

EL REGLAMENTO (UE) 2017/1128 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 14 DE JUNIO DE 2017, RELATIVO A LA PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA DE LOS SERVICIOS DE CONTENIDOS EN LÍNEA EN EL MERCADO INTERIOR¹

por Rafael SÁNCHEZ ARISTI
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

Fecha de recepción: 31.08.2017
Fecha de aceptación: 30.09.2017

RESUMEN:

El Reglamento (UE) 2017/1128, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, aprobado el 14 de junio de 2017, es la primera pieza de la Estrategia para el Mercado Único Digital descrita en la Comunicación del mismo nombre presentada por la Comisión Europea el 6 de mayo de 2015. El objetivo del Reglamento es garantizar que los abonados a los servicios de contenidos en línea que sean portables, y sean prestados lícitamente en sus Estados miembros de residencia, puedan acceder a dichos servicios y utilizarlos cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro que no sea el de su residencia. A tal fin, el Reglamento prevé que los prestadores de servicios de contenidos en línea prestados a cambio de un pago en dinero deban posibilitar que sus abonados puedan seguir utilizando el servicio del mismo modo que en su Estado miembro de residencia, cuando se hallen temporalmente en un Estado miembro distinto del de su residencia. Se trata de un deber que se impone de forma imperativa y que, por tanto, no puede excluirse mediante disposición contractual en contrario. El Reglamento determina la inaplicabilidad de toda disposición

¹ El presente artículo tiene su origen en la ponencia presentada en el marco del Plan de Formación del Departamento de Derecho Digital de Uría Menéndez. Agradezco a los socios responsables del mismo (Pablo González-Espejo, Agustín González y Borja Sainz de Aja), la invitación para tomar parte en ese Plan y ayudar a impulsar los trabajos que se vienen desarrollando en el seno del mismo. La ponencia se presentó el día 5 de junio de 2017 sobre la base, todavía, de la Posición del Parlamento Europeo de 18 de mayo de 2017. Tres días más tarde, el 8 de junio de 2017, recaería la Decisión del Consejo, y con ella la consolidación de la versión definitiva de la norma.

contractual, incluidas las celebradas entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos de autor o derechos afines, o los titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de servicios de contenidos en línea, así como las celebradas entre dichos prestadores y sus abonados, que sea contraria al mandato de garantizar la portabilidad transfronteriza. Para favorecer el deber impuesto a los prestadores de estos servicios de contenidos en línea, el Reglamento prevé que cuando estos servicios se presten en modo de portabilidad transfronteriza, todos los actos relevantes, incluido el acceso y uso del servicio por parte del abonado, se considerarán producidos únicamente en el Estado miembro de residencia del abonado y no en el Estado miembro donde éste se encuentre temporalmente desplazado, de tal forma que los prestadores de estos servicios podrán cumplir con la obligación impuesta sin necesidad de adquirir los derechos correspondientes para poder prestar su servicio en los Estados miembros a los que sus abonados se desplacen temporalmente.

PALABRAS CLAVE: Mercado interior; mercado único digital, contenidos digitales en línea, portabilidad transfronteriza, derechos de autor y afines.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL REGLAMENTO DE PORTABILIDAD EN EL CONTEXTO DE LA ESTRATEGIA PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL. 1. LA ESTRATEGIA PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL. 2. UN MEJOR ACCESO A LOS CONTENIDOS DIGITALES Y UN MARCO EUROPEO MODERNO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 3. PORTABILIDAD *VERSUS* ACCESIBILIDAD TRANSFRONTERIZAS. 4. EL PAQUETE DE MEDIDAS SOBRE DERECHOS DE AUTOR (*'COPYRIGHT PACKAGE'*). 5. BALANCE INTERMEDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA ESTRATEGIA PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL. II. LA FALTA DE PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA COMO PROBLEMA: DIAGNOSIS, CAUSAS Y REMEDIO. III. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES. 1. "ABONADO" Y "CONSUMIDOR". 2. "SERVICIO DE CONTENIDO EN LÍNEA", QUE A SU VEZ SEA "PORTABLE". 3. EL ESTADO MIEMBRO DE RESIDENCIA Y LA PRESENCIA TEMPORAL DEL ABONADO EN OTRO ESTADO MIEMBRO. IV. LA OBLIGACIÓN DE HACER POSIBLE LA PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA. V. LA PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA EN LOS SERVICIOS DE CONTENIDOS EN LÍNEA PRESTADOS SIN QUE MEDIE UN PAGO EN DINERO. VI. DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE LA PRESTACIÓN, ACCESO Y USO. VII. DISPOSICIONES CONTRACTUALES Y APLICACIÓN A CONTRATOS EXISTENTES. VIII. COMPROBACIÓN DEL ESTADO MIEMBRO DE RESIDENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. IX. REFLEXIONES FINALES.

TITLE: THE REGULATION (EU) 2017/1128, OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, OF 14 JUNE 2017, ON CROSS-BORDER PORTABILITY OF ONLINE CONTENT SERVICES IN THE INTERNAL MARKET.

ABSTRACT: Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council, of 14 June 2017, on cross-border portability of online content services in the internal market, is the first piece of the Digital Single Market Strategy described in the homonymous Communication presented by the European Commission on May 6, 2015. The purpose of the Regulation is ensuring that subscribers to portable online content services, which are lawfully provided in their Member State of residence, can access and use those services when they are temporarily present in a Member State other than their Member State of residence. To this end, the Regulation provides that the provider of an online content service provided against payment of money shall enable a subscriber who is temporarily present in a Member State to access and use the online content service in the same manner as in the Member State of residence. It is a duty imposed imperatively and, therefore, cannot be excluded by a contractual provision to the contrary. According to the Regulation, any contractual provisions, including those between providers of online content services and holders of copyright or related rights or those holding any other rights in the content of online content services, as well as those between such providers and their subscribers, which prohibit or limit cross-border portability of online content services, shall be unenforceable. In order to favor the duty imposed on the providers of online content services, the Regulation provides that when these services are provided in cross-border portability mode, all relevant acts, including access and use of the service by the subscriber, will deem to occur in the Member State of residence of the subscriber and not in the Member State where the latter is temporarily displaced, in such a way that the providers of these services may comply with the obligation imposed without having to acquire the corresponding rights in order to provide their service in the Member States to which their subscribers have temporarily moved.

KEY WORDS: Internal market, digital single market, online digital content, cross-border portability, copyright and related rights.

CONTENTS: I. INTRODUCTION: THE REGULATION ON CROSS-BORDER PORTABILITY I THE CONTEXT OF THE DIGITAL SINGLE MARKET STRATEGY. 1. THE DIGITAL SINGLE MARKET STRATEGY.

2. BETTER ACCESS TO DIGITAL CONTENT AND A MODERN, MORE EUROPEAN COPYRIGHT FRAMEWORK. 3. PORTABILITY *VERSUS* CROSS-BORDER ACCESSIBILITY. 4. THE ‘COPYRIGHT PACKAGE’. 5. THE MID-TERM REVIEW ON THE IMPLEMENTATION OF THE DIGITAL SINGLE MARKET STRATEGY. II. THE LACK OF CROSS-BORDER PORTABILITY AS A PROBLEM: DIAGNOSIS, CAUSES AND REMEDY. III. THE SCOPE OF APPLICATION AND THE DEFINITIONS. 1. “SUBSCRIBER” AND “CONSUMER”. 2. THE “CONTENT SERVICE ONLINE”, WHICH AT THE SAME TIME IS “PORTABLE”. 3. THE MEMBER STATE OF RESIDENCE AND THE TEMPORARY PRESENCE OF THE SUBSCRIBER IN ANOTHER MEMBER STATE. IV. OBLIGATION TO ENABLE CROSS-BORDER PORTABILITY OF ONLINE CONTENT SERVICES. V. CROSS-BORDER PORTABILITY OF ONLINE CONTENT SERVICES PROVIDED WITHOUT PAYMENT OF MONEY. VI. LOCALISATION OF THE PROVISION OF, ACCESS TO AND USE OF ONLINE CONTENT SERVICES. VII. CONTRACTUAL PROVISIONS AND APPLICATION TO EXISTING CONTRACTS. VIII. VERIFICATION OF THE MEMBER STATE OF RESIDENCE AND PROTECTION OF PERSONAL DATA. IX. FINAL REFLECTIONS.

I. INTRODUCCIÓN: EL REGLAMENTO DE PORTABILIDAD EN EL CONTEXTO DE LA ESTRATEGIA PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

El 14 de junio de 2017 ha sido aprobado el Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior² (el “Reglamento de Portabilidad”, el “Reglamento” o el “RPT”).

La Propuesta de Reglamento había sido presentada por la Comisión Europea el 9 de diciembre de 2015³, el Comité de las Regiones emitió su Dictamen el 8 de abril de 2016, el Comité Económico y Social hizo lo propio el 27 de abril de 2016, el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos se presentó el 9 de diciembre de 2016 (ponente: Jean-Marie Cavada), el Parlamento Europeo aprobó el texto en primera/única lectura el 18 de mayo de 2017, el Consejo lo adoptó el 8 de junio de 2017 y se procedió a signarlo el 14 de junio de 2017⁴.

² Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (“DOUE”), de 30 de junio de 2017 (L 168/1). Corrección de errores en el DOUE de 28 de julio de 2017 (L 198/42).

³ COM (2015) 627 final.

⁴ La tramitación de la norma a través del procedimiento legislativo ordinario puede consultarse en [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2015/0284\(COD\)&l=en](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2015/0284(COD)&l=en), desde donde están disponibles todos los informes y dictámenes relevantes. El código del procedimiento es el 2015/0284(COD).

Se trata del primer instrumento que ha visto la luz dentro del conjunto de medidas contempladas en la Estrategia para el Mercado Único Digital (“Estrategia MUD”)⁵, descrita en la Comunicación del mismo nombre presentada por la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones el 6 de mayo de 2015 (la “Comunicación MUD” o la “Comunicación”)⁶.

1. LA ESTRATEGIA PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL.

El Reglamento de Portabilidad debe ser puesto en el contexto de la Estrategia MUD, pues constituye una pieza insertada dentro de un engranaje complejo cuya función sólo puede ser entendida en conexión con el resto de medidas de esa Estrategia.

La Estrategia MUD se apoya en tres grandes pilares:

- (i) mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa, lo que exigirá eliminar diferencias entre el entorno en línea y fuera de línea para derribar barreras a la actividad transfronteriza en línea;
- (ii) crear las condiciones adecuadas para que las redes y servicios digitales prosperen, tales como infraestructuras de alta velocidad y servicios de contenidos seguros y fiables, basados en condiciones reguladoras que favorezcan la innovación, la inversión, la competencia leal y la igualdad de condiciones; y
- (iii) aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de la economía digital, lo cual requiere invertir en infraestructuras de las TIC y en tecnologías de computación en la nube y datos masivos, investigar e innovar para impulsar la competitividad industrial, y mejorar los servicios públicos, la inclusividad y las cualificaciones.

La portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea aparece en la Comunicación como uno de los objetivos incardinados dentro del primer pilar, bajo el epígrafe *“Un mejor acceso a los contenidos digitales - un marco*

⁵ O del segundo, si consideramos que también forma parte de esa Estrategia la supresión de los recargos por itinerancia al por menor en los servicios de comunicaciones electrónicas, prevista en el artículo 7.5 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

⁶ COM (2015) 192 final.

europeo moderno de los derechos de propiedad intelectual”, y al lado de otros objetivos como lograr unas normas más armonizadas —y por ende confiables— en materia de comercio electrónico transfronterizo⁷, unos servicios de envío transfronterizos de alta calidad y a precios asequibles⁸, la introducción de medidas para evitar el bloqueo geográfico injustificado⁹, y una reducción de las cargas relacionadas con el IVA en las ventas transfronterizas. Se trata, en definitiva, de remover los obstáculos de toda especie —normativos, logísticos, técnicos, económicos, impositivos— que pueden entorpecer el desarrollo del comercio electrónico transfronterizo.

2. UN MEJOR ACCESO A LOS CONTENIDOS DIGITALES Y UN MARCO EUROPEO MODERNO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Por lo que se refiere a lograr un mejor acceso a los contenidos digitales y un marco europeo moderno de los derechos de propiedad intelectual, se trata a su vez de un objetivo doble o mixto.

