



Universidad de Valladolid
Facultad de Derecho
Grado en Derecho

**Los prestadores de servicio de
comunicación audiovisual en el
Derecho Internacional Privado de la
UE**

Presentado por:

Irene García Martínez

Tutelado por:

Antonio Adrián Arnaiz

Valladolid, Julio 2016

1. **INTRODUCCIÓN: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA NEW MEDIA ONLINE, UN PASO REAL HACIA LA CREACIÓN DE UN MERCADO ÚNICO DE SERVICIOS.**
2. CONCEPTO Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA UE.
 - 2.1 Concepto.
 - 2.2 Ámbito de aplicación.
 - 2.3 La sentencia de TJUE Alpine Investment de 10 de Mayo de 1995.
 - 2.4 El lugar del establecimiento del prestador de servicios en la Directiva 20007317CE.
3. LOS SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL EN LA DIRECTIVA 2010/13/CE.
 - 3.1 La Directiva 89/552/CE “Televisión sin fronteras”.
 - 3.2 La Directiva 97/36/CE “Radiodifusión televisiva”.
 - 3.3 La Directiva 2007/65/CE “Directiva de Servicios de medios audiovisuales sin fronteras”.
 - 3.4 La Directiva 2010/13/CE “Servicios de Comunicación Audiovisual”.
4. LOS CONCEPTOS DE “PROGRAMA” Y “SERVICIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL” DE LA SENTENCIA NEW MEDIA ONLINE.
 - 4.1 Concepto de Programa.
 - 4.2 Concepto y fines de Servicio de Comunicación Audiovisual en la UE.
5. LA PRINCIPAL FINALIDAD DE UN SERVICIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.
 - 5.1 La perspectiva del TJUE.
 - 5.2 La perspectiva del Abogado General.
6. LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DEL SERVICIO.
 - 6.1 Concepto y clases de prestadores de servicios.
 - 6.2 Responsabilidad en Internet.
 - 6.3 La creación de una zona de exención de responsabilidad.
 - 6.4 El régimen de los prestadores de servicios de intermediación.

- 6.4.1 *La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación: contenidos propios o de terceros.*
 - 6.4.2 *Posición de la jurisprudencia respecto al contenido efectivo.*
 - 6.5 El régimen de la prensa.
 - 6.6 Régimen de responsabilidad del empresario.
 - 6.7 La responsabilidad por los enlaces y los instrumentos de búsqueda.
 - 7. LA REFORMA DE LA DIRECTIVA 2010/13/CE.
 - 7.1 La legislación española audiovisual.
 - 7.1.1 *Ley General de Comunicación Audiovisual.*
 - 7.1.2 *Real Decreto 847/2015.*
 - 7.2 La Propuesta por la que se modifica la Directiva 2010/13/CE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

RESUMEN.

El objetivo fundamental del presente Trabajo Fin de Grado (TFG) es analizar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de octubre de 2015, pues, es la primera sentencia del TJUE en posicionarse de forma clara y rotunda sobre el papel y las funciones de la Directiva 2010/13/UE relativa a los Servicios de Comunicación Audiovisual.

Por esta razón en relación con la aparición de nuevos medios de comunicación audiovisual en línea, el TFG analiza las razones que llevan al TJUE a calificar como servicio de comunicación audiovisual a los sitios de Internet que incluyan, entre sus páginas, contenidos audiovisuales.

En este contexto, el TFG concluye con un análisis de las repercusiones que trae consigo la mera calificación como servicios de comunicación audiovisual en la UE, y las consecuencias que llevan aparejadas las exigencias de determinadas obligaciones aplicadas a los servicios de comunicación audiovisual a petición.

PALABRAS CLAVE: servicio de comunicación audiovisual, Internet, prestadores de servicios, sitios web, subdominio, responsabilidad en línea.

ABSTRACT:

The essential Final Undergraduate Project aim is to analyze the Court of Justice of the European Union, October 21, 2015 judgement, because is the first judicial sentence to take up a stance clearly and decisive about the Directive 2010/13/UE relative to Audiovisual communication services.

It's for these reason that the Final Undergraduate Project evaluate the CJEU motives to describe as audiosivual communication services the websites that comprise, between their pages, audivisual contents.

In this context, the Final Undergraduate Project come to an end with a study about the impact that bring about by the rating as european audiovisual communication services, and the consequences associated to especifics obligations.

KEY WORDS: Audiovisual communication services, Internet, Provider services, Website, Sub-domain, Internet responsibility.

1. INTRODUCCIÓN: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA NEW MEDIA ONLINE, UN PASO REAL HACIA LA CREACIÓN DE UN MERCADO ÚNICO DE SERVICIOS.

El objeto central del presente Trabajo de Fin de Grado (TFG) es el análisis en profundidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) New Media Online, de 21 de Octubre de 2015, en orden a delimitar con precisión el papel y la responsabilidad de los prestadores de servicio audiovisual en el Derecho Internacional Privado (DIPr) de la Unión Europea (UE).

Dicho análisis se basará en el estudio de las siguientes seis cuestiones relevantes de la sentencia New Media Online del TJUE para el sistema de Derecho internacional privado.

La primera cuestión se refiere al concepto y el ámbito de aplicación material de la libre prestación de servicios en la UE. En este contexto analizaremos algunos de los antecedentes de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la libre prestación de servicios en la UE.

La segunda cuestión hace referencia al análisis de los elementos de la definición del servicio de comunicación audiovisual en la Directiva 2010/13/CE, así como su estructura jurídica y fundamentos.

La tercera cuestión se basa en un análisis concreto y en detalle de los conceptos jurídicos de “programa” y “servicios de comunicación audiovisual” en la sentencia New Media Online, ofreciendo a este respecto una visión detallada de cada uno de dichos conceptos en las Conclusiones del Abogado General Szpunar y en la propia sentencia.

La cuarta cuestión versa sobre el alcance normativo de la determinación de la principal finalidad de un servicio de comunicación audiovisual, en particular la naturaleza jurídica de dicha finalidad en el sistema de la UE.

La quinta cuestión alcanza la responsabilidad del prestador de servicios en las relaciones intracomunitarias.

Y, por último, la sexta cuestión consiste en una reflexión sobre la reforma que se ha llevado a cabo la Comisión Europea de la Directiva 2010/13/UE y de las funciones que juega la legislación española en el entramado legislativo y jurisprudencias de la comunicación audiovisual en la UE.

La cuestión prejudicial que dio origen al caso New Media online tiene su objeto en que un demandante, New Media Online GMBH, sociedad de derecho austriaco, explotaba a través

de Internet un periódico online “Tiroler Tageszeitung Online”. Al tratarse de un periódico digital primaba en su sitio webs artículos de prensa escrita y además contaba con un espacio que contenía un subdominio, es decir, un acceso directo que redirigía a otra página web la cual contenía más de trescientos videos a través de un apartado de búsqueda.

En cuanto al contenido de los videos eran muy variados, desde acontecimientos locales, encuestas sobre temas de actualidad, tráiler de películas etc. La duración de los videos iba desde unos 30 segundos a varios minutos. Una parte de estos videos eran producidos por Tirol TV, una radiodifusión regional, a la cual se podía acceder a través de su propia web. Dichos videos se alejaban de los contenidos en el periódico digital.

La autoridad austriaca declaró que el periódico online gestionaba a través de dicho enlace un servicio de comunicación audiovisual, y de esta forma el periódico online estaba obligado a su comunicación según la legislación austriaca, ya que consideraba que la principal finalidad era proporcionar programas con el objeto de informar o entretener.

El tribunal austriaco reguladora de comunicación (KommAusstria) consideró que el citado subdominio de videos quedaba incluido en el ámbito de aplicación de la AMD-G y sus exigencias normativas ya que se consideró como un servicio de comunicación audiovisual a petición.

Se interpuso recurso ante el tribunal austriaco competente (Bundeskommunikationssenat) objetando la resolución del tribunal austriaco (KommAusstria), el cual fue desestimado.

A pesar de que el recurso fue desestimado, se interpuso recurso ante el tribunal austriaco Verwaltungsgerichtshof. En dicho recurso se alegó que los contenidos a los que se accedía a través del enlace directo era un simple complemento al sitio web principal y en ningún caso revestía la forma de servicio de comunicación audiovisual. De esta forma entienden que el contenido que ofrecen dichos videos no puede compararse con la radiodifusión televisiva.

Así el órgano jurisdiccional de remisión se pregunta, en primer lugar, si los videos que se ofrecían pueden considerarse como “programas”, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 13/2010/CE, y si se debe incluir en el sentido de la puesta a disposición, a través de un enlace en una página web de un periódico online, de videos de corta duración que

corresponden a secuencias cortas extraídas de noticias locales, deportivas o de entretenimiento.¹

Y en segundo lugar, el TJUE se pregunta cuáles son los criterios de los que se debe partir para determinar la principal finalidad de un servicio de puesta a disposición de videos ofrecidos en el marco de un periódico online.²

La importancia del presente TFG radica en que, actualmente, la mayor parte de periódicos y revistas cuentan con su versión electrónica donde no sólo transcriben los artículos impresos, sino que hay un amplio contenido audiovisual. De este modo, un objetivo del TFG será analizar la necesidad de una regulación clara a la hora de determinar el alcance de la Directiva 2010/13/CE sobre estos prestadores de servicios.

¹ ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, letra b) de la directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), en el sentido de que puede concluirse que existe la similitud requerida en cuanto a la forma y el respecto de radiodifusiones televisivas, cuando este tipo de servicios también se ofrece en radiodifusiones televisivas que pueden considerarse medios de comunicación de masa, que estén destinados a una parte significativa del público en general y que puedan tener claro impacto sobre él?

² ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), en el sentido de que en el caso de las versiones electrónicas de periódicos, a la hora de examinar la finalidad principal de un servicio ofrecido, puede considerarse aisladamente una parte en la que se pongan a disposición de forma conjunta predominantemente videos breves que en otras secciones sólo se utilizan para completar artículos de diario en línea?

2. CONCEPTO Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA UE.

2.1. Concepto.

Tal y como establece el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el concepto de derecho de establecimiento (DE); y en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con la libre prestación de servicios (LS); se puede definir el DE y LS, en el contexto del Derecho de la UE, como:

“El derecho o libertad económica que tiene todo nacional de un Estado miembro de la UE a desplazarse de un Estado Miembro a otro Estado miembro con la finalidad de ejercer una actividad económica no asalariada”².

En dicha definición nos encontramos descrita mejor la idea de DE, expuesta en el artículo 49 del TFUE, que la idea de LS del artículo 56 del TFUE, siendo ésta, mucho más compleja en el ordenamiento jurídico de la UE.³

El DE y LS, definida de esa forma, lleva aparejado tres ideas básicas las cuales acortan su ámbito de aplicación.

El concepto de DE y LS, así enunciados, podemos ver que se trata de un mismo derecho subjetivo económico, o lo que es lo mismo, una única libertad económica de circulación; pero en lo que concierne a su ejercicio tiene dos modalidades de actuación diferentes y relegados entre sí: dos modalidades que son objeto de regulación en el TFUE de manera separada y con características normativas variadas, siendo más rigurosas las que se refieren al DE que las impuestas al LS⁴.

El DE alcanza su efectividad con carácter permanente en un Estado Miembro (en adelante EM) y para el ejercicio de una actividad económica no asalariada; en cambio, la LS conlleva una presencia discontinua del prestador del servicio en el ejercicio de una actividad económica no asalariada, es decir, el prestador de servicios está establecido en un Estado distinto del Estado destinatario del servicio.

³ Véase, ADRIÁN ARNAIZ, Antonio. Libre circulación de personas, servicios y capitales. Políticas Comunitarias: Bases Jurídicas. (Dir: A. Calonge). Tirant lo Blanch. Lex Nova. Valladolid. .20023. Pg 96 y ss.

⁴ Véase, ADRIÁN ARNAIZ, Antonio. El sistema general de reconocimiento de títulos universitarios que sancionan formaciones profesionales. La libre circulación de profesionales liberales en la CEE.(Dir: Justino Duque Domínguez). Centro de Documentación Europea de la Universidad de Valladolid. Valladolid. 1991. Pg 31 y ss.

De la misma manera podemos ver que hay zonas intermedias entre el DE y la LS, donde el elemento que las diferencia es la actividad económica, dejando de lado el carácter permanente de la presencia en el Estado destinatario del servicio.

Así podemos ver que la libre circulación que aparece mencionada en el artículo 49 del TFUE se referencia a la libre circulación de personas de un Estado a otro, mientras que el artículo 56 del TFUE hace referencia a la libre circulación de servicios sin importar cuál sea el lugar en el que reside el receptor del servicio⁵.

2.2 Ámbito de aplicación.

El ámbito de aplicación abarca a las actividades económicas no asalariadas consistentes en la prestación de un servicio⁶.

