

## UN IMPORTANTE PASO MÁS HACIA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL: LA APROBACIÓN DEL REGLAMENTO RELATIVO A LA PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA DE CONTENIDOS EN LÍNEA

### Un importante paso más hacia un mercado único digital: la aprobación del Reglamento relativo a la portabilidad transfronteriza de contenidos en línea

La aprobación del Reglamento relativo a la portabilidad transfronteriza de contenidos en línea supone un cambio sustancial en el consumo legal de ese tipo de contenidos a nivel europeo. De acuerdo con este Reglamento, aprobado en el marco de la estrategia para un “mercado digital europeo” lanzada en 2015 por la Comisión Europea, cualquier abonado a un servicio de contenidos en línea de los descritos en el Reglamento podrá acceder a él cuando se desplace de forma temporal a otro Estado miembro de la Unión Europea, sin necesidad de que el prestador de dicho servicio tenga que solicitar autorizaciones adicionales de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre esos contenidos para su difusión en los restantes Estados miembros de la Unión Europea. Esa portabilidad transfronteriza será posible siempre que se cumplan determinados requisitos, entre los que destaca la obligación del prestador de verificar el Estado miembro de residencia del abonado en cuestión. Esta nueva norma constituye un paso muy importante en la eliminación de barreras en la Unión Europea hacia el desarrollo de una industria sólida de prestación de servicios de contenidos en línea.

### One more a substantial step towards a Digital Single Market: The approval of the Regulation on cross-border portability of online content

The approval of the Regulation on cross-border portability of online content constitutes a substantial transformation in the legal consumption of that kind of contents within the European Union. According to this Regulation, which has been approved in the context of the strategy for a “digital single market” launched in 2015 by the European Commission, any user of an online content service –as described in the Regulation– may access such same content when temporarily traveling to a different Member State of the European Union. For such transnational use of content the provider of the service does not need to obtain any additional authorization from the owners of such content in order to offer it in each Member State of the European Union, provided certain requirements are complied with. Among those requirements, it is particularly important the obligation of the service provider to verify the Member State of residency of the individual requesting the cross-border portability. This new ruling is a substantial step towards the elimination of barriers within the European Union to the development of a strong industry of online content provision services.

#### PALABRAS CLAVE

Mercado único digital, Portabilidad transfronteriza, Contenidos en línea, Derechos de autor y derechos afines, Territorialidad, Principio de país de origen.

#### KEY WORDS

Digital single market, Cross-border portability, Online content, Copyright and related rights, Territoriality, Country of origin principle.

Fecha de recepción: 1-10-2018

Fecha de aceptación: 18-10-2018

### INTRODUCCIÓN: LA ESTRATEGIA PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

El Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior (“Reglamento de Portabilidad Transfronteriza” o “Reglamento”), constituye una de las primeras iniciativas legislativas en materia de derechos de autor y derechos afines lanzadas por la Comisión Europea en el marco de su estrategia para la creación de un “mercado único digital” (“Estrategia MUD”), contenida en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones. Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, de 6 de mayo de 2015 (COM(2015) 192 final) (“Comunicación MUD”). A ella se suma el recién

temente aprobada Directiva por la que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, cuyo texto ha sido recientemente aprobado por el Parlamento Europeo (COM (2016) 0594) (“Reglamento de Transmisiones”).

En particular, el Reglamento de Portabilidad Transfronteriza se enmarca en el primero de los tres pilares sobre los que se construye dicha Estrategia MUD, es decir, el relativo a “Mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa, lo que a su vez requiere eliminar las diferencias entre los mundos en línea y fuera de línea para así facilitar la actividad transfronteriza en línea”. Dentro de este primer pilar, el Directiva de

Portabilidad Transfronteriza constituye uno de los principales instrumentos jurídicos diseñados por la Comisión Europea para *fomentar la modernización de la legislación en materia de propiedad intelectual a nivel europeo*, a través del derribo —aunque de manera parcial— de las barreras de acceso transfronterizo a los servicios de contenidos protegidos por derechos de autor y afines, y otros derechos análogos.