En relación con el primer sub-objetivo (*un mejor acceso a los contenidos digitales*), y partiendo de que los derechos de propiedad intelectual propician la creatividad y la industria cultural en Europa, la Comunicación observa que los

⁷ La Comunicación constata cómo si bien algunos aspectos del Derecho de los consumidores ya han sido objeto de una armonización completa para las ventas en línea (por ejemplo, la información que debe proporcionarse a los consumidores antes de celebrar un contrato o el conjunto de normas que regulan su derecho a rescindir el acuerdo si cambian de parecer), hay otros aspectos sujetos a armonización parcial o no sujetos a armonización en absoluto (v. gr. no existe norma específica de la UE relativa a medidas que cabe adoptar cuando se adquiere un contenido digital defectuoso comprado en línea). En el marco de este objetivo ha sido aprobada la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, Bruselas, 9.12.2015 [COM (2015) 634 final], la cual se dirige a armonizar normas contractuales relativas a la conformidad de los contenidos digitales, el saneamiento en caso de falta de conformidad o el derecho del consumidor a resolver contratos de suministro de larga duración. Todo ello, a fin de procurar que los agentes económicos no se vean disuadidos de participar en transacciones transfronterizas por las diferencias entre las legislaciones nacionales aplicables a estos contratos con consumidores.

⁸ Según la Comunicación, los elevados precios (se estima que las tarifas para la entrega de paquetería transfronteriza por los operadores postales nacionales son de dos a cinco veces superiores a los precios internos) y la ineficiencia en la entrega de paquetes (por la falta de interoperabilidad entre los diferentes operadores que suelen participar en los envíos transfronterizos) se están convirtiendo en un obstáculo para el comercio transfronterizo en línea.

⁹ El bloqueo geográfico como explica la Comunicación se refiere a las prácticas utilizadas por razones comerciales por los vendedores en línea que dan lugar a la denegación del acceso a sitios web en otros Estados miembros. A veces los consumidores pueden acceder a la página web, pero aún así no pueden comprar productos o servicios de ella. También puede ocurrir que se reenvíe al consumidor a un sitio Internet local de la misma empresa con diferentes precios u otros productos o servicios. En otros casos, cuando no se deniega la venta, se usan prácticas de localización geográfica a consecuencia de las cuales se aplican automáticamente diferentes precios sobre la base de dicha localización, por ejemplo cuando los clientes de alquiler de coches en línea en un Estado miembro pagan más por el alquiler de automóviles idénticos en un destino concreto que los clientes en línea de otro Estado miembro.

contenidos digitales —que están protegidos, obviamente, por tales derechos— son uno de los principales motores de crecimiento de la economía digital, dado que muchos indicadores muestran que los consumidores demandan de manera creciente poder acceder donde quiera que estén, a través de sus dispositivos móviles, a contenidos digitales procedentes de todo el mundo.

Según la Comunicación, sin embargo, esa demanda no siempre puede ser satisfecha, debido a las barreras existentes tanto para el acceso transfronterizo (imposibilidad de acceder desde el propio país a contenidos ofrecidos desde otro Estado miembro) como para la portabilidad de servicios de contenidos protegidos por propiedad intelectual, especialmente los audiovisuales (imposibilidad de disfrutar en otro Estado miembro de los servicios contratados en el país de origen).

Aunque la preocupación que muestra aquí la Comisión se encuentra sin duda centrada en el favorecimiento de la economía digital —léase las industrias de las TIC—, debe notarse que de forma implícita también está latente una preocupación por la protección de los derechos de propiedad intelectual. Y es que, si el consumidor de hoy en día no tiene a su alcance un consumo legal de contenidos intelectuales lo bastante confortable, podría tener la tentación de migrar hacia —o de mantenerse en— el consumo de contenidos digitales de origen ilícito, al que tan fácil acceso hay en Internet. De ahí que la Comunicación ponga el acento en proporcionar al consumidor una experiencia de consumo similar a la que tendría acudiendo a esos canales ilícitos, haciéndole ver que los servicios legales son tan flexibles como éstos, gracias a la suma de accesibilidad y portabilidad. El objetivo es atraer o retener a esa masa de internautas que de otro modo no serían consumidores de contenidos en línea a través de servicios de oferta legal¹⁰.

Por lo que se refiere al otro sub-objetivo (*un marco europeo moderno de los derechos de propiedad intelectual*), algunos de los asuntos en él incluidos guardan relación con lo acabado de decir. Así, cuando se apunta a la esencialidad de un sistema de protección civil equilibrado y eficaz contra las infracciones a escala comercial de los derechos de propiedad intelectual para que se invierta en innovación y en creación de empleo¹¹; o a la necesidad de clarificar las normas que rigen las actividades de los intermediarios en línea en relación con obras y prestaciones protegidas, en la medida en la que esos intermediarios vienen participando de manera creciente en la distribución de contenidos.

¹⁰ Como luego veremos, el Reglamento de Portabilidad destaca en su Considerando (12) que “*el presente Reglamento debe garantizar la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en todos los sectores afectados, proporcionando así a los consumidores un medio adicional para acceder lícitamente a contenidos en línea sin menoscabar el alto nivel de protección que garantizan los derechos de autor y derechos afines en la Unión*” (subrayado mío).

¹¹ La Comunicación especifica que esa modernización de la observancia de los derechos de propiedad intelectual centrada en las infracciones a escala comercial, pasaría por adoptar un enfoque basado en el principio «sigue la pista al dinero» (*follow the money*) con una perspectiva transfronteriza.

En un plano diferente, apuntando más bien a las relaciones entre los titulares originarios de derechos de propiedad intelectual y sus cesionarios, la Comunicación se refiere a la adopción de medidas para garantizar una remuneración justa de los creadores a fin de fomentar la futura generación de contenidos.

La heterogeneidad de esta parte de la Estrategia MUD se constata cuando nos fijamos en la mención que se hace a la innovación en la investigación para fines comerciales y no comerciales basada en la utilización de la extracción de texto y de datos, la cual —se dice— puede verse obstaculizada por un marco jurídico confuso y enfoques divergentes a escala nacional. Por esta razón, se sugiere que un incremento de la seguridad jurídica redundaría en un mayor uso de material protegido por parte de investigadores e instituciones educativas, con el aprovechamiento a nivel transfronterizo del potencial que ofrecen esas tecnologías.

Aquí la finalidad latente es bien distinta, aunque también se ponga el énfasis en el acceso transfronterizo: los derechos de propiedad intelectual, y más en concreto los límites a los mismos, al no estar bien armonizados en este punto, pueden erigirse en un impedimento para el desarrollo de las empresas o industrias basadas en la minería de textos y datos. Con la implementación de las medidas sugeridas por la Comisión, sin embargo, no se logrará atraer al colectivo incumbente hacia una actividad legal que reporte mayores beneficios potenciales a los titulares de derechos, sino hacia una actividad legal situada en una zona franca a la que no alcanzará el radio de la exclusiva de dichos titulares.

Finalmente, la Comunicación menciona otro aspecto que vuelve a estar relacionado con la mejora del acceso transfronterizo, en este caso a los servicios de radiodifusión prestados desde otros Estados miembros: se trata de poner al día la Directiva Satélite y Cable, entre otras cosas a fin de extender su ámbito de aplicación a las transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión.

Pues bien, este doble objetivo de la Estrategia MUD se ha canalizado a través de dos cauces normativos diferenciados: uno, relacionado con la portabilidad y la accesibilidad transfronterizas, y otro concerniente a la modernización del marco europeo de derechos de propiedad intelectual.

3. PORTABILIDAD *VERSUS* ACCESIBILIDAD TRANSFRONTERIZAS

El primero de esos cauces, uno de cuyos ramales ha desembocado ya en el Reglamento de Portabilidad, debería verse completado por la regulación de medidas contra el geo-bloqueo que aseguren el acceso transfronterizo por parte de internautas situados en un Estado miembro a servicios de suministro de contenidos prestados desde otro Estado miembro¹².

¹² El *geo-blocking* o geo-bloqueo, al que ya nos hemos referido al describir el primer pilar de la Estrategia MUD, es definido en el Glosario en línea de la sección dedicada al Mercado Único Digi-

Lo que sucede es que la Propuesta de Reglamento sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE¹³, no incluye en su ámbito de aplicación los servicios prestados por vía electrónica *“cuya característica principal sea el suministro de acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas y la utilización de esas obras y prestaciones”* (cfr. art. 4.1.b/).

Todo apunta a que, en relación con esta cuestión, habrá que aguardar a la modificación del futuro Reglamento sobre el bloqueo geográfico, que previsiblemente se acometerá tras la primera evaluación periódica del mismo, anunciada en su Considerando (29)¹⁴. En suma, esta parte del objetivo está llamada a articularse a dos velocidades: primero la portabilidad transfronteriza de servicios de contenidos en línea (cuya regulación ya ha sido aprobada), después el acceso transfronterizo a servicios de contenidos suministrados desde otro Estado miembro (cuya regulación, para contenidos protegidos por derechos de autor y derechos afines, ni siquiera llegará con la aprobación inicial del proyectado Reglamento de medidas contra el geo-bloqueo)¹⁵.

4. EL PAQUETE DE MEDIDAS SOBRE DERECHOS DE AUTOR (*‘COPYRIGHT PACKAGE’*)

Por su parte, la modernización del marco europeo de los derechos de propiedad intelectual se ha canalizado a través de un paquete de propuestas normativas (*copyright package*), que fueron presentadas conjuntamente el 14 de septiembre de 2016. Ese paquete-copyright se componía de cinco piezas:

1. La Comunicación “Promover una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital” [COM (2016) 592 final].

tal de la Comisión Europea (https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/glossary#letter_g) como la práctica usada con propósito comercial por los proveedores online de bienes y servicios, consistente en denegar el acceso a su sitio web a los consumidores sobre la base de la localización de éstos, o a redirigirlos a una web local de venta online con precios diferentes.

¹³ Bruselas, 25.5.2016 COM (2016) 289 final.

¹⁴ En efecto, a tenor de dicho Considerando (29), la primera evaluación periódica del Reglamento *“debe concentrarse, en particular, en la posible ampliación de la prohibición establecida en el artículo 4, apartado 1, letra b), a los servicios prestados por vía electrónica cuya característica principal sea la prestación de acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas y la utilización de esas obras y prestaciones, a condición de que el comerciante tenga los derechos necesarios para los territorios de que se trate”*.

¹⁵ El Reglamento de Portabilidad deja claro que se trata de dos herramientas diferentes para atender necesidades distintas. Según dice su Considerando (12), *“procede distinguir el concepto de portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea del concepto de acceso transfronterizo por parte de los consumidores a servicios de contenidos en línea prestados en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia, el cual no está incluido en el presente Reglamento”*.

2. La Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital [COM (2016) 593 final] (la “Propuesta de Directiva DAMUD”).
3. La Propuesta de Reglamento por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión [COM (2016) 594 final] (la “Propuesta de Reglamento Satélite y Cable II”).
4. La Propuesta de Reglamento sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso [COM (2016) 595 final].
5. La Propuesta de Directiva sobre determinados usos permitidos de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE [COM (2016) 596 final].

De este amplio paquete de medidas, las dos últimas han visto la luz de la aprobación recientemente¹⁶. Ambas deben relacionarse con la implementación por parte de la UE del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, adoptado en el seno de la OMPI el 27 de junio de 2013¹⁷. Dicho Tratado impone a sus partes contratantes la obligación de establecer excepciones o limitaciones a los derechos de autor y derechos afines para la producción y difusión de ejemplares en formatos accesibles de determinadas obras y otras prestaciones protegidas, así como para el intercambio transfronterizo de dichos ejemplares.

¹⁶ En efecto, en el DOUE del día 20 de septiembre de 2017 se publicaron tanto el Reglamento (UE) 2017/1563, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos (L 242/1), como la Directiva (UE) 2017/1564, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (L 242/6).

¹⁷ Disponible desde http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=302979.

Las otras dos propuestas normativas siguen su curso¹⁸. Por el momento han tenido lugar las discusiones habituales en el seno del Consejo y ha recaído el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo relativo a ambas propuestas, aprobado por el plano de ese órgano celebrado los días 25 y 26 de enero de 2017¹⁹. Llegado el otoño de 2017 aún no se había aprobado una posición del Parlamento Europeo en primera lectura en ninguno de los dos casos.

Sintéticamente, la Propuesta de Directiva DAMUD gira en torno a tres líneas maestras: (i) garantizar un amplio acceso a los contenidos; (ii) adaptar las excepciones al entorno digital y transfronterizo; y (iii) lograr un mercado para los derechos de autor que funcione correctamente.

