronterizas que procuren un acceso más amplio a los contenidos², fomentando además la competencia entre los oferentes de estos contenidos.

En el caso del Reglamento (UE) 2017/1128, podríamos decir que el objetivo es menos ambicioso, ya que no aborda el verdadero problema subyacente a esta cuestión, esto es, el pleno acceso transfronterizo de contenidos (*ver infra*, apartado II). No obstante, ciertamente altera la práctica contractual existente hasta su promulgación, buscando optimizar la situación del consumidor de contenidos que ha suscrito una licencia de uso de los contenidos en cuestión.

1.2. LA PORTABILIDAD DE CONTENIDOS EN EL REGLAMENTO (UE) 2017/1128 RELATIVO A LA PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA DE LOS SERVICIOS DE CONTENIDOS EN LÍNEA EN EL MERCADO INTERIOR

El Reglamento (UE) 2017/1128 se crea con «el objetivo de adaptar el marco legal armonizado sobre derechos de autor y derechos afines, así como adoptar un planteamiento común para prestar servicios de contenidos en línea a abonados que se encuentren temporalmente en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia» (subrayado propio)³. En la enunciación de este objetivo encontramos las notas claves de la delimitación del ámbito de aplicación de dicho Reglamento.

1 COM(2015) 626 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-626-ES-F1-1.PDF>.

2 Una muestra interesante de esta tendencia, que ha sido ampliamente comentada y criticada por la doctrina, es la Directiva 2014/26/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

3 *Vid.* considerando 12, Reglamento (UE) 2017/1128.

En primer lugar, los beneficiados serán los consumidores (usuarios) residentes en un Estado miembro de la Unión Europea que contratan con prestadores de servicios la prestación de servicios de contenidos en línea; es decir, estamos hablando de situaciones en las que existe un acceso a los contenidos en el que media una remuneración.

En segundo lugar, este Reglamento afecta a todo tipo de prestadores de servicios de contenidos en línea que realicen esta contratación con los consumidores, esto es, tanto plataformas de vídeo a la demanda y/o *streaming* (Netflix, HBO, Amazon Prime, Mubi) como servicios de televisión en línea (Sky's Now TV, Voyo), servicios de música en *streaming* (Spotify, Deezer) o servicios relativos a los videojuegos en línea (Steam, Origin).

En tercer lugar, estaríamos hablando de situaciones de acceso temporal a los contenidos contratados por el consumidor o usuario, debido a un desplazamiento a otro Estado miembro.

Se establece, pues, una obligación para los prestadores de servicios que presten un servicio de contenidos en línea de manera onerosa [art.3.1 Reglamento (UE) 2017/1128] que consiste en la habilitación del acceso temporal y «transfronterizo» a los contenidos contratados por el usuario en un Estado miembro diferente del de su residencia, sin deber comportar «costes adicionales al abonado» [art.3.2 Reglamento (UE) 2017/1128]. Este acceso ha de realizarse de manera idéntica a la contratada por el consumidor y de la que se beneficia en su Estado de residencia, en concreto, se ha de proporcionar «acceso a los mismos contenidos, en el mismo tipo y número de dispositivos, para el mismo número de usuarios y con la misma gama de funcionalidades».

Como vemos, la construcción subyacente es la de una ficción jurídica sobre el lugar de prestación efectiva del servicio, mediante la cual se asimila el acceso temporal en un Estado miembro en el que el consumidor se encuentra de manera «momentánea» al realizado en el de residencia de este⁴, por lo que, consecuentemente, las condiciones de prestación del servicio estipuladas en el contrato deben ser respetadas [art.4 Reglamento (UE) 2017/1128].

Perfilando esta obligación, es necesario subrayar que solo se encuentran compelidos a ofrecer este acceso los prestadores de servicios «de pago». Los prestadores de servicios de contenidos en línea prestados sin que medie un pago en dinero pueden permitir dicho acceso, siempre que cumplan los requisitos sobre la comprobación del Estado miembro de residencia de sus abonados [art. 6 Reglamento (UE) 2017/1128].