De hecho, esa eliminación de barreras territoriales y el acceso transfronterizo a productos y servicios dentro de la UE en el entorno digital es en sí mismo uno de los objetivos fundamentales que persigue la Estrategia MUD en su conjunto. Entre las iniciativas lanzadas en esta materia, además del Reglamento que aquí se analiza, destaca la aprobación del *Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE*.

En particular, en lo que se refiere a los servicios de oferta de contenidos en línea, dos son los factores que influyen en mayor medida en esta necesidad de eliminar barreras territoriales al consumo de contenidos digitales dentro de la Unión Europea (“UE”). El primero de ellos está vinculado al hecho de que la tecnología que permite la portabilidad de los contenidos está cada vez más desarrollada y es cada vez más fácil de implementar. El segundo de ellos, muy unido al anterior, es que los consumidores europeos de este tipo de contenidos —sobre todo los más jóvenes— están muy habituados a acceder a ellos de forma inmediata, desde cualquier lugar y en cualquier momento, y no conciben que por razones jurídicas (en concreto, por aplicación del principio de territorialidad a los derechos de autor y afines) no sea posible ese acceso también desde cualquier otro país de la UE, sobre todo teniendo en cuenta que son contenidos adquiridos lícitamente. El no atender a esta necesidad de los consumidores europeos conlleva el riesgo altísimo de que esos mismos consumidores puedan decidir optar por vías más “rápidas” y “fáciles” de acceder a esos contenidos, concretamente a través de servicios ilegales, respecto de los que la territorialidad es solo una cuestión técnica, y cuya existencia es una lacra para el desarrollo de la industria cultural europea.

Por todo ello, el legislador comunitario concluyó que es necesario desactivar de forma temporal la protección territorial de los derechos de autor y afines, a través de este Reglamento de Portabilidad Transfronteriza, como medida destinada a eliminar esas barreras territoriales al tráfico intracomunitario de contenidos y, en último término, fomentar el consumo lícito de contenidos dentro de la UE.

Se ha elegido además la vía del Reglamento, que es un instrumento jurídico de aplicación directa en las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros de la UE (en adelante, “EEMM”, y en singular “EM”) desde su entrada en vigor, y obligatorio en todos sus elementos, todo ello de acuerdo con el art. 288 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”) (2016/C 202/1. Versión consolidada). Entendemos que con esta elección se pretende alcanzar el objetivo de desarrollar en un plazo razonablemente rápido una normativa armonizada a nivel europeo en una materia jurídica tan compleja como son los derechos de autor y afines, y respecto de la que cualquier modificación legal genera una gran polémica.

Existen también otras posibles soluciones legales a esta problemática, como es, en particular, la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales a nivel comunitario. De hecho, en 2014 se aprobó con este fin, al menos en lo que se refiere a contenidos musicales en línea, la *Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior*. No obstante, este tipo de licencias son también muy difíciles de articular, por la propia naturaleza compleja de los derechos de autor y derechos afines sobre los contenidos de entretenimiento. Es por ello que el legislador europeo decidió aprobar esta norma en la forma de un Reglamento.

## **LOS SERVICIOS DE CONTENIDOS EN LÍNEA SUSCEPTIBLES DE PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA**

Como se apuntaba previamente, el Reglamento articula la eliminación de las barreras territoriales al acceso transfronterizo a servicios de contenidos en línea, permitiendo de forma excepcional a los consumidores de este tipo de servicios el acceso a los mismos cuando se encuentren temporalmente en

un EM distinto del EM de residencia en el que se hubieran contratado esos servicios.