A su vez, esas tres grandes líneas se traducen en ocho objetivos concretos, a saber:

1. Crear un espacio jurídico más claro para el uso de herramientas innovadoras de investigación en minería de textos y datos (art. 3 de la Propuesta²⁰);
2. Regular la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas (art. 4²¹);
3. Apoyar a las instituciones de patrimonio cultural en sus esfuerzos de conservación del patrimonio cultural (art. 5²²);
4. Facilitar la concesión de licencias para la difusión por parte de instituciones de conservación del patrimonio cultural de obras fuera del circuito comercial (arts. 7 a 9²³);
5. Lograr un mayor acceso y disponibilidad de obras audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta (art. 10²⁴);
6. Repartir de manera más equitativa el valor que se genera por la utilización en línea de las publicaciones de prensa (art. 11²⁵) y admitir la legitimación del editor para ser compensado por derechos que ostente en virtud de cesión o licencia (art. 12²⁶);

¹⁸ La Comunicación “Promover una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital” no tiene otra función que la de compendiar de manera sintética el contenido de los otros cuatro instrumentos, por consiguiente no es susceptible de un desarrollo o implementación considerada en sí misma.

¹⁹ 2017/C 125/ 03 (DOUE de 21 de abril de 2017).

²⁰ Cfr. Considerandos (8) a (13).

²¹ Cfr. Considerandos (14) a (17).

²² Cfr. Considerandos (18) a (21).

²³ Cfr. Considerandos (22) a (28).

²⁴ Cfr. Considerandos (29) y (30).

²⁵ Cfr. Considerandos (31) a (35).

²⁶ Cfr. Considerando (36).

7. Mejorar la posición de los titulares de derechos para negociar y ser remunerados por la explotación de sus contenidos protegidos por parte de servicios en línea que permitan acceder a contenidos cargados por los usuarios (art. 13²⁷);
8. Aumentar la transparencia y reequilibrar las relaciones contractuales entre los autores y artistas intérpretes o ejecutantes y las personas a quienes ceden sus derechos (arts. 14 a 16²⁸).

Por su parte, la Propuesta de Reglamento Satélite y Cable II tiene por objeto superar las limitaciones que, por razón de los servicios y modalidades de utilización a los que se circunscribe, presenta la Directiva Satélite y Cable²⁹, y en definitiva fomentar el acceso de los consumidores a más programas de radio y televisión originados en otros Estados miembros.

Para conseguirlo, se prevé facilitar que los organismos de radiodifusión puedan ofrecer servicios accesorios de transmisión en línea transfronteriza de sus programas, vía *simulcasting*, *webcasting* y *podcasting*, simplificando la obtención de las licencias que necesitan para la utilización de obras y prestaciones incorporadas en su programación.

Asimismo, y por vía igualmente de simplificar la adquisición de los derechos afectados, se prevé favorecer la prestación de los operadores de servicios de retransmisión que ofrecen paquetes con canales de radio y televisión originados en otros Estados miembros a través de redes de comunicación electrónicas cerradas (IPTV).

A tal fin, la Propuesta establece (art. 2) que, a efectos del ejercicio de los derechos de autor y derechos afines pertinentes, se considerará que los actos de comunicación al público y de puesta a disposición que se producen cuando se presta un servicio accesorio en línea por parte de un organismo de radiodifusión, se producen únicamente en el Estado miembro en el que el organismo de radiodifusión tiene su establecimiento principal (principio del «país de origen»)³⁰. Junto con ello señala que, a la hora de fijar el importe del pago de los derechos sujetos al principio del país de origen, las partes tendrán en cuenta todos los aspectos del servicio accesorio en línea, tales como las características de dicho servicio, la audiencia y la versión lingüística³¹.

²⁷ Cfr. Considerandos (37) a (39).

²⁸ Cfr. Considerandos (40) a (43).

²⁹ Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

³⁰ Este mismo principio está enunciado en el artículo 1.2.b) de la Directiva Satélite y Cable.

³¹ El criterio procede igualmente de la Directiva Satélite y Cable, conforme a cuyo Considerando (17), «con ocasión de la adquisición de los derechos y a efectos de pactar la remuneración pertinente,

En cuanto al ejercicio de los derechos de retransmisión, los titulares de derechos de propiedad intelectual distintos de los organismos de radiodifusión sólo podrán ejercer sus derechos a conceder o denegar la autorización para una retransmisión a través de una entidad de gestión colectiva. Y aunque un titular de derechos no haya transferido la gestión del derecho a una entidad de gestión colectiva, la entidad que gestione derechos de la misma categoría en el territorio del Estado miembro en el que el operador pretende adquirir los derechos de una retransmisión se considerará mandatada para gestionar los derechos en nombre del mencionado titular³².

5. BALANCE INTERMEDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA ESTRATEGIA PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL.

Debe consignarse la aprobación de una nueva y reciente Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital (“Un mercado único digital conectado para todos”)³³. En ella se evalúan los avances en la consecución del mercado único digital, señalando los aspectos en los que es preciso hacer más esfuerzos y en los que la evolución del panorama digital exige nuevas actuaciones a nivel de la UE.

Entre otras cosas, esta nueva Comunicación hace balance del ‘triple beneficio’ (*triple win*) conseguido hasta el momento para los consumidores:

- (i) la supresión de los recargos por itinerancia al por menor, ya en aplicación desde el 15 de junio de 2017³⁴: los usuarios de telefonía móvil que viajen periódicamente en la UE podrán llamar, enviar mensajes de texto y navegar en la web por el mismo precio que pagan en su país de origen;

las partes deberán tener en cuenta todos los elementos que caracterizan la emisión, tales como la audiencia real, la audiencia potencial y la versión lingüística”.

³² De nuevo se aprecia la voluntad continuista respecto de la Directiva Satélite y Cable, pues de acuerdo con el artículo 9.1 de ésta, “los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o de derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva”, mientras que su artículo 9.2 prevé que “en el caso de los titulares que no hubieren encomendado la gestión de sus derechos a una entidad de gestión colectiva, se considerará mandatada para gestionarlos la entidad de gestión colectiva que gestione derechos de la misma categoría”.

³³ Bruselas, 10.5.2017 [COM (2017) 228 final].

³⁴ Como ya hemos indicado, esa supresión deriva de lo previsto en el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

(ii) la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea, que estará en vigor desde principios de 2018: los consumidores podrán acceder a sus suscripciones en línea a películas, acontecimientos deportivos, libros electrónicos, videojuegos o servicios musicales cuando viajen a otros países de la UE); y

(iii) la adopción de la propuesta encaminada a resolver el bloqueo geográfico injustificado, que se encuentra en fase de tramitación³⁵: los comerciantes ya no podrán discriminar a los consumidores de otros Estados miembros sin razones objetivamente justificadas.

II. LA FALTA DE PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA COMO PROBLEMA: DIAGNOSIS, CAUSAS Y REMEDIO

El Reglamento de Portabilidad se puede explicar de manera sintética como una norma que prescribe una suerte de receta enderezada a solucionar un problema, el cual resulta acotado de forma clara por el propio instrumento, apuntándose cuáles serían sus causas y las razones por las que el fenómeno debe considerarse problemático. La lectura conjunta de algunos considerandos del RPT ofrece una imagen bastante completa del *diagnóstico*, las *causas* y el *remedio* a administrar.

Como premisa de partida, el Reglamento observa que el mercado interior implica un espacio sin fronteras en el que pueda realizarse la libre circulación de personas y servicios, lo cual hace necesario garantizar que los consumidores puedan utilizar los servicios de contenidos en línea portables que les permiten acceder a contenidos tales como música, juegos, películas, programas de entretenimiento o acontecimientos deportivos, no solo en su Estado miembro de residencia, sino también cuando se encuentran temporalmente en otro Estado miembro por motivos de ocio, viaje, viajes de negocios o estudios (cfr. Considerando [1]).

Otra premisa, esta vez de carácter tecnológico, tiene que ver con la esencial movilidad de los dispositivos a través de los cuales los consumidores disfrutan de sus servicios de contenidos en línea (teléfonos móviles, ordenadores portá-

³⁵ Ya me he referido *supra* a esa Propuesta de Reglamento sobre medidas contra el bloqueo geográfico. El 27 de abril de 2017 fue aprobado el Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, conteniendo el Proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo en primera lectura [el código del procedimiento es el 2016/0152(COD)]. Previamente, se habían emitido las opiniones de la Comisión de Cultura y Educación (27.1.2017), la Comisión de Industria, Investigación y Energía (10.2.2017) y la Comisión de Asuntos Jurídicos (4.4.2017), y aún anteriormente el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo (19-20 de octubre de 2016). El procedimiento legislativo puede verse en [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0152\(OLP\)#technicalInformation](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0152(OLP)#technicalInformation)

tiles, tabletas), lo cual permite el acceso a los contenidos con independencia del lugar en que se halle el consumidor.

De la *movilidad* connatural a los dispositivos tecnológicos modernos a la *portabilidad* trasfronteriza hay un pequeño paso, que el Reglamento da de inmediato, al reparar en que la demanda por parte de los consumidores de acceso a contenidos en línea crece no solo con relación a su país de residencia, sino también cuando se hallan temporalmente en otro Estado miembro (cfr. Considerando [2]).

Sin embargo —y aquí emerge el problema— cada vez son más los consumidores que contratan la prestación de servicios de contenidos en línea que, al desplazarse temporalmente a un Estado miembro distinto al de su residencia, se encuentran con que no pueden seguir utilizando esos servicios y accediendo a los contenidos en línea, a pesar de haber adquirido lícitamente el derecho a acceder a esos servicios y usar tales contenidos en su Estado miembro de residencia (cfr. Considerando [3]).

Por lo tanto, el fenómeno problemático —que lo es por significar una situación contraria a la lógica de la libre circulación de personas y de servicios en el mercado interior—, al cual el Reglamento pretende dar solución, es la *falta de portabilidad* de los servicios de contenidos en línea para poder ser disfrutados desde un Estado miembro distinto a aquél donde reside el consumidor y donde se contrataron tales servicios. Más específicamente, la falta de portabilidad es vista como un problema en relación con los desplazamientos que realizan los consumidores cuando viajan *temporalmente* a otro Estado miembro por motivos de ocio, negocios o estudio. Éste es, *stricto sensu*, el problema a cuya solución se endereza el remedio contenido en el Reglamento.

¿Cuáles son las causas que explicarían este fenómeno? A decir del Reglamento, si bien las barreras a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea varían de un sector a otro, dichas barreras se explican básicamente por dos razones:

- (i) las licencias de derechos relativos a la transmisión de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, como las obras audiovisuales, las cuales se conceden a menudo sobre una base territorial; y
- (ii) la posible decisión de los prestadores de servicios de contenidos en línea de prestar servicio únicamente en determinados mercados.

Dicho de otro modo, la disponibilidad del servicio de contenidos en línea puede estar acotada al territorio del país donde reside el consumidor y el servicio ha sido adquirido, bien porque así lo decide libremente el prestador del servicio, el cual opta por ofrecer su servicio sólo en un país miembro, u ofrecerlo de

manera discriminada en cada Estado miembro, bien porque así se deriva de las condiciones de licencia de que disfruta ese prestador del servicio en virtud de los acuerdos trabados, a su vez, con los titulares de propiedad intelectual³⁶.

El Reglamento no encuentra pues razones técnicas, sino estrictamente jurídicas, para la falta de portabilidad de los servicios de contenidos en línea. En unos casos será la decisión soberana del prestador de los servicios, quien puede aspirar a una optimización de sus servicios evitando que éstos sean susceptibles de portarse de un Estado miembro a otro, incluso temporalmente; otras veces el prestador tal vez querría ofrecer un servicio dotado de portabilidad, pero las licencias trabadas con los titulares de propiedad intelectual se lo impiden³⁷: la fragmentación territorial de las licencias permite también a estos titulares extraer el máximo provecho económico de sus derechos³⁸.

