

ÁNGEL GARCÍA CASTILLEJO*

*La regulación del sector audiovisual. De la radio y la televisión
a los servicios sobre la red (OTT)*

SUMARIO

Introducción. 1. El nuevo paradigma de los servicios convergentes y OTT. 1.1. Los servicios audiovisuales en el mundo. De lo local a lo global. 1.2. Una nueva configuración del mercado audiovisual y una nueva perspectiva legislativa y reguladora. 2. Antecedentes legislativos y regulatorios. 2.1. Liberalización y desregulación del sector audiovisual. 2.2. Desregulación o más regulación. 3. Convergencia. 4. Convergencia y regulación de servicios audiovisuales OTT. 4.1. Servicios “Over the Top”. 4.2. La propuesta de regulación de los servicios audiovisuales OTT de la Unión Europea. 4.3. Impacto de la propuesta de nueva normativa en la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico (DCE). 4.4. La protección de los menores en un entorno audiovisual con los servicios OTT. 4.5. Regulación de la publicidad audiovisual en la radiodifusión y en los servicios OTT. 4.6. Promoción de la producción audiovisual nacional y europea. 5. La regulación independiente. 6. Regulación y autorregulación. 7. Regulador convergente. 7.1. Independencia *vs.* administración gubernamental. 7.2. Régimen sancionador audiovisual. 8. Aspectos legislativos y regulatorios relevantes en un marco convergente. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

La legislación y regulación del sector audiovisual nace con la aparición de los servicios de radiodifusión sonora y televisión y se desarrolla en un entorno que se corresponde con la tecnología analógica. Con la incorporación de la tecnología digital a los sectores de las telecomunicaciones y el audiovisual, se experimenta el fenómeno de la convergencia, que conlleva el encuentro de industrias y marcos normativos hasta ese momento diferenciado. De ese encuentro surgen nuevos servicios como Internet, y es en este nuevo escenario de servicios sobre la red que se despliegan con inusitado ímpetu los servicios audiovisuales, desbordando fronteras, legislaciones y regulaciones nacionales. ¿La aparición de nuevas modalidades de servicios audiovisuales en el entorno digital requiere de un desarrollo normativo específico y parcial o se debiera de acometer una reforma integral del marco jurídico audiovisual? No nos encontramos ante un problema, sino ante el reto de precisar este nuevo paradigma, que exige de nuevas perspectivas normativas que ofrezcan seguridad a los usuarios y que, a su vez, no limiten el desarrollo de los servicios audiovisuales en la red.

PALABRAS CLAVE: televisión, radio, audiovisual, regulación, legislación, convergencia, OTT.

* Abogado. Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de España y doctor en Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid. Socio director de MEL Abogados S.L.P. Exconsejero de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) de España. Profesor de Periodismo y Comunicación Audiovisual en la Universidad Carlos III de Madrid y profesor de Derecho de la Comunicación de la Universitat Ramon Llull en la Facultad de Comunicación Blanquerna en Barcelona. Igualmente, también es docente del Programa de Especialización en Regulación y Gestión de las Telecomunicaciones y de la Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Regulación y Gestión de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: agcastillejo@melabogados.es

INTRODUCCIÓN

Una variedad de pantallas compiten por la atención de los consumidores. Las actividades de medios y de contenido avanzan hacia un mundo de cinco pantallas¹ que, con distintas dimensiones y diseñadas originalmente para otros usos, han terminado convirtiéndose en ventanas de acceso a la sociedad de la información y al conocimiento con una oferta de servicios eminentemente audiovisuales: televisión, PC, consolas de videojuegos, televisores conectados y dispositivos móviles (*smartphones*, *phablets* y *tablets*), una creciente gama de medios digitales que están compitiendo por la atención de los consumidores.

Desde una perspectiva comparada, como metodología de análisis adecuada para la lectura y redacción de propuestas normativas, encontramos realidades como la de Argentina en la que se acometen cambios profundos en su normativa audiovisual y de telecomunicaciones. Brasil impulsa iniciativas de protección y promoción de su industria de producción audiovisual. En Estados Unidos su regulador, la Federal Communications Comision (FCC) impulsa cambios en el sector del cable para abrir los accesos de sus clientes a una oferta no bloqueada por los operadores. En México se acaba de aprobar a finales de 2014 una reforma constitucional dirigida a la modificación legislativa del sector de las comunicaciones que ha dado lugar a una nueva legislación “secundaria” y a la constitución de un nuevo regulador convergente. O en el caso de la Unión Europea, se asiste a cambios profundos en su directiva conocida como de “contenidos audiovisuales sin fronteras” con objeto de crear un entorno más equitativo para todos los agentes, promover películas europeas, proteger a los niños y luchar mejor contra la incitación al odio. Esta propuesta refleja también un nuevo enfoque para las plataformas en línea, los prestadores de servicios sobre la red (OTT) y aborda problemas en varios ámbitos, como parte de su estrategia para el mercado único digital.

I. EL NUEVO PARADIGMA DE LOS SERVICIOS
CONVERGENTES Y OTT

Los prestadores de servicios audiovisuales recién llegados y, sin embargo, desafiantes, quizás han traído algo de aire fresco². Al contrario de lo que a menudo se requiere de los agentes tradicionales, los recién llegados invierten, pero su orden del día y sus objetivos estratégicos difieren de los objetivos de los beneficiados. Esta inversión que fluye de los recién llegados es un rasgo común de los nuevos actores de medios, históricamente documentado por el crecimiento de las redes por cable en Estados Unidos y la creación de CNN, las series de HBO, las películas de Canal+ y ahora, más recientemente, con Netflix y el papel que desempeñan los *pure players* en las noticias *on line*.

Las industrias culturales y, en especial, el sector audiovisual, y en su seno los medios de comunicación, se encuentran en pleno proceso de transformación y cambio de paradigmas. Tres fenómenos han acelerado la necesidad de buscar nuevos modelos de negocio.

1 SIMON, J. P. Media in the changing media-IT- telecom ecosystem, en *The new media economy* (Oxford: Palgrave, 2014), 57-69.

2 SIMÓN, J. P. La transformación digital. Nuevos agentes en la industria de los medios y contenidos. *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)* (2016): 2-17

- a) la alta penetración de la banda ancha en los entornos urbanos,
- b) la existencia de cada vez más dispositivos conectados, que ha creado un ecosistema social que intercambia todo tipo de archivos, a la vez que posibilita la reproducción de vídeos (ya sean descargados o a tiempo real) desde cualquier lugar y en cualquier momento y
- c) los clips de vídeo se están revelando como uno de los formatos preferidos por el gran público, ya sea para informarse o para entretenerse, lo cual supone un incremento exponencial del consumo de datos para servicios audiovisuales en todas las redes y, en concreto, en las redes móviles (sometidas a escenarios de *best effort*) lo cual origina una fuerte presión por parte de los operadores de telecomunicaciones de demanda de “dividendo digital” frente a los servicios tradicionales de televisión mediante ondas hertzianas.

El servicio de televisión, a la vista de los datos ofrecidos por Statista³, referidos a 2014, sigue siendo líder de consumos y a la vista de los datos globales, país a país y considerado el tiempo medio diario de permanencia de los telespectadores ante las pantallas, aventura una solidez que permite, aunque solo sea desde una perspectiva generacional, augurar un mantenimiento de consumos relevantes al menos por veinte a treinta años, eso sí junto con el acceso a servicios audiovisuales en modalidad “multipantalla”.

Sin lugar a dudas, y como destaca Araújo⁴, el sector audiovisual es un sector que ha presentado una gran expansión, ampliándose a campos que van más allá del cine, como la televisión, vídeos y todo el mundo multimedia en el que hoy vivimos (Internet, videojuegos o la televisión interactiva entre otros). Se trata de un sector con gran peso en la economía actual, ya no solo por sí mismo y la creciente demanda que ha despertado y sigue despertando, sino también por su alta y directa vinculación con otros sectores como pueden ser las tecnologías, informática o telecomunicaciones, cuya expansión incentiva el desarrollo de dichos sectores, y viceversa, llegando así a lograr importantes sinergias⁵. Este encuentro de servicios y mercados tradicionalmente separados y con legislaciones y regulaciones diferenciadas, que ahora exigen de una estrategia normativa común o convergente.

La repercusión social de los medios audiovisuales, la radio y, en especial, la televisión es inmensa, es una de sus características más específicas y, en consecuencia, constituye el núcleo de las políticas en el sector. Solo el papel que desempeña la televisión ya refleja claramente esta repercusión social. La televisión tradicional y hoy los contenidos audiovisuales, accesibles a través de diferentes dispositivos y mediante diferentes infraestructuras, son sin duda el enlace que vincula a los individuos-ciudadanos con la realidad que le rodea, siendo posiblemente el medio de mayor capacidad de influencia social, a la hora de configurar opinión en nuestras sociedades. En sociedades democráticas como la colombiana, esta consideración transversal, que afecta al conjunto de la actividad de un país, es una premisa y un punto de partida ineludible a la hora de afrontar la construcción del futuro de cualquier sociedad.

3 [http://www.statista.com/statistics/276748/average-daily-tv-viewing-time-per-person-in-selected-countries/].

4 ARAÚJO VILA, NOELIA y J. A. FRAIZ BREA. El sector audiovisual, ayer y hoy. Del cine al consumo multimedia, *InterseXiones* 4 (2013): 197-2225.

5 MARTÍ, F. P. y C. MUÑOZ. *Economía del cine y del sector audiovisual en España*, ICE, *Economía de la Cultura*, n.º 792 (2001): 124-138.

I. I. LOS SERVICIOS AUDIOVISUALES EN EL MUNDO.
DE LO LOCAL A LO GLOBAL

En la **Unión Europea**, según los datos manejados por la Comisión Europea, el porcentaje de hogares que disponen de aparato de televisión es del orden de un 98%, y en el caso español llega al 99,5%. Pero no solo es el nivel de penetración de aparatos receptores de televisión por hogar, según los datos obtenidos por la consultora audiovisual Barlovento Comunicación⁶, en España, en 2015, cada individuo dedicó a ver televisión 3 horas y 54 minutos al día (5 minutos menos que en 2014).

Como afirma el informe de Barlovento, se trata de una extraordinaria cifra que subraya la importancia del medio como generador de información y entretenimiento para el ciudadano. A 234 minutos de consumo de “TV lineal” deben ponerse los tres minutos diarios en “visionado en diferido”, haciendo un total de 237 minutos en ambas modalidades. Aunque el auge de las nuevas tecnologías y la multiplicación de ventanas es un hecho, la televisión sigue portando la corona como pantalla principal del usuario.

En el caso de **Estados Unidos**, donde la estructura de su sistema de medios se caracteriza por el fuerte peso de sus grandes cadenas comerciales de televisión de cobertura nacional, que mayoritariamente se distribuyen mediante plataformas multicanal de televisión de pago, se dan tendencias que resultan referencias obligadas para mercados semejantes, con una fuerte penetración de la televisión de pago y así, referido al consumo de televisión por cable según las cifras ofrecidas por la empresa de mediación y análisis de audiencias Nielsen, con datos obtenidos en los segundos trimestres de cada año, se observa como el consumo pasa de 3 horas con 28 minutos en 2011 a 2 horas con 21 minutos en 2015 y, por el contrario, un claro incremento de los consumos de vídeos *online* en las franjas más jóvenes de la población norteamericana.

A la vista de los datos ofrecidos por diferentes estudios respecto del mercado norteamericano, aunque la evolución de consumo televisivo tradicional frente a consumos de video mediante dispositivos digitales decrece año a año, el 2015, el consumo diario de televisión por persona en Estados Unidos fue de 4:15 horas, frente a los 4:35 de 2011 según los datos de eMarketer (abril de 2015)⁷.

Por el contrario el consumo de contenidos mediante dispositivos digitales paso de 2011 a ser de 21 minutos y alcanzar en 2015 1:16 horas.

En el caso de **México** el consumo de TV abierta en México registró una baja del 15,25% entre 2013 y 2015, mientras que la TV paga creció un 12,42%, según un informe del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT).

El Cuarto Informe Trimestral Estadístico 2015 del IFT nos muestra un dato revelador de la importancia del consumo de servicio de televisión en la sociedad mexicana, pues alcanza un consumo medio diario por persona de 4:49 horas, con una prácticamente inapreciable caída de 1 minuto respecto del 2014.

6 Recuperado de <http://www.barloventocomunicacion.es/images/publicaciones/analisis-televisivo-2015-a%20da28dic-Barlovento.pdf>

7 [<http://www.emarketer.com/Article/US-Adults-Spend-55-Hours-with-Video-Content-Each-Day/1012362>].

Si bien la TV abierta sigue siendo el medio más utilizado para consumir video, con un *rating* promedio del 7,78 puntos para septiembre del 2015 (fecha de corte del estudio), viene perdiendo audiencia en los últimos años, en 2013 midió 9,18 y en 2014 unos 8,93.

Una de las causas que identifica IFT para explicar el fenómeno es “el efecto de sustitución en el consumo de contenidos por tipo de canal, lo que se confirma con los incrementos en los niveles de penetración a nivel nacional de la TV paga”.

En los últimos tres años, la TV paga pasó de poco menos de quince millones de suscriptores en septiembre de 2013 a unos 17,4 millones para finales del tercer trimestre del año pasado, y aunque IFT reconoce que los abonados a la TV restringida alternan entre canales pagos y abiertos, pagar un abono es motivado por la disponibilidad de canales temáticos.

Otro de los factores que favorecen esta tendencia, aunque de una manera todavía muy marginal para los volúmenes que se manejan, es la del acceso al consumo de video a través de dispositivos alternativos a la televisión, como son computadoras, *smartphones* y *tablets*.

Con una participación de estos dispositivos del 12,49% en el consumo total de televisión, frente al 58,36% que mantiene líder a la TV abierta y el 29,16% de la TV paga, dejar de lado los aparatos de TV es una tendencia que se da principalmente entre los más jóvenes.

En Chile, a la vista de los datos ofrecidos por la VIII Encuesta Nacional realizada por la Comisión Nacional de Televisión (CNTV)⁸, el 93,9% de los chilenos ve televisión en abierto y con un consumo declarado de 3 horas diarias y de 2,9 horas en el caso de la televisión de pago en 2014.

