

LAS PLATAFORMAS AUDIOVISUALES DE *STREAMING* Y LA COMPETENCIA

AUDIOVISUAL STREAMING PLATFORMS AND COMPETITION

Belén GARCÍA ÁLVAREZ
Universidad de Deusto

Resumen: Las plataformas audiovisuales de streaming han proliferado y el número de sus usuarios y suscriptores ha aumentado en los últimos años y se prevé que sigan creciendo. Son plataformas que operan en principio en mercados bilaterales y especialmente algunas de ellas tienen cuotas de mercado relevantes que pueden afectar negativamente a la libre competencia. En este contexto, no bastaría con aplicar el Derecho de defensa de la competencia si se producen acuerdos o prácticas colusorias o abusos de posición de dominio o con controlar las posibles operaciones de concentración empresarial. Deben adoptarse, por tanto, medidas regulatorias ex ante y de protección con el fin de evitar o, al menos, mitigar los efectos negativos que pueden tener sobre la competencia. Esta posición se ve justificada además en el hecho de estas plataformas audiovisuales de streaming exhiben obras audiovisuales, en particular, aunque no únicamente, cine, que forma parte de la cultura. La cultura conforma, en definitiva, nuestra memoria colectiva, memoria que debe protegerse adecuadamente y que debe garantizarse que sea diversa y no homogénea lo que no se logra sin unas medidas de protección y fomento adecuadas.

Palabras clave: plataformas digitales; competencia; cultura; sector audiovisual.

Abstract: The Audiovisual Streaming Platforms have proliferated and have increased the number of their users and subscribers in recent years and are expected to continue growing. They are Platforms that operate in principle in bilateral markets and that especially some of them that have relevant market shares can negatively affect the competition. In this context, it would not be enough to apply Antitrust Law if there are collusive agreements or practices or abuse of a dominant position or to control mergers.

Therefore, ex ante regulatory and protective measures must be adopted in order to avoid or, at least, mitigate the negative effects they may have on competition. This position is justified especially in the fact that these Audiovisual Streaming Platforms exhibit audiovisual works, in particular, although not only, cinema, which is part of the culture.

Culture shapes our collective memory, a memory that must be adequately protected and guaranteed to be diverse and not homogeneous, which cannot be achieved without adequate protection and promotion measures.

Keywords: Digital Platforms; competition; culture; audiovisual sector.

Sumario: 1. Introducción. 2. Características de estas plataformas y su conducta en el mercado. 3. La excepción cultural: medidas de protección y fomento. 3.1. Planteamiento. 3.2. La cuota de obra audiovisual. 3.3. La obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción *

Es evidente el crecimiento y expansión de las plataformas audiovisuales de *streaming* o de video bajo demanda (VOD) en los últimos años. Este crecimiento no lo ha provocado la situación creada por la Covid-19, especialmente durante los periodos de confinamiento y de restricciones más o menos duras que ha habido, sino que la pandemia solamente ha podido acelerar en cierta medida el proceso que ya se estaba produciendo¹. Durante la pandemia, y en especial durante el periodo de confinamiento, se han producido hechos relevantes en este ámbito como el surgimiento de la plataforma Disney Plus como una fuerte competidora de plataformas como Netflix, Amazon Prime o HBO Max, que en muy poco tiempo ha conseguido una gran cantidad de suscriptores en todo el mundo, dada la potencia de la marca de Disney y las adquisiciones que ha hecho ésta en los últimos años, en especial de Pixar y de Lucasfilm con la saga de Star Wars y que ha realizados varios experimentos cuyo resultado concreto desconocemos. En efecto, ha retrasado estrenos esperados de películas en cines, y también con uno de sus estrenos más esperados decidió adoptar una decisión arriesgada como era estrenarla directamente en su plataforma, pero no dentro del plan de suscripción, sino fuera y fijando un precio bastante elevado por su visionado en comparación con el coste de otros títulos fuera del plan de suscripción y del coste de una entrada de cine. Más tarde con otro de sus estrenos, en este caso, de Pixar, Disney decidió estrenarla directamente en su plataforma, evitando la ventana tradicional del cine, pero dentro del catálogo general para los suscriptores. En otro ámbito del negocio, el del cine independiente y/o de autor, en la plataforma Filmin se hizo también un experimento durante el confinamiento teniendo los cines cerrados en toda España. En este caso, la distribuidora en España de una película de cine de autor se estrenó en la plataforma Filmin solo durante un fin de semana, no estando dentro del catálogo para los suscriptores, teniendo que pagar por verla una cantidad inferior a lo que costaría una entrada de cine y una cantidad equivalente a la que cuesta en dicha plataforma acceder a los títulos más recientes y de estreno. Y este largometraje posteriormente se exhibió en cines. En este punto conviene indicar que como una clasificación básica dentro de las plataformas audiovisuales de streaming existen plataformas “independientes” de series y películas como Netflix, Prime Video, Disney Plus o HBO Max y más especializadas y pequeñas como Filmin, Mubi o Flixolá; plataformas de cadenas de televisión como A la carta y Somos cine de RTVE, Atresplayer Premium de Atresmedia, o Mitele plus de Mediaset; y