Esta condición de la comprobación del Estado de residencia del abonado por parte del prestador de servicios es uno de los requisitos clave para la aplicación del Reglamento, puesto que el margen de aplicación del acceso transfronterizo, como hemos visto, es limitado. Como ya hemos visto en el apartado anterior, aunque la fragmentación del mercado con base en las licencias otorgadas por los titulares de derechos es cuestionada desde la perspectiva del derecho de la competencia, esta base territorial de las licencias suele justificarse, especialmente en el ámbito audiovisual, debido a las propias características de la protección del derecho de autor [de hecho, si recordamos, el Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre el geobloqueo excluye expresamente de su aplicación estas actividades⁵].

4 En el mismo sentido, *vid.* Castelló Pastor, J. J., «Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea». *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2019, pp.13-15.

5 El Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE (DO L 60I de 2.3.2018, p. 1/15) en su artículo 1 excluye de su ámbito de aplicación, en su apartado 3, «las actividades mencionadas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2006/123/CE» (entre las que figuran «g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión») y en su apartado 5 se determina que no afectará «a las normas aplicables en materia de derechos de autor y derechos afines, en especial a las normas que contempla la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo».

Los prestadores de servicios de contenidos en línea a fin de comprobar el Estado miembro de residencia de sus abonados deben hacer uso de «medios razonables, proporcionados y eficaces» [considerando 26, Reglamento (UE) 2018/302]. A tal fin, el propio Reglamento establece una serie de medios considerados apropiados en su artículo 5.1 como son, entre otros, los documentos de identidad, los medios de identificación electrónica, los datos de pago, el lugar de instalación del dispositivo utilizado para el suministro de los servicios al abonado, el pago por parte del abonado de una tasa por otros servicios prestados en el Estado miembro como el servicio público de radiodifusión, el domicilio de facturación o la dirección postal del abonado o la dirección IP. Ello no excluye el acuerdo entre prestadores y titulares de derechos en relación con dichos medios de comprobación dentro de los límites del Reglamento. En todo caso, estas comprobaciones deben respetar la protección de datos personales del abonado y no deben recogerse ni tratarse con ese fin datos sobre la localización concreta ni cualquier otro dato personal del abonado. Además, se determina expresamente que el único objetivo que justifica la corroboración de la dirección IP es la verificación del Estado de residencia del abonado con el fin de determinar si este accede al servicio de contenidos en línea dentro o fuera de su Estado miembro de residencia⁶.

Por último, es importante reseñar que el Reglamento tiene carácter «retroactivo», por lo que se aplica también a los contratos celebrados y a los derechos adquiridos antes de su fecha de entrada en vigor cuando se trate de contratos y derechos relativos a la prestación de un servicio de contenidos en línea, al acceso a tal servicio o a su uso [art.9 Reglamento (UE) 2018/302].

2. LA (IN)SUFICIENCIA DE LAS PREVISIONES DE PORTABILIDAD DE CONTENIDOS EN EL OBJETIVO DEL ACCESO A LOS CONTENIDOS EN EL MERCADO ÚNICO⁷

Si analizamos de manera crítica el panorama creado por el Reglamento, vemos que estamos ante una ficción jurídica, que no es sino un «parche» a una situación creada por la fragmentación del mercado, que, como se puede apreciar, responde tanto la existencia de barreras legales (protección de derechos de autor) como materiales (estipulaciones contractuales) cuya justificación objetiva y su licitud podrá ser puesta en entredicho en determinados casos.

Este «parche», además, tiene ciertos aspectos que han sido reiteradamente apuntados por la doctrina, como es la indeterminación del concepto de «temporalidad» en el acceso. En ningún momento, se determina un número máximo de días que delimite cuándo estamos ante un supuesto de portabilidad o cuándo estaríamos ante un supuesto de acceso transfronterizo más amplio. Los criterios de razonabilidad que pueden ser incluidos en los contratos y/o aplicados por los prestadores de servicios como garantes de la correcta aplicación del Reglamento conllevan una dosis de arbitrariedad, y pueden crear situaciones disonantes entre usuarios de distintos prestadores de servicios.