Tal como señala la propia CNTV en su Informe de la VIII Encuesta Nacional de televisión, la mayoría de las personas ve contenido audiovisual a través de la televisión abierta. Respecto al 2011, se observa un aumento de las horas declaradas de consumo diario de televisión, tanto en el caso de la televisión abierta nacional, como para la televisión pagada y regional y local. En resumen, un mes al año ante el aparato de televisión a lo largo de 2014

En cuanto al consumo de contenido audiovisual por Internet, solo un 13,3% expresa realizar esta actividad. Sin embargo, el volumen diario de consumo declarado a través de la red es similar al de quienes ven televisión abierta y pagada, superando las dos horas diarias en todos los casos.

Aunque los hogares están altamente equipados, existiendo en ellos múltiples pantallas, cuyos dueños son diferentes integrantes de la casa, se mantiene un alto porcentaje de consumo de televisión en familia.

La mayoría de las personas que ve televisión en familia lo hace para ver televisión abierta, pero también un alto porcentaje dice hacerlo para ver televisión de pago, principalmente en hogares con niños y niñas menores de 13 años.

En Argentina, a la vista de los datos ofrecidos por la Encuesta Nacional de Consumos Culturales y Entorno Digital (ENCCYED)⁹, se comprobó que la televisión continúa siendo el medio del sector audiovisual más elegido por los argentinos.

En Argentina, más del 97% de la población miró televisión durante el último año, y tanto las mujeres como los hombres exhiben este promedio de consumo.

8 [http://www.cntv.cl/viii-encuesta-nacional-de-television-2014/cntv/2014-12-31/105056.html].

9 [http://www.sinca.gob.ar/sic/encuestas/].

Casi la totalidad de los argentinos mira TV y la frecuencia de consumo es muy alta. En efecto, el 82% de los argentinos mira TV todos o casi todos los días (de 5 a 7 veces por semana) y el 13% algunos días por semana (1 a 4 veces por semana). De esta manera, el 95% mira TV más de una vez por semana y las personas que miran menos de una vez al mes no alcanzan el 1%.

En cuanto al tiempo de consumo, en más del 80% de los hogares se mira TV durante un promedio de 2 horas y 47 minutos, todos o casi todos los días.

Entre los televidentes más asiduos, los adultos mayores (3h y 16min) y los adolescentes (2h con 53min) son quienes, además de ver TV con mayor frecuencia, suelen hacerlo durante más tiempo que el resto de los grupos de edad. Por su parte, los estratos socioeconómicos más bajos dedican más tiempo que el promedio a mirar televisión (3h y 13min), mientras que los NSE altos se ubican últimos en el *ranking* con tiempos de consumo por debajo del promedio (1h 57min).

La Comisión Europea viene defendiendo mediante distintas iniciativas y propuestas desde principios de este siglo —como, por ejemplo, en su comunicación sobre el futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual del 15 de diciembre de 2003—, la necesidad de enfoques separados para regular la infraestructura de transmisión de los servicios audiovisuales y los contenidos, de tal manera que se extiende el principio regulatorio de neutralidad tecnológica. Por tanto, los servicios que proporcionan contenidos audiovisuales se deben regular sobre la base de su naturaleza, no según el medio por el que llegan al usuario.

La Comisión Europea considera que, probablemente, determinadas cuestiones que deben tenerse en cuenta en la reglamentación, como la diversidad cultural y lingüística, aspectos relacionados con el acceso a los contenidos audiovisuales, la protección de los menores y la publicidad son aspectos susceptibles de causar problemas dada su índole de derechos constitucionales como es el caso español, por lo que se justifica el abordar el debate social sobre estos extremos que se justifica en la fuerte repercusión del sector audiovisual sobre los ámbitos social, cultural y educativo de la sociedad española.

Esta cifra es aún más alta con respecto a los niños. La televisión constituye la principal fuente de información y distracción de las sociedades europeas. Dicho esto, no se debe olvidar la importancia de la radio como medio de comunicación o Internet. El conjunto de los medios audiovisuales constituye una importante fuente de información, que junto con las otras diferentes fuentes de información y opinión configuran la opinión pública, social y política de la sociedad democrática española.

El medio televisivo y de la radiodifusión sonora se encuentra en pleno periodo de migración de la tecnología analógica a la digital, lo cual repercutirá en un incremento de la oferta de programas y de otros servicios que acompañarán a las señales de radio y televisión, como Internet. Este proceso debiera dirigirse desde la independencia que garantice su salud democrática.

Para la regulación y vigilancia de los medios de comunicación audiovisuales ha terminado concluyendo que son necesarios organismos reguladores independientes para este sector. El denominador común de estas autoridades nacionales de regulación del sector audiovisual es que se encuentran configuradas como organismos independientes de los diferentes gobiernos y, por supuesto, de las empresas titulares de los medios de comunicación.

El sector audiovisual se ha convertido, en los países del entorno europeo, en un sector abierto y libre en el que conviven operadores públicos y privados o comerciales, con emisiones en abierto o gratuitas o mediante sistemas de pago. La televisión hoy es accesible a través de emisiones por ondas terrestres, por satélite, por cable, por IPTV o por los dispositivos móviles.

Si echamos la mirada hacia atrás, ya en la década de los sesenta del pasado siglo, Estados Unidos inició intentos de importación de programas y películas europeas, más la propia Europa presentó una reacción negativa a ello y no estaba dispuesta a hacer tales concesiones¹⁰. Tuvieron que pasar más de veinte años para que la Unión Europea fuese consciente de que la liberalización de todo el sector servicios —dentro del que incluimos el audiovisual—, beneficiaría su economía¹¹. Así en 1986, tanto Europa como Estados Unidos accedieron a tal liberalización a pesar de presentar divergencias en ciertos intereses¹², siendo las negociaciones sobre la inclusión del sector audiovisual en dicha liberalización una de las diferencias más notables. Europa mantenía su actitud conservadora y proteccionista, sin embargo, Estados Unidos vio una clara oportunidad de expansión mundial el incluir el sector audiovisual en dicha liberalización¹³. Las negociaciones sobre el sector audiovisual entre Europa y Estados Unidos fueron tema de discusión, hasta que en 1993 llegaron a su fin tras diversas rondas, llevadas a cabo por la GATT-2, llegando actualmente la Comisión Europea a ser consciente de la importancia del sector audiovisual en el desarrollo de la democracia, libertad de expresión, innovación tecnológica y variedad cultural¹⁴.

I. 2. UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL MERCADO AUDIOVISUAL Y UNA NUEVA PERSPECTIVA LEGISLATIVA Y REGULADORA

La multiplicación de los canales de televisión y la apertura de este sector a los competidores privados en la década de los ochenta ha traído aparejada una independencia cada vez mayor de los operadores de televisión y de radio y de televisión con respecto a los gobiernos. Es en este sentido que aparece en este proceso un nuevo tipo de autoridades separadas de los gobiernos: son los organismos reguladores, que se responsabilizan de garantizar la buena marcha de estos servicios, así como de intentar evitar los incumplimientos de la legalidad y, de ser el caso, sancionarlas.

Para tener una mejor visión del mercado audiovisual norteamericano, decir que la industria audiovisual estadounidense se compone de tres grandes canales de distribución básicos, todos ellos en un sistema de televisión descentralizado. El canal Broadcast, el cable y el satélite que paso a describir, a continuación, de forma esquemática.

10 Lal Das, B. *The WTO agreements: deficiencies, imbalances and required changes* (London: 1998), en PAUWELS, C. y J. LOISEN. *The WTO and the Audiovisual Sector: Economic Free Trade vs Cultural Horse Trading?*, *European Journal of Communication*, n.º 18 (2003): 294.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

14 PERRY, R. *Draft Report on the application of Directive 89/552/EEC*, en *Producción audiovisual en Europa: concentración y pluralismo*, *Sphera Pública*, n.º 005 (2003): 309-328.

En primer lugar, el canal Broadcast Digital (televisión digital). El tradicionalmente llamado *Broadcast* (emisión por ondas) ha pasado a llamarse ahora *Broadcast Digital*, tras el cambio de normativo por el apagón digital está presente en todos los mercados y su recepción es completamente gratuita para cualquier receptor de televisión dentro del área de emisión.

a) Compañías: las principales compañías que encontramos en el mercado del *Broadcast Digital* son ABC, CBS, CW, FOX, NBC y PBS (o televisión pública). De entre ellas, habría que destacar la NBC (National Broadcasting Company), la CBS (Columbia Broadcasting System) y la ABC (American Broadcasting Company) fundadas las tres como estaciones de radio entre 1920 y 1943.

b) Canales: se emiten 1785 canales mediante este canal de distribución.

c) Cifras del medio:

- Cifra de mercado: 29.900 millones de dólares.
- Beneficio: 3.500 millones de dólares.
- Crecimiento anual de 2005 a 2010: -5,4%.
- Crecimiento anual previsto para los próximos 5 años: 3,1%.
- n.º de empresas: 2385.

En segundo lugar, el sector de la televisión por cable que apareció en Estados Unidos en 1948 y en 2006, el 58,4% de los hogares tenían una suscripción a un servicio de televisión por cable básico. Su uso es común entre la clase media americana, tendiendo a ser menos común en las zonas rurales.

a) Compañías: el número de compañías proveedoras de televisión por cable es muy alto. Cabe destacar el hecho de que algunas de ellas tienen la exclusividad sobre un determinado territorio dentro del país, como es el caso en Miami Beach (Florida) de Atlantic Broadcasting.

b) Algunos de los principales proveedores de este canal por número de subscriptores son:

- Comcast Corporation (23.891.000).
- Time Warner Cable (13.048.000).
- Cox Communications (5.316.100).
- Charter Communications (4.929.900).
- Cablevision Systems Corporation (3.093.000).
- Bright House Networks LLC (2.301.300).
- Mediacom Communications Corporation (1.282.000).
- Suddenlink Communications (1.282.000).
- Insight Communications Company, Inc. (720.100).
- Cable One, Inc. (692.100).

En este punto, es referencial obligada el hacer referencia a la operación de adquisición de Time Warner lanzada por AT&T en la segunda mitad de 2016 y que al momento de escribirse estas líneas se encuentra pendiente de aprobación por parte de las autoridades de justicia, competencia y de las comunicaciones de los Estados Unidos de América.

c) Canales: el número y la temática de los canales dependen de la compañía y del territorio en el que esta ofrezca el servicio. Cifras del medio:

- Cifra de mercado: 42.600 millones de dólares.
- Beneficio: 12.500 millones de dólares.
- Crecimiento anual de 2005 a 2010: 2,5%.
- Crecimiento anual estimado para los próximos cinco años: 4%.
- n.º de empresas: 984.

En tercer lugar, el sector de la televisión por satélite, que se caracteriza por no ser una televisión abierta, ya que requiere suscripción y consiste en emitir, desde un satélite de comunicaciones, una señal de televisión emitida desde un punto, de manera que esta pueda llegar a otras partes del planeta. Existen tres tipos de televisión vía satélite: recepción directa por el telespectador (DTH), recepción para las cabeceras de televisión por cable (para su posterior redistribución) y servicios entre afiliados de televisión local.

a) Compañías: empresas DBS o “direct broadcast satellite” y emiten televisión por satélite en los hogares estadounidenses:

- Dish Network pertenece a Echostar y fue fundado en 1996. Ofrece 300 canales, de los cuales ochentason vistos en HD (*High Definition*).
- Direct TV pertenece a Fox Entertainment Group, se creó en 1994 siendo el primer proveedor DBS del mundo. Ofrece también 300 canales, de los cuales 160 podrán ser vistos en un corto periodo de tiempo en HD.

b) Cifras del medio:

- Cifra de mercado: 6800 millones de dólares.
- Beneficio: 122.7 millones de dólares.
- Crecimiento anual entre 2005 y 2010: 0,9%.
- Crecimiento anual previsto para los próximos cinco años: 3,1%
- n.º de empresas: 617.

Desde finales de la década de los ochenta hasta la fecha, en los distintos países se han ido creando autoridades audiovisuales con composiciones, competencias y funciones que, aun siendo distintas entre sí, tienen como denominador común la regulación del sector audiovisual de sus respectivos países, poniendo especial énfasis en velar por la adecuación a la legalidad de los contenidos de los servicios audiovisuales, la protección de la infancia frente a contenidos televisivos considerados inadecuados para los niños, garantizar el pluralismo en la televisión y en las radios, procurar que los medios difundan programas exentos de cualquier incitación al odio o a la violencia, además de regular el acceso de los operadores al mercado según principios de “interés general” y pluralidad de oferta que van más allá de los tradicionales criterios económicos del derecho a la competencia, al uso en otros sectores como el de las comunicaciones electrónicas.

Entre estos organismos, nos encontramos con el británico Ofcom¹⁵, el francés Consejo Superior del Audiovisual¹⁶, el alemán Benetzta¹⁷, el norteamericano FCC¹⁸, o el creado en 2010 en España, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), que sin haber llegado a verse constituido se integró en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)¹⁹, a resultas de su ley de creación, Ley 3/2013.

Los debates abiertos al hilo del Libro Verde de la Comisión sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información, y sobre sus consecuencias para la reglamentación, publicado en diciembre de 1997,

15 [<https://www.ofcom.org.uk/>].

16 [<http://es.www.csa.freo5d.systranlinks.net/es/El-CSA/El-Conseil-superieur-de-l-audiovisuel-CSA>].

17 [https://www.bundesnetzagentur.de/cln_1412/DE/Home/home_node.html].

18 [<https://www.fcc.gov/>].

19 [<https://www.cnmc.es/>].

dio lugar a un profundo examen de la política audiovisual europea, que entre otros dio como resultado la Comunicación de la Comisión del 9 de marzo de 1999. Así las cosas, la Conferencia Europea del Sector Audiovisual organizada conjuntamente por la Comisión y la presidencia británica de la Unión Europea de Birmingham, en abril de 1998, concretó propuestas de regulación respecto de los contenidos audiovisuales a lo que acompañaba la creación en 1997 de un Grupo de Alto Nivel sobre la Política Audiovisual.

En octubre de 1998, el Grupo de Alto Nivel sobre la Política Audiovisual europea publicó el informe *La era digital*, que recoge entre otras conclusiones que:

Cita corresponde a los gobiernos decidir si es preciso establecer un organismo regulador para los aspectos técnicos y otro para los aspectos de contenido, o bien un organismo regulador unificado para ambos tipos de normas. Ahora bien, si hay más de un órgano regulador, tendrán que cooperar entre sí y con las autoridades responsables de la competencia.