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la Competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref. RTI2018-094201-B-C21) y del Grupo de investigación del Gobierno Vasco “Constitución, mercados e integración, IT1386-19 (2019-2021).

¹ Según un estudio de *Digital TV Research* publicado en *Expansión* la previsión de abonados en 2025 respecto del año 2020 es de casi el doble y se prevé un crecimiento considerable en todas las plataformas audiovisuales de *streaming*. <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2020/10/30/5f96c807e5fdea28548b4594.html>

plataformas de compañías telefónicas con canales propios y ajenos como Movistar, Orange TV o Vodafone TV.

Por ello, resulta conveniente tratar estas plataformas de servicios digitales, que no pertenecen a la categoría de las plataformas de la denominada economía colaborativa, y que han sido poco abordadas desde una perspectiva jurídica. Se pretende ahondar en algunas cuestiones relativas a este tipo de plataformas digitales y la competencia. No se hará, en cambio, referencia a las plataformas de intercambios de videos como YouTube o Vimeo, a pesar de que estas plataformas a veces se usan para difundir contenido audiovisual directamente por sus autores o a través de terceros que tienen los derechos de explotación de la obra. Concretamente hay Filmotecas nacionales que usan estas plataformas para exhibir algunas obras audiovisuales antiguas como forma de promover la difusión y el conocimiento de su cinematografía. A modo de ejemplo, la Filmoteca española empezó a usar Vimeo especialmente durante el confinamiento de principios de 2020 permitiendo la visualización de una obra audiovisual por semana sin publicidad y continúa haciéndolo, aunque de forma menos intensa, al poder tener proyecciones en sus propias instalaciones físicas. La Filmoteca mexicana también realiza su labor permitiendo la visualización durante un periodo de tiempo determinado de una serie de obras audiovisuales clásicas o antiguas en YouTube. Igualmente, algunos canales de TV cuentan con su propio canal en YouTube y permiten la visualización, con publicidad incluida, de series o incluso películas que han producido o de las que tienen los derechos de explotación, y de este modo alargan la explotación comercial de esos productos.

A modo introductorio, conviene señalar también que lo que podemos denominar como negocio cinematográfico se divide en tres etapas fundamentales: la producción²; la distribución con sus canales y modalidades³, y la exhibición con sus ventanas⁴. La primera etapa, la producción, incluye la preproducción, la producción y la postproducción de las obras audiovisuales. La preproducción implica la planificación de la grabación de la obra, su preparación, en definitiva. La producción en sí misma conlleva el rodaje de la obra y la postproducción consiste principalmente en el montaje final de la obra para su terminación definitiva. La segunda etapa, la distribución, es un sector fundamental del negocio cinematográfico, ya que controla el flujo de las películas que llegan al mercado y de este modo repercute en el perfil de las obras audiovisuales producidas. Las empresas distribuidoras asumen un papel de intermediarios entre la producción y la exhibición. Y la tercera etapa, la exhibición, supone la comunicación pública de la obra audiovisual producida. Tradicionalmente se hablaba de tres ventanas: La primera ventana o mercado primario es la exhibición en salas de cine, la que da

² Izquierdo Castillo, J. (2007): *Distribución y exhibición cinematográficas en España. Un estudio de situación del negocio en la transición tecnológica digital*. Tesis Doctoral presentada en la Universidad Jaume I de Castellón, pp. 67-70.

³ Izquierdo Castillo, J. (2007): *Distribución y exhibición cinematográficas...*, op.cit., pp. 70-72 y 88-102.