Una vez detectado el problema y esclarecidas sus causas, procede aplicar el tratamiento que remedie el mal. Dicho remedio se enuncia así en el Considerando (21): *“Con el fin de garantizar la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea, es necesario exigir que los prestadores de servicios de contenidos en línea a los que se aplica el presente Reglamento permitan a los abonados utilizar dichos servicios en el Estado miembro donde se encuentran temporalmente del mismo modo que en su Estado miembro de residencia”*. Esa obligación de

³⁶ El Reglamento asimila a estos efectos los acontecimientos deportivos [que a menudo también son objeto de licencia por los organizadores de los mismos, o son ofrecidos por los prestadores de servicios de contenidos en línea, sobre una base territorial] al resto de objetos protegidos por propiedad intelectual. Esa asimilación reposa en el entendimiento de que, si bien estos acontecimientos no están protegidos por derechos de autor o derechos afines en virtud del Derecho de la Unión, podrían estarlo en virtud del Derecho nacional, y en cualquier caso la transmisión de dichos contenidos por organismos de radiodifusión está protegida por derechos afines que se han armonizado a escala de la Unión, además de que esa transmisión incluye a menudo elementos protegidos por derechos de autor, tales como música, secuencias de vídeo de apertura o cierre, o gráficos (Considerando [5]). El Reglamento también observa que en muchas ocasiones los contenidos no protegidos por propiedad intelectual, como podrían ser los acontecimientos deportivos, se ofrecen en paquetes *premium* conjuntamente con contenidos protegidos por propiedad intelectual, de modo que unos y otros contenidos no se podrían separar, a efectos de portabilidad, sin merma para el valor del servicio prestado al consumidor (Considerando [6]).

³⁷ El Reglamento describe con cierto grado de pormenorización cómo opera ese mecanismo: *“con el fin de garantizar que se cumple la exclusividad territorial, los prestadores de servicios de contenidos en línea se comprometen a menudo, en los contratos de licencia con los titulares de derechos, incluidos los organismos de radiodifusión o los organizadores de acontecimientos, a impedir que sus abonados accedan a sus servicios y los utilicen fuera del territorio para el que los prestadores gozan de licencia. Dichas restricciones contractuales impuestas a los prestadores les obligan a tomar medidas como no autorizar el acceso a sus servicios desde direcciones IP situadas fuera del territorio de que se trate. Por lo tanto, uno de los obstáculos a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea reside en los contratos celebrados entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y sus abonados, que reflejan las cláusulas de restricción territorial incluidas en los contratos celebrados entre dichos prestadores y los titulares de derechos. al consumidor”* (Considerando [10]).

³⁸ A este respecto, el Reglamento advierte de que *“es preciso tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al ponderar el objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual y las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)”* (Considerando [11]). Luego volveremos sobre esto.

proporcionar la portabilidad del servicio, advierte el Considerando, ha de ser vinculante, sin que las partes puedan excluirla, exceptuarla o modificarla, y sin que el prestador pueda eludirla por vía indirecta, por ejemplo restringiendo las funcionalidades del servicio o la calidad de la prestación.

Conviene resaltar que el objetivo que se marca el Reglamento (eliminar las barreras a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea lícitamente prestados³⁹) pasa, como se indica en el Considerando (12), por adaptar el marco legal armonizado sobre derechos de autor y derechos afines, adoptando un planteamiento común para lograr que los servicios de contenidos en línea se puedan prestar a abonados que se encuentren temporalmente desplazados en un Estado miembro distinto del de su residencia.

Esa adaptación del marco legal armonizado sobre derechos de autor y derechos afines comporta una incursión en un terreno relativamente extraño para el legislador comunitario, como es el del Derecho contractual en materia de cesión de derechos de propiedad intelectual⁴⁰. Se trata de una incursión bastante medida, desde luego, pues se limita a hacer inaplicable cualquier disposición contractual pactada en un contrato entre un prestador de servicios de contenidos en línea y un titular de derechos de autor o derechos afines que pueda resultar contraria a la garantía de portabilidad establecida en el Reglamento (art. 7)⁴¹, pero no cabe duda de que sienta un precedente importante que podría tener continuidad en futuras intervenciones normativas de la UE, y sin ir más lejos

³⁹ Obsérvese, de paso, cómo el Reglamento pone el énfasis en el rasgo de la licitud de la prestación de los servicios cuya portabilidad se trata de garantizar. Y cómo ello está en relación con algo que destacábamos *supra*: el Reglamento pretende garantizar la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en todos los sectores afectados, a fin de proporcionar a los consumidores un medio adicional para acceder lícitamente a contenidos en línea sin menoscabar el alto nivel de protección que garantizan los derechos de autor y derechos afines en la Unión (Considerando [12]). El empeño en conseguir que los servicios lícitos de acceso a los contenidos en línea tengan una funcionalidad análoga a los servicios ilícitos de esa misma clase de contenidos, y por tanto puedan rivalizar con ellos en cierta igualdad de condiciones técnicas, es palmario.

⁴⁰ Cabría mencionar, como antecedente quizás más cercano, el nuevo apartado 2 ter del artículo 3 de la Directiva 2006/116, añadido en virtud de la Directiva 2011/77, el Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Conforme a dicho precepto, “cuando un contrato de cesión o concesión otorgue al artista intérprete o ejecutante el derecho a una remuneración única, tendrá derecho a percibir del productor de fonogramas una remuneración anual adicional por cada año completo una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público. El derecho a obtener esa remuneración anual adicional no podrá ser objeto de renuncia por parte del artista intérprete o ejecutante”.

⁴¹ En el Considerando (12) se afirma que esa adaptación, en pos del objetivo señalado, se quiere llevar a cabo “sin cambiar los modelos actuales de licencia, como la licencia territorial, y sin que ello afecte a los mecanismos de financiación actuales”. Claro que esta afirmación podría no pasar de ser una petición de principio, pues parece inevitable que si cualquier estipulación de un contrato de licencia contraria a la garantía de portabilidad resulta ser inaplicable, ello no puede sino repercutir en la configuración territorial del modelo de licencia y, por añadidura, en los mecanismos actuales de financiación, que descansan en buena medida en esa configuración territorial de las licencias.

en la futura regulación del acceso transfronterizo por parte de los consumidores a servicios de contenidos en línea prestados en un Estado miembro que no sea el de su residencia.

En los epígrafes a continuación veremos el modo en que el Reglamento articula la obligación de garantizar la portabilidad transfronteriza, desde la previa determinación de cuáles son los servicios de contenidos en línea a los que afecta y destinatarios a los que beneficia, hasta el instrumento jurídico ideado para lograr la finalidad que se pretende, las cargas —comprobación de datos— que puede conllevar la implementación de dicho instrumento y el alcance de las previsiones del Reglamento desde el punto de vista de los contratos vigentes y derechos adquiridos antes de su fecha de aplicación.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

Conforme al artículo 1, el Reglamento se dirige a *introducir un planteamiento común* de la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea dentro de la UE⁴², garantizando que los abonados a los servicios de contenidos en línea que sean portables, y sean prestados lícitamente en sus Estados miembros de residencia, puedan acceder a dichos servicios y utilizarlos cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro que no sea el de su residencia.

Para comprender el alcance del ámbito de aplicación así descrito, es necesario conocer la exacta correspondencia de cada uno de los conceptos manejados en la descripción, para lo cual ha de acudirse a las definiciones del artículo 2 del Reglamento.

Entre esas definiciones no está, por cierto, la de la licitud, siendo así que los servicios a los que se refiere el Reglamento deben ser por encima de todo servicios *lícitamente prestados*. Pese a lo evidente que pueda parecer, quizás no habría estado de más introducir alguna puntualización respecto de esta noción. Por ejemplo, para indicar que un servicio de este tipo es ilícito con independencia del estado de conocimiento —buena o mala fe— del consumidor respecto de ello, y que por descontado el hecho de que un servicio garantice la portabilidad transfronteriza del mismo no le dota de la menor

⁴² El giro “introducir un planteamiento común” no resulta demasiado elegante. Una redacción preferible se habría logrado con sólo parafrasear la Propuesta de Reglamento sobre medidas contra el geo-bloqueo: “*el presente Reglamento pretende contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea que sean portables y se presten lícitamente en sus Estados miembros de residencia, de forma que sus abonados puedan acceder a dichos servicios y utilizarlos cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia*”.

licitud si acaso se presta sin contar con las oportunas licencias de los titulares de derechos⁴³.

1. “ABONADO” Y “CONSUMIDOR”

La primera de las definiciones es la referida al “abonado”, el cual se entiende como todo consumidor que, en virtud de un contrato de prestación de un servicio de contenidos en línea celebrado con un prestador, ya sea a cambio de un pago en dinero o sin que medie dicho pago, tiene derecho a acceder a tal servicio y a utilizarlo en su Estado miembro de residencia. A renglón seguido, el “consumidor” es definido como toda persona física que, en contratos que entren en el ámbito del Reglamento, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión⁴⁴.

El abonado es por tanto, antes que nada, un consumidor, exigencia que deja fuera del ámbito de aplicación del Reglamento a todos aquellos prestatarios de servicios que sean personas jurídicas, o que, siendo personas físicas, tengan contratado el servicio de contenidos en línea con un propósito ligado a su actividad profesional, comercial o empresarial.

El abonado es, en segundo lugar, un consumidor *que ha celebrado un contrato* con el prestador de un servicio de contenidos en línea, contrato que le da derecho a disfrutar de ese servicio en su Estado miembro de residencia. En efecto, como en seguida vamos a ver, el servicio de contenidos en línea se define, entre otras cosas, como un servicio prestado “según condiciones acordadas”.

Ese *acuerdo de condiciones* no implica, sin embargo, que dichas condiciones hayan debido ser objeto de una negociación individualizada, siendo admisible que dicho acuerdo repose sobre lo estipulado en condiciones generales. Lo señala el Considerando (15) del Reglamento: “*A efectos del presente Reglamento, el término contrato ha de entenderse que incluye cualquier acuerdo entre un prestador y un*

⁴³ En esta misma línea, podría haber sido oportuno aclarar que la portabilidad debe estar garantizada por parte de aquellos servicios que pueden ser lícitos sólo en parte, o para la parte de su servicio que sea lícita (v. gr. servicios que, además de contenidos respecto de los cuales no cuentan con los permisos necesarios, incorporan un gran volumen de contenidos en dominio público, o susceptibles de utilización merced a licencias públicas generales).

⁴⁴ Esa definición concuerda con la de la ya citada Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, que también forma parte de la Estrategia MUD [COM (2015) 634 final]. Por lo demás, está en línea con la empleada en las Directivas en materia de consumo (Cfr. art. 1.2.a/ de la Directiva 99/44, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; art. 2.b/ de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; ó art. 2.2 de la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia).

abonado, incluido aquel por el que el abonado acepta las condiciones generales del prestador para la prestación de los servicios de contenidos en línea, ya sea a cambio de un pago en dinero o sin que medie dicho pago”.

De paso, se destaca que el contrato de prestación de servicios no tiene por qué llevar aparejada una contraprestación *pecuniaria* a cargo del abonado. De modo que la contraprestación a cargo del abonado podría consistir, por ejemplo, en la aceptación a ceder algunos datos personales al prestador del servicio o en soportar la recepción de publicidad.

Como después veremos, el dato de que el servicio se preste o no a cambio de un pago en dinero modula sustancialmente el régimen aplicable, pues así como a los prestadores que prestan su servicio a cambio de un pago en dinero el Reglamento se les aplica en su plenitud, a los que lo prestan sin que medie un pago en dinero no se les aplica más que si ellos optan por ser incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.

Ahora bien, como aclara el último inciso del Considerando (15), *“una inscripción para recibir alertas sobre contenidos o la mera aceptación de cookies HTML no deben considerarse contratos de prestación de servicios de contenidos en línea a efectos del presente Reglamento”*. Es decir, no toda aceptación a proporcionar datos o a recibir publicidad equivale a una contraprestación, ni por ende permite entender producido un acuerdo de voluntades.

Esto concuerda con lo previsto en la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, la cual se refiere también a la posibilidad de que estos contratos lleven aparejada una contraprestación no dineraria por parte del consumidor⁴⁵. En virtud de su artículo 3.1, esa Directiva se dice aplicable *“a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio o el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos”*.

Aunque la citada Propuesta no define qué debe entenderse por contraprestaciones no dinerarias, su artículo 3.4 excluye del ámbito de aplicación dos grupos de casos:

- (a) cuando el proveedor solicite del consumidor datos personales cuyo tratamiento sea estrictamente necesario para la ejecución del contrato

⁴⁵ Para un examen detenido de esta problemática, vid. F. M. ROSELLÓ, “Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 303 (enero-marzo 2017); G. SPINDLER, “Contratos de suministros de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *InDret* 3/2016.

o para cumplir requisitos legales, y el proveedor no los someta a otro tratamiento que sea incompatible con este fin; y

(b) cuando el proveedor solicite del consumidor datos con el fin de garantizar que los contenidos digitales son conformes con el contrato o cumplir requisitos legales, y el proveedor no utilice dichos datos con fines comerciales.