Por otro lado, si bien se determina la obligación de comprobación del lugar de residencia por parte de los prestadores de servicios en ningún momento se determina un mecanismo de control o de determinación de las consecuencias de un supuesto incumplimiento o un cumplimiento deficiente de tal obligación.

6 *Vid.* considerando 28, Reglamento (UE) 2017/1128.

7 En el mismo sentido, *vid.* CASTELLÓ PASTOR, J. J., «Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2019; MENDOZA LOSANA, A. I., «Portabilidad transfronteriza de contenidos audiovisuales: los usuarios podrán acceder en toda la Unión Europea a los contenidos contratados en su país de residencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 22, 2017, pp. 162-165; CORREDOIRA, L., «La Unión Europea ante el fenómeno de los contenidos digitales audiovisuales (Netflix, Amazon Prime Video, Spotify): análisis de la propuesta de reglamento de portabilidad transfronteriza de contenidos en línea en el mercado interior», *Actas de Derecho Industrial y Derechos de autor*, vol. 37 (2016-2017), Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 375 a 386.

En todo caso, el problema subyacente a esta cuestión «parcheada» es el propio acceso transfronterizo a los contenidos, que, como hemos subrayado anteriormente, si bien puede encontrar su justificación en una barrera legislativa (leyes de propiedad intelectual), en múltiples ocasiones es producto de barreras artificiales construidas contractualmente.

3. LAS BARRERAS ARTIFICIALES AL ACCESO A LOS CONTENIDOS EN EL MERCADO ÚNICO: LOS ACUERDOS SOBRE PROHIBICIÓN O LIMITACIÓN DE LAS «VENTAS PASIVAS» POR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS

Como decíamos en un momento anterior, los modelos tradicionales utilizados en las licencias de uso de los contenidos digitales implican por regla general la delimitación territorial de los mercados a lo largo de las fronteras nacionales por parte de los titulares derechos. Esta realidad implica que a los prestadores de servicios se les concede de manera exclusiva, por regla general, la explotación de los contenidos para un determinado Estado miembro o para varios (aunque se establecerán condiciones de comercialización diferentes en función del lugar de residencia del abonado).

Desde la perspectiva del derecho de la competencia, si nos centramos exclusivamente en las condiciones establecidas en estos acuerdos, podríamos entenderlos como susceptibles de ser calificados como prácticas prohibidas según el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), concretamente como acuerdos colusorios. Recordemos que en el artículo 101.1 TFUE se determinan como «incompatibles con el mercado interior (...) todos los acuerdos entre empresas (...) que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en (...) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento».

Pese a que las autoridades de la competencia europeas y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no han tenido demasiadas ocasiones de pronunciarse sobre esta cuestión, sí que encontramos ciertos casos relevantes que nos pueden permitir comprender ciertos aspectos problemáticos en la articulación contractual de la explotación transfronteriza de contenidos⁸. En primer lugar, en el conocido caso Coditel II⁹, el Tribunal de Justicia determinó que no es contrario *a priori* al derecho de la competencia un «contrato que conceda un derecho exclusivo de representación de una película durante un período determinado en el territorio de un Estado miembro», no obstante, se debe estar a las modalidades concretas del ejercicio de este derecho exclusivo.