Así en el ámbito material nos encontramos con dos elementos normativos: el primer elemento es la idea de actividad económica no asalariada.

El carácter no asalariado de la actividad económica se distingue de forma negativa, dado que el TJUE identifica en su numerosa jurisprudencia el núcleo de las actividades asalariadas o la libre circulación de trabajadores, para señalar, que el resto de actividades son calificadas como actividades económicas no asalariadas, es decir, el DE y LS.

De esta forma, todos los sectores de la vida económica de los Estados Miembros de la UE están eximidos y sometidos a las reglas del libre acceso al Mercado Interior comunitario, siempre que el TFUE no indique lo contrario.

No debemos pasar por alto que el DE sirve a los objetivos de las actividades económicas permanente por cuenta propia; mientras que, la LS sirve a la meta de las actividades económicas temporales y por cuenta propia.

En cuanto al segundo elemento, la idea de actividad económica no asalariada se plasma en dos ideas fundamentales, a partir de la necesidad establecida en la ley de la tenencia o no de un título universitario para el ejercicio de una actividad económica:

El primer bloque, sin necesidad de tenencia de un título universitario para el ejercicio de una actividad económica, se compone:

⁵ Véase, ADRIÁN ARNAIZ, Antonio. Libre circulación de personas, servicios y capitales. Políticas Comunitarias: Bases Jurídicas. (Dir: A. Calonge). Tirant lo Blanch. Valencia.2013. Pg 122 y ss.

⁶Véase, RÍO PASCUAL. Amparo. Las libertades comunitarias: libre circulación de personas y servicios. Lecciones de Derecho Comunitario Europeo. (Dir: V.Abellán.B Vilá-A.Olesti). Barcelona. 2011. Pg 257 y ss.

- Actividades mercantiles
- Actividades administrativas
- Actividades comerciales, agrícolas, industriales, artesanales.⁷

El segundo bloque, con necesidad de título universitario para el ejercicio de una actividad económica, se compone⁸:

- Profesionales liberales⁹.

2.3 La sentencia Alpine Investment.

La sentencia del TJUE de 10 de Mayo de 1995 hace referencia a la aplicación del artículo 59 del TCE Maastricht, artículo 56 del TFUE de Lisboa. El problema principal se centraba en la prohibición de la práctica denominada cold calling, esto es, las llamadas telefónicas no solicitadas, para las ventas de diversos servicios financieros¹⁰.

Para llegar a entender la interpretación que hizo el TJUE tenemos que decir, que dicho artículo 59 del TCE debe entenderse su aplicación, en el sentido de que son los servicios que un prestador ofrece por teléfono a los destinatarios potenciales establecidos en otro EM¹¹. Así el TJUE señala que: la aplicación de las disposiciones en materia de libre prestación de servicios no está supeditada a la previa existencia de una relación entre un prestador y un destinatario determinado.

Del mismo modo, el TJUE señaló que el artículo 59 del TCE se refiere tanto a las restricciones impuestas por el Estado de acogida como a las impuestas por el Estado de origen, aun cuando estas medidas sean de aplicación general, no sean discriminatorias y no

⁷Véase, ADRIÁN ARNAIZ, Antonio-FONSECA MORILLO-Francisco. El Mercado Interior: Aspectos Jurídicos. La Integración Económica Europea: Curso Básico. (Coord: I. Vega Moco-roa). 2ª Ed. Lex Nova. Valladolid. 1998. Pg 188.

⁸ Véase, ADRIÁN ARNAIZ, Antonio. Libre circulación de personas, servicios y capitales. Políticas Comunitarias: Bases Jurídicas... op. Cit. Pg 123.

⁹ Véase, ADRIÁN ARNAIZ, Antonio. Nuevas perspectivas legales en el derecho de establecimiento de abogados en la Comunidad Europea. Noticias de la Unión Europea. 1996. Diciembre. Nª 143. Pg 33 y ss.

¹⁰ Véase, ADRIÁN ARNAIZ, Antonio. Libre circulación de personas, servicios y capitales. Políticas Comunitarias: Bases Jurídicas. (Dir: A. Calonge). Tirant lo Blanch. Valencia.2013. Pg 122 y ss.

¹¹Véase, Sentencia del TJUE de 10 de Mayo de 1995: Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el artículo 59 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que comprende los servicios que un prestador ofrece por teléfono a destinatarios potenciales establecidos en otros Estados miembros y que presta sin desplazarse desde el Estado miembro en el que está Establecido.

tengan por objeto o como efecto otorgar una ventaja frente a los prestadores de servicios de otros EM.

De tal forma debemos entender que la prohibición de ponerse en contacto por teléfono con clientes que se encuentran en otro Estado Miembro, sin su previo consentimiento, pueden constituir un obstáculo a la libre prestación de servicios, el cual supone una restricción para los operadores afectados, dado que se puede considerar, como una técnica rápida y directa de publicidad y toma de contacto.

2.4 El lugar del establecimiento del prestador de servicios en la Directiva 2000/31/CE.

Partiremos de la idea que estableció el TJUE en la sentencia Comisión c. Italia, de 13 de Febrero de 2003, en la cual se definió las nociones básicas del ejercicio permanente y del ejercicio temporal a efectos del DE y la LS dentro del ámbito de la UE. Esta sentencia (entre otras) fundamenta la nueva visión del Mercado Interior realizada por el TJUE en los primeros años del siglo XX¹².

Así mismo, el TJUE señaló la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado Miembro distinto de su Estado de origen, dentro del concepto de establecimiento permanente.

Por el contrario, el carácter temporal de una actividad económica, implica que la participación del propio interesado en la vida económica del EM de acogida no tenga carácter estable y continuo.

De este modo, en relación con la jurisprudencia del TJUE, se tiene que determinar el lugar del establecimiento del prestador del servicio cuando dicho establecimiento la realización de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un periodo de tiempo indefinido.

El requisito de establecimiento se cumple cuando se constituye una sociedad durante un periodo determinado, en el caso de que la sociedad que proporciona servicios mediante un sitio de Internet, el lugar de establecimiento es el lugar donde se desarrolla la actividad económica.

¹² Véase, OLIVER, P. Recent trends in the case-law of the Court of Justice: The Internal Market. Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2008-2011) (Dir: R. Díez-Hothleiner Rodríguez). Madrid. 2012. Pg 776-777.

Así, debemos señalar que el establecimiento no es donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se pueda acceder al sitio.

Si el prestador de servicios tuviera varios establecimientos, el lugar de prestación del servicio para un caso dado, será en lugar en el que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio dado¹³.

¹³ Véase, ADRIÁN ARNAIZ, Antonio. Libre circulación de personas, servicios y capitales. Políticas Comunitarias: Bases Jurídicas. (Dir: A. Calonge). Tirant lo Blanch. Valencia.2013. Pg 122 y ss.

3 LOS SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL EN LA DIRECTIVA 2010/13/CE.

3.1 La Directiva 89/552/CE “Televisión sin Fronteras”.

A finales del decenio de 1980 con la aparición de las emisiones satélites surge una manera de entender el concepto de Televisión, y la política que mantenía la UE no podían ser igual que el sistema tradicional de la Televisión, en el cual cada Estado mantenía su soberanía. Es en este momento donde las fronteras se desdibujan y las políticas del sector público y privado se entrecruzan.

Así nace la directiva Televisión sin Fronteras (89/552/EEC)¹⁴, y con ella la posibilidad de creación de un mercado único de servicios, se establece la capacidad de éstos para operar a través de las fronteras al igual que la tienen los proveedores de servicios. En dicha directiva se estableció el libre movimiento de las transmisiones desde un EM a otro EM.

Las normas previstas referentes a la competencia de los distintos EM sobre los organismos de radiodifusión aseguraban que todo organismo debía de estar sujeto a la legislación y a las autoridades reguladoras de un único Estado Miembro¹⁵.

Se adoptó como pilar básico el principio “país de origen”, según el cual, los EM tienen la obligación de asegurar la libertad de recepción, sin limitar las retransmisiones en su territorio de programas de televisión elaboradas en otros EM¹⁶.

Además la Directiva regula unas exigencias mínimas que deben cumplir, entre ellas, un canal que cuente con la licencia en un EM y que garantice el cumplimiento de un contenido mínimo garantizado por la Directiva no puede ser bloqueado por otro EM.

Además de fijar los límites en materia de publicidad, patrocinio y televenta, de protección de menores y del orden público, y estableció el derecho de réplica.

3.2 La Directiva 97/36/CE “Radiodifusión televisiva”.

La primera reforma se adoptó el 30 de Junio de 1997 dando pie a la directiva 97/36/CE¹⁷, lo que pretendió dicha directiva era dotarla de mayor seguridad jurídica y actualizar los mecanismos de control. Además se dio la posibilidad de que los EM retransmitieran

¹⁴ Publicada en el DO L 298 de 17 de Octubre de 1989.

¹⁵ Conclusiones del Abogado General- Asunto C- 347/14.

¹⁶ GRETEL 2006, Cátedra COIT-UPM. “La revisión de la Directiva de Televisión sin Fronteras”. Revista Bit N° 158; Agosto- Sept. 2006. Pág. 53.

¹⁷ Publicada en el DO L 202 de 30 de Julio de 1997.

acontecimientos, y su retransmisión no quedase reservada con exclusividad a las cadenas de pago.

La primera novedad que introduce es el procedimiento para determinar qué Estado es responsable de cada cadena de televisión.

De esta manera el EM responsable de las cadenas de televisión será el del lugar donde se encuentre la sede central y donde se adopten las decisiones relativas a la programación.

Con la nueva versión se permite al público acceder libremente a la retransmisión de los acontecimientos considerados importantes para la población. Del mismo modo que se permite a los EM la creación de una lista cerrada y modificable de los acontecimientos que se debían emitir sin codificar, independientemente de que las cadenas privadas de pago tengan derechos exclusivos.

El desarrollo de Internet, se convierte en un nuevo soporte, tanto por la accesibilidad a sus contenidos de los usuarios, como a la múltiple información que recoge. Es justo en este momento, donde se produce un desajuste en el mercado de los servicios audiovisuales.

3.3 La Directiva 2007/65/CE “Servicios de medios de comunicación sin fronteras”.

La última versión que se dio a la Directiva de 1989 fue la revisión que se hizo en diciembre de 2007¹⁸. El mayor obstáculo que presentó fue la adaptación de la Directiva ya existente a la evolución que se había producido en el ámbito de los medios de comunicación audiovisual, para así, establecer un marco regulatorio más moderno y flexible.

Lo novedoso que nos ofrece esta Directiva consiste en agrupar todos los contenidos audiovisuales sin importar el soporte o la tecnología utilizada para su difusión. Supuso una novedad, ya que por primera vez, no importa el tipo de red, la tecnología, el carácter público o privado de la comunicación o el agente proveedor del servicio¹⁹.

Otra aportación que encontramos en esta Directiva, fue la clasificación en función del servicio audiovisual, y así distinguimos entre: “servicios de no petición” (o servicios lineales) y “servicios a petición” (o servicio no lineales)²⁰. En este sentido, podemos definir

¹⁸ Publicada en el DO L 332 de 18 de Diciembre de 2007.

¹⁹ GRETEL 2006, Cátedra COIT-UPM. “La revisión de la Directiva de Televisión sin Fronteras”. Revista Bit N° 158; agosto-sept. 2006. Pág. 56

²⁰ Considerando 7° de la Directiva 2007/65/CE

a los “servicios de no petición” como aquellos servicios tradicionales de televisión en los que la programación está sujeta a un horario definido por el proveedor del contenido.

Y así podemos entender que un “servicio a petición” es aquel en los que el espectador tiene total flexibilidad para elegir el momento de su acceso a los programas o contenidos audiovisuales²¹.

Por lo tanto la distinción radica en la disponibilidad en la elección del consumidor con el momento de acceso al contenido. Así vemos que hay un diferente grado de regulación aplicable a cada uno de los diferentes grupos, una regulación más amplia para los servicios lineales, mientras que para los servicios no lineales se trata de una regulación mínima, basada en medidas básicas consistentes en la protección de los menores, la prohibición de incitación al odio y a identificación del proveedor del servicio²².

3.4 La Directiva 2010/13/CE “Servicios de Comunicación Audiovisual”.

La Directiva 2010/13/ CE²³ de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCA), supuso la ruptura con la regulación que hasta este momento se mantenía en la original Directiva “Televisión sin fronteras”, sustituyéndola definitivamente.

La normativa que contiene dicha Directiva corresponde en su mayoría a los servicios de no petición, y en cuanto a los servicios de petición, lo que quiere conseguir es garantizar una aplicación esencial.

La normativa de dicha Directiva tiene su base en las normas que corresponden a los servicios de no petición.