Junto a lo anterior y para el sector audiovisual, los principios previstos para las comunicaciones electrónicas se consideran por la Comisión Europea igualmente válidos para su regulación siempre y cuando, teniendo en cuenta su especificidad, se tenga en cuenta que el principio de proporcionalidad en el grado de intervención reglamentaria no debería ser mayor de lo necesario, la separación de las legislaciones relativas a la transmisión y al contenido, los objetivos de interés general y el enfoque reglamentario a nivel europeo, el reconocimiento del papel que desempeña la radiodifusión pública y la necesidad de transparencia en su financiación, y entender la autorregulación como un proceso complementario a la intervención regulatoria de la autoridad audiovisual de cada Estado.

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 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), deroga las precedentes Directivas de 1989, 1997 y de 2007 de “Televisión sin fronteras” y de “Contenidos audiovisuales sin fronteras”, ofreciendo un texto consolidado de todas ellas que establece el marco normativo de mínimos que pretende homogeneizar en los Estados miembros de la UE la regulación en materia de contenidos audiovisuales, publicidad televisiva, protección de la infancia y juventud en televisión y el fomento de la producción audiovisual europea y nacional de los Estados miembros.

Por tanto, los Estados de la Unión Europea deben asegurar el nombramiento y el funcionamiento sin obstáculos de las autoridades reguladoras del sector de la difusión, a través de la creación de un marco legislativo de carácter general. Las normas y procedimientos que rijan o afecten el funcionamiento de las autoridades reguladoras deben afirmar y proteger su independencia claramente. La legislación de cada Estado se deberá establecer, de forma clara y concisa, los deberes y poderes de las autoridades reguladoras del sector de la difusión, los medios por los cuales serán responsables, los procedimientos para el nombramiento de sus miembros y los medios por los que serán financiados. Para ello, entiende como criterios conformadores que han de ser tenidos en cuenta en punto al nombramiento, composición y funcionamiento de los Consejos del Audiovisual, que estos deben de gozar de independencia económica y poderes y competencias suficientes.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y REGULATORIOS

2.1. LIBERALIZACIÓN Y DESREGULACIÓN DEL SECTOR AUDIOVISUAL

A modo de antecedente sobre esta materia, decir que la Organización Mundial del Comercio (OMC) es una organización internacional surgida de la ronda de negociaciones iniciada en 1986 en Uruguay, en el marco del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, del inglés General Agreement on Tariffs and Trade). Además de la OMC y de un nuevo GATT, la Ronda Uruguay (1986-1993/94) también originó otros acuerdos, como el GATS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, del inglés General Agreement on Trade in Services).

El GATT fue creado en 1945-47 como instrumento para evitar las “guerras comerciales” entre bloques capitalistas, que habían creado el caldo de cultivo de la Segunda Guerra Mundial y agravado la gran depresión de los treinta. Estas guerras comerciales se libraban con dos tipos de medidas: - Medidas monetarias (restricciones en los pagos internacionales y devaluaciones competitivas). - Medidas directamente comerciales (restricciones en las importaciones y subvenciones a la exportación). El objetivo del Fondo Monetario Internacional y su sistema de tipos de cambio era enmarcar y limitar la utilización de las primeras, mientras que el del GATT era hacer lo propio con las segundas. Para conseguir su objetivo, el GATT establece dos principios básicos: el principio de multilateralismo y el principio de liberalización progresiva, a los que añade, entre otros, un conjunto de excepciones²⁰.

La Ronda Uruguay desarrolló negociaciones no solo en el ámbito del comercio de mercancías (GATT), sino también en el ámbito del comercio de servicios (GATS).

Además de obligaciones generales sujetas a exenciones, los Estados firmantes del acuerdo se comprometen, en la medida que las acepten, a obligaciones específicas. Las dos principales son:

a) Liberalización del acceso al mercado nacional.

b) Obligación de dar el trato nacional cuando las empresas o prestadores de servicios de otros Estados hayan entrado en el mercado nacional.

Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay quedó claro que el audiovisual, y el sector cultural, en general, era otro sector específico que planteaba problemas y requería un trato particular en el marco del GATS. Esta era, al menos, la posición de la Comunidad Europea y de sus Estados miembros, liderados por Francia y otros Estados.

La demanda de trato particular se fundamentaba, obviamente, en argumentos políticos: el papel que desempeñaba la cultura como sector en el que las consideraciones estrictamente económicas deben supeditarse a otras consideraciones políticas y sociales. Estos argumentos estaban reforzados por otros relativos a los efectos imprevisibles de los cambios tecnológicos en el sector, que aconsejaban mucha prudencia al aceptar obligaciones internacionales que, en un futuro, tuviesen que aplicarse a una realidad todavía imprevisible (argumentos que también motivaban prudencia, por ejemplo, en las telecomunicaciones, sector que solo finalizó con éxito las negociaciones de liberalización, posteriormente en 1997). Para lograr

este régimen o trato particular se barajaban dos tesis: la de la excepción cultural y la de la especificidad cultural.

Como señala Buquet²¹, en industrias que registran economías de escala, el mercado tiende a formar oligopolios: pocas grandes empresas que absorben para sí una gran cuota de mercado, —pero nunca como un monopolio incontestado— y una multitud de pequeñas empresas que, entre todas, absorben una cuota de mercado muy pequeña que, observada individualmente, resulta insignificante y deja de merecer consideración desde una perspectiva de mercado.

De este modo, todas las industrias culturales cuentan con estas características: sus funciones de producción tienen costes unitarios decrecientes, las economías de escala incentivan la concentración empresarial y, finalmente como resultado, todas las industrias culturales están dominadas por un pequeño grupo de empresas muy poderosas, polarizadas en el otro extremo por una gran número de pequeñas empresas con un poder de mercado insignificante, tal como señala Bustamante²².

Como en otros mercados, en el caso de las industrias culturales, las economías de escala se comienzan a generar en la distribución del producto, una vez finalizado el master original, el prototipo único, donde ya se han invertido todos los “costes fijos”. Esto hace que no haya límite en las economías de escala, y el prototipo único sirve para ser “consumido” potencialmente por todos los habitantes del globo. Por tanto, en las industrias culturales más internacionalizadas, caso de la industria cinematográfica, la escala se hace “infinita”, elemento clave que explica la diferencia abismal de recursos entre la industria cinematográfica europea y la de Hollywood en Estados Unidos de América.

2.2. DESREGULACIÓN O MÁS REGULACIÓN

Para distintos autores, como Mastrini y Mestman²³ el concepto de desregulación es un concepto equívoco. Es el Estado el que deja de regular, pero no se desregula, ya que aparece la regulación de las leyes del mercado; la supuesta desregulación no se define por la desaparición de normativas legales en la materia, sino, por el contrario, se sostiene en la aparición de un aparato “reregulador”, cuya característica principal es el traspaso del manejo del sistema desde esferas del Estado —con la potencial participación de la sociedad civil que ello supondría— a sectores del poder económico²⁴.

Como señalan los citados autores, “la mano invisible del mercado se ha convertido en el férreo timón del capital”, y la concentración se ha visto favorecida por dispositivos legales que la han permitido. Por ello Mastrini y Mestman prefieren hablar de “reregulación” en lugar que de desregulación. Los gobiernos en realidad participan en la creación de reglas en pro de una nueva estructura de la propiedad cada vez más dominada por el

21 BUQUET, G. El poder de las majors en el mercado internacional de programas. La desigual competencia entre Europa y Estados Unidos, *Revista Telos*, n.º 62 (2009).

22 BUSTAMANTE, E. *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Industrias culturales en la era digital* (Barcelona: Gedisa, 2003).

23 MASTRINI, G. y M. MESTMAN. ¿Desregulación o re-regulación: de la derrota de las políticas a las políticas de la derrota? *CIC*, n.º 2 (1996): 81-88.

24 *Ibid.*

capital concentrado. El origen de las políticas de no-intervención estatal en los asuntos de la comunicación se encuentra en la propia industria. Es algo similar a lo que ocurrió con el sistema telefónico. El de Estados Unidos es uno de los del mundo, y eso se consiguió en un entorno regulado. Mientras el sistema y la tecnología fueron simples, la FCC y los legisladores —asistidos por las presiones de AT&T— encontraron que las ventajas del monopolio regulado eran mayores que los inconvenientes. La llegada de nuevas tecnologías y las exigencias de los grandes usuarios (corporaciones) forzaron la desintegración del antiguo monopolio (ruptura de la AT&T dictada por los tribunales a principios de los ochenta). Con la industria de la radiodifusión ocurrió algo parecido. Las reglas creadas en beneficio del interés público y contrarias a la concentración —por los perjuicios que arrastra consigo— fueron poco a poco desapareciendo en favor del “mercado” y en perjuicio de los usuarios, a la par que ciudadanos.

De este modo, la denominada desregulación o “reregulación”, el caso es que las normas que protegían a duras penas la diversidad y los derechos de los radioyentes por encima del de los radiodifusores (tal y como dictaba la sentencia *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* del 9 de junio de 1969; 395 US 367)²⁵ han sido eliminadas, y en su lugar se han situado, en un lugar privilegiado, las sacrosantas leyes del mercado. Pretenden que su sustitución no tendrá resultados negativos, sino positivos. La medida es global, y el gobierno se muestra dispuesto a ayudar a la industria en su expansión. Esta idea lo que refleja en el fondo es una preocupación por las supuestas amenazas que supone el Estado frente a la fe típicamente liberal en la libre competitividad, y el libre mercado en un campo tan especial y específico como es el de las comunicaciones. La desregulación ha dado una oportunidad a la competitividad para demostrar si es más beneficiosa que la regulación estatal. La ocasión ha sido más que suficiente para demostrar que no es así, y que los tan publicitados resultados positivos lo han sido sobre todo para las grandes corporaciones, pero en detrimento de los derechos de los usuarios.

Por tanto, el proceso de desregulación se puede estudiar en dos fases: una primera, es la que se denomina la política de “puertas abiertas” en la FCC, que supone la eliminación de muchos de los obstáculos puestos a los “nuevos” medios en beneficio de los medios de comunicación tradicionales y, una segunda, que afecta directamente a estos últimos medios.

En 1982, se desestima la demanda *antitrust* contra IBM, y a finales se ordena la ruptura de AT&T (efectiva a partir del 1 de enero de 1984).

Unos meses antes (mayo de 1981) había llegado Mark Fowler a la presidencia de la FCC, anunciando inmediatamente los cinco objetivos básicos de su mandato: la creación de un mercado para las telecomunicaciones completamente desregulado; la eliminación de las leyes, normas y políticas innecesarias; énfasis en la prestación de servicios al público y la posibilidad de elección; la promoción de las comunicaciones internacionales en interés de la política exterior, comercial y de defensa estadounidense; y el mantenimiento y extensión de la libertad de expresión y de prensa²⁶.

25 [<http://law.jrank.org/pages/12638/Red-Lion-Broadcasting-Co-v-Federal-Communications-Commission.html>] y [<http://aclu.procon.org/view.resource.php?resourceID=003043>].

26 *Ibid.*

De 1977 a 1981, se propusieron varias enmiendas a la totalidad de la Ley del 34 —tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado—, revisiones no aprobadas, pero que son síntoma de una variación en la filosofía reguladora. El borrador de la *Communications Act of 1978*, por ejemplo, eliminaba el principio de servicio público de la ley y recortaba enormemente los poderes de la FCC. Además eliminaba la *fairness doctrine* y las normas que protegían el localismo (apartados 4.1.4 y 4.1.5). Como contrapartida, establecía una medida a la que la industria se opuso enérgicamente: pagar por el uso del espectro radiofónico, de acuerdo con el valor económico y beneficios de cada estación, y utilizar ese dinero para financiar la Comisión, la radiodifusión pública y otros servicios relacionados con las comunicaciones. Esta propuesta desapareció del resto de borradores (tres en total) que se debatieron en el Congreso y el Senado norteamericano.

En 1981, la Comisión Federal de Comunicaciones decide que no es necesaria su supervisión sobre el contenido comercial y de entretenimiento de las estaciones de radio (*Deregulation of Radio of 1981*). Nace la “desregulación”, en la que se elimina definitivamente la *fairness doctrine*.

Se pone en duda la doctrina de la escasez, ya que el número de emisoras desde 1927 ha crecido de 600 a más de diez mil, además de las perspectivas creadas por las nuevas tecnologías. Incluso de llegar a poner en duda la labor desempeñada por la Comisión Federal de Comunicaciones, hasta el punto de que la Ley de Telecomunicaciones de 1996 equipara la competitividad con el interés público, y señala que el regulador norteamericano debe abandonar cualquier regulación que se interponga en el proceso de desregulación²⁷.

Estas políticas son las que de alguna manera, son trasladadas de forma mimética a la OMC y organismos multilaterales como la OCDE para su implantación en sus estados miembros.

3. CONVERGENCIA

La aparición de la tecnología digital y su irrupción en los mercados en la década del ochenta del pasado siglo, no supone un punto y final y tiene el aspecto de continuar en el futuro, suponiendo una revolución silenciosa e imparable que ha hecho posible el uso de infraestructuras inicialmente diseñadas para prestar un servicio concreto, ya fuese telefonía fija o televisión, que las mismas redes de telecomunicaciones sirvan para prestar simultáneamente servicios de telecomunicaciones y audiovisuales y otros servicios propios de las tecnologías de la información y la comunicación como es el acceso a Internet cada vez con mayores velocidades y anchos de banda.

Si originariamente, cada red era diseñada exclusivamente para soportar un determinado servicio de telecomunicaciones o audiovisual, la evolución de estas ha hecho posible que

27 TUNSTALL, 1986, pp. 30-31. Traducción de Buquet. En inglés original: “Communications perhaps present an example of deregulation which is extreme in several respects: extreme in the length of time, 16 years [...]; extreme in the strength of the lobbies from the industries; extreme in the duration and intensity of conflict between the branches of government and the numerous agencies involved; extreme in the low profile of the White House and the high profiles of the courts and the Justice Department; extreme in the extent to which, despite the massed armies of contending lobbies, a small number of key personalities played vital roles. Communications deregulation is something much bigger—a leap into the dark, whose consequences have not been, and perhaps cannot be, calculated—”.

diferentes servicios (por ejemplo, el servicio telefónico y el servicio de acceso a Internet) puedan ser soportados por una misma red, fenómeno para el que se ha acuñado el término “convergencia” y que ha evolucionado para hacer referencia, no solo a la red, sino a otros niveles como el de la tecnología, los terminales, las aplicaciones, los servicios y, incluso, la propia regulación, siendo numerosas las expresiones de este fenómeno.

