

**CARACTERIZACIÓN DE CIERTOS SITIOS
DE INTERNET COMO SERVICIOS
DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

La Ley Unión Europea

Número 32 – Diciembre de 2015
pp. 1-8

ISSN: 2255-551X

(*Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, 30 de diciembre de 2015)

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

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

RESUMEN: La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha optado por una interpretación de la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual, cuyas normas han sido incorporadas al Derecho español mediante la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual, que favorece en determinadas circunstancias la calificación como prestador de servicios de comunicación audiovisual de sitios de Internet que incluyen, junto a otros contenidos, la puesta a disposición de vídeos, lo que presenta importantes implicaciones. La calificación de ese tipo de sitios de Internet como servicio de comunicación audiovisual puede resultar determinante de la exigencia de cumplir obligaciones adicionales, en concreto las que derivan del régimen jurídico previsto en relación con los servicios de comunicación audiovisual a petición.

PALABRAS CLAVE: sitios web, vídeos, servicios de comunicación audiovisual, Internet

ABSTRACT: The recent case-law of the Court of Justice of the EU has adopted an interpretation of Directive 2010/13/ on audiovisual media services that favours the inclusion, under certain circumstances, of websites having a section of short videos within the concept of audiovisual media service. Directive 2010/13/ has been implemented in Spanish law by Act 7/2010. The interpretation of the concept of audiovisual media service as including such websites has significant implications, particularly to the extent that those providers as subject to additional obligations.

KEYWORDS: website, videos, audiovisual media service, Internet

Caracterización de ciertos sitios de Internet como servicios de comunicación audiovisual

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

I. Introducción

La convergencia de medios derivada del desarrollo tecnológico de los últimos lustros ha condicionado la evolución de la legislación europea en materia audiovisual. Paradigma de esa convergencia y de la difuminación de los límites previamente existentes entre medios es la posibilidad de acceder desde los más variados dispositivos a emisiones o programas de televisión a través de Internet. Esta realidad va unida a la necesidad de delimitar el alcance de la normativa relativa a los servicios de comunicación audiovisual, como la televisión, para concretar en qué medida resulta aplicable a proveedores de contenidos a través de Internet. Se trata de una cuestión de indudable trascendencia para el régimen jurídico de muchos sitios web, en la medida en que condiciona que además de la normativa sobre servicios de la sociedad de la información deban cumplir disposiciones relativas a los servicios de comunicación audiovisual. En la Unión Europea el marco normativo básico de los servicios de comunicación audiovisual se halla contenido en la Directiva 2010/13/UE o Directiva de servicios de comunicación audiovisual (versión codificada), cuyas normas han sido en buena medida incorporadas al Derecho español mediante la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), objeto de reciente desarrollo por el Real Decreto 847/2015, de 28 de septiembre, por el que se regula el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual y el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad.

Singular importancia en este contexto presenta la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre, C-347/14, *New Media Online*, que constituye la primera ocasión en la que el Tribunal se ha pronunciado sobre la interpretación del concepto de servicio de comunicación audiovisual en dicha Directiva, precisamente en relación con las actividades del sitio de Internet de un periódico en línea que, junto a artículos de prensa incluía un apartado (subdominio) en el que se podía acceder a más de trescientos vídeos de corta duración y cuyo contenido eran “noticias en formato editorial” que en su mayor parte no guardaban relación con los artículos del periódico (aps. 8 y 9 de la sentencia). Las autoridades austriacas consideraron en relación con esos vídeos que el