### 1) Tipos de servicios

En cuanto a qué servicios de oferta de contenidos en línea deben ser considerados objeto del Reglamento, el art. 1, en su apartado 1.5) distingue dos tipologías (si bien, con carácter previo, se indica que esos servicios deben cumplir los requisitos de los arts. 56 y 57 del TFUE, para ser considerados servicios en el marco de la normativa europea):

— Servicios de comunicación audiovisual, tal y como los define el art. 1.1.a) 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*, a su vez modificada por la *Directiva (UE) 2018/1808 de 14 de noviembre de 2018* (en adelante, “Directiva SCA”), y que incluyen, en términos generales, todo servicio que (i) tenga como finalidad principal proporcionar contenido audiovisual (en concreto, “programas”, tal y como los define el art. 1.b) de dicha Directiva), (ii) que tenga como objetivo “educar, informar o entretener al público”, (iii) que se preste a través de redes de comunicaciones electrónicas, y (iv) que se ofrezca a través de una emisión de radiodifusión televisiva (servicio lineal) o a través de un servicio a petición (servicio no lineal). Se incluyen en esta categoría, entre otros, los canales de televisión tradicionales en abierto o de pago, o servicios de oferta de contenidos a la carta.

Cabe indicar que la Directiva SCA ha sido también revisada en el marco de la estrategia del MUD (Segundo Pilar). El texto de la modificación, que ha sido recientemente aprobado por el Parlamento Europeo, modifica, entre otros, la definición de los servicios audiovisuales que deben ser objeto de ella. Así, el concepto se ha ampliado para incluir en la anterior definición servicios audiovisuales “disociables” dentro de una oferta más amplia de contenidos *online* (en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante, “TJUE”— en el caso C-347/14), así como las plataformas de intercambio de vídeos, que tendrán un régimen especial, pero que *a priori* se deben considerar incluidos en el ámbito de aplicación de este Reglamento.

— Servicios cuya característica “principal” (no auxiliar) sea la provisión de acceso a obras, prestaciones o transmisiones de organismos de radiodifusión, y su utilización sea también lineal o a la carta. En esta categoría se podrán incluir servicios audiovisuales que no cumplan los requisitos de la Directiva SCA y también aquellos servicios que ofrezcan otro tipo de contenidos accesibles en línea, como pueden ser servicios de música a la carta, radio *online*, librería electrónica, o bien servicios de videojuegos *on-line* y/o a la carta.

Es importante señalar que, en relación con el carácter principal que ha de tener la oferta de contenidos en el servicio, el Considerando (16) del Reglamento excluye expresamente del ámbito de su aplicación los sitios web que de forma puntual utilicen elementos gráficos o música de fondo.

### 2) Portabilidad

Un requisito fundamental que han de cumplir los servicios de oferta de contenidos en línea antes descritos para ser objeto de este Reglamento, tal y como define el apartado 6) del art. 1, es que tengan carácter portable, es decir, que el acceso a esos servicios dentro del EM de residencia del abonado (esto es, el consumidor que haya contratado la prestación de un servicio de contenidos en línea, sea o no de pago, según el propio Reglamento) no se limite a un lugar concreto y fijo. Por tanto, han de ser servicios a los que se pueda acceder (i) desde cualquier dispositivo portátil (tableta, teléfono móvil inteligente, y similares) y (ii) desde cualquier lugar, no solo el hogar, es decir, que sean *out-of-home*, para lo cual el prestador del servicio debe haber obtenido la correspondiente autorización por parte de los titulares de derechos.

### 3) De pago o gratuitos

Otro aspecto a destacar con respecto al tipo de servicios objeto del Reglamento es que se prevé que estarán en todo caso sometidos al mismo aquellos servicios de los descritos previamente que se realicen a cambio de un precio, tal y como prevé el art. 3.1 del Reglamento. Ese precio debe pagarse en dinero, si bien, el Considerando (18) aclara que el pago puede hacerlo directamente el abonado o se puede realizar a través de un tercero, como por ejemplo el prestador de un servicio de comunicaciones electrónicas (quedan en todo caso excluidas del concepto de pago las tasas que es obligatorio abonar en algunos EEMM por los servicios públicos de radiodifusión).