Las ofertas empaquetadas de servicios que se destinan a los usuarios finales, se configuran comercialmente, con precios inferiores a la suma de los precios individuales de cada uno de los productos incluidos en la oferta empaquetada. En este supuesto nos encontramos con las ofertas de televisión en abierto o en pago. En el caso de estos últimos, su empaquetamiento con otros servicios, como el de la telefonía o Internet, muestran fuertes tasas de crecimiento y un gran número de abonados provocando una mutación en los tradicionales mercados de la televisión de pago, por un lado, y de las comunicaciones electrónica, por otro.

Por otro lado, aparecen en este mercado diferentes soluciones técnicas como el cable coaxial, híbrido, par de cobre con técnicas xDSL que permiten la provisión, por el mismo medio o soporte de transmisión, de servicios diferenciados o empaquetados de televisión, voz o acceso a banda ancha. Estos servicios cada vez más requieren de mayores anchos de banda y velocidades de transmisión, por lo que migraran hacia soluciones vDSL, o bien desplegar fibra óptica con soluciones FTB o FTTH.

Como señala el regulador español de las telecomunicaciones, la CMT en su informe al texto de anteproyecto de Ley General Audiovisual de 2009,

el hecho de que tanto los operadores de cable como los de televisión IP puedan ofrecer servicios de voz, banda ancha y televisión, hace que compitan entre ellos en términos de ofertas empaquetadas, lo que hace que no se pueda fomentar la competencia efectiva en el ámbito de estas ofertas desde una sola óptica, sino que es necesario analizar conjuntamente ambos mercados o el mercado convergente resultante y esta función solo la podrá hacer con garantías de éxito un regulador convergente.

En igual sentido, este informe señala respecto de los contenidos audiovisuales que muchos de los nuevos servicios convergentes se caracterizan por modelos totalmente nuevos de producción y distribución, de forma que el control de estos no debe producirse únicamente para los servicios audiovisuales, sino también a los prestados en plataformas que no son las tradicionales de televisión, como es el caso de la provisión de contenidos por Internet desde determinadas plataformas, a mediante técnicas de *streaming*, por lo que se recomienda una regulación simétrica para los distintos operadores presentes en esta actividad, máxime cuando el despliegue de las nuevas redes de alta capacidad, depende en gran medida de la provisión de servicios audiovisuales.

Como señala Martín Becerra, para el caso de Argentina²⁸, Google, Facebook y otras plataformas que se insertan como intermediarios en el proceso de indexación, transporte y agregación de contenidos en redes de usuarios, también exhiben niveles de concentración que se acercan, en la mayoría de los países de Occidente, a un virtual monopolio. Tanto es así que uno de los principales grupos editoriales de Europa, la alemana editorial Axel Springer

28 BECERRA, M. Un corset para la convergencia. El decreto 267/15 como herramienta para el beneficio de los actores más concentrados, *Revista Fibra*, n.º 09. Recuperado de [<http://papel.revistafibra.info/numeros-editados/corset-la-convergencia/>].

justificó su acción *antitrust* contra Google en la Unión Europea en el poder dominante de este conglomerado. El CEO de Springer, Mathias Döpfner, reconoció que

nosotros —y muchos otros— somos dependientes de Google. En este momento, Google posee el 91,2% de la participación del mercado de buscadores en Alemania. En este caso, la afirmación ‘si no te gusta Google, puedes tú mismo removerte de sus listas e ir donde quieras’ es tan realista como recomendarle a un opositor a la energía nuclear que deje de usar electricidad: simplemente no podrá hacerlo en la vida real —a menos que desee unirse a los Amish—.

Döpfner acusa el impacto del abuso de posición dominante ajena: “Cuando Google cambió el algoritmo, una de nuestras subsidiarias perdió el 70% del tráfico en pocos días. El hecho de que esta subsidiaria fuera un competidor de Google es ciertamente una coincidencia”. La cita no pretende respaldar a uno de los protagonistas de la tensión entre fabricantes de contenidos versus agregadores, indexadores y estrategias publicitarios *online*, sino que ilustra sobre un conflicto central de la convergencia y ausente de la regulación dispuesta por el gobierno argentino.

Una agenda amplia de la convergencia interpela la política pública desde distintos niveles. Uno de ellos refiere a la propiedad de las redes, servicios y aplicaciones y a las contraprestaciones exigibles en nombre del interés público a actores dominantes, por un lado, y a actores que son concesionarios de recursos públicos, por el otro, (espectro radioeléctrico, redes físicas esenciales para la circulación de otros actores). Como se ve, este nivel no se reduce a la relajación de las normas de ejercicio de licencias o a la eliminación de barreras de concentración cruzada.

Hay otros niveles complementarios e igualmente fundamentales; el acceso social a bienes y servicios de la cultura y la información a través de las redes convergentes (hay países como Finlandia donde el acceso universal a internet es definido como derecho ciudadano); las estructuras tarifarias y tributarias diferenciales en función de la asimetría de las distintas capas de las redes convergentes; los resguardos frente a abusos de posición dominante en toda la cadena productiva, lo que incluye a cableoperadores y telefónicas, pero también a buscadores, indexadores y redes sociales digitales cuando constituyen monopolios virtuales; el replanteo profundo de los criterios anacrónicos con los que se aplican a contenidos convergentes las regulaciones sobre derechos de autor y propiedad intelectual y que, en un mundo de abundancia de información, pretenden fabricar escasez en el acceso; la necesaria creación de nuevos modelos de remuneración justa para autores y creativos en entornos digitales que puedan concertar el objetivo de la extensión del acceso a los bienes y servicios de la cultura y la información; las reglas de juego acerca de la potestad que tienen los distintos operadores (dueños de ductos y servidores; proveedores de conectividad; productores de contenidos, servicios y aplicaciones, agregadores, facilitadores y exhibidores de esos contenidos y aplicaciones) de limitar o discriminar la circulación de contenidos, servicios y aplicaciones, entre otros.

La convergencia resume, desordenándolos y mezclándolos, problemas estratégicos del sector de la comunicación junto a la crisis del modelo de funcionamiento y distribución de funciones y rentas entre los actores de su cadena productiva, pues ahora es digital, global y permeada por otros sectores de la economía, tal como nos recuerda Becerra²⁹.

4. CONVERGENCIA Y REGULACIÓN DE SERVICIOS AUDIOVISUALES OTT

4.1. SERVICIOS “OVER THE TOP”

Los servicios sobre la red u “Over the Top” (OTT), tal como se les conoce en el argot inglés se han ido desarrollando a lo largo de la última década en todos los ámbitos de los servicios de comunicaciones, ofreciendo alternativas más o menos depuradas y con mayor o menor calidad en competencia con los servicios de voz fija o móvil (Skype, Tango, Viber, o Whatsapp), en mensajería instantánea con el propio Whatsapp o Telegram y en el audiovisual con ofertas en abierto o de pago como las ofertadas por Youtube, Hulu, Netflix o HBO Now entre otras muchas. Estos servicios, en el ámbito audiovisual, han merecido la atención de las autoridades de la Unión Europea, hasta el punto de dar pie a una propuesta de nueva redacción para la norma europea en materia de contenidos audiovisuales.

La oferta de servicios sobre la red, no para de crecer y cada vez más, los operadores tradicionales de telecomunicaciones, van mutando hacia una nueva tipología de prestador de servicios, un operador de acceso a datos que abre las puertas a sus clientes a un universo de servicios que hasta ahora prestaban ellos mismos en exclusiva y empaquetada en doble, triple o cuádruple *play*.

El mercado tradicional de las comunicaciones ha dado un paso definitivo en el plano de la convergencia entre las telecomunicaciones y el audiovisual y el empuje de la tecnología digital ha transformado la estructura del propio mercado con una nueva forma de acceder a los servicios por parte de los usuarios, gracias al fuerte despliegue de infraestructuras de banda ancha y accesos de usuarios finales a alta velocidad. Sin estos ingredientes previos, no es entendible el desarrollo de los servicios OTT.

A título de ejemplo, según alguno de los estudios más recientes realizados en Estados Unidos entre población hispana bilingüe, alrededor del 75% de los usuarios, está suscrito a un servicio OTT y la tendencia es creciente.

4.2. LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS AUDIOVISUALES OTT DE LA UNIÓN EUROPEA

La Comisión Europea presentó el 25 de mayo de 2016 una actualización de la Directiva 2010/13/UE³⁰, de servicios de comunicación audiovisual, o lo que es lo mismo, ha puesto al día las normas comunes que han regulado los medios audiovisuales y garantizado la diversidad cultural y la libre circulación de contenidos en la Unión Europea (UE) durante casi treinta años. En la actualidad, los espectadores no solo consumen contenidos de vídeo a través de sus canales de televisión en abierto o de pago mediante sistemas de cable, satélite o IPTV, sino que, cada vez más, también lo hacen a través de servicios de vídeo a la carta “Over the Top” (OTT), tales como Netflix y MUBI, y plataformas de intercambio de vídeos como YouTube. Por ello, la Comisión Europea quiere lograr un mayor equilibrio de las normas

30 [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:095:0001:0024:ES:PDF>].

que se aplican hoy día a las empresas de radiodifusión tradicionales, a los proveedores de vídeo a la carta y a las plataformas de intercambio de vídeos, especialmente en lo que se refiere a la protección de los niños.

La nueva directiva de servicios de comunicación audiovisual revisada también potencia la promoción de la diversidad cultural europea, refuerza la independencia de los reguladores audiovisuales y ofrece más flexibilidad a las empresas de radiodifusión con respecto a la publicidad.

La propuesta de modificación parcial de la Directiva 2010/13/UE, impulsada por la Comisión Europea, tras un largo e intenso debate en el que han participado todos los agentes del sector audiovisual en Europa, organismos reguladores y gobiernos de los Estados miembros de la UE, refleja el nuevo enfoque de la Comisión sobre los servicios sobre la red “Over the Top” (OTT), las plataformas en línea, como los mercados en línea, los motores de búsqueda, los sistemas de pago, las redes sociales y los sitios de intercambio de vídeos y contenidos audiovisuales.

El papel que desempeñan los servicios de OTT y su grado de aceptación por parte de los usuarios resulta innegable. Servicios de voz como Skype, Tango o Whatsapp de voz, de mensajería como el mismo Whatsapp o Telegram, han desplazado a los SMS y MMS y en servicios audiovisuales, plataformas o servicios multicanal como YouTube, Netflix o AppleTV son una realidad que crece día a día y han modificado la realidad del mercado de las comunicaciones electrónicas a nivel mundial.

Los servicios OTT ponen en cuestión el modelo de negocio de las telecomunicaciones desde sus orígenes. Un negocio basado en el despliegue de grandes infraestructuras, con fuertes costes hundidos y una oferta de servicios a usuarios finales con los que se mantiene una relación directa.

La aparición y desarrollo de la tecnología digital han terminado por poner en cuestión el modelo tradicional del sector y han colocado a los “viejos dinosaurios” de las telecomunicaciones en la fase previa de su transformación en meros proveedores de acceso a banda ancha para que los usuarios accedan a las ofertas de voz, mensajería y audiovisuales ofrecidos por los prestadores de servicios OTT.

Tal como reconoce la propia Comisión Europea, las plataformas en línea desempeñan un papel fundamental en la innovación y el crecimiento en el mercado único digital, al haber revolucionado el acceso a la información y conectado mejor y de forma más eficaz a compradores y vendedores. Es por ello necesario que la UE actúe con objeto de crear el entorno adecuado para atraer, retener y desarrollar nuevos innovadores de plataformas en línea. Con este fin, la Comisión Europea ha esbozado un enfoque selectivo basado en principios y destinado a solucionar los problemas señalados por los participantes de la consulta pública de la Comisión en el transcurso de la evaluación de las plataformas, que ha durado un año.

La Comisión Europea ha manifestado su voluntad de respaldar los esfuerzos del sector de las comunicaciones y de las partes interesadas en favor de la autorregulación y la correulación, para garantizar que este enfoque siga siendo flexible y se mantenga actualizado.

Los ámbitos de actuación que se han planteado las autoridades europeas con su propuesta de reforma de la normativa audiovisual comprenden los siguientes principios:

a) Normas comparables para servicios digitales comparables: los servicios digitales comparables deben cumplir las mismas normas o normas similares y, en la medida de lo

posible, la Comisión debe reducir el ámbito de aplicación y el alcance de la normativa vigente. La Comisión aplicará estos principios a las revisiones en curso de la legislación sobre telecomunicaciones de la UE y de la directiva sobre la privacidad electrónica, por ejemplo, a la hora de examinar si las normas de confidencialidad deben aplicarse a los proveedores de servicios de comunicación en línea, así como a las empresas de telecomunicaciones tradicionales.

b) Obligación de que las plataformas en línea actúen de forma responsable: debe mantenerse el actual régimen de responsabilidad de los intermediarios, establecido en la directiva sobre el comercio electrónico. Los problemas específicos se abordarán con instrumentos selectivos, como las normas audiovisuales o sobre los derechos de autor (comunicado de prensa) o aumentando los esfuerzos voluntarios del sector. Por ejemplo, la Comisión está trabajando intensamente con las principales plataformas en línea sobre un código de conducta para combatir la incitación al odio en línea y presentará los resultados en las próximas semanas.

c) La Comisión Europea estima que la confianza es imprescindible: la cooperación para la ejecución transfronteriza garantizará que las plataformas cumplan sus obligaciones sobre los derechos de los consumidores, por ejemplo, indicar claramente los resultados de las búsquedas patrocinadas (comunicado de prensa). La Comisión instará también al sector a redoblar los esfuerzos voluntarios para hacer frente a prácticas como las críticas en líneas falsas o engañosas. También animará a las plataformas en línea a reconocer los distintos tipos de identificaciones electrónicas seguras (eID), que ofrecen la misma garantía que sus propios sistemas de identificación electrónica.

d) La Comisión lanza una propuesta que considera mercados abiertos para una economía de los datos: la iniciativa de libre circulación de datos, prevista para finales del 2016, facilitará la portabilidad de datos y el traslado de estos entre diferentes plataformas en línea y servicios de computación en nube.

e) Entiende la Comisión Europea en su propuesta la importancia de un entorno empresarial justo y favorable a la innovación, así, la Comisión anuncia con la presentación de la propuesta de directiva que realizará un examen de las cuestiones planteadas en la consulta pública por las empresas y los proveedores que interactúan directamente con las plataformas. Entre ellas cabe citar, por ejemplo, las preocupaciones sobre las cláusulas abusivas, en particular, para el acceso a bases de datos importantes, el acceso a los mercados y la falta general de transparencia.