titular del sitio web gestionaba un servicio de comunicación audiovisual a petición en el sentido de la Directiva, por lo que le exigieron el cumplimiento de las obligaciones previstas para tales prestadores en la legislación austriaca, en particular el deber de declarar sus actividades a las autoridades reguladoras antes de la entrada en servicio. En el marco del litigio surgido como consecuencia del recurso presentado por el titular del sitio web, el Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse acerca de en qué medida la inclusión de contenidos como esos en un sitio de Internet determinan que el titular sea considerado prestador de servicios de comunicación audiovisual. Pese a que en sus conclusiones el Abogado General había entendido que el criterio adoptado por las autoridades austriacas (favorable a la inclusión de un sitio web como el controvertido en la categoría de prestador de servicios de comunicación audiovisual) resultaba inadecuado y podía dar lugar a importantes inconvenientes (someter a numerosos operadores que explotan sitios web con contenidos audiovisuales a las exigencias de la Directiva, menoscabar la eficacia de la Directiva al pretender aplicarla de manera amplia sometiendo a controles administrativos demasiados aspectos del funcionamiento de muchos sitios web...), el Tribunal de Justicia opta por una interpretación de la Directiva que favorece, en determinadas circunstancias, la calificación como prestador de servicios de comunicación audiovisual de un sitio de Internet como el controvertido en el litigio principal. La sentencia resulta clave, por lo tanto, para delimitar el alcance de esa categoría en el Derecho de la UE, lo que reviste gran interés de cara a la exigencia de interpretación conforme con el Derecho de la UE de la legislación española en la materia, en particular teniendo en cuenta las deficiencias sobre este particular de la transposición llevada a cabo en España por la LGCA.

II. El concepto de servicio de comunicación audiovisual en la Directiva 2010/13/UE y su proyección sobre los sitios de Internet

Frente a la situación bajo la llamada Directiva Televisión sin Fronteras, el régimen codificado en la Directiva 2010/13/UE tiene un ámbito de aplicación más extenso que pretende regular el conjunto de los servicios de comunicación audiovisual y no sólo servicios emitidos a través de ciertas vías (con o sin cable, por tierra o por satélite). Esta evolución obedeció al deseo de establecer un marco normativo tecnológicamente neutral adecuado a la situación creada por la convergencia tecnológica. Conforme al artículo 1.1.a) Directiva 2010/13/UE, el concepto «servicio de comunicación audiovisual» significa un servicio cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio de comunicación y cuya principal finalidad es proporcionar programas, con objeto de informar, entretener o educar al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas. La primera de las dos cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia en el asunto *New Media Online* tiene por objeto aclarar si el concepto de “programa” –definido en el art. 1.1.b) de la Directiva-

comprende la puesta a disposición en un subdominio del sitio de Internet de un periódico de vídeos de corta duración sobre noticias. La segunda va referida a cómo debe determinarse cuándo un sitio de Internet tiene como principal finalidad el proporcionar contenidos audiovisuales, lo que constituye también un presupuesto para ser calificado como proveedor de servicios de comunicación audiovisual.

Para delimitar los servicios de comunicación audiovisual la Directiva parte de que incluyen las emisiones televisivas y otros servicios típicamente ofrecidos a petición que presentan rasgos comunes a los tradicionales contenidos televisivos, pero los conceptos que utiliza la Directiva pueden generar cierta incertidumbre acerca de en qué medidas algunos servicios relativos a contenidos audiovisuales en Internet constituyen servicios de comunicación audiovisual a los efectos de la Directiva. La Directiva aclara que el servicio de comunicación audiovisual puede ser «una emisión de radiodifusión televisiva» -que, entre otros servicios, incluye la televisión analógica y la digital y la emisión en directo en tiempo real por Internet o webcasting - o bien «un servicio de comunicación audiovisual a petición». Obviamente estos últimos son servicios diferentes de la emisión de radiodifusión televisiva, que permiten al destinatario del servicio seleccionar el momento en que desea acceder a los contenidos, con frecuencia son prestados a través de Internet y también se hallan comprendidos en el concepto de servicio de comunicación audiovisual de la Directiva.