⁴ Izquierdo Castillo, J. (2007): *Distribución y exhibición cinematográficas...*, op.cit., pp. 72-73 y 102-126.

prestigio y notoriedad a la obra en buena medida⁵. Una segunda ventana o mercado secundario explota la obra audiovisual editándola en formato físico, DVD o Blu-ray y emitiéndola primero en televisión de pago y después en televisión en abierto. Y una tercera ventana o mercado terciario no explota la obra audiovisual en sí, sino su imagen a través de licencias para que se puedan hacer videojuegos, juguetes, adaptaciones en otros países o zonas geográficas etc.

La irrupción de las plataformas audiovisuales de *streaming*, unido a que el grueso de la producción mundial supera la capacidad de absorción del mercado, a que la oferta en las salas de exhibición cinematográfica se concentra cada vez más en menos títulos y a que las ventas de las obras audiovisuales en formatos físicos ha caído considerablemente, ha hecho que su exhibición en ellas sea una forma relevante y en no pocas ocasiones la única de exhibir y de poder explotar económicamente una obra audiovisual⁶.

En cualquier caso, esta división que hemos hecho del negocio cinematográfico en empresas productoras, distribuidoras y exhibidoras nunca se ha seguido de forma estricta. Y a modo de ejemplo las grandes *majors* de la industria de Hollywood como son Paramount, Universal, Warner, Disney y Sony-Columbia hace tiempo que se introdujeron en las tres fases o etapas del negocio cinematográfico.

En suma, en este trabajo se pretenden analizar los rasgos generales de estas plataformas audiovisuales de *streaming* y su incidencia en la libre competencia. Con este propósito se indicarán las características de estas plataformas de servicios digitales, que no pertenecen a la categoría de las plataformas pertenecientes a la economía colaborativa, y sus posibles efectos sobre la competencia. A continuación, se abordará una cuestión esencial en el tratamiento de estas plataformas como es la consideración del contenido que ofrecen o que pueden ofrecer como cultura. Solamente este factor ya justifica por sí solo la necesidad de adoptar medidas *ex ante*, de protección y fomento de la cultura. En consecuencia, se examinarán las medidas de protección y fomento adoptadas por el legislador nacional, sobre todo las relativas a la cuota de pantalla y a la obligación de financiación anticipada de obras europeas. Y se atenderán a las modificaciones que pueden producirse con la futura aprobación de una nueva legislación en el sector audiovisual con el fin de transponer una normativa europea. Finalmente, se expondrán una serie de conclusiones sobre este tipo de plataformas, la competencia y la protección de la cultura.

⁵ En algunos casos también se produce previamente una exhibición inicial de la obra en festivales de cine como forma también de obtener reconocimiento y conseguir un estreno en cines o sacar un mayor rendimiento de su estreno en cines si éste se encuentra ya previsto o garantizado.

⁶ Sobre la difusión de los contenidos audiovisuales y los derechos de explotación en este tipo de plataformas, vid. una visión general en Bianco, M^a F. (2017): “Los derechos de explotación del contenido audiovisual y la entrada de las plataformas Over The Top (OTT): estudio caso Netflix”. *ICADE* 100. BIB 2017\1319.

2. Características de estas plataformas y su conducta en el mercado

Las plataformas digitales pueden ocasionar problemas como reconoce claramente el considerando segundo del Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea cuando dice que:

“A causa de esa dependencia cada vez mayor, los proveedores de los servicios de intermediación en línea a menudo cuentan con una superior capacidad de negociación, lo que les permite, en efecto, actuar unilateralmente de una manera que puede ser injusta y perjudicar a los intereses legítimos de los usuarios profesionales y, de modo indirecto, también de los consumidores de la Unión”.

En concreto, las plataformas audiovisuales de *streaming* se pueden calificar como plataformas económicas de servicios digitales, pero no pertenecen a la subespecie de las plataformas de economía colaborativa. No son plataformas digitales transaccionales que intermedian entre oferentes y usuarios con o sin ánimo de lucro, esto es, no intermedian en la prestación de servicios⁷.