En referencia con los servicios a petición, lo que pretende es garantizar una competencia legal entre tipos de actividades económicas similares, al aplicarse, al menos en los esencial, materia de protección al menor²⁴ o de fomento de obras europeas.

²¹ BECEIRO, Sagrario. “Evolución de la legislación audiovisual en la Unión Europea en el entorno digital: los contenidos se independizan del soporte.

²² Considerando 21 de la directiva 2007/65/CE: “La presente Directiva no debe aplicarse a las versiones electrónicas de periódicos y revistas”.

²³ DO L 95 de 15 de Abril de 2010.

²⁴ Artículo 3 de la Directiva 2010/31/CE “los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para velar por que los servicios de comunicación audiovisual a petición ofrecidos por los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción que puedan dañar gravemente el desarrollo físico, mental o moral de los menores se faciliten únicamente de manera que se garantice que, normalmente, los menores no verán ni escucharán dichos servicios de comunicación audiovisual a petición”.

La Directiva en este aspecto no se pronuncia acerca de cómo se tiene que garantizar dicha exigencia, pero sí que ofrece algún dato y así la recomendación relativa a la protección de los menores y la dignidad humana y al derecho de réplica reconoce ya la importancia de los sistemas de filtrado e identificación, e incluye una serie de posibles medidas que pueden llevarse a cabo en beneficio de los menores, tales como proporcionar sistemáticamente a los usuarios un sistema de filtrado eficaz, actualizable y fácil de utilizar cuando se suscriban a un proveedor de acceso o la oferta de acceso a servicios específicamente destinados a los niños y dotados de un sistema de filtros automáticos²⁵”.

Esta Directiva tiene un ámbito de aplicación más extenso, ya que no solo pretende regular un conjunto de servicios de comunicación audiovisual difundidos a través de determinadas vías, sino con el objetivo de establecer un marco tecnológicamente neutral.

Se pretende lograr una libre retransmisión de servicios de comunicación audiovisual entre los países de la UE, siempre y cuando no nos encontremos ante programas de carácter violento o pornográfico.

La presente Directiva recoge todas las limitaciones establecidas con anterioridad. Recoge la prohibición de la comunicación audiovisual encubierta; el uso de técnicas sublimes; de la comunicación comercial audiovisual de cigarrillos y demás productos del tabaco; productos medicinales y tratamiento médicos que sólo puedan obtenerse mediante recetas; de bebidas alcohólicas dirigidas a menores; y de aquella que produzca perjuicio moral o físico a los menores²⁶.

Además de recoger las limitaciones establecidas con anterioridad también añade, una serie de limitaciones en el contenido de las comunicaciones comerciales, entre ellas, las que atenten contra la dignidad humana; incluir o fomentar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, región creencias entre otras.

También regula el emplazamiento de productos²⁷, en relación con que sólo se puede admitir cuando se lleve a cabo en obras cinematográficas, películas y series realizadas siempre por un servicio de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento.

²⁵ Considerando 45 de la Directiva 2010/13/CE.

²⁶ Vid. LÓPEZ GARCÍA, Mabel. REALA, n° 311 Septiembre- Diciembre 2009, pp 11-49, ISSN: 1699-7476, pág. 39.

²⁷ Artículo 1.m de la Directiva 2010/13/CE “toda forma de comunicación audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación económica”.

4. LOS CONCEPTOS DE “PROGRAMA” Y “SERVICIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL” DE LA SENTENCIA NEW MEDIA ONLINE.

4.1 Concepto de Programa.

En relación con el objeto de la sentencia New Media Online, la primera cuestión prejudicial se refiere al concepto de programa, y lo que se pretende es que se aclare si el concepto de programa comprende la puesta a disposición de videos de corta duración de noticias locales, de entretenimiento o deportivas. El TJUE en este aspecto considera que lo importante de la definición contenida en el artículo 1.1.b)²⁸ de la Directiva 2010/13/UE, es que estos videos, objeto del litigio, sean comparables en forma y en contenido, con la radiodifusión televisiva. Pero no exige que sean comparables a un horario de programación o un catálogo completo elaborado por un operador de radiodifusión televisiva²⁹.

Tampoco es relevante a la hora de clasificarlos como programa el hecho de que estos videos tengan una duración breve, no superior a 3 minutos, ya que el concepto de “programa” contenido en el artículo 1.1.b) de la Directiva no dice nada sobre la duración del conjunto de imágenes en movimiento.

Lo que caracteriza a un servicio de comunicación audiovisual a petición es que tiene lugar en el momento elegido por el espectador, de esta manera entiende el TJUE que al tratarse de videos que se dirigen al público en general y puede tener un impacto sobre él, tienen la consideración de servicios de comunicación audiovisual³⁰.

Así se tiene por resultado aplicar las mismas reglas a los operadores que pueden competir por la misma audiencia, como pueden ser algunos sitios webs que contienen contenido

²⁸ Artículo 1.1.b) “programa: conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que elaborado por un prestador del servicio de comunicación y cuya forma y contenido son comparables a la forma y el contenido de la radiodifusión televisiva”.

²⁹ Vid. Apartado 19 de la Sentencia C-347/14 del TJUE: “por lo tanto, dicha disposición exige la comparabilidad de las secuencias de video, como las controvertidas en el litigio principal, con la forma y el contenido de la radiodifusión televisiva, pero no la comparabilidad de una compilación completa de videos breves con un horario de programación o un catálogo completo elaborado por un operador de radiodifusión televisiva”.

³⁰ Vid. Apartado 21 de la Sentencia C-347/14 del TJUE: “la posibilidad de que el internauta acceda al vídeo que le interese en el momento que desee y a petición individual sobre la base de un catálogo elaborado por quien explota el periódico en línea, que permite tanto la búsqueda por rúbrica como la búsqueda de los videos más vistos o más actuales, no afecta en absoluto al hecho de que, al igual que un programa de radiodifusión televisiva, los vídeos de que se trata en el litigio principal se dirigen al público en general y pueden tener un claro impacto sobre él (...)”.

audiovisual con la televisión tradicional. Y para ello es relevante determinar si se considera o no que los videos constituyen un programa a efectos de la directiva.

A este respecto el TJUE pone de relieve que como una parte de los videos son producidos por una radiodifusión, que también los tiene accesible en su sitio de Internet, por lo que ambos sitios pueden encontrarse en una relación de competencia. El TJUE concluye que el concepto de “programa” 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 locales, deportivas o de entretenimiento³¹.

De esta forma se considera que los videos proporcionados en el sitio web de prensa escrita se tratan de programas, dentro del ámbito de aplicación de la DSCA, ya que consideran que tanto su forma como su contenido son comparables en forma y contenido con la radiodifusión televisiva, y se dirigen a un público en general ejerciendo un impacto sobre ellos.

4.2 Concepto y fines de Servicio de Comunicación Audiovisual.

Conforme al artículo 1.1.a) de la Directiva 2010/13/UE, se puede definir el servicio de comunicación audiovisual como: “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”³².

Así los servicios de comunicación audiovisual deben cumplir unos criterios:

- Tener naturaleza económica,
- La responsabilidad editorial debe corresponder al prestador,
- Tener como finalidad principal proporcionar contenidos audiovisuales,
- Consistir en suministrar programas,
- Tener un carácter informativo, educativo o de entretenimiento,
- Ser de acceso público,
- Ser transmitidos mediante una red de comunicaciones electrónicas³³.

La Directiva deja claro que un servicio de comunicación audiovisual incluyen tanto a una emisión televisiva (televisión analógica y digital), como a los servicios de comunicación

³¹ Vid. Apartado 24 de la Sentencia C-347/14 del TJUE.

³² Artículo 1.1.a) de la Directiva DSCA.

³³Conclusiones del Abogado General, Asunto C-347/14.

audiovisual a petición, ya que se caracterizan por ser como televisión, en el sentido de que, compiten con la misma audiencia que las emisiones de radiodifusión televisiva³⁴.

Para delimitar el concepto de servicio de comunicación audiovisual la DSCA parte de que dentro de este concepto se incluyen tanto las emisiones televisivas como otros servicios de comunicación audiovisual a petición, pero encontramos cierta incertidumbre. De la lectura de los considerandos 21 a 28 vemos que a definición de servicios de comunicación audiovisual se refiere únicamente a los servicios que sean medios de comunicación de masas³⁵, es decir, aquellos que están destinados a un público general.

De esta forma quedan excluidas actividades que no son fundamentalmente económicas, ni entran en competencia con la radiodifusión televisiva, no incluyendo del mismo modo, los sitios web de titularidad privada 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 internet, por ejemplo: Youtube³⁶.

Al igual que también quedan excluidos las versiones electrónicas de periódicos y revistas, así tenemos que aclarar que las versiones de periódicos o revistas digitales que solo ofrezcan la versión electrónica de los artículos publicados en su versión impresa están en decadencia. A día de hoy incluyen elementos del tipo visual. De este modo el considerando 28 de la Directiva 2010/13/UE se debe examinar de forma que el legislador lo que pretendía era dejar fuera del ámbito de aplicación todo sitio web que incorporara algún contenido audiovisual.

En este aspecto se sobreentiende tras la lectura del Preámbulo, que las matizaciones que fueron introducidas, con el fin de concretar el concepto de comunicación audiovisual no se refiere a contenidos audiovisuales creados y difundidos por usuarios de determinados sitios webs que hacen posible la distribución y el intercambio de dicho contenido generado por usuarios privados, ni los prestados en el marco de actividades que no son económicas³⁷.

Del mismo modo el preámbulo precisa que se hallan excluidos de la definición de servicios de comunicación audiovisual, todo tipo de correspondencia privada, es decir, aquella

³⁴ Considerando 24 del preámbulo de la Directiva 2010/13/CE.

³⁵ En estos términos se refiere el considerando 22 del preámbulo de la directiva 2010/13/CE: “la definición de servicios de comunicación audiovisual debe abarcar los medios de comunicación de masa (...)”.

³⁶ Tal y como establece el considerando 21 del preámbulo de la directiva 2010/13/CE.

³⁷ Vid. P. A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomsom Reuters, 5 edición, 2015, pp, 138-139.

llevada a cabo a través del correo electrónico, como aquellos servicios cuyo principal objeto no sea proporcionar programas, como aquellos sitios webs que contengan elementos audiovisuales con una función colaboradora, gráficos animados, anuncios publicitarios o información relacionada con un producto o servicio no audiovisual³⁸.

La regulación contenida en la Directiva se trata de una regulación de mínimos, ya que puede variar las obligaciones según los EM. La directiva establece el principio de libre prestación en el ámbito del Espacio Económico Europeo (EEE), admitiendo que los EM impongan a los prestadores bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas. Las obligaciones son aplicables a todos los prestadores de servicio de comunicación audiovisual, entre las que incluimos: deben suministrar cierta información a los receptores del servicio, prohibición de incluir incitaciones al odio por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad.

Las disposiciones aplicables a los medios de comunicación audiovisual a petición tienen un alcance regulador muy limitado, se refieren a medidas que aseguren que los menores no accederán a los servicios de comunicación audiovisual a petición, así como el fomento de las obras europeas.

³⁸ Considerando 22 de la Directiva DSCA.

5. LA PRINCIPAL FINALIDAD DE UN SERVICIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

Los Medios de comunicación audiovisuales son instrumentos utilizados con mucha frecuencia para informar y comunicar distintos tipos de mensajes, mensajes tanto audiovisuales, sonoros, visuales o textuales. Dichos medios se pueden utilizar además de para una comunicación que alcance a millones de personas, para pequeños grupos sociales.

A principios del siglo XXI, los periódicos, la radio y las páginas webs son ejemplos caros de la enrevesada naturaleza de los medios de comunicación. Estos medios de comunicación son ejemplos de la necesidad de las personas para relacionarse y a través de ellas podemos describir situaciones y problemas reales.

Los medios de comunicación audiovisual también forman una red de soportes tecnológicos que van más allá de los límites nacionales. A día de hoy existen distintos tipos de redes, como pueden ser las redes globales, nacionales, regionales y comunitarias, formadas por periódicos y revistas, emisiones de radio, canales de televisión o páginas webs.

Tenemos que tener presente que aunque la Directiva 2010/13/UE ha ofrecido una definición de servicio de comunicación audiovisual, no existe a día de hoy una definición que englobe todo su significado; ya que según el tipo de medio de comunicación se adquieren unos objetivos, beneficios o usos distintos.

Llegados a este punto nos deberíamos hacer una pregunta: ¿la principal finalidad de un servicio de comunicación audiovisual es proporcionar contenidos audiovisuales?

Se puede considerar que la principal finalidad es proporcionar programas, con el objeto de informar, entretener o educar al público en general,³⁹ refiriéndose tal servicio a la radiodifusión televisiva o a un servicio de comunicación a petición⁴⁰, los cuales presentan rasgos comunes a los tradicionales contenidos televisivos.