De los considerandos 21 a 28 del Preámbulo de la Directiva resulta que la definición de servicios de comunicación audiovisual engloba únicamente servicios que sean medios de comunicación de masas, en el sentido de estar destinados a una parte significativa del público en general y poder tener un claro impacto sobre él. En la medida en que quedan excluidas actividades que no son fundamentalmente económicas ni entran en competencia con la radiodifusión televisiva, el Preámbulo aclara que no incluye “los sitios web de titularidad privada” (traducción poco precisa de la expresión inglesa *private websites*) “y los servicios consistentes en la prestación de servicios o distribución de contenido audiovisual generado por usuarios privados con el fin de compartirlo e intercambiarlo entre grupos de interés». Se trata de precisiones destinadas a dejar claro que el concepto de servicios de comunicación audiovisual no abarca típicamente contenidos audiovisuales creados y difundidos por usuarios de ciertos sitios de Internet que hacen posible la distribución o el intercambio de contenido audiovisual generado por usuarios privados -como, por ejemplo, el modelo de negocio tradicional de YouTube- ni los prestados en el marco de servicios que no son actividades económicas, como el caso de los sitios web de uso particular, en el sentido de que no se integran en el marco de una actividad económica. A este respecto, resulta de interés la precisión incluida en las conclusiones del Abogado General en el sentido de que la delimitación de cuándo un servicio tiene naturaleza económica, como presupuesto de su consideración como servicio de comunicación audiovisual puede resultar compleja. Por una parte, páginas en principio realizadas al margen de cualquier actividad profesional o empresarial pueden incluir publicidad de pago convirtiéndose en una fuente de ingresos

para sus creadores, al tiempo que sitios que en principio incluyen contenidos generados por usuarios cada vez más incluyen canales profesionales o *branded channels* que no son contenidos creados por los usuarios (apartado 39 de las conclusiones del Abogado General). Por otra parte, el Preámbulo de la Directiva determina también que, en la medida en que la definición excluye todos los servicios cuyo principal objeto no sea proporcionar programas, no comprende «aquellos cuyo contenido audiovisual sea meramente incidental y no constituya la finalidad principal». Como ejemplos de este tipo de situaciones menciona «los sitios web que contienen elementos audiovisuales con una función exclusivamente auxiliar, elementos gráficos animados, pequeños anuncios publicitarios o información relacionada con un producto o servicio no audiovisual». Aclara también el Preámbulo que la Directiva no debe aplicarse a las versiones electrónicas de periódicos y revistas (cdo. 28).

III. Consecuencias de la consideración como prestador de servicios de comunicación audiovisual

La Directiva de servicios de comunicación audiovisual establece una armonización de mínimos, lo que resulta determinante de que las obligaciones impuestas puedan variar según los Estados miembros. Con respecto al régimen jurídico de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, la Directiva establece el principio de libre prestación de servicios en el ámbito del EEE, pero admite que los Estados miembros impongan a los prestadores bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas en los ámbitos regulados por la Directiva. Ciertas obligaciones son aplicables a todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, entre las que se incluyen: el deber de suministrar cierta información a los receptores del servicio (art. 5), la prohibición de incluir incitaciones al odio por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad (art. 6), los requisitos que deben cumplir las comunicaciones comerciales audiovisuales (art. 9), el régimen de los servicios o programas patrocinados (art. 10) y la prohibición del emplazamiento de producto salvo que concurran ciertas circunstancias (art. 11).

A diferencia de lo que sucede con el régimen de los servicios de radiodifusión televisiva, objeto de una regulación detallada (arts. 14 a 29 de la Directiva), las disposiciones aplicables únicamente a los servicios de comunicación audiovisual a petición tienen un alcance regulador muy limitado, pues se ciñen a la adopción de medidas que aseguren que los menores no accederán a los servicios de comunicación audiovisual a petición que puedan dañar gravemente su desarrollo (art. 12), así como al fomento de las obras europeas (art. 13). Ahora bien, habida cuenta del carácter de armonización de mínimos de las normas de la Directiva sobre servicios de comunicación audiovisual a petición, no es extraño en la práctica que la consideración como servicio audiovisual a petición tenga como consecuencia en virtud del contenido

de las legislaciones nacionales que el prestador de servicios deba registrarse y quede sometido a obligaciones administrativas adicionales como el pago de una tasa o una obligación de declaración (ap. 30 de las conclusiones del Abogado General, con referencia a la situación en Francia y Reino Unido, además de la que se desprende del litigio principal en Austria). En consecuencia, la eventual consideración de un sitio web que como servicio de comunicación audiovisual a petición resulta determinante de la aplicación de esos requisitos adicionales.