Sobre esta base, la Comisión Europea determinará, antes de la primavera de 2017, si se necesitan nuevas actuaciones en el seno de la Unión Europea en este ámbito.

La Estrategia del Mercado Único Digital para Europa³¹ aboga por la modernización de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (DSCA) a fin de reflejar todas estas mutaciones en el mercado, el consumo y la tecnología. Pide que la Comisión se centre en el ámbito de aplicación de la DSCA y en la naturaleza de las normas aplicables a todos los agentes del mercado (especialmente las relativas a la promoción de obras europeas), la protección de los menores y la normativa sobre publicidad.

31 [<http://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-single-market-strategy/>].

La propuesta de modificación normativa europea complementa la legislación de la UE vigente, y en particular la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico³², la Directiva 2003/33/CE sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco³³, la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales³⁴ y la Directiva 2011/93/UE sobre lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil³⁵.

4.3. IMPACTO DE LA PROPUESTA DE NUEVA NORMATIVA EN LA DIRECTIVA 2000/31/CE DE COMERCIO ELECTRÓNICO (DCE)

La Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCA) actual no es aplicable a los contenidos generados por usuarios ofrecidos en las plataformas de distribución de vídeos, ya que los proveedores de servicios de dichas plataformas a menudo no tienen la responsabilidad editorial del contenido en ellas almacenado. En muchos casos, estos servicios están sujetos a la directiva sobre comercio electrónico (DCE), pues constituyen servicios de la sociedad de la información.

La Directiva de Comercio Electrónico (DCE) no exige que los intermediarios supervisen los contenidos que alojan; al contrario, prohíbe a los Estados miembros imponer una obligación general de supervisión o de búsqueda activa de hechos que indiquen actividades ilícitas (artículo 15). De conformidad con dicha directiva, los intermediarios, y más concretamente los proveedores de los servicios denominados de “alojamiento”, están exentos de responsabilidad por cualquier información ilegal que alojen (artículo 14). Solo puede considerarse que un proveedor es de servicios de alojamiento con arreglo a la DCE cuando no tenga conocimiento ni control sobre la información en cuestión. Esta exención de responsabilidad solo es posible si los proveedores garantizan que, cuando se detecte un contenido ilícito, actuarán con prontitud para suprimirlo o hacerlo inaccesible.

Una de las más importantes novedades introducidas en la propuesta de modificación de la Directiva 2010/13/UE es la redacción dada a su artículo 13, que introduce la imposición de iguales obligaciones que las hechas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual tradicionales, a los prestadores de servicios sobre la red u OTT, de tal manera que “los Estados miembros —de la UE— velarán por que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición que estén bajo su competencia judicial dispongan de un porcentaje de al menos el 20% de obras europeas en su catálogo y garanticen la prominencia de dichas obras.

Además, los Estados miembros podrán exigir a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual bajo su competencia judicial una contribución financiera a la producción de obras europeas, por ejemplo, mediante inversiones directas en contenidos y aportaciones a fondos nacionales. Los Estados miembros podrán exigir la realización de estas contribuciones financieras a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición dirigidos a públicos de sus territorios, pero establecidos en otros Estados miembros. En

32 [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>].

33 [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aci1571>].

34 [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:ES:PDF>].

35 [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0064>].

este caso, las contribuciones financieras se basarán exclusivamente en los ingresos obtenidos en los Estados miembros de recepción. Si el Estado miembro en que está establecido el prestador impone una contribución financiera, este deberá tener en cuenta las eventuales contribuciones financieras impuestas por los Estados miembros de recepción. Cualquier contribución financiera deberá ajustarse al derecho de la Unión, en particular a la normativa sobre ayudas estatales.

Con destino a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual OTT, pero en este caso como “servicio de plataforma de distribución de vídeos”, un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que cumple los requisitos siguientes:

a) el servicio consiste en el almacenamiento de una gran cantidad de programas o vídeos generados por los usuarios, cuya responsabilidad editorial no recae sobre el proveedor de la plataforma de distribución de vídeos;

b) 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;

c) la finalidad principal del servicio o de una de sus partes disociables es ofrecer programas y vídeos generados por los usuarios al público en general, con objeto de informar, entretener o educar;

d) 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/CE³⁶;

La propuesta de modificación de la Directiva 2010/13/UE se concreta en la nueva redacción que se plantea para un nuevo capítulo IX bis referido a las disposiciones aplicables a los servicios de plataformas de distribución de vídeos, en el que se concretan las obligaciones dirigidas a este tipo de prestadores de servicios de comunicación audiovisual a demanda o petición, prestadores OTT.

Sin perjuicio de lo dispuesto la Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico, los Estados miembros velarán por que los proveedores de plataformas de distribución de vídeos tomen las medidas adecuadas para:

a) Proteger a los menores de los contenidos que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral;

b) Proteger a todos los ciudadanos de los contenidos que inciten a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con el sexo, la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

4.4. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN UN ENTORNO AUDIOVISUAL CON LOS SERVICIOS OTT

Para la protección de los menores, se articulan una serie de medidas dirigidas los proveedores de plataformas de distribución de vídeos con el objeto de evitar los conceptos de incitación

36 [<https://www.boe.es/doue/2002/108/L00033-00050.pdf>].

a la violencia o al odio y de contenidos que pueden perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores.

Se pretende establecer y operar sistemas de verificación de la edad para los usuarios de las plataformas de distribución de vídeos con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, además de establecer y operar sistemas que permitan a los usuarios de las plataformas de distribución de vídeos calificar los contenidos con el fin de facilitar sistemas de control parental con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores.

Se confía a las autoridades de regulación independiente del sector audiovisual de cada estado miembro de la UE la vigilancia y supervisión del cumplimiento de estas obligaciones, y los Estados miembros velarán por que existan mecanismos de reclamación y reparación para la solución de litigios entre los usuarios y los proveedores de plataformas de distribución de vídeos relativos a la aplicación de estas medidas, de forma directa o mediante sistemas de corregulación en toda la Unión, a favor de la aplicación de las mejores prácticas.

La Comisión extiende la obligatoriedad de las medidas a ser impuestas a los operadores de servicios audiovisuales tradicionales a los prestadores de servicios OTT, tanto establecidos en territorio de la UE como en otros países, siempre que sus servicios se encuentren dirigidos a usuarios de un Estado miembro de la UE.

La nueva propuesta de directiva, en lo que se refiere a la protección de los menores, prevé la armonización de las normas de protección para la radiodifusión televisiva y los servicios a petición. El artículo 12 exige que los programas que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores se propongan únicamente de tal manera que quede garantizado que normalmente los menores no los verán ni oirán.

Todo ello con independencia de si estos programas los difunden las cadenas de televisión o los prestadores de servicios audiovisuales a petición. Con vistas a esta armonización, se suprime el artículo 27 de la directiva actual (aplicable solo a la radiodifusión televisiva).

Compartiendo la filosofía de protección al menor en materia de fomento de la autorregulación y corregulación en el sector audiovisual, la directiva se modifica introduciendo aspectos relativos a los hábitos saludable en la alimentación para los menores, extendiendo sus obligaciones a prestadores OTT la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas en las franjas de programación infantil en el entorno televisivo y adecuándolo a ese nuevo entorno mediante las medidas favorecedoras del control parental eficaz.

4.5. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD AUDIOVISUAL EN LA RADIODIFUSIÓN Y EN LOS SERVICIOS OTT

Las iniciativas en materia de publicidad audiovisual y su regulación en el entorno europeo parten de que debe alentarse a los Estados miembros de la UE a garantizar el uso de los códigos de conducta de autorregulación y corregulación para limitar la exposición de los niños y los menores a las comunicaciones comerciales audiovisuales relativas a bebidas alcohólicas.

Existen algunos sistemas de corregulación o autorregulación a nivel nacional y de la Unión, cuyo fin es la comercialización responsable de las bebidas alcohólicas, en particular, en las comunicaciones comerciales audiovisuales. Conviene fomentar aún más dichos sistemas,

en particular los destinados a garantizar que las comunicaciones comerciales audiovisuales relativas a bebidas alcohólicas vayan acompañadas de mensajes sobre consumo responsable.

El legislador europeo afirma en su propuesta de modificación de la Directiva 2010/13/UE que el mercado de la radiodifusión televisiva ha evolucionado y es necesaria una mayor flexibilidad por lo que se refiere a las comunicaciones comerciales audiovisuales y, en particular, a las normas cuantitativas para los servicios de comunicación audiovisual lineales, el emplazamiento de productos y el patrocinio.

La aparición de nuevos servicios, incluso sin publicidad, ha conducido a una mayor libertad de elección para los espectadores, que pueden pasar fácilmente a ofertas alternativas.

La propuesta de modificación de la directiva, recuerda que la directiva relativa a la publicidad y patrocinio de los productos del tabaco (2003/33/CE) afecta a la publicidad en televisión de tal manera que la Directiva 2003/33/CE prohíbe la publicidad de cigarrillos y otros productos del tabaco en la prensa y otras publicaciones impresas, así como en la radio y los servicios de la sociedad de la información. También prohíbe el patrocinio por parte de empresas tabaqueras de programas radiofónicos y acontecimientos transfronterizos.

Además, el considerando 14 de la Directiva 2003/33/CE señala claramente que toda forma de comunicación comercial audiovisual de cigarrillos y otros productos del tabaco en los servicios de radiodifusión está prohibida por la DSCA. Tales restricciones se han hecho extensivas, a través de sucesivas modificaciones, a todas las comunicaciones comerciales audiovisuales, incluido el patrocinio y el emplazamiento de productos en los servicios de comunicación audiovisual (artículo 9, apartado 1, letra d), artículo 10, apartado 2, y artículo 11, apartado 4, letra a), de la DSCA). Además, de conformidad con el artículo 20, apartado 5, letra e), de la Directiva 2014/40/UE sobre la fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados, las prohibiciones aplicables a las comunicaciones relativas a los productos del tabaco en virtud de la DSCA son también aplicables a los cigarrillos electrónicos y envases de recarga. La prohibición de las comunicaciones comerciales en lo que respecta al tabaco y productos relacionados se recuerda en un considerando de la directiva ahora propuesta.

Por otro lado, la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales (DPCD) constituye el principal *corpus* legislativo de la UE sobre prácticas comerciales entre empresas y consumidores, como la publicidad engañosa. Se aplica a todas las prácticas comerciales entre empresas y consumidores, antes, durante y después de producirse una transacción, sea en línea o fuera de línea.

Así, la DPCD establece tres niveles de protección del consumidor:

- La lista de 31 prácticas comerciales específicas que están prohibidas en cualquier circunstancia.
- Las prácticas engañosas y agresivas, que deben evaluarse caso por caso.
- La prohibición general de las prácticas desleales contrarias a la diligencia profesional, que deben evaluarse caso por caso.

Con la entrada e incremento de servicios audiovisuales OTT, al darse una mayor libertad de elección para los espectadores, se concede con la propuesta de directiva modificada a los organismos de radiodifusión una mayor flexibilidad con respecto a la inserción de anuncios publicitarios y de televenta cuando ello no redunde en un perjuicio indebido de la integridad

de los programas. No obstante, a fin de salvaguardar el carácter específico del panorama televisivo europeo, la Comisión Europea propone seguir limitando las interrupciones de las obras cinematográficas y películas realizadas para la televisión, así como de algunas categorías de programas que siguen necesitando protección específica.

Así, aunque la propuesta de modificación de la Directiva 2010/13/UE no incrementa el tiempo global admisible de publicidad durante el periodo comprendido entre las 7:00 y las 23:00 horas, es importante que los organismos de radiodifusión disfruten de una mayor flexibilidad para decidir cuándo programan los anuncios, a fin de maximizar la demanda de los anunciantes y el flujo de espectadores. Conviene, pues suprimir la limitación horaria e introducir un límite diario de un 20% de publicidad en el periodo comprendido entre las 7:00 y las 23:00 horas.

Por último, la Comisión Europea entiende que muchos organismos de radiodifusión forman parte de grandes grupos de medios de comunicación y efectúan anuncios no solo en relación con sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de dichos programas, sino también en relación con los programas de otras entidades pertenecientes al mismo grupo de medios de comunicación. El tiempo de transmisión dedicado a los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión en relación con programas procedentes de otras entidades pertenecientes al mismo grupo de medios de comunicación no debe incluirse en el tiempo máximo de transmisión diario que puede dedicarse a la publicidad y la televenta.

4.6. PROMOCIÓN DE LA PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL NACIONAL Y EUROPEA

Por último, en el ámbito de la promoción de la producción audiovisual europea, como hemos tenido oportunidad de ver con anterioridad, la preservación de las propias identidades, culturas y lenguas en el mundo global audiovisual, ya en el contexto de las rondas de libre comercio GATT, se acuñó el concepto de “excepción cultural” y en el seno de la UNESCO, en los ochenta, se gestó el conocido como Informe Mac Bride, texto señero de la importancia de lo local frente a los procesos de globalización y desaparición de las identidades culturales frente al empuje de la industria audiovisual norteamericana. Así las medidas tradicionalmente previstas para los operadores de servicios audiovisuales lineales (la televisión tradicional), se extienden a los nuevos prestadores de servicios OTT.

En el caso de la Unión Europea, la propuesta de reforma de la Directiva 2010/13/UE crea unas condiciones más equitativas para la promoción de las obras europeas, al obligar a los servicios a petición a reservar en sus catálogos una cuota de al menos un 20% a las obras europeas y garantizar la adecuada visibilidad de dichas obras (artículo 13). El nuevo artículo 13 también permitirá a los Estados miembros imponer contribuciones financieras (inversiones directas o exacciones asignadas a fondos cinematográficos nacionales) a los servicios a petición dentro de su competencia judicial, así como, en determinadas condiciones, a los establecidos en otro Estado miembro, pero dirigidos a su público nacional. A fin de garantizar que las obligaciones en materia de promoción de las obras europeas no socaven el desarrollo del mercado y permitir la entrada de nuevos operadores, las empresas

con escasa presencia en el mercado no deben estar sujetas a tales requisitos. Este es el caso, en particular, de las empresas con un bajo volumen de negocio.