De hecho, en el famoso caso Premier League¹⁰ se calificó como contrario a la competencia el supuesto de que un proveedor de contenidos de programa otorgue algunas licencias en exclusiva, cada una de ellas respecto al territorio de uno o más Estados miembros, según las cuales se autoriza al organismo de radiodifusión a emitir el contenido de programas únicamente en dicho territorio (incluso por satélite). En este caso se recuerdan dos premisas clave:

8 En el mismo sentido, *vid.* RIIS, Th. and SCHOVSBO, J., *The Borderless Online User – Carving Up the Market for Online and Streaming Services* (November 10, 2016). P. Torremans (ed), *Copyright Law: A handbook of contemporary research*, Edward Elgar Publishing (2nd ed, 2017)., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2867353> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2867353>; SCHWEMER, S. (2019). *Licensing and Access to Content in the European Union: Regulation between Copyright and Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 177 y ss.

9 Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto C- 262/81, Coditel SA, *Compagnie générale pour la diffusion de la télévision*, y otros contra Ciné-Vog Films SA y otros —Coditel/Ciné-Vog Films— (ECLI:EU:C:1982:334).

10 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, *Football Association Premier League Ltd* y otros contra QC Leisure y otros (C-403/08) y Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd (C-429/08), Peticiones de decisión prejudicial: *High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (C-403/08)*, *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (C-429/08)* —Reino Unido— *Football Association Premier League y otros* (ECLI:EU:C:2011:631).

- En primer lugar, que los contratos cuyo objetivo es la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultan la interpenetración de los mercados nacionales deben considerarse, en principio, acuerdos cuyo objetivo es restringir la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1¹¹;
- En segundo lugar, que, si bien las excepciones al principio de la libre circulación pueden admitirse, estas lo serán en la medida en que estén justificadas por la salvaguardia de los derechos que constituyen el objeto específico de la propiedad intelectual de que se trata¹².

Por tanto, habremos de estar a esta concreta justificación de la alteración de las reglas de la competencia para poder considerar este tipo de acuerdos como no anticompetitivos o incluso pro-competitivos. En el caso Premier League se considera que, cuando un contrato de licencia pretende prohibir o limitar la prestación transfronteriza de servicios de radiodifusión, tiene por objeto una restricción de la competencia, salvo que otras circunstancias en su contexto económico y jurídico permitan comprobar que dicho contrato no puede menoscabar la competencia. En este caso, se consideró que estas circunstancias justificativas no concurrían, ya que, en primer lugar, estas cláusulas permitían «otorgar a cada organismo de radiodifusión exclusividad territorial absoluta en la zona cubierta por su licencia y eliminar así toda competencia entre diferentes organismos de radiodifusión en el ámbito de dichos servicios»¹³ y, en segundo lugar, no se había invocado ninguna circunstancia en el contexto económico y jurídico que permitiera considerarlas como no contrarias al derecho de la competencia¹⁴.

Encontramos, además, dos asuntos tratados por la Comisión Europea que son ciertamente interesantes en este contexto: por un lado, la Decisión de la Comisión de 15 de septiembre de 1989 en el asunto IV/31.734, *Adquisición de películas por parte de cadenas de televisión alemanas*, y, por otro, mucho más recientemente, la Decisión de la Comisión de 7 de marzo de 2019, en el asunto AT.40.023, *Acceso transfronterizo a la televisión de pago*.

En el primero de los asuntos planteados (IV/31.734), se cuestionaba la legalidad de los acuerdos sobre derechos de emisión de películas, telefilmes y series televisivas estadounidenses por un grupo de emisoras alemanas (denominadas en este asunto ARD). En dichos acuerdos se otorgaba de manera exclusiva por la Metro-Goldwyn Mayer United Artists Entertainment Co. (MGM/UA) a ARD la explotación de un número sustancial de obras audiovisuales durante 15 años. En este caso, pese a considerarlo un acuerdo que revestía ciertos caracteres que lo hacían potencialmente anticompetitivo, se determinó que había de entenderse comprendido en los supuestos contemplados por el entonces artículo 85.3 (actual 101.3 TFUE) y, por tanto, exencionado. En concreto, se valoró que estos acuerdos posibilitaban una mejor distribución de estas obras audiovisuales y conllevaban, además, un beneficio para los consumidores, ya que implicaban tanto que se ofrecieran más películas al público alemán como que se doblaran más películas en lengua alemana.