El problema se presenta en qué medida ciertos contenidos que se encuentran en Internet puede ser considerados como servicios de comunicación audiovisual quedando englobados en la DSCA.

³⁹ Artículo 1, apartado 1, a), i) de la DSCA.

⁴⁰ Comunicado de prensa n° 75/15 del TJUE.

La DSCA lo que hace es dar precisiones destinadas a precisar que la principal finalidad de un medio de comunicación audiovisual no abarca a aquellos contenidos audiovisuales creados y difundidos por usuarios de ciertos sitios de Internet que hacen posible la distribución o el intercambio de contenido audiovisual generados por usuarios privados, ni los prestados en el marco de un servicio que no son actividades económicas⁴¹.

El problema aparece cuando los contenidos audiovisuales que se ofrecen tienen un formato cada vez más corto, se considera como un servicio de comunicación audiovisual cuando los contenidos que aparecen en los videos cortos compiten con la misma audiencia que las emisiones de televisión.

Como ya hemos dicho la principal finalidad de un servicio de comunicación audiovisual es proporcionar programas, para informar, educar o entretener. Pero en relación con lo que nos concierne, los servicios que encontramos en las secciones de los periódicos en línea, como la sección de videos, alojan contenidos profesionales y está cada vez más presentes en el mercado. La DSCA se aplica cuando el contenido de los medios audiovisuales está en contenido y en forma independiente del principal servicio ofrecido por un proveedor o incluso cuando el servicio principal es de una naturaleza diferente, y no es un complemento inseparable a esa actividad.

5.1 La perspectiva del TJUE.

Es verdad, que es habitual encontrarse en los sitios de Internet con videos, que pueden ser considerados como “programas” en relación con la definición dada por el TJUE en la sentencia New Media Online, así es necesario concretar cuándo se tiene que considerar que, en este caso, un sitio web tiene como finalidad proporcionar contenidos audiovisuales⁴².

Pero dicha aclaración no puede entenderse de forma que cuando un sitio web cumpla con los requisitos para ser considerado como un servicio de comunicación audiovisual, el que se

⁴¹ Blog de Comunicación audiovisual: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/11/cuando-un-sitio-de-internet-es-un.html> (Visto en Junio de 2016).

⁴² Vid. Considerando 28 de la Directiva 2010/13/UE

inserte dentro de un sitio web de un periódico digital no puede atentar contra esa calificación como servicio de comunicación audiovisual⁴³.

De esta manera alega el TJUE que si se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 2010/13/UE a los periódicos digitales, supondría correr el riesgo de que aquellos operadores que efectivamente presten un servicio de comunicación audiovisual, se camuflen en portales de información multimedia para evitar la normativa concerniente a los servicios de comunicación audiovisual.

Es necesario hacer un análisis del 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 educación⁴⁴.

Para el TJUE lo determinante no es quien presta el servicio, al igual que tampoco la cantidad que servicios que preste, lo que de verdad es determinante es el contenido que dicho operador ofrece. Así en el caso de un periódico digital, la consideración de un servicio de comunicación audiovisual puede ir dirigido únicamente a la parte separable dedicada a videos. Y a este respecto para determinar cuando los periódicos digitales tiene la parte separable se sigue el criterio de considerar si los videos que gestiona tienen tanto una función como un contenido autónomos en relación con la actividad a la que se dedica el periódico digital, o sea un elemento auxiliar a la actividad periodística.

La idea principal se basa en que si determinamos que los videos tienen una función autónoma con respecto al periódico digital se incluye dentro del ámbito de aplicación de la DSCA; de otro modo, si consideramos que los videos son un elementos complementario a dicho periódico digital, se excluiría del ámbito de aplicación de la DSCA.

En este sentido el TJUE considera que dichos videos son autónomos a la actividad periodística que ofrece el periódico digital, dado que, la mayoría de los videos, objeto de la

⁴³ Apartado 28 de la Sentencia C-347/14 del TJUE: “El considerando 28 de la Directiva 2010/13/UE no puede interpretarse en el sentido de que deban excluirse sistemáticamente del ámbito de aplicación de dicha Directiva los servicios audiovisuales por la única razón de que quien explota el sitio de Internet en el que se inserta el servicio sea una sociedad de edición de un periódico en línea. Una sección de videos (...) cumpla los criterios para recibir la calificación de servicio de comunicación audiovisual a petición no pierde esa característica por la mera razón de que se pueda acceder a ellos a través de un sitio de Internet”.

⁴⁴ Vid. Apartado 33 de la Sentencia C-347/14 del TJUE: “En este contexto, procede primar un enfoque material que consista, a tenor del artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 2010/13, en examinar si el servicio de que se trate, como tal e independiente 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”.

controversia, se puede acceder a ello y visualizarlos sin necesidad de consultar los artículos del periódico digital.

5.2 La perspectiva del Abogado General.

Lo que plantea el Abogado General es de comprobar o verificar que dicha Directiva se debe aplicar a aquellos sitios webs que incorporan entre sus páginas escritos tanto fotográficos, como sonoros o audiovisuales.

El ámbito de aplicación de la DSCA se enmarca dentro de la normativa en materia televisiva y lo que pretende es enmarcar dentro del ámbito de aplicación a aquellos servicios que compitan de manera directa con la televisión, o lo que es lo mismo, que ofrezcan el mismo contenido que la radiodifusión televisiva pero de una forma no lineal (a petición).

La principal finalidad de un servicio de comunicación audiovisual consiste en el suministro de programas, es decir, aquellos elementos de una programación tradicional de televisión, de igual modo, también se incluirían aquellos servicios a petición, es decir, aquellos que no son suministrados en un momento determinado pero que son a petición del usuario.

El legislador remarcó, en su considerando 28, que la DSCA no incluía en su ámbito de aplicación a las versiones digitales de los periódicos. A este respecto, debe hacerse un análisis de dicho precepto. Llegados a este punto, toma vital importancia el desarrollo que vivido los servicios de información. Se debe leer entre líneas, porque lo que pretendía excluir el legislador del ámbito de aplicación a todo sitio de Internet que incluyera en sus sitios webs contenidos audiovisuales.

Analizados estos preceptos lo que considera el Abogado General es que el sitio de Internet Tiroler Tageszeitung Online no cumple los requisitos para considerarlo como un servicio de comunicación audiovisual en el sentido que plantea la DSCA⁴⁵.

⁴⁵ Vid, Apartado 55 de las Conclusiones del Abogado General: “un portal web como el del sitio Tiroler Tageszeitung Online no cumple los requisitos exigidos para considerarlo como un servicio de comunicación audiovisual en el sentido de la Directiva. En primer lugar, el surgimiento de portales web multimedia que, además de los contenidos escritos y fotográficos, incorporan materiales sonoros y audiovisuales no es, en efecto, consecuencia del desarrollo tecnológico de la televisión, sino un fenómeno completamente nuevo, esencialmente relacionado con el aumento de la velocidad de las redes de telecomunicaciones. El carácter multimedia de los portales como el del sitio web Tiroler Tageszeitung Online no permite analizar los contenidos que aparecen en éste de forma separada del resto del portal, aun cuando estén reunidos en una sección diferenciada de dicho portal. En efecto la esencia de un servicio multimedia radica en combinar diferentes formas de mensajes, y la arquitectura concreta del portal no constituye más que un aspecto técnico secundario. En tercer y último lugar, este tipo de portales web multimedia constituyen la forma actual de lo que el legislador podía considerar todavía como las “versiones electrónicas de

El Abogado General considera que el hecho de que un portal de Internet incluya, además de los contenidos escritos y fotográficos, elementos audiovisuales no es un desarrollo que haya sufrido la televisión, sino que es un fenómeno nuevo, relacionado con la velocidad en la que ha evolucionado.

Al contrario que de lo que consideraba el TJUE con respecto a la autonomía de dichos contenidos con respecto al periódico digital, el abogado del Estado considera que dichos contenidos nunca pueden ser autónomos del resto del portal, aunque estén en una sección diferenciada de dicho portal, ya que forma parte de un todo que es lo que nos ofrece el diario digital.

El Abogado General considera dicho diario digital se puede englobar dentro de aquellos versiones electrónicas de periódicos y revistas que están excluidos de la aplicación de la DSCA.

A su juicio considera que ninguna versión digital de un periódico que incorpore en su página materiales audiovisuales, e inclusión, ninguna sección de dicho sitio, constituyen un servicio de comunicación audiovisual en el sentido de dicha DSCA.

Así mismo no deja de lado el temor de que aquellos operadores que verdaderamente presten servicio de comunicación audiovisual puedan acoger la denominación de portal de información multimedia para eludir la normativa aplicable en la DSCA.

Entiende la dificultad que supone la elaboración de una definición de servicio de comunicación audiovisual, pero ello no implica que no se pueda identificar en la práctica un servicio de esas características. Resalta que el principal requisito es la emisión de aquellos contenidos que se pueden calificar como televisión, esto es, la emisión de series de televisión, largometrajes, retransmisiones deportivas, entre otros, tratándose de una clase de emisión que es fácilmente considerada como televisiva. De esta forma, pueden considerarse como servicios de comunicación audiovisual a aquellas páginas de Internet que agrupan todas aquellas características para considerarlo como servicio de comunicación audiovisual.

Para el Abogado General, la definición regulada en el artículo 1, letra a), inciso i), de la DSCA, tiene que interpretarse en el sentido de que no incluya a aquellos periódicos

periódicos y revistas” en el momento en el que se realizaron los trabajos relativos a la Directiva sobre los servicios audiovisuales”.

digitales que incorporen contenido audiovisual, al igual que ninguna sección de dichos sitios constituyen un servicio de comunicación audiovisual.⁴⁶

El Abogado General recalca que ello no significa que el contenido que se encuentre en Internet, también incluimos el contenido audiovisual, no quede o pueda quedar sometido de una manera o de otra a las normas jurídicas y al derecho de la UE, en referencia a las cuestiones de protección de los menores y del orden público, la publicidad o el principio de transmisión de acontecimientos importantes.

⁴⁶ Vid. Conclusión del Abogado General: “el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de Marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual debe interpretarse en el sentido de que ni el sitio web de un periódico que incorpora materiales audiovisuales, ni ninguna sección de dicho sitio, constituyen servicios de comunicación audiovisual en el sentido de dicha Directiva”.

6. LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIO.

6.1 Concepto y clases de prestadores de servicios.

Tanto la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico⁴⁷ (DCE), como la Ley de Servicios de la sociedad de la Información (LSSICE)⁴⁸ dan una definición de prestador de servicios. Se entiende por prestador de servicio como aquella persona física o jurídica que suministra un servicio de la sociedad de la información⁴⁹. Para entender mejor el concepto es necesario acudir a lo que dice dicha Directiva respecto a los servicios de la sociedad de la información, y para ello nos remite a otras Directivas⁵⁰.

El concepto tan amplio de servicio de la sociedad de la información acoge a proveedores de servicios muy distintos y a además el término servicio de la sociedad de la información⁵¹ aglutina otros prestadores de servicios juntos a los prestadores de servicios de Internet. Los prestadores de servicios de Internet hacen referencia a aquellos que prestan servicios esenciales para hacer posible el uso de Internet, destacando los proveedores de acceso y los prestadores de servicios de alojamiento⁵².

El término de prestador de servicios de Internet abarca un gran número tanto de empresas como de organizaciones que ofrecen a sus clientes un acceso a la Red. Estos prestadores ofrecen a sus clientes un gran número de servicios, no sólo el acceso a Internet, sino que ponen a disposición del usuario mecanismos para acceder a los distintos servicios que se ofrecen, como pueden ser, correo electrónico, conferencias electrónicas, revista y periódicos digitales, entre muchos otros servicios.

6.2 Responsabilidad en Internet.

Como ya hemos dicho anteriormente Internet es un medio de comunicación y como tal medio, difunde contenidos y de tal manera al llevarse todo tipo de actos pueden originar responsabilidad civil extracontractual.

⁴⁷ DO L 178 de 17.7.2000.

⁴⁸ BOE núm. 166, de 12.07.2002.

⁴⁹ Artículo 2.a) de la Directiva 2000/31/UE.

⁵⁰ El artículo 2.a) de la Directiva 2000/31/UE nos remite a la directiva 98/48/CE, publicada en el DO L 217 de 05.08.1998, que modifica la Directiva 98/34/CE, publicada en el DO L 204 de 21.07.1998, para darnos un concepto de lo que debe entenderse por servicio de la información. A este respecto define un servicio de la sociedad de la información como todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicio.

⁵¹ Artículo 10 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

⁵² Vid. P.A de Miguel Asensio, "Derecho Privado de Internet", Thomsom Reuters, 5 edición, 2015, pág. 143.