5. LA REGULACIÓN INDEPENDIENTE

La liberalización de los mercados de los servicios audiovisuales llega de la mano de la introducción de la tecnología digital, al ofrecer usos más eficientes del recurso escaso que es el espectro radioeléctrico que posibilita un incremento de la oferta televisiva y, por otro lado, la posibilidad de acceder a los servicios audiovisuales a través de diferentes infraestructuras.

En el marco de la Estrategia del Mercado Único Digital para Europa³⁷, la propuesta de Directiva europea aprobada el 25 de mayo de 2016 presenta como una de las opciones que abordan el problema de la ausencia de competencia equitativas y los puntos débiles del mercado interior europeo y por la que se termina decantando el legislador europeo, la de la exigencia que los Estados miembros de la UE, dispongan de una autoridad reguladora del sector audiovisual independiente y, en ese sentido, establece una serie de requisitos para respaldar su independencia u eficacia. Asimismo, se refuerza el papel que desempeña y su función de coordinación y asesoramiento del grupo de entidades reguladoras europeas para los servicios de comunicación audiovisual (ERGA) y se incluye en el seno de la estructura de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual³⁸ (DSCA).

En su considerando 33 la Propuesta de Directiva señala que:

Las autoridades reguladoras de los Estados miembros solo pueden alcanzar el grado de independencia estructural requerido si se establecen como entidades jurídicas independientes. Por consiguiente, los Estados miembros deben velar por que las autoridades reguladoras nacionales sean independientes tanto del gobierno como de los organismos públicos y de la industria, con el fin de garantizar la imparcialidad de sus decisiones. Este requisito de independencia debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros establezcan reguladores que supervisen diversos sectores, como el de telecomunicaciones y el audiovisual. Las autoridades reguladoras nacionales deben contar con los poderes coercitivos y los recursos necesarios para el desempeño de sus funciones, en cuanto a personal, conocimientos técnicos y medios financieros. Las actividades de las autoridades reguladoras nacionales establecidas con arreglo a la presente Directiva deben garantizar el respeto de los objetivos de pluralismo de los medios de comunicación, diversidad cultural, protección de los consumidores, mercado interior y fomento de una competencia leal.

Esta asunción de la independencia de los organismos reguladores del audiovisual, en ningún modo puede redundar en una pérdida de garantías o de ruptura del principio de tutela judicial efectiva, por lo que junto a lo anterior se señala de forma expresa que cualquier parte afectada por una decisión de una autoridad reguladora nacional debe tener derecho a recurrir ante un organismo que sea independiente de las partes interesadas. Dicho orga-

37 Comunicación de la Comisión. *Una estrategia para el mercado único digital de Europa*, COM(2015) 192 final, (2015). Recuperado de http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_en.pdf

38 Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 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).

nismo puede ser un tribunal. El procedimiento de recurso debe entenderse sin perjuicio de la división de competencias en el seno de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Es por ello que con vistas a garantizar una aplicación coherente del marco regulador del sector audiovisual de la Unión en todos los Estados miembros, la Comisión creó el ERGA mediante su Decisión del 3 de febrero de 2014^[39]. La función del ERGA consiste en asesorar y asistir a la Comisión en su labor de garantizar la aplicación coherente de la Directiva 2010/13/UE en todos los Estados miembros y facilitar la cooperación entre las autoridades reguladoras nacionales, así como entre estas autoridades y la Comisión.

El legislador europeo entiende que el ERGA ha efectuado una aportación positiva a la coherencia de la práctica reguladora y ha proporcionado asesoramiento de alto nivel a la Comisión en cuestiones relacionadas con la aplicación. Por ello incluye en la propuesta de directiva el reconocimiento formal y el refuerzo de su función.

En este ámbito de lo regulatorio, en el contexto de la Unión Europea, España ha dado un paso de diferenciación respecto del resto de países de su entorno, con la aprobación de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y de su reglamento de desarrollo mediante el Real Decreto 657/2013, del 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC.

Con la aprobación de la Ley 3/2013, se deroga el título V de la Ley 7/2010, en el que se recogía la creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, que no llegó a constituirse nunca. De este modo, España se separa de las políticas de regulación económica y de la competencia impulsadas en los países más avanzados —y en concreto de la Unión Europea—, de tal modo que en lugar de avanzar en el fortalecimiento de organismos especializados en la regulación sectorial de los mercados liberalizados, como energía, transporte o telecomunicaciones —a los que se suma, si acaso, y también para ese ámbito especializado, la regulación *ex post* de la competencia—, se ha terminado generando un marco regulador con competencias *ex ante* en todos los mercados más la supervisión *ex post*, dando lugar a un nuevo organismo, cuyo consejo tendrá que atender, de forma generalista y no especializada, toda la regulación y supervisión de los mercados (con excepción del sector financiero), con lo que ello implica pérdida de conocimiento real sobre cada uno de los mercados y, por tanto, de riesgo de adopción de resoluciones inadecuadas.

El paso definitivo adoptado por el gobierno español para la puesta en marcha de esta nueva entidad, la CNMC, que entró en funcionamiento efectivo a principios del mes de octubre de 2013, ha sido tras la publicación en el diario oficial de la ley de su creación, la aprobación de su estatuto orgánico que se vertebra sobre los objetivos y principios en los que se enmarca la Ley 3/2013. Como se desprende de la exposición de motivos de esta ley, la reforma de los organismos reguladores encuentra su fundamento en una multiplicidad de factores. Entre ellos, se pretenden autoridades de supervisión *ex ante* y *ex post* menos estancas, y evitar un marco institucional demasiado complejo. En este sentido, se busca una simplificación orgánica que redunde en la eliminación de posibles duplicidades.

39 Decisión C(2014) 462 final de la Comisión, del 3 de febrero de 2014, por la que se establece un Grupo de entidades reguladoras europeas para los servicios de los medios de comunicación audiovisuales.

Esta revisión del marco institucional existente se justifica por el legislador español, por el contexto de crisis y la necesidad de impulsar la austeridad en la administración pública.

El estatuto orgánico de la CNMC señala que el pleno de su consejo puede funcionar en pleno o en salas, una dedicada a los temas de competencia y otra a supervisión regulatoria. Así las cosas, el pleno del consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conocerá de los que sean considerado indelegables, aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la sala de competencia y la de supervisión regulatoria, y los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, recabe para sí el pleno por mayoría de seis votos y a propuesta del presidente o de tres miembros del consejo.

El funcionamiento de las salas se determina por sus respectivas funciones, así la sala de competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, del 4 de junio, y la sala de supervisión regulatoria conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la regulación *ex ante* de los mercados energético, de las telecomunicaciones, audiovisual, del transporte aéreo, del ferroviario y del sector postal.

En el caso latinoamericano, el Informe del RELE-CIDH/OEA, la Relatoría Especial⁴⁰ continuó enfatizando la necesidad de que la autoridad competente en materia de radiodifusión en los Estados miembros sea un órgano técnico independiente del gobierno, que goce de autonomía frente a presiones políticas coyunturales, y que se encuentre sometido a todas las garantías del debido proceso y a un riguroso control judicial.

En este sentido, la Relatoría Especial concluye que se debe asegurar la existencia de criterios transparentes, públicos y equitativos para la asignación de frecuencias radioeléctricas y del nuevo dividendo digital. Estos criterios deben tomar en cuenta la concentración de la propiedad o el control de los medios de comunicación, y asignar la administración del espectro radioeléctrico a un órgano independiente del poder político y económico, sometido al debido proceso y al control judicial (RELE-CIDH/OEA. 404 y 405)⁴¹.

6. REGULACIÓN Y AUTORREGULACIÓN

Una de las tendencias más acusadas de los mercados de servicios audiovisuales y de comunicaciones en general, es la promoción por parte de los estados de los fenómenos conocidos como de autorregulación o corregulación.

En el caso de la Unión Europea, se consolida esta tendencia con la aprobación de la Directiva 2010/13/UE y con la propuesta de directiva impulsada por la Comisión Europea el 25 de mayo de 2016 se refuerza a un más, recogiendo en su texto articulado modificando parcialmente el artículo 4 vigente, la exigencia a los Estados miembros de la UE del fomento de estas figuras y su efectiva aplicación:

40 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015*, vols. I y II. Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión por el Dr. Edison Lanza (Washington, 2015).

41 *Ibid.*

Los Estados miembros fomentarán la corregulación y la autorregulación mediante códigos de conducta adoptados a nivel nacional en los ámbitos coordinados por la presente Directiva en la medida permitida por sus ordenamientos jurídicos. Estos códigos deberán gozar de amplia aceptación entre los principales interesados en los Estados miembros de que se trate. Los códigos de conducta expondrán de manera clara e inequívoca sus objetivos. Deberán prever un seguimiento y evaluación periódicos, transparentes e independientes de la consecución de los objetivos perseguidos. Preverán asimismo los medios para una aplicación efectiva, incluyendo, cuando proceda, sanciones eficaces y proporcionadas.

Los proyectos de códigos de conducta de la Unión a que hacen referencia el artículo 6 bis, apartado 3, y el artículo 9, apartados 2 y 4, y las modificaciones o ampliaciones de los códigos de conducta de la Unión ya existentes deberán ser presentados a la Comisión por sus signatarios.

La Comisión podrá solicitar al ERGA que emita un dictamen sobre los proyectos, modificaciones o ampliaciones de dichos códigos. La Comisión podrá publicar dichos códigos según proceda.

En su comunicación al Parlamento Europeo y al consejo sobre “Legislar mejor para obtener mejores resultados – Un programa de la UE”⁴², la Comisión hizo hincapié en que, al estudiar las soluciones políticas, tendrá en cuenta los medios tanto reglamentarios como no reglamentarios bien concebidos, siguiendo el modelo de la comunidad de prácticas y los principios para una mejor autorregulación y corregulación⁴³. Se ha demostrado que una serie de códigos establecidos en los ámbitos coordinados por la directiva están bien concebidos, en consonancia con los principios para una mejor autorregulación y corregulación. La existencia de un mecanismo legislativo de protección se ha considerado un importante factor de éxito a la hora de promover el cumplimiento de un código de autorregulación o de corregulación. Es igualmente importante que los códigos establezcan objetivos y metas específicos que permitan un seguimiento y una evaluación periódicos, transparentes e independientes de los objetivos de los códigos. Se suele considerar que las sanciones progresivas que mantengan un elemento de proporcionalidad constituyen un enfoque eficaz a la hora de garantizar el cumplimiento de un régimen. Los códigos de autorregulación o corregulación adoptados en los ámbitos coordinados por la directiva deben ajustarse a estos principios.

7. REGULADOR CONVERGENTE

Probablemente este sea uno de los debates más intensos a nivel global y en el último periodo de los que más novedades nos ha ofrecido, eso sí, mostrando una clara tendencia hacia la configuración de organismos reguladores convergentes para los sectores del audiovisual y las telecomunicaciones, como es el caso de la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en España, mediante su Ley 3/2013^[44] y en el caso de la República Argentina con su Decreto 267/2015 por el que se modifican las Leyes n.º 26522 de

42 COM(2015) 215 final. Recuperado de <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-215-ES-F1-1.PDF>

43 [<https://ec.europa.eu/digital-single-market/communities/better-self-and-co-regulation>].

44 [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-5940>].

Comunicación Audiovisual y la Ley n.º 27.078 Argentina Digital, creando el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)⁴⁵.

Como señala el preámbulo de la Ley argentina,

a nivel internacional se viene profundizando el proceso de convergencia entre las diferentes plataformas tecnológicas en la provisión de servicios de TV, Telefonía e Internet. Este proceso ha impulsado en la mayoría de los países la necesidad de modificar regulaciones que fueron diseñadas en épocas donde cada tecnología era utilizada para un servicio definido, por un lado la telefonía y por el otro los medios audiovisuales.

Destaca que la República Federativa del Brasil ha concluido esta fase de adaptación a las condiciones para un proceso de abierta competencia entre tecnologías y en la actualidad los servicios de telefonía, TV por suscripción e Internet son provistos por empresas de telecomunicaciones, satélite y cable. Entre otros países, como el caso de la República de Chile, donde se observa, asimismo, una intensa competencia entre tecnologías en los diversos servicios.

En el caso de Argentina, el Decreto 267/2015, declara de forma explícita,

que nada de ello se refleja en las Leyes n.º 26.522 y 27.078 pues si bien constituyen instrumentos regulatorios de factura relativamente reciente, no contemplaron elementos fundamentales de la realidad actual de la industria de los medios y las telecomunicaciones, y alejan al país de la frontera tecnológica del sector, generando distorsiones en la competencia, costos significativos para el interés general y perjuicios para los usuarios y consumidores.

Que en dicho sentido, ciertos aspectos de tales leyes conspiran abiertamente contra el proceso de convergencia en curso y por ello sus efectos sobre la industria son altamente regresivos y perjudiciales.

Que en nuestro país, entre muchos otros aspectos, la evidente falta de adecuación de la normativa vigente a la convergencia tecnológica y la evolución de la industria de los sectores involucrados, así como el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley No 26.522 por parte de las autoridades públicas en los últimos SEIS (6) años, se refleja también en la existencia de DOS (2) entes distintos de control: por un lado la AFSCA, creada en el marco de la Ley No 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, y por el otro la AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (AFTIC), creada en el marco de la Ley No 27.078 de Argentina Digital entre los cuales no existen mecanismos suficientes de vinculación, comunicación, colaboración y/o complementación.

El Decreto 267/2015 procede a modificar la estructura institucional de regulación basada en dos organismos divergentes, a saber la AFSCA y la AFTIC para adecuar a la convergencia tecnológica, mediante la creación de un solo ente altamente especializado, que como declara el preámbulo del Decreto

genere unidad regulatoria, contemple las particularidades propias de una industria y mercado convergente, y que garantice la independencia de los medios, así como la calidad y desarrollo en las comunicaciones y las tecnologías de la información, generando a su vez condiciones de seguridad jurídica necesarias para fomentar la realización de nuevas inversiones en el sector.

45 [<https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/bVIZWm0JS1l1TlkrdTVReEhzZkUodz0j>].