Por su parte, el asunto AT.40.023 se centra en el procedimiento incoado por la Comisión, contra Sky UK Limited, Sky Limited y seis estudios estadounidenses Disney, NBCUniversal, Paramount Pictures, Sony, Twentieth Century Fox y Warner Bros, por los acuerdos de concesión de licencias de películas. En este caso, la Comisión consideró, de manera preliminar, que cada uno de los seis estudios y Sky UK habían acordado bilateralmente establecer restricciones contractuales que impedían a Sky UK permitir a los consumidores de la UE ubicados en otros lugares acceder, vía satélite o en línea, a los servicios de televisión de pago disponibles en el Reino Unido e Irlanda. Se planteaba que, sin estas restricciones, Sky UK tendría libertad para decidir si prestaba sus servicios de televisión de pago a los consumidores que solicitasen acceso a sus servicios (naturalmente respetando el marco reglamentario, incluidas, en lo

11 Párrafo 139, Sentencia *Football Association Premier League y otros*.

12 *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2003, asunto C-115/02, *Administration des douanes et droits indirects contra Rioglass SA y Transremar SL — Rioglass y Transremar—*, párrafo 23 y jurisprudencia citada (ECLI:EU:C:2003:587).

13 Párrafo 142, Sentencia *Football Association Premier League y otros*.

14 Párrafo 143, Sentencia *Football Association Premier League y otros*.

que respecta a los servicios de televisión de pago en línea, las leyes nacionales pertinentes en materia de derechos de autor). Dicho de otra manera, se exponía que estas cláusulas restringían las «ventas pasivas» de Sky UK; esto es, restringían su capacidad para aceptar solicitudes de consumidores situados en Estados miembros en los que Sky UK no promovía activamente o hacía publicidad de sus servicios. Como resultado, esas cláusulas concedían «exclusividad territorial absoluta» a Sky UK y/o a otras emisoras y eliminaban la competencia transfronteriza entre las emisoras de televisión de pago y dividían el mercado interno a lo largo de las fronteras nacionales. La conclusión preliminar de la Comisión fue que, a falta de una justificación convincente, las cláusulas constituirían una grave violación de las normas de la UE que prohíben los acuerdos de competencia (artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Este caso se solventó debido a la asunción de ciertos compromisos por los firmantes de los acuerdos a fin de evitar las cláusulas consideradas como anticompetitivas. Así, se determinó que estos no suscribirían, renovarían o prorrogarían un contrato de concesión de licencia de televisión de pago que, por lo que respecta a cualquier territorio del Espacio Económico Europeo (EEE), estableciera o restableciera:

- a) cláusulas que impidieran o limitaran a los organismos de teledifusión de televisión de pago situados en el EEE responder a peticiones no solicitadas de consumidores que residan y se encuentren en el EEE, pero fuera del territorio para el que se haya concedido licencia al organismo de teledifusión; y
- b) cláusulas que exijan a los Estudios prohibir o limitar a otros organismos de teledifusión de televisión de pago situados en el EEE, pero fuera del territorio para el que se haya concedido licencia al organismo de teledifusión, responder a peticiones no solicitadas de consumidores que residan y se encuentren en el interior del territorio para el que se haya concedido licencia a este organismo de teledifusión.

Como vemos, estos compromisos pretendían la eliminación de todas las cláusulas de cualquier nuevo acuerdo de concesión de licencia de televisión de pago, prórroga o renovación, entre los estudios norteamericanos o sus filiales futuras y los organismos de teledifusión de televisión de pago situados en el EEE que exijan a estos o a sus filiales futuras que prohíban o limiten la prestación por parte de otros organismos de teledifusión de televisión situados en el EEE, pero fuera del territorio para el que se haya concedido licencia al organismo de teledifusión, de servicios de televisión de pago a minoristas como respuesta a peticiones no solicitadas de consumidores que residan y se encuentren en el interior del territorio para el que se haya concedido licencia a este organismo de teledifusión. Dicho de otra manera, supone la supresión de las cláusulas que implican la imposibilidad de realizar ventas pasivas (ergo, no solicitadas) en el ámbito de los servicios de televisión de pago.

4. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: REPENSAR EL ACCESO TRANSFRONTERIZO A LOS CONTENIDOS DESDE UNA PERSPECTIVA EQUILIBRADA E INTEGRADORA

Estamos en un momento en el que se están produciendo importantes cambios tanto desde el punto de vista sociológico como económico, que indudablemente afectan a ciertas concepciones jurídicas «clásicas». Estamos ante un desarrollo de los mercados eminentemente digitales, ante el incremento de las estructuras de plataforma y ante la evidencia de que es necesaria una mayor simplificación y transparencia en la prestación de servicios de manera digital en aras del beneficio del consumidor.

No obstante, esta indudable tendencia no tiene por qué significar una menor protección a otros intereses en este juego, especialmente, en el caso de la protección de los creadores de contenidos.

En primer lugar, se ha de tener en cuenta que el objetivo es la optimización del acceso a contenidos lo que implica dos aspectos: por un lado, el favorecimiento del acceso y, por otro, la protección de la diversidad de los contenidos.

El primer objetivo es el teóricamente pretendido, por reglamentos como el de portabilidad o por directivas como la 2014/26/UE de 26 de febrero de 2014. En el primer ejemplo, como hemos visto, el

usuario que lícitamente tiene acceso a los contenidos en el Estado miembro del que es residente puede seguir disfrutando de este servicio que remunera en el caso de que se traslade temporalmente a otro Estado miembro. En el segundo ejemplo, como recordaremos, se determina la necesidad de la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

No obstante, este objetivo debe siempre permanecer equilibrado con la otra parte de la balanza: la protección de la diversidad de contenidos, ergo, la protección a los creadores de contenidos. Esta protección debe hacerse, teniendo en cuenta el contexto, tanto desde la perspectiva jurídica como económica. Al establecer medidas legislativas que podríamos denominar como «disruptivas» en el sentido de la alteración de las condiciones contractuales clásicas se ha de tener especial cuidado en proteger a todos los elementos sustancialmente implicados en la operación. Es, por tanto, necesario respetar el equilibrio económico entre los grupos de «clientes» (titulares de derechos y consumidores) de las plataformas prestadoras de servicios y dotar a las propias plataformas de una responsabilidad reforzada teniendo en cuenta la propia implementación de estas nuevas medidas.

Dicho de otra manera, el acceso a los contenidos en el entorno digital responde a los nuevos modelos de negocio que se han desarrollado en los últimos años, esto es, a las plataformas de explotación. Los prestadores de servicios se estructuran como plataformas que actúan en el tráfico y que han de responder, en nuestra opinión, de una manera cualificada teniendo en cuenta los intereses en juego.

Esta responsabilidad cualificada ha de partir del propio legislador. Así, en el caso de la portabilidad de contenidos, habría sido necesaria (evidentemente dentro de los límites de la protección de datos personales y de la razonabilidad) una mayor determinación de ciertos conceptos (*i. e.*, temporalidad, medios razonables). Por otro lado, es conveniente también repensar la propia responsabilidad general de los prestadores de servicios en el respeto de los intereses en juego. No olvidemos que en la actualidad la propia Comisión Europea está en proceso de elaborar una nueva directiva sobre los servicios digitales que pretende abordar, entre otras cuestiones, la problemática de las ventas pasivas en el entorno digital¹⁵.

Por último, reiterándonos, tanto el legislador como las autoridades de competencia no han de olvidar efectuar en sus actuaciones una real ponderación de los intereses en juego, debiendo proteger no solo los intereses de los consumidores sino también los intereses (y la justa remuneración) de los creadores de contenidos.

15 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_962.