El Considerando (14) de esa Propuesta de Directiva contiene mayores precisiones que permiten apreciar la correlación con lo señalado en el inciso final del Considerando (15) del Reglamento de Portabilidad⁴⁶.

2. “SERVICIO DE CONTENIDO EN LÍNEA”, QUE A SU VEZ SEA “PORTABLE”

Los servicios de contenidos en línea se definen como aquellos que, encajando en la definición de servicios plasmada en los artículos 56 y 57 del TFUE, son prestados lícitamente por un prestador a un abonado en el Estado miembro de residencia de éste⁴⁷. Aparte de que el servicio se preste en línea, bajo condiciones acordadas (a lo que ya nos hemos referido) y que sea portable (sobre lo que en seguida volveremos), debe tratarse de un servicio que dé acceso a *contenidos*, por consistir:

(i) bien en un servicio de comunicación audiovisual⁴⁸;

⁴⁶ Dice el Considerando (14) de la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales: “En relación con los contenidos digitales no suministrados a cambio de un precio sino por otra contraprestación diferente al dinero, la presente Directiva debe aplicarse solo a los contratos en los que el proveedor solicita y el consumidor facilita datos de forma activa, como el nombre y la dirección de correo electrónico o fotos, directamente al proveedor, por ejemplo mediante el registro individual o sobre la base de un contrato que permite el acceso a las fotos del consumidor. La presente Directiva no debe aplicarse a las situaciones en las que el proveedor recaba datos necesarios para que los contenidos digitales funcionen de conformidad con el contrato, por ejemplo la localización geográfica cuando sea necesaria para que una aplicación móvil funcione correctamente, o con el único fin de cumplir requisitos legales, por ejemplo cuando el registro del consumidor es necesario por motivos de seguridad e identificación en virtud de la legislación aplicable. La presente Directiva tampoco debe aplicarse a situaciones en las que el proveedor recaba información, incluidos datos personales, tales como la dirección IP u otra información generada automáticamente como información recogida y transmitida por una cookie, sin que el consumidor la facilite activamente, aunque el consumidor acepte la cookie. De igual forma no debe aplicarse a situaciones en las que el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos digitales.”

⁴⁷ El prestador no tiene por qué estar establecido en el Estado miembro de residencia del usuario del servicio. Aunque sí debe estar establecido, como es lógico, en algún Estado miembro.

⁴⁸ En el sentido del artículo 1.a)/i/ de la Directiva 2010/13/UE, de servicios de comunicación audiovisual, el cual define al “servicio de comunicación audiovisual” como “un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio de comunicación y cuya principal finalidad es proporcionar programas, con objeto de informar, entretener o educar al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, tal como las define el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE. Este servicio de comunicación audiovisual es bien una emisión de radiodifusión televisiva según la letra e) del presente apartado, bien un servicio de comunicación audiovisual a petición

- (ii) bien en un servicio caracterizado principalmente por proporcionar el acceso a obras, otras prestaciones protegidas o transmisiones de organismos de radiodifusión, y su utilización, ya sea en forma lineal o a la carta.

En el segundo caso, nótese que se requiere que el acceso a las obras u otras prestaciones protegidas constituya el principal objeto del servicio, lo que excluye la aplicación del RPT a aquellos servicios en los que la utilización de obras, prestaciones o transmisiones de organismos de radiodifusión es puramente auxiliar⁴⁹.

Eso sí, el dato de que se trate de un servicio en línea no prejuzga el carácter interactivo o no del mismo, estando comprendidos tanto los servicios lineales (v. gr. transmisiones de radiodifusión objeto de una comunicación pública tradicional, aunque se canalicen a través de Internet) como los interactivos (los cuales permiten al usuario acceder al contenido que elija desde el lugar y el momento que prefiera).

Por otra parte, resulta necesario que el servicio reúna de por sí la nota de la portabilidad. Ésta viene definida en el número 6) del artículo 2 del RPT como *“la característica de un servicio de contenidos en línea de que los abonados puedan acceder de forma efectiva a los servicios de contenidos en línea, y utilizarlos, en su Estado miembro de residencia sin estar limitados a un lugar concreto”*.

Es decir, el servicio debe ser portable en primer lugar. El Reglamento no está dirigido a lograr que los prestadores de servicios de contenidos en línea tengan que prestar de forma necesaria servicios portables (y a mayor abundamiento a escala transfronteriza)⁵⁰. El objetivo del Reglamento consiste en garantizar que aquellos servicios de contenidos en línea que reúnan la característica de ser portables, puedan ser objeto de portabilidad transfronteriza, permitiendo el disfrute del servicio también cuando el abonado se encuentre temporalmente en un Estado miembro que no sea el de su residencia⁵¹.

según la letra g) del presente apartado”. Esta definición es mantenida en términos prácticamente idénticos en la Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2010/13 [Bruselas, 25.5.2016 COM(2016) 287 final], la cual —eso sí— define también el nuevo concepto de “servicio de plataforma de distribución de vídeos”.

⁴⁹ Vid. Considerando (16). El Reglamento dice que entre este tipo de servicios figurarían los sitios web que utilizan obras u otras prestaciones protegidas de manera puramente auxiliar, como elementos gráficos o música de fondo, en tanto que su finalidad principal es, por ejemplo, la venta de mercancías.

⁵⁰ Como se dice en el Considerando (17), *“no procede exigir a los prestadores de servicios de contenidos en línea que no ofrecen servicios de contenidos en línea portables en el Estado miembro de residencia de un abonado que lo hagan con carácter transfronterizo”*.

⁵¹ Interesa notar que, de acuerdo con la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, la portabilidad no es una característica cuya ausencia pueda determinar una “falta de conformidad” de los contenidos objeto de suministro. Esta materia se recoge en el artículo 6 de la Propuesta, en virtud del cual la conformidad del contenido

Es habitual que los servicios de comunicación audiovisual, que suelen estar vinculados a la prestación de un servicio de acceso a la red de telecomunicaciones, no comporten la característica de ser portables. Es decir, el abonado sólo puede disfrutar de ellos —o de la totalidad del servicio— a través de equipos y aparatos que se conecten a la red desde su residencia habitual, siendo necesario contratar un segundo abono si desea disfrutar del servicio, por ejemplo, en una segunda residencia. Esta clase de servicios no portables no están sujetos a la obligación de asegurar la portabilidad *transfronteriza*.

3. EL ESTADO MIEMBRO DE RESIDENCIA Y LA PRESENCIA TEMPORAL DEL ABONADO EN OTRO ESTADO MIEMBRO

Por lo que se refiere al “Estado miembro de residencia”, se considera por tal el Estado miembro, determinado sobre la base del artículo 5 del RPT, en el que el abonado tenga su residencia efectiva y estable.

En cuanto al hecho de “encontrarse temporalmente en un Estado miembro”, dice el RPT que consiste en la presencia de un abonado durante un período de tiempo limitado en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia. La obligación de asegurar la portabilidad *transfronteriza*, por lo tanto, no cubre las situaciones en que el abonado cambia su residencia a otro Estado miembro de manera estable o permanente.

El periodo de tiempo durante el cual el usuario se traslade a un Estado miembro distinto del de su residencia debe ser “limitado”, pero el Reglamento no ofrece demasiadas precisiones sobre esa limitación temporal. El Considerando (1) pone como ejemplo situaciones en las que el usuario se halle temporalmente en otro Estado miembro “por motivos de ocio, viajes, viajes de negocio o estudios”. Sin embargo, estos motivos son a su vez heterogéneos, ya que así como un viaje de ocio no suele significar la estancia en un Estado miembro distinto del de residencia por espacio superior a un mes, los viajes de trabajo o los de estudios se pueden prolongar durante varios meses⁵².

Sea como fuere, se trata de evitar que puedan surgir Estados miembros *de conveniencia*, a los que los usuarios viajen momentáneamente para contratar servicios de contenidos en línea, para después, merced a la portabilidad *transfronteriza*, poder disfrutarlos de manera estable desde su Estado de residencia.

se hace depender de que sea apto para los fines a los que ordinariamente se destinen contenidos digitales del mismo tipo, incluida su funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como la accesibilidad, la continuidad y la seguridad.

⁵² Quizás una forma de interpretar la limitación temporal del traslado sea ponerla en relación con el número de días al año que pueden provocar, con arreglo a la legislación del Estado miembro concernido, que el usuario haya pasado a establecer su residencia habitual en un Estado miembro diferente de aquél en el que contrató el servicio, por ejemplo a efectos fiscales.

De ahí que, como luego veremos, el Reglamento confiera a los prestadores mecanismos para verificar el Estado miembro de residencia del abonado.

Por lo demás, la portabilidad no se agota por efecto de haber consumido ya una estancia temporal en un Estado miembro distinto del de residencia: el usuario puede encontrarse en diversos Estados miembros distintos del de su residencia a lo largo de un periodo de referencia determinado, sin que ello deba influir en la garantía de la portabilidad transfronteriza. Ídem si el usuario se encuentra con frecuencia en otro Estado miembro distinto del de su lugar de residencia (imaginemos un ciudadano comunitario que reside en un área fronteriza entre dos Estados miembros, trabajando en el país que no coincide con el de su residencia)⁵³.

IV. LA OBLIGACIÓN DE HACER POSIBLE LA PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA

De conformidad con el artículo 3.1 del RPT, los prestadores de servicios de contenidos en línea prestados a cambio de un pago en dinero deben posibilitar que sus abonados puedan seguir utilizando el servicio del mismo modo que en su Estado miembro de residencia, cuando se encuentren temporalmente en un Estado miembro distinto del de su residencia. Se trata, como luego veremos, de un deber que se impone de forma imperativa y que, por tanto, no puede excluirse mediante una disposición contractual en contrario (art. 7.1 RPT).

De acuerdo con el Considerando (18), el derecho a utilizar un servicio de contenidos en línea debe considerarse adquirido *a cambio de un pago en dinero*, tanto si el pago se realiza directamente al prestador del servicio de contenidos en línea, como a un tercero, como sería el caso de un prestador que ofreciera un paquete que combina un servicio de comunicaciones electrónicas y un servicio de contenidos en línea explotado por otro prestador. En cambio, a efectos del Reglamento, el pago de una tasa obligatoria para los servicios públicos de radiodifusión —que existe en algunos países— no debe considerarse un pago en dinero por un servicio de contenidos en línea.

La posibilidad de seguir utilizando el servicio en portabilidad transfronteriza comporta que el servicio recibido no se vea alterado en sus rasgos característicos, esto es, el abonado debe poder acceder al servicio en línea y seguir

⁵³ Es decir, la portabilidad transfronteriza no está sujeta a límites de frecuencia, ni por lo que se refiere a la posibilidad de que la presencia en otro concreto Estado miembro distinto del de residencia se produzca de forma reiterada a lo largo del tiempo, ni por lo que se refiere a la posibilidad de que el abonado realice múltiples estancias temporales en diferentes Estados miembros. En ambos casos, el único requisito será que esas presencias —reiteradas o múltiples— lo sean en todos los casos “por un tiempo limitado”.

utilizándolo del mismo modo que en su Estado miembro de residencia, lo que se traduce en que debe proporcionársele acceso a los mismos contenidos, en el mismo tipo y número de dispositivos, para el mismo número de usuarios y con la misma gama de funcionalidades (v. gr. posibilidad de grabación remota de contenidos, o función de “ver desde el inicio”).

Puesto que se quiere que la obligación de proporcionar la portabilidad transfronteriza del servicio sea vinculante, una hipotética actuación del prestador dirigida a restringir las funcionalidades del servicio, o la calidad de su prestación, debe ser considerada una forma de eludir la obligación de proporcionar la portabilidad transfronteriza y, por ende, contraria al Reglamento (cfr. Considerando [21]).

Es esencial retener que, conforme al artículo 3.2 del RPT, el prestador no podrá aplicar costes o recargos adicionales al abonado por acceder al servicio de contenidos en línea y utilizarlo en el modo de portabilidad transfronteriza. Ello no excluye que, para poder acceder a los servicios de contenidos en línea y utilizarlos en un Estado miembro distinto del de su residencia, el abonado pueda estar sujeto al pago de tarifas a los operadores de las redes de comunicaciones electrónicas empleadas para acceder a dichos servicios, tal y como recuerda el Considerando (19), pues esos pagos no lo serían por acceder al servicio de contenidos como tal, sino para disfrutar del propio servicio de red, proporcionado por otro prestador, necesario para acceder al servicio de contenidos en línea.