A través de los servicios o aplicaciones que se manejan a través de Internet pueden originar dos tipos de daños: por un lado tenemos los que derivan de la lesión de derechos o intereses de terceros; y por otra parte se refiere a bienes tangibles, aunque no necesariamente como sucede en el caso de quienes acceden a ordenadores o sistemas ajenos con el propósito de revelar ilegítimamente la información en ellos contenida⁵³.

En este aspecto debemos acudir a la LSSICE, en la cual se establece que los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa⁵⁴.

La transformación de Internet, al mismo tiempo, refleja la realidad social en la que tienen lugar actuaciones ilícitas civiles y plantea singularidad sobre la aplicación de la normativa de responsabilidad civil. Internet fruto de su carácter interactivo, global y abierto, da lugar a actividades ilícitas que muchas veces son difíciles de definir.

A medida que Internet permite la aparición de ciertas conductas en la que un gran número de implicados pueden generar responsabilidad extracontractual. La aparición y desarrollo de las redes digitales reivindica moderar a la hora de determinar la responsabilidad extracontractual, y sobre todo, a los PSSI. A través de los artículos 14 a 17 de la LSSICE o (artículos 12 a 15 de la DCE) ha desarrollado una normativa restrictiva de la responsabilidad de los prestadores de servicio de intermediación.

Internet se caracteriza por ofrecer la posibilidad de publicar cierta información a través de diferentes vías, a personas que no tenían acceso a los medios de comunicación audiovisuales. Por lo que respecta a la atribución de responsabilidad de los contenidos de Internet dificulta dicha atribución fruto de la descentralización generando ciertas dudas en relación con la posición de los proveedores de acceso y de servicios de Internet.

Así, el régimen de responsabilidad de quienes prestan servicios utilizados por los proveedores de contenidos y los usuarios de Internet para difundir contenidos y acceder a los mismos resulta clave en la búsqueda de un equilibrio entre la garantía de la libertad de expresión e información a través de Internet y la represión de conductas que infringen derechos de terceros⁵⁵.

⁵³ Vid. P.A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomson Reuters, 5 edición, 2015. Pág 168.

⁵⁴ Artículo 13 de la LSSICE.

⁵⁵ Vid. P.A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomson Reuters, 5 edición, 2015. Pág. 171.

6.3 La creación de una zona de exención de responsabilidad.

Los proveedores de servicios pueden enfrentarse a diferentes clases de infracciones, que hacen referencia a diferentes materias. Entre las diferentes categorías de infracciones podemos ver que puede ser responsable de infracciones de derechos de propiedad intelectual, por difamación y calumnia, por distribución de material delictivo u obsceno, por distribución de información incorrecta⁵⁶.

La DCE lo que ha establecido ha sido un sistema de exenciones de responsabilidad para los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSII) que actúen como meros intermediarios, es decir, deja exentos de responsabilidad a aquellos prestadores que posibiliten que los contenidos de terceros circulen, se alojen y sean accesibles en la Red⁵⁷. Cuando un prestador de servicios sube a la Red, transmite, contenidos propios no se da ese supuesto de exención de responsabilidad. La razón de la exención radica en que el prestador del servicio no ha intervenido ni en la creación, ni en la decisión de transmitir o de hacer accesibles los concretos contenidos ilícitos y dañinos⁵⁸.

Del mismo modo la DCE también exime de responsabilidad a aquellos prestadores que ofrecen servicios intermediarios. La DCE no da una definición por que se tiene que entender servicio intermediarios, pero Miguel Ortega Gil lo define como aquel prestador de servicios que no tiene un conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada⁵⁹. Solamente gozará de esa exención de responsabilidad cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos, cuando tampoco modifique los datos que transmite, ni manipule su carácter técnico que se produce durante la transmisión⁶⁰.

Es objeto de regulación más concreta los intermediarios que presten servicios de acceso a Internet, es decir, aquellos que presten un servicio de difusión de datos a través de redes de telecomunicación, aquellos que realicen una copia temporal de las páginas de Internet, el

⁵⁶ La responsabilidad de los proveedores de Servicios: Consecuencias de la Ausencia de Regulación del Sistema de Notificación y Retirada en la Directiva Europea de Comercio Electrónico.

⁵⁷ Artículo 12 de la DCE “los estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos”.

⁵⁸ Vid. Ponencia “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos a Internet”. Miguel Peguera Poch.

⁵⁹ Vid. ORTEGO RUIZ Miguel, “Prestadores de servicios de internet y alojamiento de contenidos ilícitos”. pág. 17. Reus editorial. Madrid 2015.

⁶⁰ Vid. Considerando 42 de la DCE 2000/31/UE.

alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

La DCE lo que ha pretendido ha sido acercar a un nivel europeo los servicios de la sociedad de la información tomando de base el modelo que ya existía en Estados Unidos (EEUU)⁶¹. La responsabilidad de los PSII se encuentra regulada en los artículos 12-15 de la DCE, dicha directiva ofrece una regulación horizontal, es decir, una regulación que abarca todo tipo de responsabilidades, bien sea la responsabilidad civil, penal o administrativa.

Lo que pretendió la DCE más que regular un marco de responsabilidad de los PSII, fue regular la zona de irresponsabilidad que había creado. Lo que pretendió fue incluir unos pilares básicos en la regulación de los PSII, entonces es en las diferentes legislaciones nacionales donde podremos encontrar verdaderamente la regulación de los PSI.

6.4 Régimen de los prestadores de servicios de intermediación.

Los servicios de la sociedad de la información incorporan una gran variedad de actividades económicas entre las que se encuentran aquellas que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o las que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos, también incluye a los servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación o albergar información facilitada por el destinatario de una red de comunicación⁶². A través de esta relación de actividades que llevan a cabo los PSSI, se deduce que la vinculación de estos operados con la información o las actividades que se difunden a través de Internet condiciona la posibilidad de que sean considerados responsables por el contenido y las consecuencias de esas informaciones y/o actividades.

El concepto de PSSI no se relaciona con el término usualmente utilizado en la práctica de prestadores de servicios de Internet (PSI), las actividades que ofrecen dichos prestadores han estado reducidas a proporcionar a sus clientes servicios relativos al acceso y utilización de las diversas aplicaciones de Internet⁶³. Se entiende que dichas actividades se centran en aquellos servicios indispensables para que puedan utilizar el correo electrónico, intervenir en chats, etc. Así, junto con a los prestadores de servicios que se limitan a la mera

⁶¹ DMCA “Digital Millennium Copyright Act”.

⁶² Vid. Considerando 18 de la DCE.

⁶³ Vid. P.A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomson Reuters, 5 edición, 2015 pág. 219.

transmisión de datos o de información, incorporamos a otros prestadores cuya principal actividad es almacenar la información en sus servicios.

La actividad de los PSI se basa en que esa información que se encuentra contenida en un prestador de servicios, como puede ser un foro, mensajes de correo electrónico, tiene que ser difundida y llegar a los terceros. Es cierto que los prestadores de servicios cuando llevan a cabo sus tareas no ejercen ningún tipo de control sobre el contenido, el cual pertenece a un tercero.

La intervención de los prestadores de servicios es clave para que consideremos como un medio de comunicación audiovisual a Internet. De esta manera, además de la consideración como un medio de comunicación audiovisual, se distingue entre medios de comunicación privada, que puede ser el correo; y medios de comunicación pública. La distinción entre ambos se basa en que en los medios de comunicación privados el prestador que presta el servicio se queda al margen de cualquier responsabilidad por la información transmitida; mientras que en los medios de comunicación pública, se puede imputar responsabilidad a quien controla el medio⁶⁴.

Al contrario de lo que sucede en Internet, en los medios de comunicación tradicionales (prensa, televisión o radio), se han diferenciado por la identificación de un emisor, por lo que ayuda a la imputación a éste de la responsabilidad por sus contenidos. Pero Internet facilita que todo particular que desee puede convertirse en un proveedor de contenidos a través, por ejemplo, de la creación de páginas webs personales, blogs, la difusión de contenidos a través de las redes sociales. Estos datos de carácter personal, se encuentran situados y consecuencia de ello, son accesibles por terceros al encontrarse alojados en un prestador intermediario.

Y es en este momento donde surge el debate de determinar en qué medida deben ser responsables los PSI en relación con los contenidos publicados por terceros en sus servicios.

La DCE introduce entre sus artículos con concepto de PSI⁶⁵, como una categoría residual de los PSSI a los efectos de establecer un régimen de responsabilidad. Dicho régimen de responsabilidad se encuentra recogido en los artículos 12 a 15 de la DCE. La trasposición

⁶⁴ Vid. P.A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomsom Reuters, 5 edición, 2015 pág. 219.

⁶⁵ “El servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información”.

de esta directiva se ha llevado a cabo a través de la LSSICE, sus artículos 13 a 17 son los encargados regular la responsabilidad de los prestadores de servicios, con ciertos matices con respecto a la DCE.

La DCE lo que lleva a cabo es una regulación de la responsabilidad de los PSSI entendidos en un conjunto, mientras que la LSSICE lo que regula es la responsabilidad de aquellos prestadores de servicios intermediarios.

Así de esta manera podemos entender como servicios de intermediación los de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servicios de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet⁶⁶.

La previsión que se hace sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación es porque la intervención de estos es fundamental para que Internet sea considerado como un medio de difusión de datos y es en estos supuestos, donde los prestadores pasan por alto un tipo de control sobre el contenido de éstos, el cual normalmente pertenece a terceros.

6.4.1 La responsabilidad de los prestadores de intermediación: contenidos propios o de terceros.

Fruto de la evolución que ha ido experimentando Internet, como consecuencia de la evolución que hay ido padeciendo la sociedad y los medios de comunicación audiovisual, ha hecho que la LSSICE se ve obligada a distinguir entre prestadores de servicios de intermediación con aquellos que solamente son proveedores de contenidos.

La regla general tipifica que aquel prestador de servicios en el que simplemente se usa la información que ha difundido otro prestador de servicios no es responsable de dicho contenido.

⁶⁶ Anexo LSSI: “b) servicios de intermediación: servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet”.

En cambio, si por otra parte el PSI cambia o interviene en la difusión de la información, o en aquellos casos en los que el PSI conozca la ilegalidad de los contenidos, no lleve a cabo acciones para retirarlos, será responsable por dichos contenidos.

De este modo la LSSI traspone la normativa contenida en la DCE de no hacer responsables a los proveedores de servicios que alojen o almacenen datos, siempre y cuando no tengan un conocimiento efectivo⁶⁷ de la existencia de contenidos ilícitos. El problema aparece en el momento de entender en qué casos se aprecia un conocimiento efectivo y cuando dicho contenido es ilícito.

En relación con la primera cuestión de apreciación de un contenido efectivo presenta el problema de determinar quién es el responsable de probar en qué momento se tuvo conocimiento de dichos contenidos ilícitos. Y en segundo lugar, la ilicitud se refiere a que el prestador no tenga ninguna duda de que el contenido que almacena es contrario a derecho.

De esta manera a los prestadores que alojen o almacenen datos, sólo se les puede exigir responsabilidad cuando tengan el mencionado conocimiento efectivo de que la información es contraria a derecho y cuando conozcan de ese contenido ilícito y no proceda a retirar los datos. Entendiendo, por lo tanto que concurre conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecer⁶⁸.

6.4.2 Posición jurisprudencial respecto al contenido efectivo.

Llegados a este punto es necesario hacer una mención a la jurisprudencia respecto a la concurrencia del conocimiento efectivo, así se ha ido posicionando alrededor de dos interpretaciones: por un lado una estricta y por otro lado una interpretación más amplia.

A la hora de determinar los requisitos que tengan que converger para que se dé el mencionado conocimiento efectivo, la jurisprudencia se encuentra dividida. El debate se

⁶⁷ El artículo 16 de la LSSICE define el conocimiento efectivo como “conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización”.

⁶⁸ Artículo 16 de la LSSICE.

centra en sí la necesidad de una resolución por un órgano competente es o no un requisito sine qua non para que se dé el pleno conocimiento efectivo.

Aquellos que son partidarios de una interpretación estricta entienden que el citado artículo 16 de la LSSICE desarrolla una lista de motivos taxativa a través de los cuales se adquiere el conocimiento efectivo, es decir, sólo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismo, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución⁶⁹. En cambio, aquellos partidarios de una interpretación más amplia entienden que se trata de una lista abierta de supuestos de conocimiento efectivo⁷⁰.

No se trata de un cuestión ni mucho menos pacífica, y junto a la interpretación que mantiene el TS, la cual se trata de una interpretación más amplia; tanto los jueces de primera instancia y las Audiencias Provinciales son más dadas a una interpretación restrictiva. Considera que la simple apreciación de la presunta ilicitud sea suficiente para apreciar el contenido efectivo. Tampoco cree que sea razonable que para obtener el conocimiento efectivo el prestador del servicio deba llevar a cabo juicios jurídicos para apreciar si hay ilicitud⁷¹.