La exposición de motivos del Decreto 267/2015 presenta una visión comparada de interés para este informe, y señala que al igual que se pretende por el decreto argentino esa misma tendencia de unificación de organismos reguladores divergentes en uno unificado o convergente para las comunicaciones en su conjunto, se verifica en el caso de Estados Unidos Mexicanos, cuyo Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) centraliza toda la problemática de los medios de comunicación y las telecomunicaciones, como única autoridad de aplicación; al igual que en Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte lo hace la Oficina de las Comunicaciones —*Office of Communications*— (Ofcom); en Estados Unidos de América la Comisión Federal de Comunicaciones —*Federal Communications Commission*— (FCC); en Reino de España la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), hoy integradas su competencias y funciones en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) desde la aprobación de la Ley 3/2013; o en la República Italiana la Autoridad para la Garantía de la Comunicación —*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*— (AGCOM); entre otros casos nacionales.

Así las cosas, el Decreto 267/2015 dispone la disolución de la AFSCA y de la AFTIC y, en reemplazo de estas, la creación como un ente autárquico y descentralizado, en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones, del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), que actuará en jurisdicción del referido ministerio, como Autoridad de Aplicación de las Leyes n.º 26.522 y 27.078 y sus normas modificatorias y reglamentarias, que estará sometido al control de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoría General de la Nación de la República Argentina.

Decir que este movimiento normativo ha generado fuertes suspicacias en el orden internacional y la intervención preocupada del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. Tras críticas al procedimiento, que no tanto al fondo, se encuentra en el momento de redactarse este informe en marcha, promovido desde el Ministerio de Comunicaciones, una Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de las Leyes n.º 26.522 y 27.078 que ya se encuentra en sede parlamentaria en Argentina.

En el marco de la perspectiva crítica al proceso encontramos posiciones como las de Damián Loreti, Diego de Charras y Luis Lozano⁴⁶ autores como Andrea Mallimaci⁴⁷ señalan que mientras en Argentina se crea una nueva autoridad de aplicación (ENACOM) para reemplazar a la AFSCA y a la AFTIC, en otros países del mundo también se proponen diversos diseños institucionales en materia de políticas de comunicación. En un contexto en el que los avances tecnológicos permiten cambios y cruces entre los servicios audiovisuales, Internet y las telecomunicaciones, las regulaciones y las políticas públicas adquieren una función fundamental⁴⁸.

En otro orden geográfico, España era uno de los pocos países que carecía de un órgano de control autónomo de la comunicación audiovisual, hasta 2010 que promulgó la Ley Ge-

46 Loreti, Damián, Diego de Charras y Luis Lozano. El sector audiovisual y el de telecomunicaciones cada vez más concentrados a partir del decreto 267/2015, *Revista Fibra*, n.º 09. Recuperado de [http://papel.revistafibra.info/numeros-editados/autodefinidos/]. 2016

47 Mallimaci, A. Una vuelta al mundo. Un breve recorrido sobre los órganos reguladores de las políticas de comunicación en el mundo, *Revista Fibra* n.º 09. Recuperado de [http://papel.revistafibra.info/numeros-editados/una-vuelta-al-mundo/].

48 *Ibid.*

neral de la Comunicación Audiovisual que crea el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), una autoridad independiente, supervisora y reguladora de la actividad de los medios de titularidad del Estado o que están bajo su competencia, con capacidad sancionadora, encargada del control y seguimiento del cumplimiento de la mencionada ley y, en general, de la normativa audiovisual de ámbito estatal.

El CEMA se preveía compuesto por la presidencia, la vicepresidencia y siete consejerías. Tanto el presidente como los consejeros son nombrados por el gobierno mediante real decreto a propuesta del Congreso de los diputados, con mayoría de tres quintos —mayoría absoluta— y por un periodo de seis años.

En España, las telecomunicaciones están regidas al momento de redactarse este informe, por la Ley General de Telecomunicaciones promulgada en 2014. Según esta, quienes tienen consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones, son: el gobierno; los órganos superiores y directivos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo; los órganos superiores y directivos del Ministerio de Economía y Competitividad; y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

También existe una Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, promulgada en 2002, que se centra particularmente en la regulación de las funciones de supervisión y control que corresponden al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Francia tiene el Conseil Supérieur de l'audiovisuel (CSA), creado en enero de 1989, una autoridad administrativa independiente con competencia para el otorgamiento de las autorizaciones de explotación y de emisión de los servicios audiovisuales difundidos por vía analógica y vía satélite. El Consejo Superior del Audiovisual estaba conformado por ocho miembros, hasta que en 2013 se modificó la ley y se redujo el consejo a siete miembros. El presidente del Consejo, nombrado por el presidente de la República; tres miembros designados por el presidente de la Asamblea Nacional; y tres por el presidente del Senado. Los nombramientos deben respetar una representación paritaria de mujeres y hombres —dato bastante interesante para contrastar con la composición totalmente masculina de ambos directorios argentinos en funciones hasta diciembre de 2015, pero esa es otra discusión—. Con la excepción de su presidente, el consejo se renueva por tercios cada dos años. Los miembros tienen un plazo de seis años, no renovable, y no pueden ser nombrados más allá de 65 años. Sus funciones son incompatibles con cualquier cargo de elección popular, como con otras actividades profesionales.

Italia tiene a la Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni⁴⁹, un organismo convergente que regula tanto medios audiovisuales como telecomunicaciones. Es una autoridad independiente, establecida por la Ley 249 de 1997, y sus cuatro miembros —cuyo mandato es de nueve años— son elegidos por el presidente y el Parlamento: tres por las cámaras de diputados y senadores y uno, el presidente, a propuesta del presidente de la nación.

El órgano regulador de Inglaterra es la Oficina de Comunicaciones (Ofcom), creado por la Ley de Comunicaciones de 2003 para reemplazar a la Oficina de Telecomunicación (OFTEL). Este ente es responsable de regular las telecomunicaciones fijas y móviles, la ra-

49 [<https://www.agcom.it/>].

dio y la televisión, las frecuencias del espectro radioeléctrico, los contenidos, así como la alfabetización de medios.

El financiamiento de Ofcom proviene tanto del presupuesto gubernamental como de las tarifas cobradas a la industria por regular las redes de comunicaciones y la radio y televisión abierta. Su máximo órgano de decisión es un consejo que tiene un presidente nombrado por el secretario de Estado de Cultura, Medios y Deportes, con mandato de tres años, y hasta nueve miembros adicionales. Los miembros deben ser parte de cada una de las regiones de Reino Unido y deben declarar cualquier tipo de compromiso —propio, de sus cónyuges o hijos menores de edad— con cualquier empresa u organización que pueda verse afectada de alguna manera por su participación en la Junta de Ofcom. Los nombramientos se hacen por medio de la comisión de nombramientos públicos que establece los marcos normativos a partir de procesos abiertos y bajo tres premisas: mérito, apertura y equidad.

Estados Unidos tiene una regulación convergente que regula telecomunicaciones, radio y televisión abierta. Su órgano regulador es el más antiguo de la región, la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, por sus siglas en inglés). La FCC es una agencia administrativa independiente que reporta directamente al Congreso y está a cargo de un órgano colegiado conformado por cinco comisionados nombrados por el presidente y confirmados por el Congreso. No puede haber más de tres miembros del mismo partido político y su mandato dura cinco años.

En 2013, México, que también tiene una regulación convergente, reformó la Ley de Federal de Telecomunicaciones y reemplazó a la Comisión Federal de Telecomunicaciones por el Instituto Federal de Comunicaciones, que se encarga de “regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones en México”⁵⁰. La reforma establece un órgano regulador con autonomía y viabilidad financiera garantizada por el congreso y propone un nuevo diseño institucional. El órgano está dirigido por siete comisionados, seleccionados a través de un comité de evaluación definido por el artículo 28 de la Constitución de ese país, en un proceso de convocatoria abierta, enviado al Ejecutivo y ratificado por el Senado. El presidente puede ser removido de su cargo si tiene el voto de cinco de los siete comisionados y para remociones por faltas graves debe hacerse a través de una comisión especial de la cámara de Senadores y requiere el voto de las dos terceras partes de los miembros en sesión (artículo 32).

Chile es uno de los puntos débiles del continente. Su ley que regula tanto la comunicación audiovisual como las telecomunicaciones es de 1982, la Ley general de Telecomunicaciones, por lo que resulta complejo hablar de una ley convergente debido a su inevitable atraso. Además, le corresponde a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), dependiente del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, la aplicación y control de la ley, que es un órgano dependiente del Poder Ejecutivo en todas sus funciones, por lo que no se registra ningún grado de autonomía entre órgano regulador y el Poder Ejecutivo.

En Brasil, en cambio, existen organismos dedicados a entender y regular los asuntos pertinentes a las telecomunicaciones, por un lado, y a la esfera audiovisual, por el otro. Respecto a este último, existe la Secretaría de Audiovisuales (SAV), que pertenece al ministerio

50 [<http://www.ift.org.mx/>].

de Cultura y que tiene sus competencias definidas en el decreto 7.743/12. Al igual que en el caso de Chile, esta secretaría depende del Ministerio de Cultura y carece de autonomía respecto del Poder Ejecutivo.

Las telecomunicaciones son reguladas por la Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)⁵¹, que se define como un órgano autárquico, administrativamente independiente, financieramente autónomo y sin subordinación de ningún organismo de gobierno. Consta de dos órganos superiores, el Consejo de Administración y el Consejo Asesor. El Consejo de Administración está compuesto por cinco miembros, llamados consejeros, y es el órgano rector del ente. El Consejo Asesor es una entidad independiente, cuyos miembros representan al Congreso, al Poder Ejecutivo, a los consumidores y a los operadores, y que se encarga de asesorar a ANATEL en materia de políticas. En este punto, cabe destacar que en las últimas décadas fueron muchas las tentativas para reformar el marco legal de las comunicaciones en Brasil, siempre pospuestas por momentos de conflicto social y concentración de poder del principal multimedio del país.

7.1. INDEPENDENCIA VS. ADMINISTRACIÓN GUBERNAMENTAL

Como hemos podido ver, la apuesta legislativa es a favor de organismos autárquicos o independientes para acometer la regulación sectorial de los servicios de comunicaciones, de forma convergente o no, pero con un alto grado de autonomía o independencia como hemos anticipado en el anterior epígrafe de este informe:

Los criterios configuradores de la independencia del regulador se basarían en los siguientes criterios no exhaustivos:

- a) Elección parlamentaria por mayorías cualificadas.
- b) Criterios de elección de candidatos de carácter profesional, acreditando experiencia y conocimiento del sector.
- c) Estricto régimen de incompatibilidades durante y tras el mandato como regulador.
- d) Órgano colegiado de deliberación y decisión.
- e) Separación de los procedimientos de instrucción de los expedientes del de deliberación y decisión.
- f) Mandato superior a una legislatura.
- g) Indisponibilidad del cargo, no pudiendo ser cesados, salvo por causas justificadas y tasadas por ley (inhabilitación legal, incompatibilidad sobrevenida, condena legal, renuncia u otras)
- h) Independencia presupuestaria y financiación sostenible
- i) Sus procedimientos ponen fin a los procedimientos administrativos y pueden ser recurridos ante la administración de justicia.
- j) Competencias tasadas, clara delimitación respecto de las del Gobierno y competencia sancionadora en su ámbito.

51 [<http://www.anatel.gov.br/institucional/>].

7.2. RÉGIMEN SANCIONADOR AUDIOVISUAL

Como ya hemos anticipado, resulta clave el que los organismos reguladores sectoriales de las comunicaciones, dispongan de competencias sancionadoras para el ámbito de sus actividades, en especial para los referidos los incumplimientos de sus resoluciones y regulación sectorial.

La Ley 25.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual de Argentina en sus artículos 101 al 118 recoge el régimen sancionador a ser aplicado por el AFSCA, como regulador autárquico para el sector audiovisual en Argentina. Destacar que el régimen sancionador recoge un prolijo catálogo de sanciones para las infracciones de la ley (arts. 103 al 107).

La ley recoge las previsiones en materia de publicidad de las sanciones y la jurisdicción, de tal manera que una vez agotada la vía administrativa, las sanciones aplicadas podrán ser recurridas ante los Tribunales Federales de Primera Instancia con competencia en materia contencioso-administrativa, correspondientes al domicilio de la emisora. La interposición de los recursos administrativos y de las acciones judiciales previstas en este artículo no tendrá efecto suspensivo salvo en el caso de caducidad de licencia, en el que deberán analizarse las circunstancias del caso (art. 112).

La Ley de Telecomunicaciones y Radiodifusión de México en su título decimoquinto recoge el régimen sancionador, que agrupa del artículo 297 al 315, con disposiciones de carácter general y de sanciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, que se detalla en un amplio catálogo de medidas.

Los artículos 308 al 310 recogen las sanciones en materia de contenidos audiovisuales y el 311 las sanciones en materia de transmisión de mensajes comerciales y defensa de las audiencias de los servicios audiovisuales.

El régimen sancionador es competencia del IFT y las normas generales, actos u omisiones del instituto podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión.

Cuando se trate de resoluciones del instituto emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio solo podrá impugnarse la que ponga fin a este por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento. Las normas generales aplicadas durante el procedimiento solo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida.

En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales.

Los juicios de amparo indirecto serán sustanciados por los jueces y tribunales especializados establecidos por el Consejo de la Judicatura Federal en materia de competencia, telecomunicaciones y radiodifusión. Corresponderá a los tribunales especializados del Poder Judicial de la Federación en materia de competencia, telecomunicaciones y radiodifusión, conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta ley.

En igual línea doctrinal y legislativa, la Ley 3/203, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, reconoce a la CNMC la capacidad sancionadora. El capítulo IV, "Régimen de actuación y potestades", regula los aspectos esenciales en relación a las facultades de inspección y supervisión, y a la potestad sancionadora. Por último, para garantizar la independencia de las decisiones de la Comisión, se prevé que las resoluciones adoptadas por el Consejo, tanto en pleno como en salas, pongan fin a

la vía administrativa, siendo impugnables únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de forma acorde al principio de tutela judicial efectiva.

8. ASPECTOS LEGISLATIVOS Y REGULATORIOS RELEVANTES EN UN MARCO CONVERGENTE

La puesta en marcha de un proceso legislativo, de calado que venga a sustituir un modelo diferenciado o con un distinto enfoque doctrinal, exige la adopción de importantes cautelas y reservas en el proceso de implantación y de despliegue de la efectividad de sus disposiciones en el tránsito del modelo anterior al nuevo que tenga presente fenómenos como el de los prestadores de servicios sobre la red (OTT), tal como se comienza a observar en distintos estados.