Estas plataformas audiovisuales de *streaming* operan en principio en mercados bilaterales o de dos lados, o grupos de sujetos, y facilitan de este modo la interacción entre productores y distribuidores de contenido audiovisual y los usuarios o consumidores de estos contenidos audiovisuales. Y de este modo constituye una de las principales modalidades de distribución y exhibición de las obras audiovisuales, a veces la única. Estas plataformas generan además efectos de red que conllevan una ventaja competitiva importante, ya que el valor de un determinado bien o servicio se incrementa tanto para usuarios nuevos del mismo, como para los ya existentes a medida que el número de usuarios aumente⁸. Estos efectos de red pueden ser directos e indirectos. Los efectos de red directos se producen entre los usuarios de un mismo lado de la plataforma, y el valor de la plataforma aumenta cuando se incrementa el número de usuarios en la misma. Y los efectos de red indirectos tienen lugar entre los dos lados de la plataforma y se generan por la interacción entre los dos grupos. A mayor número de usuarios, mayor número de distribuidores y de productoras querrán exhibir sus obras audiovisuales en la plataforma y eso incrementará, a su vez, sus usuarios al haber más cantidad y más variedad de obras en el catálogo de la plataforma⁹. Esto no es algo nuevo y exclusivo de los mercados digitales, ya sucede, por señalar un ejemplo, en cierto

⁷ Sobre el concepto de plataformas colaborativas y su diferenciación de otras plataformas digitales no transaccionales, *vid.*, entre otros, González Castilla, F. (2019): *La economía colaborativa ante el derecho de la competencia. Una introducción al análisis antitrust y regulatorio de las plataformas*. Aranzadi. Cizur Menor, pp. 23 y 27, Jarne Muñoz, P. (2019): *Economía colaborativa y plataformas digitales*. Reus. Madrid, pp. 17-38, o Díez Estella, F. (2020): “La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa?”. *Revista CEF Legal* 229 (2), 17-21.

⁸ *Vid.* sobre los efectos de red y las plataformas digitales Robles Martín-Laborda, A. (2017): “Merger control and online platforms: the relevance of network effects”, <https://ssrn.com/abstract=3024225>.

⁹ González Castilla, F. (2019): *La economía colaborativa ante el derecho de la competencia...*, *op.cit.*, pp. 60-61.

modo cercano al de las plataformas audiovisuales de *streaming*, con las consolas de videojuegos, que tiene, por un lado, a los usuarios de videojuegos y, por otro, a los creadores de los mismos¹⁰. Y en el propio sector audiovisual el mercado de la distribución cuenta, por un lado, con los productores y, por otro, con los exhibidores.

En esta dirección, conviene señalar que el auge de internet y de las plataformas audiovisuales de *streaming* y, sobre todo, de intercambio de videos no ha facilitado realmente que el autor de una obra audiovisual la pueda distribuir, exponer directamente y obtener así de forma directa sin intermediarios los beneficios económicos derivados de su explotación. Esta posibilidad no es tan sencilla en la práctica, como pudiera parecer en apariencia teóricamente. Los efectos de red indirectos de las plataformas complican esta posibilidad, resulta difícil en particular competir con los catálogos de las plataformas audiovisuales de *streaming* y con su red de suscriptores o usuarios y de acuerdos de exclusividad o no con productoras y distribuidoras.

En todo caso, debe remarcarse el hecho de que estas plataformas no siempre operan en mercados de dos lados. Estas plataformas, fundamentalmente las más grandes, han entrado en todos los procesos del negocio cinematográfico con el fin de diferenciarse de sus competidores y aprovechar los efectos intensos de red de los que se benefician. Esto también lo hicieron los operadores tradicionales en su momento. Con esta conducta las plataformas pretenden no limitarse a exhibir un catálogo de distintas productoras y distribuidoras, y ofrecer a sus usuarios algo más, un valor añadido que les sirve también para diferenciarse y reforzar su posición en el mercado. Este fenómeno relativamente reciente se vislumbra claramente en el caso de la plataforma Disney Plus creada hace poco tiempo. Disney como conglomerado empresarial que ha ido adquiriendo en los últimos años productoras importantes como Pixar o Lucasfilm, así como salas de exhibición cinematográfica, ha pasado de exhibir sus catálogos en otras plataformas audiovisuales de *streaming* a constituir su propia plataforma con contenido exclusivo formado por sus propias producciones¹¹. Por tanto, las plataformas también están comenzando a enfocarse en crear contenido propio para diferenciarse, para lograr un mayor valor añadido¹². En tales casos ya no operan estrictamente como plataformas de dos lados, sino que en la parte del catálogo que ofrecen que es propia, funcionarían como plataformas de un solo lado. Sin embargo, esto no supone que disminuyan su poder de mercado, en realidad lo aumentan.