En mi opinión, la prohibición de aplicar recargos a aquellos abonados que hagan uso del servicio en modo de portabilidad transfronteriza tendrá como efecto que los costes derivados de la garantía de dicha clase de portabilidad deban ser interiorizados por los prestadores de los servicios, lo que en último extremo significa que esos costes serán implícitamente derramados sobre el universo de abonados, elevando el coste general del servicio. Ello a su vez implica que los abonados que no utilicen el servicio en modo de portabilidad transfronteriza estarán subvencionando, en términos económicos, a los abonados que sí hagan uso del servicio en esa modalidad.

La garantía de prestación del mismo servicio no alcanza en igual medida, sin embargo, a los aspectos cualitativos, por más que el Considerando (21) parezca situar en pie de igualdad las restricciones a las funcionalidades del servicio y las restricciones de la calidad de la prestación. El artículo 3.3 del RPT señala que la obligación de garantía de continuidad en el disfrute del servicio no alcanza a los requisitos de calidad aplicables a la prestación del servicio a que esté sujeto el prestador cuando preste tal servicio en el Estado miembro de residencia, salvo que el prestador y el abonado lo hayan acordado expresamente de otro modo.

El Reglamento explica —Cfr. Considerando (22)— que exigir que el servicio prestado en modo de portabilidad transfronteriza sea de la misma calidad

que el servicio prestado en el Estado miembro de residencia del abonado, podría dar lugar a gastos elevados para los prestadores de servicios de contenidos en línea, e indirectamente para los propios abonados. En este punto, por tanto, el legislador comunitario sí ha sido sensible al hecho de que la garantía de prestar el servicio con un determinado estándar de calidad podría repercutir en un encarecimiento notable del servicio para el prestador, y por añadidura para los abonados, siendo así que al no poderse cobrar un recargo lineal por la prestación del servicio en portabilidad transfronteriza, el encarecimiento acabaría siendo repercutido genéricamente a todo el universo de abonados.

En línea con este razonamiento, si bien el Reglamento no exige que el prestador deba garantizar el mantenimiento de la calidad del servicio, sí admite que el prestador haya podido asumir expresamente una determinada calidad en el servicio a los abonados que se encuentren temporalmente en otro Estado miembro, en cuyo caso quedará obligado a prestar ese estándar. En este supuesto, la garantía de mantenimiento de la calidad del servicio conllevará un mayor coste que sí podrá traducirse en el cobro de un recargo adicional al usuario, dado que éste habrá asumido convencionalmente que el prestador del servicio le ofrezca un nivel de calidad a cuya garantía no está obligado con base en el Reglamento.

El Reglamento regula dos cuestiones más en relación con el mantenimiento de la calidad del servicio prestado en portabilidad transfronteriza. De un lado, se prohíbe que el prestador emprenda acciones positivas encaminadas a disminuir la calidad de la prestación del servicio de contenidos en línea al prestar dicho servicio en modo de portabilidad transfronteriza (art. 3.3.II RPT).

De otro, y sobre la base de la información que obre en su poder⁵⁴, el prestador deberá proporcionar al abonado información sobre la calidad de la prestación del servicio de contenidos en línea prestado en modo de portabilidad transfronteriza, en particular en lo relativo a las variaciones que puede experimentar la calidad de la prestación con respecto a la calidad aplicable en el Estado miembro de residencia del abonado (cfr. art 3.4 y Considerando [22] del RPT). Esa información debe proporcionarse al abonado antes de prestar el servicio de contenidos en línea en modo de portabilidad transfronteriza, por medios que resulten adecuados y proporcionados. A tal efecto, el Reglamento considera aceptable que la información pertinente se facilite al abonado a través del sitio web del prestador (cfr. Considerando [22]).

⁵⁴ No se obliga al prestador a buscar activamente información sobre la calidad de la prestación del servicio en Estados miembros que no sean el de residencia del abonado (cfr. Considerando [22]).

V. LA PORTABILIDAD TRANSFRONTERIZA EN LOS SERVICIOS DE CONTENIDOS EN LÍNEA PRESTADOS SIN QUE MEDIE UN PAGO EN DINERO

En el caso de los servicios de contenidos en línea prestados sin que medie un pago en dinero, sus prestadores tienen la opción de ser incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento para el caso, naturalmente, de que ofrezcan sus servicios en modo de portabilidad transfronteriza. Ello sucederá siempre que cumplan los requisitos previstos sobre comprobación del Estado miembro de residencia de sus abonados (art. 6.1 del RPT).

El legislador comunitario es consciente de que quienes prestan servicios de contenidos en línea sin mediar un pago en dinero no comprueban por lo general el Estado miembro de residencia de sus abonados. Debido a ello, incluirles sin más en el ámbito de aplicación del Reglamento podría implicar un coste desproporcionado y alterar de forma sustancial la manera de prestar esos servicios. Sin embargo, no parece apropiado excluir del ámbito de aplicación del Reglamento a aquellos servicios de contenidos en línea que sí invierten en medios que permiten comprobar el Estado de residencia de sus abonados, y a quienes puede interesar acogerse al mecanismo jurídico previsto en el Reglamento, merced al cual estos prestadores pueden ofrecer la portabilidad transfronteriza de sus servicios aun cuando las condiciones derivadas de sus licencias con los titulares de derechos de propiedad intelectual pudieran a priori impedirselo.

El resultado es la opción a la que he hecho referencia, de manera que estos prestadores podrán beneficiarse del régimen previsto en el Reglamento, siempre y cuando lleven a cabo una comprobación del Estado miembro de residencia del abonado de acuerdo con lo que el Reglamento dispone. Toda vez que se decanten por esta opción, estos prestadores estarán sujetos a las mismas obligaciones que, en virtud del Reglamento, se imponen a los prestadores de servicios de contenidos en línea prestados a cambio de un pago en dinero.

El prestador de servicios de contenidos en línea prestados sin que medie un pago en dinero que desee prestar el servicio de contenidos en línea en modo de portabilidad transfronteriza, deberá informar de ello a sus abonados, a los correspondientes titulares de derechos de autor y de derechos afines, y a los titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de los servicios, antes de prestarlo. Esa información se proporcionará por medios que sean adecuados y proporcionados, debiendo entenderse, de acuerdo con lo señalado en el Considerando (20) del Reglamento que uno de tales medios es facilitar dicha información en el sitio web del propio prestador.

VI. DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE LA PRESTACIÓN, ACCESO Y USO

Una de las piezas clave del mecanismo diseñado por el Reglamento es la previsión contenida en su artículo 4, de conformidad con la cual la prestación de un servicio de contenidos en línea en modo de portabilidad transfronteriza, es decir, a un abonado que se encuentre temporalmente en un Estado miembro distinto del de su residencia, así como el acceso al servicio y su uso por parte de dicho abonado, se considerarán producidos únicamente en el Estado miembro de residencia del abonado y no en el Estado miembro donde éste se encuentre temporalmente desplazado.

Se trata de una ficción legal, gracias a la cual los actos relevantes de explotación de los contenidos (reproducción, comunicación al público y/o puesta a disposición del público de los contenidos efectuadas por el prestador, así como la eventual reproducción de los contenidos efectuada por el usuario del servicio) se localizan siempre en el Estado miembro de residencia del abonado, aunque *de facto* se hayan verificado en un Estado miembro distinto [Cfr. Considerando (24)].

Con esta ficción legal se busca garantizar que los prestadores de servicios de contenidos en línea a los que se aplique el Reglamento puedan cumplir la obligación de proporcionar la portabilidad transfronteriza de sus servicios, sin necesidad de que tengan adquiridos los derechos correspondientes para poder prestar su servicio en los Estados miembros a los que sus abonados se desplacen temporalmente.

Merced a este mecanismo, un prestador de servicios de contenidos en línea que preste su servicio a abonados del Estado miembro “A”, y que en consecuencia sólo tenga adquiridos los derechos de propiedad intelectual para prestar su servicio de contenidos en el Estado miembro “A”, no tendrá que preocuparse de que, como consecuencia del deber de asegurar la portabilidad transfronteriza de su servicio que le impone el Reglamento, no tenga licencia para la prestación del servicio en los Estados miembros “B”, “C” ó “D”, a los que eventualmente se desplacen temporalmente sus abonados.

No se trata de que el Reglamento haya dispuesto una suerte de licencia legal obligatoria a favor de los prestadores de servicios de contenido en línea, en virtud de la cual éstos puedan prestar lícitamente su servicio en cualquier Estado miembro, distinto del de residencia de sus abonados, al que éstos se desplacen temporalmente. La ficción a que nos hemos referido hace innecesario disponer de ningún tipo de licencia, voluntaria o legal, para poder ofrecer el servicio en modo de portabilidad transfronteriza, por la sencilla razón de que los actos de explotación relevantes, derivados de la prestación del servicio en ese régimen, se van a entender en todo caso realizados en el Estado miembro donde tenga

su residencia el abonado. Por consiguiente, bastará con que el prestador en cuestión disponga de las licencias oportunas para prestar lícitamente el servicio en el Estado miembro de residencia de sus abonados⁵⁵.

Este tipo de ficciones legales relativas a la concentración de efectos jurídicos en un solo país de explotaciones que, sin embargo, acontecen o se proyectan sobre el territorio de más de un Estado miembro, no son ajenas a la legislación comunitaria en materia de derechos de autor y derechos afines a los de autor. La Directiva Satélite y Cable ya dispuso que la comunicación al público vía satélite se produce únicamente en el Estado miembro en que, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programa se introduzcan en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra (vid. su artículo 1.2.b)⁵⁶.

Si se considerase que el acto de explotación se produce no sólo en el país de origen de la señal, sino también en todos aquellos a los que alcance la huella del satélite, ello provocaría la aplicación acumulativa de varias normas nacionales a un único acto de emisión, obligando a contar con los permisos necesarios en cada uno de esos países y ajustándose la remuneración a pagar en función del número y dimensiones de cada país de recepción⁵⁷.

Ahora bien, en el esquema de la Directiva Satélite y Cable está claro que la ficción jurídica busca facilitar y centralizar la obtención de las licencias, pero dicha ficción no se lleva más allá, de modo que si bien el derecho de exclusiva

⁵⁵ Como se señala en el Considerando (24) del RPT: *“debe considerarse, por lo tanto, que los prestadores de servicios de contenidos en línea a los que se aplica el presente Reglamento realizan tales actos al amparo de las respectivas licencias de los titulares de derechos afectados aplicables en el Estado miembro de residencia del abonado. (...) La prestación de un servicio de contenidos en línea por prestadores a abonados que se encuentran temporalmente en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia y el uso del servicio por tales abonados de conformidad con el presente Reglamento no deben constituir una infracción de los derechos de autor o derechos afines, ni de ningún otro derecho relativo a la prestación de servicios de contenidos en línea, al acceso a estos y a su utilización”*.

⁵⁶ Otro tanto se prevé hacer en la Propuesta de Reglamento Satélite y Cable II, que —como ya he dicho— se encuentra igualmente inspirada en el principio del «país de origen». Por el contrario, se aleja de esa construcción la Directiva 2014/26 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines, la cual introduce un sistema de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en servicios de música en línea dentro del mercado interior. La idea de que resulte necesario obtener una licencia para todos los territorios a los que abarque la explotación pone de manifiesto que el legislador UE, manteniéndose fiel al principio de territorialidad de los derechos de propiedad intelectual, no ha querido jugar con la ficción de considerar que la explotación se localiza en el Estado miembro donde el prestador del servicio se encuentre establecido, o donde se inyecta el contenido en la red, al modo de la Directiva Satélite y Cable.

⁵⁷ Ésa era la fórmula preconizada por la llamada “teoría Bogisch” o “de la recepción”, que el legislador comunitario rechazó. Una exposición en detalle de la “teoría Bogisch” puede verse en M. A. MICHINEL ÁLVAREZ, *La radiodifusión vía satélite en la regulación española de derecho de autor internacional*, Comares, 1998, pp. 72-75.

no puede hacerse valer en todos los Estados miembros a los que alcance la huella del satélite, ello no significa que el tamaño de esa huella no sea relevante a los efectos de calcular la remuneración debida a los titulares⁵⁸.