Pero es en la sentencia de 9 de diciembre de 2009 donde el TS sentó las bases de una interpretación de conocimiento efectivo del artículo 16 de la LSSCE. El TJUE equipara el conocimiento efectivo con aquel que se obtiene pro el prestador del servicio a partir del hecho o circunstancias aptas para posibilitar, anquen mediatamente o por inferencias lógicas alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate⁷².

⁶⁹ Artículo 16 de la LSSICE.

⁷⁰ Vid, FJ 4 de la STS nº 773/2009 de 9 de Diciembre, en la cual se afirma: “No es conforme a la Directiva (...) una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la LSSICE como la propuesta del recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidad de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo”.

⁷¹ Vid SAP Madrid nº 11/2014, de 14 de enero de 2014, apartado 35 “no podemos sino estar de acuerdo con las recurrentes en que la inexistencia de una obligación general de supervisión de contenidos a cargo de los PSSI no excluye la posibilidad de desarrollar un sistema técnico de filtrado automático que permita detectar contenidos infractores. En lo que debemos discrepar es en que el desarrollo e implantación de tales herramientas pueda imponerse a los prestatarios de servicios. El artículo 16.1 de la Ley 34/2002 resulta de una claridad meridiana en este punto al aludir a “procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios”.

⁷² Vid. FJ 4 de la STS nº 773/2009 de 9 de diciembre.

De igual manera también cree que la base está en la notoriedad de los hechos que se creen ilícitos. A este sentido el TS entiende la notoriedad como aquellos hechos aparentemente ilícitos o en los cuales se aprecie dicha ilicitud o la presunta ilicitud, lo que lleva a desencadenar la concurrencia del conocimiento efectivo⁷³. La notoriedad en muchas ocasiones requiere además de una valoración jurídica acerca de la examinación del Derecho fundamental a la Libertad de expresión y el Derecho Fundamental al Honor, Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen⁷⁴. En este sentido se aprecia de nuevo la necesidad de actuación judicial para tomar la decisión ya que entran en juego derechos fundamentales.

Llegados a este punto y en relación con la notoriedad cabe precisar que si se notifica a un prestador del servicio para que se retiren ciertos contenidos (imagen o enlace) del solicitante, podemos llegar a la conclusión de que efectivamente el solicitante no prestó su conocimiento para publicar el contenido, o que a pesar de haber prestado el conocimiento quiere anularlo. En los casos, como el que hemos expuesto, no es necesario una resolución judicial para que concurra el requisito de conocimiento efectivo, sino que se considera que el contenido es ilícito y que el prestador ha adquirido el conocimiento efectivo⁷⁵.

En cuanto al órgano competente para conocer de la ilicitud de los contenidos debería ser aquél órgano perteneciente al orden jurisdiccional. La falta de acuerdo y las numerosas interpretaciones jurisprudenciales en relación con el conocimiento efectivo, han llevado a plantearse de regular mediante un desarrollo reglamentario que desarrolle los mecanismos de control, detención y retirada de conocimientos. Lo que se pretende es que partiendo de una interpretación amplia de conocimiento efectivo se desarrollen mecanismos que se recojan en una norma dando la misma certeza tanto a aquellos conocimientos adquiridos través de hechos que a aquellos conocidos a través de una resolución de un órgano competente.

6.5 El régimen de la prensa.

La presencia en la Red de los medios de comunicación tradicionales (periódicos digitales, programas de radio y televisión) hace que ciertos prestadores de la sociedad de la información contengan las mismas características que la prensa tradicional, si bien difunden los contenidos informativos y de opinión a través de Internet.

⁷³ Vid. STS nº 144/2013, de 4 de marzo de 2013.

⁷⁴ Vid. STS nº 742/2012, de 4 de diciembre de 2012.

⁷⁵ Vid. ORTEGO RUIZ, Miguel “Prestadores de servicios de internet y alojamiento de contenidos ilícitos”, pág. 49. Reus editorial. Madrid 2015.

Una de las características principales que definen a esta red, como es Internet, es una doble función: por un lado puede funcionar como un medio de publicación y por otro lado funciona como un medio de comunicación simultáneamente.

La responsabilidad civil de la prensa escrita en Internet por actos u omisiones ilícitos será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario.⁷⁶

La aplicación del régimen de responsabilidad dependerá de que efectivamente el prestador de contenidos fusione las condiciones para ser considerado prensa, es decir, sea un medio organizado para la expresión de opiniones y la divulgación de informaciones destinado a la formación de la opinión pública⁷⁷. Debemos matizar que esta condición no solo se da cuando se trate de una presencia virtual de medios de comunicación tradicional, sino que también a otros PSSI que contengan las características y a los cuales también se les aplicará el citado artículo 65.2 de la Ley de prensa e imprenta.

De esta forma, los PSSI que reúnan las características de prensa, el citado artículo 65.2 lo que nos va a decir quién va a ser el que va a responder, pero independientemente de esto, dichos servicios también se pueden beneficiar de las limitaciones de responsabilidad de la LSSI, en la medida que intervengan como prestadores de servicios de intermediación o de provisión de enlaces. Y en la medida que actúen como prestadores intermediarios o de enlaces no se va a aplicar el artículo 65.2 de la Ley de prensa e imprenta.

Lo que resulta exigible para la correcta aplicación de la diferente normativa es diferenciar cuándo el prestador de servicios de la sociedad de la información actúa como un PSSI como un proveedor de contenidos y cuando actúa como un intermediario, en el sentido, de proveedor de servicios de alojamiento de datos de terceros.

La peculiaridad que presenta la configuración de la prensa en Internet deriva de que la responsabilidad que se deduce del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta solo se aplica cuando dichos servicios actúen como un verdadero proveedor de servicios, y en la medida que sea considerado como un prestador de servicios de intermediación en relación

⁷⁶ Artículo 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta.

⁷⁷ Vid. P.A de Miguel Asensio, "Derecho Privado de Internet", Thomsom Reuters, 5 edición, 2015, pág. 225.

con otros contenidos se beneficiarán de la limitación de responsabilidad que los ofrece la LSSICE⁷⁸.

6.6 El régimen de responsabilidad de los empresarios.

Según el Código Civil (CC) serán responsables los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones; cesando su responsabilidad cuando se pruebe que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

En el supuesto relativos a la responsabilidad por aquellos contenidos en sus servicios de la empresa o informaciones a las que se establezcan enlaces, es determinante la consideración de dichos servicios como contenidos propios, con los efectos de excluir la aplicación de las exenciones de responsabilidad de los artículos 16 y 17 de la LSSICE, dichas exenciones no dan lugar en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador⁷⁹.

En relación con el artículo 1902 del CC hay dos cuestiones que requieren de especial atención para determinar la imputación de responsabilidad al empresario: la determinación del ámbito de actuación del empleado a la que se extiende la responsabilidad empresarial y la posibilidad de que el empresario quede liberado en caso de acreditar que actuó diligentemente⁸⁰.

La responsabilidad de los empresarios queda condicionado a que el dependiente actúe en el ejercicio de sus funciones y realizando una actividad empresarial. De este modo hay que exonerar de responsabilidad a la empresa de los actos privados llevados a cabo a través de la empresa para acceder a Internet, de ahí que probar que el empleado estaba actuando al margen de sus funciones laborales le corresponde al empresario y presenta dificultades en la medida de probar que la actividad que se lleva a cabo el empleado por Internet justifique la vinculación con la empresa.

⁷⁸Artículo 16 de la LSSICE “Los prestadores de servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario siempre que: 1. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos susceptibles de indemnización, o 2. Si lo tiene, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible su acceso”.

⁷⁹ Artículo 16.2 de la LSSICE.

⁸⁰ Vid. P.A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomsom Reuters, 5 edición, 2015. Pag 229.

6.7 La responsabilidad por los enlaces y el empleo de instrumentos de búsqueda.

Dentro de las carencias que presenta el régimen de responsabilidad que establece la DCE se encuentra la ausencia de normas referentes a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización⁸¹. Debido a la ausencia que presenta la DCE la legislación española a través de la LSSICE⁸².

El régimen de responsabilidad tanto para los proveedores de hipervínculos como para los servicios de instrumentos de localización es común y coincide con lo que tipifica el artículo 16 de la LSSICE. De esta manera que no serán responsables por aquel contenido a la que redirijan a sus usuarios a través de sus medios, cuando no tengan conocimiento que la actividad o la información a la que envía es ilícita o que lesione bienes o derechos de terceros; o bien cuando lo conozcan actúen para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

En la interpretación que se puede hacer del artículo 17 de la LSSICE tiene especial relevancia a que dicha aplicación solo puede llevarse a cabo a quienes ostenten la condición de PSSI; también resulta de especial relevancia las vías para la adquisición de conocimientos sobre la ilicitud de la información, haciendo la distinción entre quienes simplemente alojan los contenidos y quienes te ofrecen un enlace que facilita el acceso a dichos contenidos o proporciona simplemente mecanismos de búsqueda. En el caso de los enlaces, tanto el texto que puede aparecer junto a ellos o la clasificación que se hace de los mismos puede ser relevante para apreciar el conocimiento de la información que se establece en el enlace.

De la misma manera que en los sitios que ofrecen directorios de enlaces o herramientas de búsqueda se utilizan con frecuencia sistemas de detención de datos y retirada de enlaces de contenidos ilícitos.

En cuanto a los sistemas de detención de detención de contenidos ilícitos y la exención de la responsabilidad cabe destacar que numerosas sentencias se han pronunciado sobre esta

⁸¹ Artículo 21 de la DCE.

⁸² Artículo 17 de la LSSICE “los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a. no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información que remiten o recomienda es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b. si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos”.

cuestión en múltiples ocasiones. La clave de todo esto se centra en el conocimiento efectivo de la ilicitud, si el prestador del servicio tiene conocimiento efectivo⁸³ de la ilicitud de los contenidos se desencadena la responsabilidad del mismo, a este respecto cabe destacar la SAP de Madrid (sección 9ª) nº 95/2010, de 19 de Febrero en relación con el buscador de Google, posteriormente confirmada por la STS nº 144/2013, de 4 de Marzo. La AP considera que no existe conocimiento efectivo hasta que el prestador del servicio tiene una resolución que declare la ilicitud de dicho contenido, conviene resaltar que en determinadas ocasiones resulta incierta la ilicitud de la información⁸⁴.

Pero dicha responsabilidad de los servicios por los enlaces se esfuma en ocasiones, en el sentido de que el texto que aparece en los propios enlaces puede ser dispuesto por el destinatario de dicho enlace, de modo que dicho destinatario puede alegar la condición de prestador de servicios de alojamiento con relación al texto y en cuanto a la información que vincula el enlace la condición de prestador que facilita dicha información. La exención que aparece en el artículo 17 de la LSSICE se refiere a la información que los enlaces, mecanismos o instrumentos de búsqueda dirigen a sus usuarios de los servicios donde se encuentran⁸⁵.

Dicha exención no afecta a la responsabilidad por el contenido que se fije en el texto del enlace, siempre y cuando se agolpen los requisitos del artículo 16 de la LSSICE el prestador del servicio donde se encuentre el enlace pueda reclamar la condición de prestador de

⁸³ Artículo “se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismo, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestado conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

⁸⁴ SPA de Madrid “Hasta ese momento, es decir que el prestador del servicio (...) haya tenido conocimiento de la correspondiente resolución, en el ordenamiento jurídico español una resolución judicial, o bien se haya ordenado la retirada de tales datos, o bien se haya declarado la existencia de la lesión, en el presente caso se hubiera dictado la correspondiente resolución judicial declarando que tales datos suponen una intromisión ilegítima en el honor del ahora apelante, pues hasta ese momento no puede entenderse que el proveedor del servicio haya tenido conocimiento efectivo y por lo tanto tenga que actuar con diligencia a los efectos de suprimir o inutilizar el enlace correspondiente”.

En cambio, el TS “la conclusión alcanzada por la AP es conforme con la doctrina establecida (...) pues de los hechos acreditados no puede referirse de forma lógica, al alcance de cualquiera, que la información era falsa ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito, (...). La circunstancia de que la persona que se considera ofendida se hubiera dirigido a Google para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, como aquí ocurre, la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito.”

⁸⁵Vid. P.A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomsom Reuters, 5 edición, 2015. Pág.283.

servicio de alojamiento⁸⁶ en relación con ese texto y junto a su condición de prestador de servicio el cual solo facilita la información a la cual se dirige el enlace.

Así, la exención que presenta el artículo 17 de la LSSICE se refiere solamente a aquella responsabilidad que pueda derivar de la información a la que dichos enlaces, mecanismos o instrumentos de búsqueda que puedan enviar a los usuarios de los servicios donde se encuentren.