¹⁰ González Castilla, F. (2019): *La economía colaborativa ante el derecho de la competencia...*, op.cit., p.61.

¹¹ Una prueba de la importancia creciente de contar con producción propia se manifiesta en la noticia de que una plataforma más pequeña como es Filmin ha anunciado su primera producción propia, concretamente de una serie llamada “Doctor Portuondo” que ya se está grabando.

¹² Vid . más detalles sobre la producción propia de las plataformas en García Leiva, M^a T. (2019): “Plataformas en línea y diversidad audiovisual: desafíos para el mercado español”, op.cit., pp. 90-91; y, por ejemplo, esta noticia en la prensa: <https://www.expansion.com/economia-digital/2020/01/12/5e1b8fd1e5fdeab5268b4619.html>.

El hecho de que se trate de plataformas digitales y en general, aunque no siempre como se ha subrayado anteriormente, de dos lados hace más compleja la delimitación del mercado de referencia o relevante tanto geográfico o territorial, como de producto o servicio. De este modo se pretenden identificar los competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva, esto es, permite calcular las cuotas de mercado y valorar su importancia, su incidencia en la competencia [apartado 2 Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)] (en adelante, Comunicación de la Comisión).

Primero, el mercado de referencia del producto comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles entre sí en un mercado con unas condiciones suficientemente homogéneas bien en razón de su precio, sus características o su uso (apartado 7 Comunicación de la Comisión). Y con este fin se puede usar el llamado test del monopolista hipotético que mide la flexibilidad de la demanda ante pequeños cambios en el precio de los bienes que se consideran sustitutivos para los usuarios o consumidores¹³. El uso de este test para medir la sustituibilidad de la oferta resulta complejo en plataformas digitales por los efectos de red indirectos y las consecuencias cruzadas que eso genera¹⁴. Y en el caso concreto de las plataformas audiovisuales de *streaming*, como son en principio plataformas de dos lados, hay que plantearse si hay un único mercado con dos lados o dos mercados distintos por cada lado, esto es, un único mercado para los dos grupos de usuarios o dos mercados, uno en cada lado, y valorar así la posición de la empresa en cada uno de los lados separadamente. En cualquier caso, ambos lados están íntimamente conectados a través de efectos de red indirectos de forma que la mayor cuota de mercado de uno de ellos automáticamente incrementa el valor de estar presente en el otro lado de la plataforma. Se suele distinguir a estos efectos entre plataformas digitales transaccionales y no transaccionales. En el caso que nos ocupa de las plataformas audiovisuales de *streaming* estaríamos sin duda ante plataformas no transaccionales, pero no son las típicas en que se piensan como pueden ser Google y otras aplicaciones relacionadas en que se ofrecen unos servicios muchas veces gratuitos a un grupo de usuarios y por otro se ofrecen servicios publicitarios onerosos al otro grupo de usuarios. Lo que sí tienen en común es que también en las plataformas audiovisuales de *streaming*, como el servicio ofrecido a cada uno de los

¹³ Sobre la delimitación del mercado relevante y sus problemas en particular en el ámbito de las plataformas de dos lados, *vid.* Rochet, J.C. y Tirole, J. (2003): “Platform Competition in Two-Sided Market”. *Journal of the European Economic Association*. 1, 990-1029, y Filistrucchi, I.; Geradin, D.; Van Damme, E.C. y Affeldt, P. (2013): “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, *TILEC Discussion Paper 009, Tilburg Law School Research Paper 09*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2240850.

¹⁴ González Castilla, F. (2019): *La economía colaborativa ante el derecho de la competencia...*, *op.cit.*, p. 110; Robles Martín-Laborda, A. (2018): “El poder de mercado de las plataformas colaborativas”. En S. Rodríguez Marín, Sara y A. Muñoz García (coords.). *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*. Wolters Kluwer. Bosch. Madrid, p. 105.

lados es distinto, cada uno de ellos puede ser considerado un mercado relevante distinto¹⁵.