Sin perjuicio de lo anterior, el Reglamento también prevé que los prestadores de servicios gratuitos que decidan ofrecerlos de forma transfronteriza, estarán sometidos a las mismas obligaciones que el Reglamento prevé para los prestadores de servicios de pago y, en particular, a la obligación de verificar el EM de residencia de los abonados en los términos que se analizan seguidamente. Esta obligación de verificación, recogida en el art. 6 del Reglamento, constituye un cambio fundamental en la forma de ofrecer este tipo de servicios, puesto que necesariamente supone un aumento en los costes de su prestación, lo cual puede a su vez resultar muy oneroso para servicios que se ofrecen de forma gratuita. Por ello, para estos prestadores de servicios gratuitos la portabilidad transnacional es opcional.

Además, se exige a este tipo de prestadores de servicios que informen a sus abonados, a los titulares de derechos de autor y afines, así como a los titulares de cualesquiera otros derechos afectados (p. ej., a los organizadores de eventos deportivos que les hayan licenciado la emisión), de su decisión de ofrecer esa portabilidad transfronteriza, y ello a través de medios adecuados y proporcionados (aunque no se indica cuáles han de ser esos medios, de acuerdo con el Considerando (20) bastaría con informar a través del sitio web del proveedor).

#### 4) Streaming y descarga

Por último, el Considerando (15) del Reglamento añade un elemento de carácter técnico a tener en cuenta a la hora de determinar qué servicios están incluidos en la Directiva, y es el relativo a que dichos servicios podrán ser tanto de transmisión en continuo (*streaming*) como de descarga (*downloading*), o bien cualquier otra técnica que permita el uso de esos contenidos.

### CONDICIONES DE ACCESO A LA PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA

Una vez identificados los servicios que pueden ser susceptibles de portabilidad transfronteriza, el Reglamento describe los condicionantes que han de cumplir tanto los abonados como los prestadores de servicios para que estos últimos puedan y, en su caso, deban ofrecerla a sus abonados.

#### 1) Contratación del servicio

En primer lugar, es fundamental que el abonado haya contratado un servicio de contenidos en línea de los descritos previamente en su EM de residen-

cia, como establece el art. 3.1 del Reglamento. De acuerdo con el Considerando (15), esa contratación puede consistir tanto en un contrato, en papel o electrónico debidamente firmado, como en la aceptación de las condiciones generales del prestador. Se excluyen expresamente de este concepto de “contrato” —a los efectos del Reglamento— el haber suscrito un sistema de alerta de contenidos o la mera aceptación de *cookies*.

#### 2) Temporalidad

Una vez contratado el servicio, la portabilidad a un EM distinto al de residencia del abonado solo podrá otorgarse de forma temporal. De no ser así, es decir, si se permitiera una portabilidad indefinida, estaríamos ante un cambio sustancial de las reglas del juego creadas por el legislador europeo para articular esta portabilidad transnacional, que ha de tener necesariamente carácter excepcional, para no desvirtuar la naturaleza territorial de los derechos de autor y afines, y otros derechos análogos, que protegen los contenidos objeto de licencia, como veremos seguidamente.

El problema que plantea esta nueva regulación es que el Reglamento no establece un plazo máximo de tiempo de estancia en el EM de destino para poder otorgar esa portabilidad transfronteriza, y ello a pesar de los intentos de los titulares de derechos de propiedad intelectual porque así fuera, preocupados con evitar potenciales abusos (por ejemplo, el que un usuario pueda contratar un servicio de contenidos en línea en un EM en el que ese servicio sea más barato, para después disfrutar de él en otro EM distinto durante un tiempo mayor al de un mero viaje o estancia puntual). A falta de una indicación en este sentido, y al efecto de determinar cuándo se puede entender que esa temporalidad pasa a convertirse en “algo más”, es decir, que se pueda entender que el abonado ha modificado su EM de residencia, será necesario acudir a otros ámbitos jurídicos, como son, por ejemplo, la normativa fiscal o administrativa (esta última, en lo relativo a las formalidades exigidas a los ciudadanos europeos que se establezcan en otro EM). Lo que en ningún caso afecta a la determinación de esa temporalidad es la frecuencia de las visitas al EM que no sea de residencia, las cuales pueden ser incluso diarias, tal y como permite el Reglamento.