Pero la exención de la que hemos ido hablando no afecta a la responsabilidad que pueda derivar del texto que figura en el enlace, a pesar de que cuando se den los requisitos del artículo 16 de la LSSICE el prestador del servicio en el que se encuentra el enlace pueda alegarla la aplicación de la regla de alojamiento de contenidos en relación con el texto de dicho enlace, porque se considera que el texto procede directamente del sitio al cual redirige dicho enlace.

El artículo 17 de la LSSICE tampoco se refiere a régimen de responsabilidad de quien inserta el enlace frente al prestador del servicio objeto del enlace, referido a la infracción de derechos de la propiedad intelectual e industrial derivados del enlace.

Tampoco opera la exención del artículo 17 de la LSSICE cuando el proveedor de los contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que incluya el enlace o facilite la localización de estos contenidos⁸⁷.

⁸⁶ Artículo 16 de la LSSICE.

⁸⁷ Vid. P.A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomsom Reuters, 5 edición, 2015. Pág. 284.

7. LA REFORMA DE LA DIRECTIVA 2010/13/UE.

7.1 La legislación española audiovisual en el contexto de la reforma.

Tanto los contenidos audiovisuales como su demanda se han integrado en la rutina diaria de los ciudadanos, es difícil contemplar un mundo, el ocio, el trabajo o cualquier otra actividad sin los contenidos audiovisuales.

Actualmente España dispone de una legislación audiovisual dispersa, incompleta, a veces desfasada y obsoleta, con grandes carencias para adaptarse a los tiempos, y por tanto, sometida a cambios frecuentes⁸⁸. De igual manera trae importantes consecuencias para la regulación de aquellas actividades llevadas a cabo a través de Internet.

La trasposición de la Directiva 2010/13/UE se lleva a cabo en el ordenamiento español a través de la Ley General de Comunicación Audiovisual⁸⁹ (LGCA) y un Real Decreto (RD) 847/2015 de 28 de Septiembre de 2015.

7.1.1. *Ley General de Comunicación Audiovisual.*

La primera novedad que acuña la LGCA es la sustitución de los conceptos de radiodifusión y televisión que se seguía manteniendo en el Estatuto de Radio y Televisión de 1980, por el concepto de servicio de comunicación audiovisual.

En relación con el concepto de comunicación audiovisual que aparece recogido en el artículo 1.1 de la Directiva 2010/13/UE coincide con el que nos ofrece la LGCA en su artículo 2.2⁹⁰. En relación con el concepto de programa, la LGCA diferencia los programas audiovisuales entre programas de televisión⁹¹ y programas de radio⁹². De igual manera define al prestador de comunicación audiovisual como aquella persona física o jurídica que

⁸⁸ Preámbulo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

⁸⁹ BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010.

⁹⁰ Artículo 2.2 “Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicación electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales”.

⁹¹ Artículo 2.6.a) “Conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o de un catálogo de programas. En todo caso son programas de televisión: los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las series, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales, así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo”.

⁹² Artículo 2.6.b) “Conjunto de contenidos sonoros que forman un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o un catálogo de programas”.

tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas⁹³.

Una vez visto esto, han de ser cuatro los elementos que han de confluír para que estemos frente a un servicio de comunicación audiovisual: en primer lugar, que sea una persona la que tenga el control efectivo tanto de sus contenidos como de su organización; en segundo lugar, se tiene que dirigir a un público al cual se ofrece el servicio; en tercer lugar, tiene que tener la finalidad de informar, entretener o educar a través de los correspondientes programas y contenidos; y por último tiene que utilizar redes de comunicaciones electrónicas para llevar a cabo la transmisión⁹⁴.

La LGCA, en su título II, detalla una tanto derechos como obligaciones de público y de los prestadores de servicio y donde incorpora la normativa esencial para la comunicación audiovisual. La ley en este título recoge prácticamente todo el contenido de la Directiva, pero con unos matices. En este sentido, no diferencia cuales son aplicables a los servicios lineales y cuales a los servicios no lineales.

Una de las diferencias con la Directiva es que el legislador español no acuñó la expresión de servicios de comunicación audiovisual a petición⁹⁵. De esta manera la LGCA a la hora de realizar la trasposición de las disposiciones contenidas en la Directiva y en relación con los servicios de comunicación audiovisual a petición, se refiere a ellos como los prestadores de un servicio de catálogo de programas⁹⁶, refiriéndose a ellos 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 las redes de IP⁹⁷.

En relación con los prestadores de un servicio de catálogo de programas, la LGCA recoge las obligaciones de la Directiva, la cual imponía a los prestadores de servicios de

⁹³ Artículo 2.1 de la LGCA.

⁹⁴ LÓPEZ GARCÍA, Mabel. Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación). Internet ¿Medio de comunicación audiovisual? ISSN: 0213-084x. pág. 8. Octubre- diciembre 2011.

⁹⁵ Artículo 1.1.g) de la Directiva 2010/13/UE “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 seleccionados por el prestador del servicio de comunicación”.

⁹⁶ Vid. P.A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomsom Reuters, 5 edición, 2015. Pág.140.

⁹⁷ Vid. P.A de Miguel Asensio, “Derecho Privado de Internet”, Thomsom Reuters, 5 edición, 2015. Pág. 140.

comunicación audiovisual a petición. Así se prevé, por ejemplo, que los prestadores de un catálogo de programas deben reservar a obras europeas el 30% del catálogo y quede esa reserva la mitad será en algunas de las lenguas oficiales de España⁹⁸. También se prevé que los prestadores de servicios de catálogos de programas y los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión también están sometidas a la obligación de financiación⁹⁹.

De la misma manera que se impone a todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, entre los que se incluyen los servicios de comunicación audiovisual a petición, la utilización de mecanismos para la clasificación por edades de sus contenidos. Además de que cuando se lleve a cabo un servicio de comunicación audiovisual mediante un catálogo de programas, se deberán de realizar de manera separada de aquellos contenidos que no deban tener acceso los menores de edad.

Lo que ha pretendido la LGCA es adoptar el mandato que se encontraba en la Directiva 2010/13/UE en su artículo 12¹⁰⁰. Ahora bien parece dudarse sobre el carácter de la normativa de transposición, en relación con determinadas actividades llevadas a cabo en Internet, actividad característica de los servicios de comunicación audiovisual que organizan sus contenidos a través de un catálogo de programas. Así, la medida que regula la LGCA de elaborar un catálogo separado no puede ser suficiente si a ella no se le aplican otras medidas complementarias.

La LGCA recoge cuatro categorías de prestadores de servicios, cuya actividad se centra en la difusión de contenidos audiovisuales: servicios de comunicación audiovisual televisiva, servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, prestadores de servicios de comunicación electrónica y prestadores de servicios de catálogo de programas. Dentro de estas cuatro categorías hace una mención a aquellos que también prestan servicios de acceso a Internet.

En relación con las actividades de los servicios de comunicación electrónica un aspecto que presenta relevancia es que los prestadores de servicios de la comunicación audiovisual

⁹⁸ Artículo 5.2 de la LGCA.

⁹⁹ Artículo 5.3 de la LGCA.

¹⁰⁰ Artículo 12 de la Directiva 2010/13/UE “Los Estados Miembros adoptarán las medidas adecuadas para velar por que los servicios de comunicación audiovisual a petición ofrecidos por los prestadores de servicios de comunicación bajo su jurisdicción que puedan dañar gravemente el desarrollo físico, mental o moral de los menores se faciliten únicamente de manera que se garantice que, normalmente, los menores no verán ni escucharán dichos servicios de comunicación audiovisual a petición”.

tienen el derecho de acceder a los servicios de comunicación electrónica para la emisión de canales y catálogos. De igual manera que los términos y las condiciones de acceso a los mismos serán pactados libremente por las partes¹⁰¹.

La LGCA califica a aquella actividad audiovisual o de igual manera a los servicios de comunicación audiovisual como un servicio de interés general. En relación con los prestadores de servicios se habla de servicio público de comunicación audiovisual como un servicio esencia de interés económico general.

Otra de las novedades que introduce la LGCA es la creación de un nuevo organismo público: Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA)¹⁰². La creación de organismos independiente aparece recogida en las normas comunitarias y así aparece recogido en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual¹⁰³.

La LGCA ha atribuido diversas funciones al CEMA reguladas a través del artículo 47 de la LGCA. Dentro del amplio listado de funciones que se le atribuyen ha dicho organismo, destacamos, por ejemplo, la comunicación de inicio de la actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual¹⁰⁴, así como también le corresponde llevar a cabo el registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual¹⁰⁵.

La LGCA pretende garantizar una serie de derechos del espectador, haciendo hincapié en el menor y el discapacitado y en los productores de obras europeas, haciendo su reflejo en las muchas obligaciones para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. De esta forma, le corresponde al CEMA, le corresponde a este organismo el adoptar aquellas medidas de carácter necesario para la eficacia de estos derechos y obligaciones.

7.1.2 *Real Decreto 847/2015.*

El Real Decreto 847/2015, de 28 de Septiembre¹⁰⁶, tiene un doble objetivo: en primer lugar, llevar a cabo la organización y el régimen de funcionamiento electrónico del Registro

¹⁰¹ Artículo 11 de la LGCA.

¹⁰² Artículo 44 de la LGCA “El consejo Estatal de Medios Audiovisuales es un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Estará adscrito al Ministerio de la Presidencia”.

¹⁰³ Artículo 30 de la Directiva 2010/13/UE “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para intercambiar mutuamente y facilitar a la Comisión la información necesaria para la aplicación de la presente Directiva, en particular de sus artículos 2,3 y 4, en especial a través de sus organismos reguladores independientes”.

¹⁰⁴ Artículo 47.1.c) de la LGCA.

¹⁰⁵ Artículo 47.1.e) de la LGCA.

¹⁰⁶ BOE de 29 de Septiembre de 2015.

Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual; y en segundo lugar, el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad¹⁰⁷.

En cuanto a los requisitos para prestar servicios de comunicación audiovisuales, se llevan a cabo a través del régimen de comunicación previa, de este modo, se va a poder adquirir la condición de prestador de servicios y poder incluirse en un sector económico.

También se establece el régimen jurídico de la inscripción en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual sometidos a la jurisdicción española, así como su estructura y funcionamiento.

7.2 La Propuesta 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 lo largo de toda la investigación hemos visto cómo el mundo audiovisual está cambiando a un ritmo apresurado debido a la unión de la televisión y de aquellos servicios difundidos a través de Internet. De igual manera, los videos de corta duración y los contenidos realizados por los usuarios alcanzan cada vez mayor importancia y los nuevos proveedores, en los que se incluye los servicios de video a petición y de plataformas de distribución de videos, están ya demasiado asentados¹⁰⁸.

En este contexto la Estrategia del Mercado Único Digital para Europa¹⁰⁹ apuesta por un rejuvenecimiento de la DSCA, con la intención de que se reflejen aquellos cambios que se han producido en el mercado, consumo y tecnología.

Con la revisión de la normativa audiovisual lo que pretende la comisión es conseguir una armonía entre las normas que se aplican a las empresas de radiodifusión tradicionales, a los proveedores de video a la carta y a las plataformas de intercambio de videos, sobre todo, en materia de protección de menores, a la protección al público en general en relación con

¹⁰⁷ MENDOZA LOSANA, Ana I. “Pronto bastará registrarse en Internet para poder prestar servicios de comunicación audiovisual en España”. Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo.

¹⁰⁸ Comisión Europea 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.COM (2016) 287 final.

¹⁰⁹ Comisión Europea, comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. COM (2015) 192 final.

contenidos que inciten al odio y a la violencia contra ciertos colectivos, y a la promoción de la producción de contenidos europeos.

La DSCA debe seguir aplicándose, de manera limitada, a aquellos servicios que tienen como objeto principal suministrar programas con el fin de informar, entretener o educar.

Se cumple en requisito para considerarlo como un medio de comunicación audiovisual si el servicio es separable de la actividad principal que proporciona el prestador de servicios, esto es, las partes autónomas de los periódicos digitales que ofrecen programas audiovisuales o videos generados por usuarios, ya que como he mencionado se considera que dichas partes pueden ser separables de su actividad principal¹¹⁰. No se incluirían los servicios de las redes sociales.

Al respecto, debemos considerar como un servicio simplemente complemento y por tanto inseparable de la actividad principal, a aquellos que hay un vínculo entre el contenido audiovisual y la actividad principal. Así, tanto los canales, como cualquier otro servicio audiovisual que se encuentren bajo la responsabilidad editorial de un proveedor pueden formar servicios de comunicación audiovisual en sí mismos, a pesar de que presenten un soporte de difusión de videos, cuya característica principal es la ausencia de responsabilidad editorial. En estos casos, corresponderá a los proveedores con responsabilidad editorial ceñirse a la que dispone la DSCA.