En el caso de España, destaca la adopción del Real Decreto 847/2015, de 28 de septiembre, por el que se regula el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual y el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2015). Conforme a su artículo 2, el Real Decreto es de aplicación a todos los servicios de comunicación audiovisual de cobertura estatal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.3 de la LGCA. En virtud del artículo 4.2 del RD 846/2015, “la prestación de servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal que no se presten mediante ondas hertzianas terrestres requerirá la comunicación al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, fehaciente y con carácter previo al inicio de la actividad, de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente”. Ciertamente, el artículo 5 regula la forma de realizar la comunicación previa mediante la aplicación del registro electrónico.

IV. La delimitación de los servicios de comunicación audiovisual en la sentencia *New Media Online*

1. Concepto de programa

Con respecto a si la puesta a disposición de vídeos en un sitio de Internet constituye un programa a los efectos de que esa actividad pueda ser considerada un servicio de comunicación audiovisual, el Tribunal considera, con base en la definición de programa del artículo 1.1.b) de la Directiva, que lo determinante a esos efectos es la comparabilidad de las secuencias de vídeo con la forma y el contenido de la radiodifusión televisiva, sin que sea exigible que la compilación de vídeos del sitio web sea comparable a un horario de programación o un catálogo completo de un operador de radiodifusión televisiva (ap. 19), ni sea relevante el que los vídeos disponibles en el sitio web sean sólo de corta duración. Habida cuenta de que es característico de los servicios de comunicación audiovisual a petición (o no lineal) el que el visionado de programas tenga lugar en el momento elegido por el espectador y a petición individual, el Tribunal considera que la modalidad de acceso y selección de los vídeos del sitio web por parte del internauta pueda ser considerado un servicio de comunicación audiovisual tratándose de vídeos dirigidos al público en general (ap. 21).

El régimen previsto para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual obedece al interés en aplicar reglas comunes a operadores que puede competir por la misma audiencia, como ocurre entre ciertos sitios web con contenidos audiovisuales y la televisión tradicional. Por ello, valorar si esa circunstancia concurre en un sitio web es relevante al apreciar si los vídeos constituyen un programa a efectos de la Directiva. En el caso concreto, el Tribunal pone de relieve cómo parte de los vídeos son producidos por una radiodifusor que también los tiene accesibles en su sitio web, por lo que ambos sitios pueden encontrarse en una relación de competencia. El Tribunal concluye que el concepto de “programa”, a efectos de que la actividad desempeñada por el prestador sea considerada un servicio de comunicación audiovisual, sí “comprende la puesta a disposición, en un subdominio del sitio de Internet de un periódico, de videos de corta duración que corresponden a secuencias cortas extraídas de noticias” (ap. 24).

2. ¿Cuándo la principal finalidad de un sitio web es proporcionar contenidos audiovisuales?

Teniendo en cuenta lo habitual que resulta la presencia en los sitios de Internet de contenidos audiovisuales como vídeos, susceptibles eventualmente de ser considerados programas de acuerdo con lo recién señalado, resulta de gran importancia concretar cuándo se considera que un sitio web tiene como finalidad principal proporcionar contenidos audiovisuales, pues sólo en tal caso podrá ser considerado un servicio de comunicación audiovisual conforme al artículo 1.1.a) de la Directiva 2010/13. En primer lugar, el Tribunal constata que la versión electrónica de un periódico, pese a la presencia de elementos audiovisuales, no debe ser considerada un servicio de comunicación audiovisual “cuando tales elementos sean incidentales y sirvan únicamente para completar la oferta de los artículos de prensa escrita” (ap. 26 de la sentencia), habida cuenta de que el Preámbulo de la Directiva expresamente excluye las versiones electrónicas de periódicos y revistas de su ámbito de aplicación.

Ahora bien, cuando una sección de vídeos de un sitio de Internet cumpla los requisitos para ser considerado un servicio de comunicación audiovisual, el que se ofrezca en el marco de un sitio de Internet de un periódico no debe afectar a su calificación como servicio de comunicación audiovisual (ap. 28). En consecuencia, el Tribunal considera necesario un análisis casuístico en el que prime un enfoque material consistente “en examinar si el servicio de que se trate, como tal e independientemente del marco en el que se ofrece, tiene como principal finalidad proporcionar al público en general programas con un propósito de información, de entretenimiento o de educación” (ap. 33). Por ello, no resulta determinante a estos efectos cuál es la condición del operador (por ejemplo, si es editor de un diario en línea) ni tener en cuenta la totalidad de los servicios que proporciona al ponderar cuál es la principal finalidad en relación con una parte del sitio que tiene un contenido y una función autónomos, como puede ser

un espacio dedicado a vídeos en la página web de la versión electrónica de un periódico.