Pues bien, las plataformas audiovisuales de *streaming* compiten en el lado de las productoras y distribuidoras con todos los prestadores de servicios audiovisuales como televisiones en abierto o de pago¹⁶, o incluso con plataformas de intercambio de videos en la medida en que el contenido no pueda estar disponible simultáneamente en los dos tipos de plataformas. En otras palabras, el mercado está conformado por todos los prestadores de servicios audiovisuales que quieren adquirir derechos de explotación de obras audiovisuales, sumándose estas plataformas a los operadores tradicionales, incluidos también los exhibidores, como son los titulares de las salas de exhibición cinematográficas, si se pretende la exclusividad, aunque sea muy limitada temporalmente. Y en el lado de los usuarios compiten en principio con el resto de plataformas del mismo tipo, que ofrecen un catálogo de programas a la carta, aunque puede haber dudas en el caso de plataformas especializadas en determinados tipos de contenidos audiovisuales como puede ser cine independiente y de autor, cine clásico, cine de una/s determinada/s nacionalidad/es. Igualmente, puede considerarse que también compiten con los operadores tradicionales, prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo en abierto o de pago, y en menor medida con plataformas de intercambio de videos y salas de exhibición cinematográfica. Para los usuarios pueden llegar a ser valorados como servicios sustitutivos de los que ofrecen las plataformas audiovisuales de *streaming*, aunque en esta consideración influirán los acuerdos de exclusividad del contenido que puedan tener las plataformas y su duración y alcance.

De todos modos, no podemos olvidarnos de que las plataformas audiovisuales de *streaming* están apostando cada vez más fuerte por dotarse de contenido propio en sus catálogos, y en tales supuestos no se tratarían de plataformas de dos lados, sino de un único lado y en consecuencia el mercado de referencia sería uno único, y las plataformas competirían sin duda con todos los prestadores de servicios audiovisuales como las televisiones en abierto o de pago, en definitiva con los operadores tradicionales, así como con las productoras y distribuidoras de contenidos audiovisuales. Y esta conducta también les permite reforzar su imagen y que los usuarios perciban un producto particular propio de la plataforma, que no encontrarán fuera de ella.

Igualmente, hay que delimitar el mercado geográfico de referencia que se define en el apartado octavo de la Comunicación de la Comisión como “ [...] la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras

¹⁵ Robles Martín-Laborda, A. (2018): “El poder de mercado de las plataformas colaborativas”, *op.cit.*, p. 105.

¹⁶ González Castilla, F. (2019): La economía colaborativa ante el derecho de la competencia..., *op.cit.*, pp. 101-102; Russo, F. y Stasi, M.L. (2016): “Defining the relevant market in the sharing economy”. *Internet Policy Review. Journal on Internet Regulation*. 5 (2), p. 5.

zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”. Se trata de un servicio prestado a distancia, que no se desarrolla físicamente en un lugar, por lo que en principio se trataría de un mercado mundial o al menos de la Unión Europea, aunque hay también plataformas nacionales que no operan más allá del territorio nacional¹⁷.

Estos intensos efectos de red que hemos descrito pueden suponer una clara barrera de entrada para nuevos competidores, en particular para que se puedan asentar en el mercado. Pueden ocasionar también problemas en relación con la política de precios por llegar a incurrir en prácticas predatorias que nuevamente impidan la entrada de nuevos competidores y/o su permanencia o asentamiento en el mercado. Este tipo de prácticas contarían además con la evidente ayuda del *big data*¹⁸. En efecto, las plataformas audiovisuales de *streaming* pueden recopilar y disponer de los datos de consumo de sus usuarios o suscriptores lo que les facilita una información muy valiosa que genera asimetrías relevantes en la información disponible para realizar esta actividad económica. Esta disponibilidad de datos, unida al poder de mercado sustancial que tienen las grandes plataformas, les permite también suscribir acuerdos de exclusividad con autores, con productoras y distribuidoras o incluso adquirirlas como modo de aumentar su poder en el mercado. A pesar de que el auge de las plataformas audiovisuales de *streaming* es relativamente reciente y que en principio el medio digital permitiría la entrada fácilmente de nuevos competidores, el modelo de negocio en el sector tiende no a un monopolio, pero sí a un oligopolio, una concentración en pocos operadores¹⁹. La posible aparición de nuevos operadores conlleva la elevada posibilidad de que se produzcan movimientos de concentración en el sector si dicho nuevo operador tiene cierto éxito o potencial.