Los EM tiene el deber de mantener al día los registros de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual y de los suministradores de soportes de videos que estén bajo su competencia judicial y deberán compartir periódicamente dichos registros con las autoridades reguladoras y con la Comisión.

En relación con las modificaciones que se han llevado a cabo de la DSCA y en relación con el objeto de dicho trabajo, podemos ver que se modifica el artículo 1, apartado 1, letra a, i) el cual hace referencia al concepto de servicio de comunicación audiovisual, tras la reforma se entenderá por servicio de comunicación audiovisual un servicio cuya principal finalidad, del propio servicio de una de sus partes dissociables, sea ofrecer programas, bajo responsabilidad editorial de un prestador de servicios de comunicación, con objeto de informar, entretener o educar al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, en el sentido de la letra a) del artículo 2 de la Directiva 2002/21/CE¹¹¹.

¹¹⁰ Comisión Europea. Ob. Cit. COM (2016) 287 final.

¹¹¹ Comisión Europea. Ob. Cit. COM (2016) 287 final.

En esta ampliación que se lleva a cabo de la definición de servicio de comunicación audiovisual, se incluyen aquellos servicios que son separables de otros servicios principales. Con esta modificación se pone fin al debate sobre el cual hemos ido hablando a lo largo de todo el trabajo y se incluyen como servicios audiovisuales aquellos contenidos incluidos en las páginas webs de otros servicios, es decir, tendría consideración de servicios audiovisuales aquellos contenidos en un periódico digital¹¹². Dichos contenidos serían calificados como servicios audiovisuales siempre y cuando tengan autonomía y no sean un complemento de la prensa escrita.

Además se ofrece por primera vez un concepto de servicio de plataforma de distribución de videos, quedando de la siguiente manera: un servicio que debe cumplir los siguientes requisitos:

- El servicio consiste en el almacenamiento de una gran cantidad de programas o videos generados por los usuarios, cuya responsabilidad editorial no recae sobre el proveedor de la plataforma de distribución de videos.
- La organización de los contenidos almacenados está determinada por el prestador del servicio, incluso por medios o algoritmos automáticos, en particular mediante el alojamiento, la presentación, el etiquetado y la secuenciación,
- La finalidad principal del servicio o de una de las partes dissociables es ofrecer programas y videos generados por los usuarios al público en general, con objeto de informar, entretener o educar,
- El servicio se presta a través de redes de comunicaciones electrónicas, en el sentido de la letra a) del artículo 2 de la Directiva 2002/21/CE¹¹³.

De igual manera, modifica el artículo 1, apartado 1, b), el cual ofrecía un concepto de programa, quedando de la siguiente manera: un conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro de un horario de programación o de un catálogo elaborado por un prestador de servicios de comunicación audiovisual, incluidos los largometrajes, los videos de corta duración, las manifestaciones deportivas, las comedias de situación, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro original¹¹⁴.

¹¹² Considerando 28 de la DSCA.

¹¹³ Comisión Europea. Ob. Cit. COM (2016) 287 final.

¹¹⁴ Comisión Europea. Ob. Cit. COM (2016) 287 final.

CONCLUSIONES.

1.1.- La primera conclusión del presente TFG es que como consecuencia de la evolución que han ido sufriendo los medios de comunicación audiovisual, las distintas Directivas de la UE encargadas de regular y controlar el sector audiovisual se han visto obligadas a adaptarse a las nuevas necesidades que se han ido presentando en el sector audiovisual.

1.2.- Todas las modificaciones que se han ido realizando se han basado en la idea que, en su día, proyectó la Directiva Televisión Sin Fronteras, es decir, la instauración de reglas normativas encaminadas a la creación de un Mercado Único de Servicios.

2.1.- La segunda conclusión es que la regulación que hace la DSCA en el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i) incluye en la definición de servicio de comunicación audiovisual tanto a las emisiones televisivas, como a los servicios de comunicación audiovisual a petición.

2.2.- De esta manera, dentro del concepto de servicio de comunicación se incluyen las emisiones televisivas como aquellos servicios de comunicación audiovisual que el espectador tiene total flexibilidad en el momento de acceso a los contenidos, tratándose de medios de comunicación de masas.

2.3.- Pero el concepto muestra cierta incertidumbre, viéndose obligado el TJUE a manifestarse sobre el alcance de la DSCA.

3.1.- La tercera conclusión es la necesidad de poner de relieve el papel fundamental de la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance del concepto de programa del artículo 1, apartado 1, letra b) de la Directiva DSCA.

3.2.- Es necesario subrayar, por tanto, que el TJUE señala que la puesta a disposición de videos de corta duración a través de un enlace contenido en la página web de un periódico digital constituía un programa, ya que lo que caracteriza a un programa es la similitud tanto en forma como en contenido con la radiodifusión televisiva y se dirige a un público en general.

4.1.- La cuarta conclusión consiste en manifestar que la principal finalidad de un servicio de comunicación audiovisual en el sistema de la UE debe ser proporcionar programas con el objetivo de informar, entretener o educar al público en general.

4.2. A este respecto, el presente TFG analiza las razones que conducen a que el TJUE declare que dicha finalidad se asienta sobre el criterio de que se trata de un servicio de comunicación audiovisual cuando los videos que gestiona el periódico digital funcionan de manera autónoma en relación con la actividad principal que gestiona el medio.

4.3.- De esta manera la exclusión del ámbito de aplicación de la DSCA de los periódicos digitales, se refiere, y conforme a la interpretación del TJUE, a aquellos periódicos que incluyan entre sus páginas contenidos audiovisuales, si dicho contenido resulta indispensable de la actividad principal del diario digital.

5.1.- La quinta conclusión se refiere a la problemática de la responsabilidad de los prestadores de servicios en orden a la verificación de como la DCE crea una zona de exención, no siendo responsables aquellos prestadores intermediarios que solo pongan a disposición o alojen entre sus páginas contenidos, ya que se considera que la responsabilidad debería caer sobre el prestador que lleve a cabo la creación o la decisión de transmitir o hacer accesibles aquellos contenidos ilícitos.

5.2. Pero el presente TFG señala que dicha exención presenta problemas ya que no se hará responsable a aquellos prestadores de servicios que simplemente usen la información que ha difundido otro prestador de servicios, en cambio, si dicho prestador que use la información difundida por otro prestador cambie o intervenga en la información y conozca la ilegalidad y aun así difunda la información será responsable por dicho contenido.

5.3.-En este contexto, para ser responsable por los contenidos ilícitos, el artículo 16 de la LSSICE habla de conocimiento efectivo, de tal forma que solo se puede exigir la responsabilidad a los prestadores de servicios cuando tenga conocimiento efectivo. El concepto de conocimiento efectivo es tan amplio que no existe una definición que explique cuando un prestador tiene conocimiento efectivo, de igual manera ha sido objeto de discusión y de numerosa jurisprudencia. En realidad, con la simple apreciación del contenido ilícito sería más que suficiente para estar en presencia del denominado conocimiento efectivo.

5.4.-En cuanto a la responsabilidad que establece la LSSICE en relación con los proveedores de hipervínculos, el TFG ha pretendido comprobar razonablemente que hay un vacío, no conteniendo normas donde se regule la responsabilidad de dichos proveedores siendo necesario acudir a la regla general del artículo 16 de la LSSICE. No

siendo responsables aquellos prestadores que redirijan a sus usuarios a través de los hipervínculos siempre y cuando no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de los citados contenidos.

6.1.- Por último y sexta conclusión, indicar que la transposición que se ha dado de la DSCA a la legislación española, presenta carencias, siendo necesario adaptar la LGCA a los nuevos tiempos y a las nuevas necesidades que vayan naciendo en el sector audiovisual.

6.2.- La última propuesta de revisión de la DSCA en el año 2016 tiene como característica principal que la Comisión Europea se centra más en la protección al menor y en el fomento de las obras europeas. Es cierto, no obstante, que se pronuncian sobre la cuestión de la Sentencia New Media Online pero de manera escasa y con eventuales pocas repercusiones prácticas. A este respecto, señalar que dicha revisión se limita a incluir en el concepto de programa a los videos de corta duración, así como afirma la jurisprudencia New Media Online en orden a la futura consolidación del Mercado Único de Servicios.

BIBLIOGRAFÍA.

AUTORES.

ADRIÁN ARNAIZ, Antonio. Libre circulación de personas, servicios y capitales. Políticas Comunitarias: Bases Jurídicas. (Dir: A. Calonge). Tirant lo Blanch. Lex Nova. Valladolid. 2003.

ADRIÁN ARNAIZ, Antonio-FONSECA MORILLO-Francisco. El Mercado Interior: Aspectos Jurídicos. La Integración Económica Europea: Curso Básico. (Coord: I. Vega Moco-roa). 2ª Ed. Lex Nova. Valladolid.

ADRIÁN ARNAIZ, Antonio. Nuevas perspectivas legales en el derecho de establecimiento de abogados en la Comunidad Europea. Noticias de la Unión Europea. 1996. Diciembre. Nº 143.

BECEIRO, Sagrario “Evolución de la legislación audiovisual en la Unión Europea en el entorno digital: los contenidos se independizan del soporte”.

DE MIGUEL ANSEIO Pedro Alberto (2015): “Derecho Privado de Internet”. Thomson Reuters Proviewth.

GRETEL 2006, Cátedra COIT-UPM. “La revisión de la Directiva de Televisión sin Fronteras”. Revista Bit Nº 158; Agosto- Sept. 2006.

LINDE PANIAGUA, Enrique, VIDAL BELTRÁN, José María, MEDINA GONZÁLEZ Sara (2011): “Derecho Audiovisuales”. Colex

LÓPEZ GARCÍA, Mabel, REALA, nº 311 Septiembre- diciembre 2009, ISSN: 1699-7476.

LÓPEZ GARCÍA, Mabel. Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación). Internet ¿Medio de comunicación audiovisual? ISSN: 0213-084x. Octubre- diciembre 2011.

MENDOZA LOSANA, “Pronto bastará registrarse en Internet para poder prestar servicios de comunicación audiovisual en España”. Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo.

OLIVER, P. Recent trends in the case-law of the Court of Justice: The Internal Market. Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2008-2011) (Dir: R. Diez-Hothleiner Rodriguez). Madrid. 2012.

ORTEGO RUIZ Miguel (2015): “Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos”. Reus Editorial.

RÍO PASCUAL. Amparo. Las libertades comunitarias: libre circulación de personas y servicios. Lecciones de Derecho Comunitario Europeo. (Dir: V.Abellán.B Vilá-A.Olesti). Barcelona. 2011.

INSTITUCIONES.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una Estrategia para el Mercado Único Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 6 de Mayo de 2015. COM (2015) 192 final.

COMISIÓN EUROPEA. 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. Bruselas, 25 de Mayo de 2016. COM (2016) 287 final.

LEGISLACIÓN.

Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Boletín oficial del Estado, 12 de Julio de 2002, núm. 166, pp. 25388 a 25403.

Ley 7/2010, de 31 de Marzo, General de Comunicación Audiovisual. Boletín Oficial del Estado, 1 de Abril de 2010, núm. 79, pp. 30157.

Real Decreto-ley 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. Boletín Oficial del Estado, de 29 de Septiembre de 2015, núm. 223, pp. 88303 a 88316.

Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radio difusión televisiva. Diario Oficial de la Unión Europea, 17 de Octubre de 1989.

Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de Junio de 1997 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Diario Oficial de la Unión Europea, 30 de Julio de 1997, p. 0060-0070.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico. Diario Oficial de la Unión Europea, 17 de Julio de 2000, pp. 1-16.

Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Diario oficial de la Unión Europea 332, de 18 de diciembre de 2007, p. 314-332.

Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo, y del Consejo Europeo, de 10 de marzo de 2010, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Diario Oficial de la Unión Europea, 15 de Abril de 2010.

JURISPRUDENCIA.

Audiencia Provincial Civil de Madrid (Sección Vigésimoctava). Sentencia núm. 11/2014 de 14 de Enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 773/2009 de 9 de Diciembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 144/2013 de 4 de Marzo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 742/2010 de 4 de Diciembre.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Alpine Investments BV y Minister van Financiën. Sentencia de 10 de Mayo de 1995.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso New Media Online GmbH y Bundeskommunikationssenat. Sentencia de 21 de Octubre de 2015.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comunicado de Prensa nº 127/15. Sentencia en el asunto C-347/14, New Media Online GmbH y Bundeskommunikationssenat. Luxemburgo, 21 de octubre de 2015.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comunicado de Prensa nº 75/15. Conclusiones del Abogado General en el asunto C-347/14, New Media Online. Luxemburgo, 1 de Julio de 2015.

Conclusiones del Abogado General Sr. MACIEJ Szpunar, presentadas el 1 de Julio de 2015, asunto C-347/14 New Media Online GmbH.