#### 3) Verificación del EM de residencia

El siguiente condicionante para poder ofrecer la portabilidad transfronteriza, que a su vez constituye una obligación para el prestador del servicio, es

que se verifique el EM de residencia del abonado para comprobar que coincide con el EM en el que contrató el servicio.

En primer lugar, el art. 2.3) del Reglamento define “EM de residencia” como el EM en el que el abonado resida “*de forma efectiva y estable*”. Esta terminología es jurídicamente ambigua. No obstante, las dudas que suscita se disipan en cierto modo al establecerse en esa misma disposición cómo ha de llevarse a cabo la verificación. A este respecto, y tras un intenso debate en la fase de elaboración y discusión legislativa, se optó finalmente por crear una lista cerrada de medios de comprobación, recogida en el art. 5.1 del Reglamento, de los que el prestador del servicio deberá elegir un máximo de dos, estableciéndose en algunos casos combinaciones obligatorias de determinados medios (p. ej., si se utiliza el domicilio de facturación o dirección postal del abonado descrito en la letra *i* del art. 5.1, se debe combinar necesariamente con uno de los mecanismos identificados en las letras *a* a *h* de ese mismo artículo, salvo que la dirección postal figure en un registro oficial a disposición del público). Por otra parte, el prestador también puede pactar contractualmente con el abonado los medios de comprobación de los previstos en el art. 5 del Reglamento a utilizar para la comprobación

La verificación deberá llevarse a cabo al celebrar o renovar el correspondiente contrato de prestación de servicios de contenidos en línea con el abonado correspondiente. No obstante, si a lo largo de la vigencia del contrato de prestación de servicios, el prestador tuviera dudas sobre el EM de residencia de un abonado, se le permite hacer una nueva comprobación a través de la dirección del protocolo de Internet que utiliza el abonado, solo en formato binario. Es importante aclarar que el uso de este dato debe hacerse de acuerdo con la normativa europea aplicable, fundamentalmente en materia de protección de datos, y solo podrá utilizarse para ese único fin de comprobar desde dónde accede el abonado al servicio, si desde el EM de residencia o desde otro EM.

En términos generales, se exige que el uso de los mecanismos de comprobación se haga de forma razonable, proporcionada y eficaz, y en todo caso con respeto de la normativa aplicable en materia de protección de datos personales, tal y como exige el art. 8 del Reglamento. Así, el prestador debe procurar realizar la verificación utilizando los datos del abonado que ya tuviera a su disposición. No obstante, si no tuviera información suficiente, el art. 5.3 del Reglamento prevé que el prestador podrá

solicítarsela al abonado. Ahora bien, si este no la facilitara y la verificación no pudiera llevarse a cabo, el prestador no podría ni debería ofrecerle la portabilidad transnacional.

Por otra parte, el art. 5.4 establece que los titulares de derechos afectados podrán renunciar a la verificación, siendo, a su vez, esa renuncia revocable, siempre con un “previo aviso razonable” al prestador de servicios. El que se ejercite este derecho a renunciar a la verificación es altamente improbable, dado que los titulares de derechos difícilmente querrán prescindir de una prerrogativa que les permite controlar la forma en que se explotan sus derechos. No es tampoco una opción muy viable desde el punto de vista práctico, dado que, para eximir totalmente al prestador de servicios de la obligación de verificación, todos y cada uno de los titulares de derechos sobre los contenidos portables deberían renunciar a ella. Incluso en ese supuesto, el hecho de que esa renuncia sea revocable en cualquier momento genera una gran incertidumbre para los prestadores, quienes, por defecto, preferirán implementar los mecanismos necesarios para llevar a cabo esa verificación, siempre que los costes asociados no sean excepcionalmente onerosos y estén legitimados para ello.

#### **4) Habilitación de la portabilidad transfronteriza**

Una vez realizadas las comprobaciones oportunas, el prestador de servicios estará en disposición y en la obligación de dar a sus abonados acceso al servicio de contenidos en línea contratado en el EM de destino al que se dirijan temporalmente.