¹⁷ Debido a esta dificultad de delimitar el mercado relevante objetivo y geográfico en mercados digitales complejos como puede ser el de las plataformas audiovisuales de *streaming*, hay quien propone omitir este paso de la determinación del mercado relevante y entrar directamente a examinar las conductas realizadas en el mercado para valorar si reflejan o no el ejercicio efectivo de un poder de mercado y su licitud. Alexiadis, P. (2017): “Forging a European Competition Policy Response to Online Platform”. *Business Law International*. 18 (2), pp. 143-144.

¹⁸ Sobre el uso de los algoritmos y sus consecuencias jurídicas, se puede consultar, entre otros, Robles Martín-Laborda, A. (2018): “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”. *Actas de Derecho Industrial*. 38, pp. 77-103.

¹⁹ *Vid.* Evans, D. S. y Schmalensee, R. (2008): “Markets with Two-Sided Platforms”. En *1 Issues in Competition Law and Policy 667 (ABA Section of Antitrust Law 2008)*. p. 681. Igualmente, desde una perspectiva de visión general del sector en España, *vid.* también García Leiva, M^a T. (2019): “Plataformas en línea y diversidad audiovisual: desafíos para el mercado español”, *op. cit.*, pp. 91-92.

3. La excepción cultural: medidas de protección y fomento

3.1. Planteamiento

Se pueden plantear *grosso modo* dos opciones, que no son excluyentes precisamente, ante las plataformas audiovisuales de *streaming*²⁰: una consistiría en no adoptar ninguna medida especial *ex ante* y aplicar en caso necesario la normativa de Derecho de defensa de la competencia ante conductas colusorias, abusos de posición de dominio u operaciones de concentración; y otra conllevaría no esperar a que suceda esto último y adoptar también medidas preventivas, regulatorias y protectoras con el fin de evitar o, al menos, minimizar los riesgos que se pueden producir. Esta última opción encuentra plena justificación si nos detenemos en el hecho de que la denominada Industria del cine no es una industria más, es también cultura²¹, y los distintos fenómenos que conforman la cultura son en definitiva memoria de nuestra realidad, y también de nuestros anhelos y fantasías a lo largo de la historia. Por esta razón, deben preservarse y debe fomentarse la exhibición de las obras audiovisuales garantizando además una diversidad de las mismas, que si actuaría únicamente el mercado por sí solo no se produciría. En tal caso, la homogeneidad sería casi absoluta, en otras palabras, se repetiría/n siempre la/s misma/s “fórmula/s de éxito”²². En este ámbito tampoco se puede emplear la libertad de expresión como una excusa o un freno al establecimiento de medidas regulatorias para este sector audiovisual²³.

Por todo ello, se prevén medidas regulatorias en la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (en adelante, Ley del Cine) y, sobre todo, en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, Ley General de Comunicación Audiovisual). En el artículo 22 de la Ley General de Comunicación Audiovisual se establecen que los servicios de comunicación audiovisual son servicios de interés económico general²⁴. Igualmente, se alude a los prestadores de

²⁰ Vid. Khan, Lina M. (2017): “Amazon’s Antitrust Paradox”, *The Yale Law Journal* 126, pp. 710-805.

²¹ Se considera que tiene una doble naturaleza, industrial y cultural, en, por todos, De la Sierra, S. (2011): “El derecho a la diversidad cultural y lingüística y el derecho a una comunicación transparente”. En C. Chinchilla y M. Azpitarte (coords.). *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*. Garrigues. Aranzadi. Cizur Menor, p. 163.

²² En un sentido similar, pero expresado de una forma sugestiva, en Montiel Roig, G. (2011): “Cambio social y autorregulación de contenidos en la Ley General de Comunicación Audiovisual: islas de regulación y ciudadanos perdidos”. En B. Belando Garin y G. Montiel Roig (coords.). *Contenido y mercado en la regulación de la Comunicación Audiovisual*. Tirant Lo Blanch. Valencia. pp. 36-37 se dice que “El modelo de ciudadanos *perdidos* en la *isla* de una sociedad de libre de mercado oculta que el guion que mueve el relato evoluciona bajo la mirada atenta y la intervención de los intereses de la industria audiovisual que maneja los hilos en la dirección de la fidelización y captación de consumidores; la “ilusión” de libertad o de participación solo es eso, una ilusión”. Los términos de perdidos y de isla están en cursiva porque el autor alude antes a la serie perdidos para ilustrar como paradigma de esta manera algunas cuestiones relativas al sector audiovisual.