En el caso del RPT, la ficción para favorecer la portabilidad transfronteriza deberá repercutir, antes o después, en los precios que los titulares de derechos de propiedad intelectual exijan a los prestadores de servicios en línea: puesto que, lo quieran o no ambas partes, los servicios de contenidos en línea van a tener que prestarse con la flexibilidad suficiente como para que los abonados puedan seguir disfrutando del servicio aunque se hallen temporalmente desplazados en un Estado miembro distinto del de su residencia, los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos reclamarán el pago de una retribución que refleje el potencial alcance de esa mayor flexibilidad del servicio⁵⁹.

Sin embargo, como sabemos, los prestadores de servicios no pueden hacer recargos lineales a sus usuarios por el hecho de permitirles la portabilidad transfronteriza, ya que el Reglamento lo impide. Ello desembocará, como advertía *supra*, en que los servicios de contenidos en línea serán en general algo más caros para todos sus usuarios, puesto que los prestadores tenderán a repercutir el mayor coste de licenciamiento entre todo el espectro de abonados, al margen de que éstos estén más o menos interesados —y por añadidura más o menos dispuestos a pagar por ello— en que el servicio disponga de la funcionalidad consistente en la portabilidad transfronteriza.

El mecanismo por el que se considera que la prestación de un servicio de contenidos en línea, y los actos de utilización por sus abonados, se producen en el Estado miembro de residencia de dichos abonados, no impide que el prestador cuente con licencia para prestar su servicio también en alguno de los Estados miembros a los que los abonados residentes en otro Estado miembro se desplacen temporalmente. En este caso, al que alude el Considerando (23) del Reglamento, es posible que el prestador ofrezca al abonado que acceda a contenidos ofrecidos lícitamente por el primero en el Estado miembro donde el segundo se encuentre temporalmente, mejorando por tanto el alcance del servicio prestado en régimen de portabilidad transfronteriza.

⁵⁸ Así, el Considerando (17) de la Directiva Satélite y Cable establece: “con ocasión de la adquisición de los derechos y a efectos de pactar la remuneración pertinente, las partes deberán tener en cuenta todos los elementos que caracterizan la emisión, tales como la audiencia real, la audiencia potencial y la versión lingüística”.

⁵⁹ Parto del entendimiento de que un servicio que incluye la facultad de ser portado transfronterizamente resulta de mayor valor para quien lo presta, puesto que también proporcionará una mayor utilidad a sus abonados y, por ende, el prestador estará dispuesto a pagar un precio más alto por los contenidos que necesita para prestar tal clase de servicios.

VII. DISPOSICIONES CONTRACTUALES Y APLICACIÓN A CONTRATOS EXISTENTES

Para asegurar el funcionamiento del engranaje construido en torno a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea, hace falta que dicha portabilidad no pueda ser impedida o limitada por disposiciones contractuales acordadas entre las partes, ya sea en los contratos celebrados entre los prestadores de los servicios y sus abonados, o entre los prestadores de los servicios y los titulares de derechos. La garantía de portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea es, por tanto, un elemento que tanto unos como otros contratos han de asumir como contenido imperativo, no susceptible de ser desplazado por un pacto en contrario.

De conformidad con el artículo 7.1 del RPT, *“será inaplicable toda disposición contractual, incluidas las celebradas entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos de autor o derechos afines, o los titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de servicios de contenidos en línea, así como las celebradas entre dichos prestadores y sus abonados, que sea contraria al presente Reglamento, incluidas aquellas que prohíban dicha portabilidad o la limiten a un determinado periodo de tiempo”*.

Existe por tanto una doble garantía: una que atiende más inmediatamente a la relación entre el prestador del servicio y su abonado, y otra que se ventila en el nivel de la relación trabada entre el prestador del servicio y sus proveedores, titulares de derechos de propiedad intelectual y otros derechos análogos sobre los contenidos en línea. Y ello porque, aunque el prestador quisiera atender a la obligación de garantizar a sus abonados la portabilidad transfronteriza del servicio, ello le podría colocar en situación de incumplir el contrato de licencia que tuviera suscrito con los titulares de derechos sobre esos contenidos⁶⁰.

En efecto, como el Reglamento constata (Considerando [10]), uno de los obstáculos a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos puede radicar en las cláusulas de restricción territorial incluidas en los contratos celebrados entre los prestadores de dichos servicios y los titulares de derechos. Dichas cláusulas tratan de asegurar a estos titulares la obtención del máximo provecho de sus derechos, impidiendo que el prestador autorizado en el territorio de un Estado miembro pueda competir con el prestador autorizado en otro Estado miembro.

⁶⁰ Como recuerda el Considerando (9) del RPT, *“la transmisión por los prestadores de servicios de contenidos en línea de contenidos protegidos por derechos de autor o derechos afines requiere la autorización de los correspondientes titulares de derechos, como autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores u organismos de radiodifusión, respecto de los contenidos incluidos en la transmisión. Lo mismo ocurre cuando dicha transmisión se realice para permitir al consumidor efectuar una descarga con el fin de utilizar un servicio de contenidos en línea”*.

A este respecto, como he dejado apuntado *supra*, el Considerando (11) dice que se debe tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al ponderar el objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual y las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Se está refiriendo, aunque sin mencionarla, a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011, dictada en los asuntos acumulados C-403/08 (*Football Association Premier League Ltd y otros*), y C-429/08 (*Karen Murphy y Media Protection Services Ltd*), y conforme a la cual determinadas restricciones a la prestación de servicios no pueden justificarse a la luz del objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual. En el caso se trataba de la comercialización y utilización en un Estado miembro de decodificadores que daban acceso a los servicios de un organismo de radiodifusión vía satélite establecido en otro Estado miembro. Estos decodificadores se fabricaban y se comercializaban con la autorización de dicho organismo, pero se utilizaban —sin tener en cuenta la voluntad de este último— fuera de la zona geográfica para la que habían sido entregados.

La doctrina de la Sentencia *Premier League* en este aspecto puede resumirse en tres puntos⁶¹:

- Cabe admitir excepciones al principio de la libre circulación si están justificadas por la salvaguardia de derechos de propiedad intelectual, pero la protección de estos derechos no garantiza a los titulares reclamar la máxima remuneración posible, sino una remuneración *adecuada*, que en materia de radiodifusión televisiva deberá estar en relación con la audiencia real, la audiencia potencial y la versión lingüística.
- El suplemento pagado por dar la exclusiva territorial a los diferentes organismos de radiodifusión no forma parte de la remuneración adecuada que debe asegurarse a los titulares de derechos afectados, pues tal suplemento redundaría en una compartimentación nacional de mercados y provoca diferencias de precio artificiales, incompatibles ambos con la realización del mercado interior.
- Cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual acuerden la emisión vía satélite de sus contenidos tienen la oportunidad de reclamar un importe que tenga en cuenta la audiencia efectiva y la audiencia potencial, tanto en

⁶¹ La Sentencia *Premier League* contiene una doctrina extensa que alcanza a otras varias materias de gran interés, las cuales sin embargo exceden del ámbito de este trabajo. Para un análisis y comentario detallado de la misma, véase N. MORALES IMBERNÓN, en *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual. Análisis y comentarios*, Instituto Autor, Madrid, 2017, pp. 329-350.

el Estado miembro de emisión como en cualquier otro Estado miembro en el que se vayan a recibir las emisiones.

Pues bien, para evitar que ese tipo de cláusulas de restricción territorial pueda dar lugar a un hipotético incumplimiento del que deban responder los prestadores de servicios de contenidos en línea, a los que se obliga a garantizar a sus abonados la portabilidad transfronteriza del servicio, el artículo 7.1 del RPT determina la inaplicabilidad de cualquier cláusula contractual que pudiera traducirse en un impedimento o limitación de la portabilidad transfronteriza.

Esto quiere decir que los prestadores de servicios de contenidos en línea que garanticen la portabilidad transfronteriza a sus abonados no tendrán que responder por el incumplimiento de aquellas disposiciones, pactadas en sus contratos de licencia con los titulares de derechos, que resulten contrarias a la obligación de hacer posible que sus abonados utilicen tales servicios en régimen de portabilidad transfronteriza.

Para asegurar que ninguna consideración de orden contractual pueda dar al traste con la finalidad perseguida, el legislador comunitario ha previsto que el Reglamento se aplique con independencia de la normativa que resulte aplicable a los contratos celebrados entre prestadores de servicios de contenidos en línea y titulares de derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos de los servicios. De otra forma, podría eludirse la aplicación del Reglamento eligiendo la ley de un tercer país como Derecho aplicable a dichos contratos. Otro tanto se dispone para los celebrados entre los prestadores de los servicios y sus abonados (vid. art. 7.2 y Considerando [25]).

El Reglamento contiene también previsiones de régimen transitorio, puesto que muchos de los contratos a los que venimos refiriéndonos serán contratos ya existentes y en vigor para el momento en que las disposiciones del Reglamento deban aplicarse, a saber, el 20 de marzo de 2018.

El legislador comunitario, consciente de que los contratos de concesión de licencias de contenidos suelen celebrarse para periodos relativamente largos, y a fin de garantizar que todos los consumidores residentes en la Unión puedan disfrutar de la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en igualdad de condiciones temporales y sin dilaciones indebidas, ha determinado que el Reglamento se aplique también a los contratos celebrados y a los derechos adquiridos antes de su fecha de aplicación, en tanto se refieran a contenidos objeto de un servicio cuya portabilidad transfronteriza deba garantizarse después de esa fecha.

Esta aplicación retroactiva se producirá, por tanto, sin necesidad de que los titulares de derechos tengan que renegociar sus contratos vigentes de concesión de licencias para permitir que los prestadores ofrezcan la portabilidad transfronteriza de sus servicios. Lo cual no quiere decir que esos contratos no puedan ser rene-

gociados, precisamente para ponerlos en sintonía con el hecho de que, aunque las partes no lo hayan estipulado de ese modo, el prestador del servicio estará habilitado para dar servicio a sus abonados en régimen de portabilidad transfronteriza.

Dando por descontado que esa adaptación o renegociación será buscada por los titulares de derechos, el Considerando (32) del Reglamento señala la procedencia de establecer un plazo razonable entre la fecha de entrada en vigor del Reglamento (a los veinte días de su publicación en el DOUE, es decir, el 20 de julio de 2017) y su fecha de aplicación (el 20 de marzo de 2018), un plazo de ocho meses durante el cual los titulares de derechos y los prestadores de servicios de contenidos en línea podrán disponer lo necesario para adaptarse a la nueva situación.

Ese margen podrá también ser aprovechado por los prestadores de los servicios de contenidos en línea para modificar las condiciones de uso de sus servicios. Al hilo de esto, el Considerando (32) del RPT señala que las modificaciones de las condiciones de uso de servicios de contenidos en línea ofrecidos en paquetes que combinan un servicio de comunicaciones electrónicas y un servicio de contenidos en línea, efectuadas exclusivamente para cumplir los requisitos del Reglamento, no deben dar lugar a ningún derecho para los abonados, derivado de la legislación nacional de transposición del marco regulador de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a retirarse de contratos de prestación de tales servicios de comunicaciones electrónicas.

VIII. COMPROBACIÓN DEL ESTADO MIEMBRO DE RESIDENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Puesto que el Reglamento se dirige a lograr que los usuarios de servicios de contenidos en línea a los que se han abonado en su Estado miembro de residencia, puedan disfrutarlos cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro, resulta esencial, para empezar, que el abonado resida en un Estado miembro, pues de otro modo no hay por qué garantizarle la portabilidad transfronteriza del servicio.

De ahí que el Reglamento contemple no ya la posibilidad, sino la obligación de que los prestadores de servicios de contenidos en línea comprueben el Estado miembro de residencia de sus abonados, a través de medios razonables, proporcionados y eficaces. Deberán llevar a cabo esa comprobación los prestadores que celebren o renueven un contrato de prestación de un servicio de contenidos en línea a cambio de un pago en dinero. A tal fin, el prestador tendrá derecho a solicitar al abonado que le proporcione la información necesaria para determinar su Estado miembro de residencia⁶².