Nada prevé la norma al respecto de si los abonados tienen que solicitar ese acceso transfronterizo de forma puntual, en caso de desplazarse a otro EM, o si esa portabilidad se pondrá a disposición de todos los abonados debidamente identificados por defecto durante toda la vigencia de su relación contractual con el prestador del servicio, y para todos o algunos de los EEMM de la UE.

En este contexto, el que el art. 5.1 establezca que la comprobación del EM de residencia se tenga que realizar al contratar o renovar el contrato en vigor permite interpretar que efectivamente esa portabilidad se pueda ofrecer por defecto, desde el momento de la contratación, a todos los usuarios y para todo desplazamiento temporal a cualquier EM de la UE, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento. Ello supone, desde el punto de vista técnico, la desactivación por los

prestadores de servicios, con carácter general, de sus sistemas de geobloqueo para todos aquellos abonados respecto de los que se haya podido comprobar el EM de residencia y, en consecuencia, tengan derecho a la portabilidad, manteniendo —por el contrario— dicho bloqueo con respecto al resto de abonados cuya residencia no se haya podido verificar por causas no imputables al prestador. Por otra parte, el facilitar la portabilidad transfronteriza caso a caso, aunque sería más acorde con la naturaleza excepcional de esta medida, resulta mucho más costoso para el prestador del servicio, desde un punto de vista práctico, puesto que supondría tener que activar esa portabilidad cada vez que alguno de los abonados abandone su EM de residencia para desplazarse a otro EM y desactivarla al volver.

### **OBLIGACIONES ADICIONALES DEL PRESTADOR DEL SERVICIO**

Además de la necesaria verificación antes descrita, el prestador del servicio está sujeto a una serie de obligaciones adicionales a la hora de prestar su servicio de contenidos en línea de forma transnacional.

En particular, de acuerdo con el art. 3 del Reglamento, el prestador del servicio deberá ofrecerlo en portabilidad en el EM de destino en idénticas condiciones a cómo se esté ofreciendo en el EM de residencia, es decir, sin ningún tipo de limitación en cuanto a lo que haya sido contratado por el abonado, y ello tanto con respecto a los contenidos objeto del servicio como en cuanto al tipo y número de dispositivos y cantidad de usuarios con acceso a él, y en lo que se refiere a las funcionalidades disponibles, como son, por ejemplo, el servicio de visionado diferido (*catch-up*) o el servicio de grabaciones (*network-pvr*).

No se podrá tampoco cobrar al abonado ninguna cantidad adicional, ni tan siquiera para cubrir costes, por dicha portabilidad transfronteriza, sin perjuicio de que el usuario pueda tener que realizar algún pago adicional para acceder a las redes de comunicaciones electrónicas (p. ej., servicio de conexión a Internet) que permiten a su vez acceder a ese servicio en el EM de destino, como aclara el Considerando (19). Por tanto, los costes asociados a la articulación de la portabilidad transfronteriza en que incurran los prestadores de los servicios portados recaerán en estos últimos.

La única excepción a este requisito, que de algún modo permite moderar esa asunción de costes por el prestador y, en consecuencia, por todos los abo-

nados, tiene que ver con la calidad del servicio. El art. 3.3 del Reglamento establece que no se puede exigir al prestador de servicios que ofrezca el mismo nivel de calidad del servicio que se ofrece en el EM de residencia en los potenciales EEMM de destino, salvo que así lo haya acordado con el abonado. El objetivo, como adelantábamos previamente, es evitar que el prestador se vea obligado a incurrir en costes adicionales asociados a la implementación técnica de la portabilidad transfronteriza, que pueden llegar a ser muy onerosos. Ahora bien, si el prestador acuerda con el abonado (p. ej., en la contratación del servicio) mantener el mismo nivel de calidad en el EM de destino, el prestador debería adoptar esas medidas técnicas, pudiendo, en su caso, trasladar al beneficiario de la portabilidad transfronteriza los costes asociados, todo ello siempre que así lo hubieran pactado (lo que no podrá hacer en ningún caso el prestador es disminuir esa calidad de forma intencionada).