Resulta determinante cuál es el contenido ofrecido por el prestador, con independencia de que represente un elemento menor en el conjunto del sitio de Internet o la totalidad de su oferta (ap. 32). Por lo tanto, si un sitio de Internet tiene una parte separable del resto dedicada a vídeos, la consideración como prestador de servicios audiovisuales puede ir referida sola a esta última. En el caso de los periódicos en línea, para valorar cuándo se trata de una parte separable (susceptible de ser considerada servicio de comunicación audiovisual), el Tribunal destaca la necesidad de considerar si los vídeos tienen una función y un contenido autónomos con respecto a los de la actividad periodística de quien explota el sitio de Internet o si constituyen “un elemento auxiliar indisoluble de la actividad periodística del editor, particularmente por los vínculos que unen la oferta audiovisual con la textual.” Sólo en el primer caso el servicio sería considerado como comunicación audiovisual.

V. Referencia al Derecho español

El concepto de servicio de comunicación audiovisual del artículo 1.1.a) de la Directiva coincide con el que proporciona el primer párrafo del artículo 2.2 LGCA, si bien la LGCA parece utilizar un concepto de programa en parte más reducido que el de la Directiva. La LGCA divide los programas audiovisuales entre programas de televisión y programas de radio y proporciona una definición de los primeros más estricta que la incluida en la Directiva 2010/13/UE, pues la definición de ésta, como resulta determinante en la sentencia *New Media Online*, abarca todo programa «cuya forma y contenido son comparables a la forma y el contenido de la radiodifusión televisiva», lo que debe ser tenido en cuenta al interpretar la LGCA de conformidad con la Directiva y puede ser determinante de la inclusión en su ámbito de aplicación de ciertos contenidos audiovisuales difundidos a través de Internet.

En contraste con la Directiva, el legislador español en la LGCA opta por no emplear la expresión «servicios de comunicación audiovisual a petición», entendido como un servicio de comunicación audiovisual no lineal o «un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación» -art. 1.1.g) Directiva 2010/13/UE-. Para valorar la aplicación de la LGCA a los que la Directiva denomina servicios de comunicación audiovisual a petición y, por lo tanto, el régimen aplicable a quienes normalmente difunden contenidos audiovisuales a través de Internet -sin ser propiamente prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva o radiofónica- debe tenerse en cuenta el régimen que la LGCA establece para los que denomina prestadores «de un servicio de catálogo de programas», a los que concibe como «la persona física o jurídica reconocida

como prestador de servicio de comunicación audiovisual en la modalidad de "comunicación audiovisual a petición" que, directa o indirectamente, ofrece bajo demanda de clientes minoristas el visionado de películas cinematográficas, películas para televisión y series para televisión en un reproductor fijo, portátil o móvil con acceso a redes de IP».

En todo caso, este término debe ser interpretado de conformidad con la Directiva a la luz de lo establecido ahora en la sentencia *New Media Online*, lo que ha de llevar a la inclusión en el mismo típicamente de quién en ésta reúne la condición de prestador de servicios de comunicación audiovisual a petición, para asegurar el respeto en España a la armonización de mínimos establecido en la Directiva. Por ello, la sentencia *New Media Online* y su delimitación del término servicio de comunicación audiovisual a petición acentúan la importancia de las carencias que presenta la transposición en la LGCA de las normas de la Directiva relativas a los servicios de comunicación audiovisual a petición (acerca de tales carencias, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 5ª ed., Thomson-Reuters-Civitas, 2015, esp. pp. 140-143).

Por otra parte, la delimitación de la categoría de prestador de servicios de comunicación audiovisual conforme a la Directiva también resulta relevante con respecto a la normativa de desarrollo de la LGCA, como el mencionado Real Decreto 847/2015, sin perjuicio de que España no esté obligada por la Directiva a establecer respecto de tales prestadores obligaciones que vayan más allá de las previstas en la armonización de mínimos.