Así, es habitual en estos casos, el adoptar regímenes transitorios que en el caso que nos ocupa debiera atender al menos a las siguientes cuestiones, que se relacionan a continuación de forma no exhaustiva.

a) El paso de un modelo de consideración del conjunto de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual o de la televisión tradicional como servicio público a un servicio de interés general exige de la adopción de medidas que prevean la conversión de los títulos habilitantes, ya sea mediante la finalización de los periodos concesionales o mediante la conversión de dichos títulos habilitantes, de tal manera que desde el momento de la conversión, arranque el nuevo cómputo (desde cero) de los periodos de licencia.

b) Para el caso de los organismos reguladores, en el supuesto de pasarse de un modelo de reguladores disociados a uno solo, de carácter convergente, exige de un periodo inicial de aprobación del marco legal del nuevo organismo, implementación de las medidas oportunas para la elección de sus miembros, constitución del órgano, dotación de recurso y plazo para la asunción de las competencias, mediante anuncio del nuevo órgano de ya disponer de los recursos para la asunción de las funciones y competencias de los organismos precedentes. Este proceso debe realizarse mediante disposiciones reglamentarias en ejecución de las previsiones de la ley de creación del nuevo organismo regulador convergente.

c) Para el caso de tránsito a organismos reguladores convergentes debe tener en cuenta el traspaso de registros, funciones inspectoras y de asunción, sin solución de continuidad de la tramitación de los expedientes administrativos en marcha, así como de las funciones de elaboración y publicación de estudios, informes u otras.

d) En el caso de introducción de obligaciones sobrevenidas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, es oportuno considerar calendarios progresivos de implantación en las disposiciones transitorias de la nueva ley, en concordancia con las obligaciones previstas en su texto articulado. Por ejemplo, la introducción de obligaciones de etiquetado de contenidos, o de introducción de medidas de accesibilidad para las personas con discapacidad (subtitulación, lengua de signos o audiodescripción).

e) Para el caso de la transición de sistemas de difusión, de la televisión analógica a la digital se estima oportuno adoptar medidas transitorias en los siguientes órdenes:

- a. Calendario preciso de transición en función de la fecha del apagado analógico que debiera ser cierta.

- b. Constitución de entidad por los operadores que coordine y canalice las campañas de apagado analógico y promoción del proceso de información del proceso de transición a la TDT.
 - c. Periodo de emisiones en simulcast que permita una progresiva introducción de equipos receptores digitales en los hogares.
 - d. Proceso coordinado con el sector de producción e importación de equipos receptores que garanticen un adecuado abastecimiento del mercado en el periodo de implantación de la TDT.
 - e. Campaña de divulgación del proceso de transición.
 - f. Periodo de asistencia a hogares menos favorecidos para la entrega de equipos y formación en instalación de equipos
 - g. Campaña de información del proceso de apagado a través de los propios canales analógicos en proceso de apagado.
 - h. Es recomendable que en el periodo de transición de habiliten estrategias de incremento de canales con contenidos diferenciados y novedoso solo en TDT que hagan la programación más atractiva que la disponible solo en analógico, como acicate a la migración.
- f) Se debe tener en cuenta la disponibilidad de recursos para que las obligaciones introducidas en la nueva legislación se encuentren efectivamente disponibles en el mercado (por ejemplo, contenidos subtítulos para personas sordas o audiodescritos para ciegos).
- g) Planificación del proceso de introducción de señalización de contenidos que permita el funcionamiento de EPG para calificación de contenidos, control parental u otros servicios.
- h) Una regulación ponderada que incorpore elemento de nivelación entre los servicios tradicionales de televisión y radio con los nuevos servicios prestados sobre la red u “Over the Top” (OTT).

CONCLUSIONES

Partiendo de la consideración de que los sistemas de medios audiovisuales de los diferentes países configuran realidades distintas que no permiten la traslación mimética de modelos de otros países y culturas comunicacionales, es cierto que la experiencia acumulada a nivel internacional, posibilita el poder apreciar errores y aciertos a ser evitados o considerados, según el caso, para su aplicación en otros países.

El escenario de cambios de paradigma en el sector de las comunicaciones, hace recomendable que se impulse un marco legislativo que ofrezca una respuesta adecuada, en el caso del sector audiovisual a:

- Una legislación convergente para un sector convergente entre las telecomunicaciones y el audiovisual que requiere de normativas alineadas entre sí y que pondere la presión normativa sobre los servicios tradicionales del audiovisual con los nuevos OTT, con una perspectiva de nivelación.
- Garantía de unas condiciones de competencia iguales para los servicios de comunicación audiovisual que sean equiparables.
 - Obligaciones de los prestadores.
 - Regulación publicitaria.

- Normativa en materia de promoción e inversión en contenidos iguales para todo tipo de prestador de servicios audiovisuales.
- Protección de menores.
- Accesibilidad para personas con discapacidad.
- Delimitación clara del servicio público radiotelevisivo y los servicios audiovisuales de interés general.
- Fomento de la autorregulación y corregulación en aspectos como protección de la infancia, publicidad u otros que se estimen oportunos.
- Establecimiento de un nivel óptimo de protección de los consumidores.
- Protección de los usuarios y prohibición de la incitación al odio y de la discriminación.
- Promoción de contenidos audiovisuales nacionales.
- Refuerzo de medidas que recojan la diversidad cultural, étnica y lingüística presentes en el país.
- Desarrollo de modelos de licencia única que sean acordes con los objetivos de pluralidad en el sistema de medios.
- Adopción de medidas adecuadas a favor de la transparencia en la titularidad de los medios y frente a los procesos de concentración.
- Refuerzo de la libertad de comunicación y del pluralismo.
- Reconocimiento del derecho de acceso de los diferentes grupos sociales a la programación audiovisual y a los medios de titularidad pública.
- Marco jurídico adecuado para los medios comunitarios sin ánimo de lucro.
- Reconocimiento efectivo de los derechos de las personas con discapacidad garantizando la accesibilidad de las personas con discapacidad a los contenidos audiovisuales.
- Concreción de los contenidos audiovisuales de interés general disponibles en la televisión en abierto.
- Respecto del organismo regulador:
 - Un organismo regulador que agrupe las competencias del conjunto del sector de las comunicaciones, con competencias amplias y precisas.
 - Una clara delimitación de funciones y competencias entre el organismo regulador y el gobierno.
 - Un regulador independiente del gobierno y de los operadores del sector, que cuente con recursos presupuestarios y de recursos suficientes y que garanticen su sostenibilidad.
 - Competente para los aspectos de regulación *ex ante*, capacidad normativa sectorial, competencias sancionadoras para incumplimientos de sus resoluciones y acuerdos, registro sectorial, otorgamiento de licencias, gestión del espectro asignado a servicios audiovisuales, inspección y resolución de conflictos entre operadores.
 - Competente en materia de defensa de los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones en coordinación con las administraciones de consumo.
 - Gestión de los fondos para la prestación de servicio universal audiovisual.
- Coordinación del regulador con las autoridades educativas para actividades de promoción de la “alfabetización mediática”.

La introducción de la tecnología digital en el sector audiovisual, la transición de la televisión analógica a la TDT y la aparición de nuevos servicios como los audiovisuales OTT, nuevos

prestadores y nuevos modelos de negocio en el audiovisual, obligan sin duda a la adecuación legislativa audiovisual de nuestros países.

Por tanto, se debe considerar cuidadosamente tanto el calendario legislativo de los gobiernos y de los parlamentos nacionales, como de los impactos que pudieran tener en el mercado, las modificaciones que se introduzcan en la tramitación parlamentaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Accenture. *Análisis de la adopción de modelos de TDT de acceso condicional en Europa Occidental y su impacto en la implantación de la televisión digital terrestre*. Madrid: 2009.
- ARAÚJO, NOELIA y J. A. FRAIZ. El sector audiovisual, ayer y hoy. Del cine al consumo multimedia. *InterseXiones* 4, (2013): 197-2225.
- ARROYO, L.; M. BECERRA, A. GARCÍA CASTILLEJO y O. SANTAMARÍA. *Cajas mágicas. El renacimiento de la televisión pública en América Latina*. Tecnos, PNUD, Banco Mundial y FIIAPP, 2012
- BECERRA, M. Un corset para la convergencia. El decreto 267/15 como herramienta para el beneficio de los actores más concentrados. *Revista Fibra*, n.º 09 (2016). Recuperado de [<http://papel.revistafibra.info/numeros-editados/corset-la-convergencia/>].
- BENZAL, M. Industria audiovisual y mercados digitales. *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 78 (2009).
- BERGÉS, LAURA. *Un reto digital europeo*. *El País*. 8 de marzo de 2015. Recuperado de [http://cultura.elpais.com/cultura/2015/03/06/television/1425678558_967341.html].
- BUQUET, G. El poder de las *majors* en el mercado internacional de programas. La desigual competencia entre Europa y Estados Unidos. *Revista Telos*, n.º 62 (2009).
- BUSTAMANTE, E. *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Industrias culturales en la era digital*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- CHAPARRO, M. *Radiotelevisión pública local y alternativa. Perspectivas*. Sevilla: EMA/RTV, 1998.
- Comisión de las Comunidades Europeas. *Los medios de comunicación audiovisual en el mercado único europeo*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1988.
- Comisión de las Comunidades Europeas. *Pluralismo y concentración de medios en el mercado interior*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1993.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015*. Vols. I y II. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Washington: 2015.
- Comisión Nacional de Televisión Regulación de contenidos audiovisuales en entornos de convergencia digital. CNTV. Santiago de Chile: 2012.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

- Egeda. *Informe panorama audiovisual 2014*. 2014.
- FERNÁNDEZ, A. Aproximación al sector audiovisual europeo actual. *Cuadernos de CC.EE. y EE.*, n.º 35 (1998): 39-50.
- FERNÁNDEZ, J. Digitalización, convergencia, multimedia. Claves del nuevo escenario audiovisual español. *Cuenta y Razón*, n.º 117 (2000).
- FLORINI, A. *The right to know. Transparency for an open world*. Nueva York: Columbia University Press, 2007.
- FONTANALS, GUSTAVO. La neutralidad de la red, la apertura de internet operadores, intermediarios y ciudadanos: la definición de las normas y las disputas en una guerra entre titanes. *Fibra* n.º 08 (2015). Recuperado de [<http://papel.revistafibra.info/numeros-editados/la-neutralidad-de-la-red-la-apertura-de-internet/>].
- GARCÍA, Á. Una laguna fundamental del sistema democrático. El Consejo Estatal de medios audiovisuales de España. *Telos. Cuadernos de comunicación e innovación*, n.º 68 (2006).
- GARCÍA, Á. La televisión como acceso a la sociedad de la información. *Telos. Cuadernos de comunicación e innovación* 74, (2008).
- GARCÍA, Á. El escenario de la convergencia. La regulación de los contenidos audiovisuales. *Telos. Cuadernos de comunicación e innovación*, n.º 85 (2010).
- GARCÍA, Á. *Régimen jurídico y mercado de la televisión en abierto en España*. Barcelona: UOC, 2013.
- GARCÍA, Á. *Régimen jurídico y mercado de la televisión de pago en España*. Barcelona: UOC, 2013.
- Impulsa TDT Asociación para la Implantación y el Desarrollo de la Televisión Digital Terrestre en España. *Informe final 2010*. Madrid, 2010
- Lal Das, B. The WTO Agreements: Deficiencies, Imbalances and Required Changes. En *The WTO and the Audiovisual Sector: Economic Free Trade vs Cultural Horse Trading?* *European Journal of Communication*, n.º 18 (2003): 294.
- LORETI, DAMIÁN, DIEGO DE CHARRAS y LUIS LOZANO. El sector audiovisual y el de telecomunicaciones cada vez más concentrados a partir del decreto 267/2015. *Revista Fibra*, n.º 09 (2016). Recuperado de [<http://papel.revistafibra.info/numeros-editados/autodefinidos/>].
- MALLIMACI, A. Una vuelta al mundo. Un breve recorrido sobre los órganos reguladores de las políticas de comunicación en el mundo. *Revista Fibra* n.º 09 (2016). Recuperado de [<http://papel.revistafibra.info/numeros-editados/una-vuelta-al-mundo/>]
- MARTÍ, F. P. y C. MUÑOZ. Economía del cine y del sector audiovisual en España, ICE. *Economía de la Cultura*, n.º 792 (2001): 124-138.
- MASTRINI, G. y M. MESTMAN. ¿Desregulación o re-regulación: de la derrota de las políticas a las políticas de la derrota? *CIC*, n.º 2 (1996): 81-88.
- PERRY, R. *Draft report on the application of Directive 89/552/EEC*. En *Producción audiovisual en Europa: concentración y pluralismo*. Sphera Pública, n.º 005 (2003): 309-328.

- PRADO, E. *El nuevo sistema radiofónico y la configuración del Estado: la sintonía de la radio española*. En *Comunicación Social 1994/Tendencias*. Madrid: Fundesco, 1994.
- REDONDO GARCÍA, MARTA y EVA CAMPOS-DOMÍNGUEZ. La transparencia mediática como mecanismo de autorregulación: análisis de su presencia en las webs de los principales medios españoles. *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, n.º 32 (2016).
- SEGOVIA, ANA. *La estructura de los medios de comunicación en Estados Unidos: análisis crítico del proceso de concentración multimedia*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- SIMÓN, JEAN. (Ed.). *Media in the changing media-IT- telecom ecosystem*. En G. DE PRATO, E. SANZ y *Digital Media Worlds, The new media economy*. Oxford: Palgrave. 2014, 57 a 69.
- SIMÓN, JEAN. *La transformación digital. Nuevos agentes en la industria de los medios y contenidos*. *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)* (2016): 2-17.
- SOUVIRÓN, JOSÉ. *La actividad de la administración y el servicio público*. Madrid: INAP, 1998.
- TORRENT, RAMÓN. La “excepción cultural” en la Organización Mundial del Comercio (OMC): la base de la política audiovisual en Cataluña. En *Quaderns del CAC*, n.º 14, 2012.
- UNESCO por Eve Salomon for the CBA and UNESCO. *Guidelines for broadcasting regulation*. Commonwealth Broadcasting Association, 2006.
- ZALLO, RAMÓN. La política de comunicación audiovisual del gobierno socialista (2004-2009): un giro neoliberal. *Revista Latina de Comunicación Social*, 65 (2010): 14-29.