En todo caso, el Reglamento indica que el prestador del servicio deberá informar a los abonados del nivel de calidad que se va a poder ofrecer en portabilidad antes de darla, siempre que se disponga de ese dato. Se exige además que esa información se facilite a través de medios adecuados y proporcionados (de acuerdo con el Considerando 22 del Reglamento, sería suficiente con publicarlos en el sitio web del prestador).

### **FICCIÓN LEGAL: LA EXCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN EL MARCO DE LA PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA**

El elemento clave, desde el punto de vista jurídico, que permite articular este Reglamento y, en particular, la portabilidad transfronteriza es la creación de una “ficción legal” por la que se entiende que —independientemente de que los abonados se trasladen a otros EEMM distintos al EM de residencia y accedan al servicio en línea desde esos otros EEMM— la prestación del servicio de contenidos en línea objeto del Reglamento se considerará realizada en ese EM de residencia, es decir, aquel donde reside el abonado y desde el que contrató el servicio. Así lo establece expresamente el art. 4 del Reglamento. Por tanto, para otorgar esa portabilidad, el prestador no necesitará obtener autorizaciones adicionales por parte de los titulares de derechos de autor y afines para esos territorios.

Estamos, pues, ante una excepción parcial a la aplicación del principio de territorialidad que es consustancial a la naturaleza de los derechos de autor y afines en las legislaciones de todos los EEMM de la UE. Cabe señalar que esta construcción legal no solo afecta a los derechos de autor y derechos afines, sino también a cualesquiera otros que puedan estar afectos al servicio en cuestión (p. ej., derechos de los organizadores de eventos deportivos, que están asociados principalmente al acceso a los recintos donde se organizan dichos eventos).

De este modo, no es necesario obtener de los correspondientes titulares de tales derechos autorizaciones adicionales a las que el prestador del servicio haya obtenido para prestarlo en ese EM de residencia. Por tanto, no es necesario modificar los acuerdos de licencia que ya vinculan a los prestadores de este tipo de servicios y a los titulares de derechos de autor y afines, y derechos análogos, que son también territoriales, es decir, se mantiene el modelo de licenciamiento territorial para cada EM de origen en el que se contraten los servicios, con las salvedades que plantea este Reglamento y que son de obligado cumplimiento para todas las partes (prestadores y titulares de derechos).

Esta construcción jurídica ya se ha utilizado, siempre de forma excepcional, en otros ámbitos de la explotación de los derechos de autor y derechos afines. Así ocurre, concretamente, en el marco de la *Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable* (en adelante, “Directiva SatCab”), la cual establece la aplicación del denominado “principio de país de origen” en lo relativo a la comunicación vía satélite al público. Así, en su art. 1.2.b) se prevé que esa modalidad de comunicación al público se producirá “únicamente en el EM en el que, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programa se introduzcan en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra”, sin perjuicio de que esas señales se remitan sucesivamente a distintos EEMM. Por tanto, la entidad responsable de la comunicación pública solo deberá cumplir la legislación en materia de derechos de autor y derechos afines aplicable en el EM de origen de la comunicación por satélite. Esta Directiva SatCab también ha sido revisada en el marco de la Estrategia para el MDU, a través de una consulta pública lanzada por la Comisión Europea en 2015. Como

resultado de dicha consulta, se ha optado por elaborar una nueva norma —también en la forma de reglamento— que, aplicando de forma similar los principios establecidos en la Directiva SatCab, y concretamente el principio de país de origen, simplifique la gestión de los derechos de autor y afines en el ámbito de las transmisiones en línea de radio y televisión. Esa norma, la *Propuesta de Reglamento por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión* (COM(2016)594 final), está en proceso de aprobación. Otro ejemplo es la Directiva SCA, la cual consagra también la aplicación del principio de país de origen en lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a los prestadores de los servicios audiovisuales objeto de la Directiva.