⁶² No obstante, de acuerdo con el Considerando (27) del RPT, a fin de comprobar el Estado miembro de residencia del abonado, el prestador de un servicio de contenidos en línea debe recurrir,

No obstante, la información facilitada por el propio abonado no es la única fuente a la que puede acudir el prestador. El Reglamento contiene un listado con hasta diez diferentes posibles medios de comprobación de la residencia del abonado, de los cuales los prestadores del servicio sólo podrán emplear un máximo de dos, a saber⁶³:

- a) un documento de identidad, un medio de identificación electrónica⁶⁴, o cualquier otro documento de identidad válido en el Estado miembro de residencia del abonado;
- b) datos de pago, como el número de la cuenta bancaria o de una tarjeta de crédito o débito del abonado;
- c) el lugar de instalación de un adaptador multimedia, un decodificador o un dispositivo similar utilizado para el suministro de los servicios al abonado;
- d) el pago por parte del abonado de una tasa por otros servicios prestados en el Estado miembro, como el servicio público de radiodifusión;
- e) un contrato de suministro de un servicio de internet o de telefonía o cualquier otro tipo de contrato similar que vincule el abonado al Estado miembro;
- f) la inscripción en el censo electoral municipal, si la información en cuestión está a disposición del público;
- g) el pago de impuestos municipales, si la información en cuestión está a disposición del público;
- h) una factura de algún servicio público del abonado que lo vincule al Estado miembro;
- i) el domicilio de facturación o la dirección postal del abonado;
- j) una declaración del abonado en la que confirme que su dirección está en el Estado miembro;

cuando sea posible, a información que obre en su poder, como la información de facturación.

⁶³ Dice el Considerando (26) del Reglamento que el objetivo de la lista es proporcionar seguridad jurídica sobre los medios de comprobación que deben usar los prestadores, así como evitar las interferencias en la intimidad de los abonados. En cada caso debe tenerse en cuenta la eficacia y la proporcionalidad de un medio de comprobación concreto en un determinado Estado miembro para un determinado tipo de servicio de contenidos en línea, de modo que los prestadores podrán recurrir a dos medios de comprobación sólo si en el Estado miembro de residencia del abonado no pudiera comprobarse con suficiente certeza sobre la base de un único medio de comprobación.

⁶⁴ En especial los incluidos en los sistemas de identificación electrónica notificados conforme al Reglamento (UE) n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

- k) una comprobación de la dirección del protocolo de internet (IP) para determinar el Estado miembro desde el que el abonado accede al servicio de contenidos en línea⁶⁵.

La combinación de pares de medios de comprobación no es enteramente libre para el prestador. Así, los medios de comprobación contemplados en las letras i) a k) solo se podrán emplear en combinación con uno de los medios de comprobación incluidos en las letras a) a h), salvo que la dirección postal indicada en la letra i) figure en un registro oficial a disposición del público.

Aunque la comprobación debe en principio realizarse al celebrar o renovar el contrato de prestación de servicios, el Reglamento admite que si el prestador tiene dudas razonables acerca del Estado miembro de residencia del abonado durante la vigencia del contrato, podrá comprobarlo de nuevo⁶⁶. Se trata de una previsión que hay que ligar al hecho de que el prestador no tiene modo de conocer si los desplazamientos que el usuario va realizando a través de distintos Estados miembros son o no de carácter temporal.

De conformidad con el artículo 5.3 del Reglamento, si el abonado no proporciona la información necesaria para determinar su Estado miembro de residencia y, como consecuencia, el prestador no puede comprobar cuál es ese Estado, el prestador no hará posible que el abonado acceda al servicio de contenidos en línea o que lo utilice cuando se encuentre temporalmente en un Estado miembro.

Esta disposición parecería poner en manos del usuario la capacidad última de decidir si aprecia más la posibilidad de disfrutar de su servicio de contenidos en línea en modo de portabilidad transfronteriza, o por el contrario valora por encima de ello omitir facilitar al prestador los datos que le permitan comprobar su Estado de residencia.

Sin embargo, el prestador deberá en cualquier caso inferir por sus propios medios cuál es el Estado miembro de residencia del abonado, a fin de esta-

⁶⁵ Las comprobaciones de direcciones IP deben llevarse a cabo de conformidad con las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE. Asimismo, habida cuenta de que, a efectos de la comprobación del Estado miembro de residencia del abonado, lo que importa no es el lugar concreto en que este se encuentre, sino más bien el Estado miembro en el que el abonado accede al servicio, no deben recogerse ni tratarse con ese fin datos sobre la localización concreta ni cualquier otro dato personal del abonado.

⁶⁶ En cuyo caso sin embargo, sólo podrá utilizar como medio de comprobación el contemplado en la letra k), es decir, la dirección del protocolo de internet (IP). Cuando el prestador tenga dudas razonables sobre el Estado miembro de residencia de un abonado y realice una comprobación de la dirección IP, el único objetivo ha de ser determinar si un abonado accede al servicio de contenidos en línea o lo utiliza dentro o fuera de su Estado miembro de residencia. Por consiguiente, los datos resultantes de las comprobaciones de direcciones IP deben recogerse únicamente en formato binario y de conformidad con las normas sobre protección de datos aplicables, sin ir más allá de ese nivel de detalle.

blecer dónde el usuario ha de poder acceder y utilizar el servicio en plenitud y excluir la portabilidad hacia Estados miembros distintos de éste. Si la inferencia del prestador no fuera la correcta, el usuario podría ver bloqueado su acceso y disfrute al servicio desde su propio país de residencia, y por tanto éste tendría todos los incentivos para comunicarse con aquél y clarificar cuál es su Estado miembro de residencia, desde el que desea disfrutar del servicio en toda su plenitud.

El Reglamento admite que los titulares de derechos de autor o de derechos afines, así como los titulares de cualquier otro derecho sobre los contenidos del servicio, autoricen que el contenido se proporcione, se acceda a él y se utilice sin la comprobación del Estado miembro de residencia⁶⁷. Es decir, tales titulares pueden aceptar que el prestador ofrezca el servicio con portabilidad transfronteriza a través de todo el territorio de la UE sin necesidad de comprobar el lugar de residencia del abonado⁶⁸.

Cuestión diferente es que, a pesar de que tenga lugar esa dispensa, no dejará de ser necesario que se determine un Estado miembro como de residencia del abonado, aunque esa determinación sea más o menos convencional, ya que ha de haber un Estado en el que el prestador se obligue a prestar el servicio con las máximas funcionalidades en cuanto a cantidad y calidad. Por eso, en caso de que los titulares de derechos de propiedad intelectual o de otros contenidos hayan autorizado al prestador en el sentido apuntado, el Reglamento prevé que sea el contrato entre el prestador y el abonado para la prestación de un servicio de contenidos en línea el que sirva para determinar el Estado miembro de residencia del abonado (art. 5.4 del RPT).

Como es lógico, todo tratamiento de datos personales que se efectúe en el marco del Reglamento, en particular a los fines de comprobar el Estado miembro de residencia del abonado, se llevará a cabo de conformidad con las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE, y deberá limitarse a lo que sea necesario y proporcionado para alcanzar su objetivo (art. 8.1 del RPT)⁶⁹.

⁶⁷ Los titulares de derechos de autor o de derechos afines, así como los titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de un servicio de contenidos en línea, podrán retirar la autorización concedida previo aviso razonable al prestador, sin que el contrato que éste haya celebrado con aquéllos pueda limitar esa posibilidad (art. 5.5 del Reglamento).

⁶⁸ La autorización concedida por un determinado titular de derechos no exime de por sí al prestador de la obligación de comprobar el Estado miembro de residencia del abonado. Solo ha de dejar de aplicarse la obligación de comprobación —y utilizarse el contrato entre el prestador y el abonado para determinar el Estado miembro de residencia del segundo—, en caso de que *todos los titulares* de derechos de autor, derechos afines o cualquier otro derecho sobre el contenido utilizado por el prestador decidan autorizar que su contenido se proporcione, se acceda a él y se use sin la comprobación del Estado miembro de residencia del abonado.

⁶⁹ El prestador debe aplicar las medidas técnicas y organizativas necesarias que se requieran en virtud de las normas aplicables en materia de protección de datos para el tratamiento de datos personales recabados con el objetivo de comprobar el Estado miembro de residencia del abonado. Entre dichas medidas se incluye proporcionar una información transparente a las personas sobre

Los datos recabados para la comprobación del Estado miembro de residencia del abonado no podrán utilizarse para otro fin. En particular, no podrán comunicarse, transferirse, intercambiarse, licenciarse, transmitirse o revelarse de cualquier forma a los titulares de derechos sobre los contenidos de los servicios, ni a otros terceros. El prestador del servicio no conservará los datos recabados por más tiempo del necesario para llevar a cabo la comprobación del Estado miembro de residencia del abonado, debiendo destruirlos de forma inmediata e irreversible una vez concluida dicha comprobación (art. 8.2 y 3 del RPT).

A más tardar el 21 de mayo de 2018, el prestador de un servicio de contenidos en línea prestado a cambio de un pago en dinero comprobará, de conformidad con el Reglamento, el Estado miembro de residencia de aquellos abonados que hayan celebrado contratos para la prestación del servicio de contenidos en línea antes de esa fecha.

Por su parte, el prestador de un servicio de contenidos en línea prestado sin que medie un pago en dinero, en un plazo de dos meses a partir de la fecha en que, de conformidad con el artículo 6, preste por primera vez el servicio en régimen de portabilidad transfronteriza, comprobará el Estado miembro de residencia de aquellos abonados que celebraron contratos para la prestación del servicio de contenidos en línea antes de dicha fecha.

IX. REFLEXIONES FINALES

Garantizando la portabilidad transfronteriza temporal de los servicios de contenidos en línea que se presten a favor de abonados residentes en un Estado miembro, el legislador de la UE ha dado un primer paso en el largo camino trazado por la Estrategia MUD. El alcance de esta medida es relativamente limitado, por contraste con lo que representaría una garantía de acceso transfronterizo permanente por parte de usuarios residentes en un Estado miembro a servicios de contenidos digitales ofrecidos desde un Estado miembro distinto del de su residencia. Este paso tendrá todavía que aguardar, en particular por lo que hace a servicios que incorporen contenidos en línea protegidos por derechos de propiedad intelectual.

Está por ver si la solución que se aplique para articular la accesibilidad transfronteriza a los contenidos protegidos por derechos de autor en el futuro Reglamento sobre medidas contra el bloqueo geográfico, coincide con la plasmada en el Reglamento de Portabilidad —basada en el principio del país de origen—, o si por el contrario estará más próxima a la fórmula reflejada en la Directiva

los métodos utilizados para la comprobación, y a los fines de ésta, y unas medidas de seguridad adecuadas (Considerando [26]).

2014/26, de 14 de febrero de 2014, para las licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

La regulación que se desprende del Reglamento de Portabilidad está llamada a impactar en los contratos de licencia de derechos de propiedad intelectual a favor de los prestadores de servicios de contenidos en línea, provocando una renegociación de los ya vigentes y una nueva fisonomía de los que estén por celebrarse en el futuro, habida cuenta de que los actos de prestación, acceso y uso del servicio se entenderán realizados en el Estado miembro de residencia del abonado, aunque tales actos tengan lugar *de facto* en otro Estado miembro al que el abonado se haya temporalmente desplazado.

Al no permitir que los prestadores de servicios de contenidos en línea apliquen un recargo a sus abonados a cambio de que éstos puedan hacer uso del servicio en modo de portabilidad transfronteriza, y partiendo de que los titulares de derechos de propiedad intelectual y de otros derechos sobre los contenidos exigirán contraprestaciones más elevadas a los prestadores de servicios de contenidos en línea debido al efecto causado por la garantía de portabilidad transfronteriza, cabe inferir que el mayor coste derivado de esta funcionalidad se derramará por igual sobre todo el universo de abonados de los servicios de contenidos en línea, al margen de que hagan o no uso de la utilización del servicio en modo de portabilidad transfronteriza.

Es dable pronosticar que en futuros instrumentos se seguirá manteniendo la asimilación que el Reglamento de Portabilidad traza, a efectos de lo en él dispuesto, entre los servicios en línea de contenidos protegidos por derechos de autor o afines, tales como música, juegos, películas o programas de entretenimiento, y los servicios de contenidos en línea consistentes en acontecimientos deportivos, a pesar de que éstos no están protegidos por derechos de autor o afines en virtud del Derecho de la Unión.

El avance a distintas velocidades de los elementos que componen la Estrategia MUD hace más difícil valorar los aciertos y desaciertos de las diferentes medidas que el legislador comunitario va tomando, pues cada pieza está llamada a interactuar dentro de un sistema normativo complejo; y éste, por el momento, se encuentra aún en un estado de desarrollo muy incipiente.