Como refuerzo a la ficción legal creada por el art. 4 del Reglamento y previamente descrita, los arts. 7 y 9 establecen que la portabilidad transfronteriza será aplicable independientemente de lo previsto en los contratos vigentes a la fecha de la entrada en vigor del Reglamento, así como en aquellos contratos de cesión de derechos de autor y afines, o de derechos de cualquier otra naturaleza que pueda firmar el prestador del servicio en línea en el futuro para añadir contenidos, y con respecto a lo que puedan prever los contratos entre el prestador del servicio y sus abonados, y ello sin perjuicio de que la ley aplicable a dichos contratos pueda ser la de un país que no pertenezca a la UE.

En relación con la cláusulas de restricción territorial en los contratos de prestación de servicios, vinculadas a la cesión de derechos de autor y afines y otros derechos de similar naturaleza, concretamente en relación con eventos deportivos, el propio TJUE mediante sentencia de 4 de octubre de 2011, en los casos acumulados C-403/08 y C-429/08 (Premier League y Murphy), ya cuestionaba su licitud al afirmar que “*las cláusulas de un contrato de licencia exclusiva celebrado entre un titular de derechos de propiedad intelectual y un organismo de radiodifusión constituyen una restricción de la competencia prohibida por el artículo 101 TFUE, porque imponen a dicho organismo la obligación de no proporcionar decodificadores que permitan el acceso a los objetos protegidos de ese titular para su utilización en el exterior del territorio cubierto por dicho contrato de licencia*”. En esta misma línea, la Comisión Europea inició en 2014, es decir, antes de la aprobación del Reglamento de Portabilidad Transfronteriza, un procedimiento

de investigación de prácticas contrarias a la competencia contra la operadora de telecomunicaciones Sky UK y contra varios estudios cinematográficos estadounidenses por incluir este tipo de cláusulas de restricción territorial en sus acuerdos de licencia de contenidos para Reino Unido e Irlanda. Dicho procedimiento ha finalizado recientemente tras haber aceptado la Comisión Europea los compromisos asumidos por las empresas afectadas en relación a la no utilización de este tipo de clausulado en determinadas circunstancias. De este modo, dichos compromisos se acomodan no sólo a las preocupaciones en materia de competencia de la Comisión Europea, sino también a lo previsto en el Reglamento.

Por último, como cautela ante lo novedoso y excepcional de esta normativa, el legislador comunitario establece la necesidad de que la Comisión Europea emita un informe sobre la aplicación del Reglamento antes del 21 de marzo de 2021, en el cual deberá plantear además los cambios a la normativa en vigor que pueda entender necesarios.

## CONCLUSIONES

La aprobación del Reglamento de Portabilidad Transfronteriza constituye un importante avance en la eliminación de barreras al tráfico transfronterizo

de contenidos en línea, puesto que desactiva parcialmente la territorialidad aplicable a la protección de los derechos de autor y afines, y otros derechos análogos que protegen también los contenidos que son objeto del Reglamento, sin por ello dejar desprotegidos a los titulares de tales derechos, al no desmantelar esa territorialidad en su totalidad. Esta norma es además una muy buena herramienta de lucha contra la piratería en el entorno de la difusión de contenidos a nivel europeo. No hay que olvidar que para los jóvenes europeos la portabilidad es hoy en día la forma natural de consumir contenidos en línea.

En último término, con este Reglamento y con la Directiva de Transmisiones, entre otras iniciativas, la UE muestra su compromiso con los ambiciosos objetivos marcados por la Comisión Europea en la Estrategia MUD para articular un verdadero mercado europeo de contenidos digitales, incluidos los audiovisuales.

Será necesario estar atentos al resto de iniciativas lanzadas por la Comisión Europea en el marco de dicha estrategia, así como a los resultados de la aplicación práctica de estas normas, para constatar que efectivamente se están produciendo avances en esta materia.

**NEREA SANJUÁN RODRÍGUEZ\***

---

\* Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)