²³ Montiel Roig, G. (2011): “Cambio social y autorregulación de contenidos...”, *op.cit.*, pp. 33-38.

²⁴ Vid. más al respecto, por todos, en De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, T. (2011): “La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual: Del servicio público a la liberalización en un sistema dual”. En C. Chinchilla y M. Azpitarte (coords.). *Estudios sobre la Ley*

servicios de comunicación audiovisual como las personas físicas o jurídicas que tienen el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas (art. 2.1. Ley General de Comunicación Audiovisual) y como prestador de un servicio de catálogo de programas a la “La persona física o jurídica reconocida como prestador de servicio de comunicación audiovisual en la modalidad de «comunicación audiovisual a petición» que, directa o indirectamente, ofrece bajo demanda de clientes minoristas el visionado de películas cinematográficas, películas para televisión y series para televisión en un reproductor fijo, portátil o móvil con acceso a redes de IP” (art. 2.16. Ley General de Comunicación Audiovisual). Y se define un Catálogo de programas como el “Conjunto de programas puestos a disposición del público, que elige el programa y el momento de su visión o su audición” (art. 2.11. de la Ley General de Comunicación Audiovisual). Hay que tener en cuenta además que en este momento se encuentra en tramitación un Anteproyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, Anteproyecto) que pretende transponer la Directiva (UE) 2018/1808, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado) (en adelante, Directiva 2018/1808).

En esta dirección, en el Capítulo I de la Ley General de Comunicación Audiovisual se recogen los derechos del público, esto es, de los usuarios de contenidos audiovisuales como el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural; el derecho a la diversidad cultural y lingüística; el derecho a una comunicación audiovisual transparente; la protección del menor; la protección de las personas con discapacidad y el derecho a la participación en el control de los contenidos audiovisuales. Otro de los derechos del público, y que es el que nos importa a efectos de este trabajo, es el derecho a la diversidad cultural y lingüística recogido en el artículo 5 de esta Ley General de Comunicación Audiovisual que dice así:

“1. Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual incluya una programación en abierto que refleje la diversidad cultural y lingüística de la ciudadanía.

Las Comunidades Autónomas con lengua propia podrán aprobar normas adicionales para los servicios de comunicación audiovisual de su ámbito competencial con el fin de promover la producción audiovisual en su lengua propia”.

Este derecho a la diversidad cultural y lingüística es, por tanto, el principal fundamento de las medidas de protección y fomento que detallaremos a

General de la Comunicación Audiovisual. Garrigues. Aranzadi. Cizur Menor, pp. 22-70 y De la Sierra, S. (2011): “El derecho a la diversidad cultural y lingüística...”, *op.cit.*, pp. 169-170.

continuación²⁵. Y en la formulación de este derecho deben destacarse dos elementos: Por una parte, se trata de proteger concretamente la obra audiovisual europea (art. 2.12. Ley General de Comunicación Audiovisual), y no simplemente la obra audiovisual española. El problema en este punto reside en que en realidad la noción de obra audiovisual europea no es un concepto jurídico-cultural, sino jurídico-económico, ya que se tiene en cuenta principalmente el lugar de residencia del personal relevante²⁶, fundamentalmente los productores personas físicas o personas jurídicas, y se acoge dentro de este concepto a las coproducciones con terceros países no europeos. Un concepto jurídico-económico que se mantiene en el artículo 109 del Anteproyecto. No obstante, en el Anteproyecto se subrayan las medidas de fomento de las obras europeas, al dedicar el Capítulo III del Título VI a la promoción de la obra audiovisual europea con un precepto inicial, el 108, que justifica esta promoción en la diversidad cultural y que alude a la necesidad de garantizar unos niveles suficientes de inversión y distribución de las obras audiovisuales europeas. Conviene destacar también en este punto quienes son los sujetos que deberán cumplir con las obligaciones establecidas en este capítulo del Anteproyecto. En su artículo 3.7. se establece que todo prestador del servicio de comunicación audiovisual que estando establecido en otro Estado miembro dirija sus servicios al mercado español estará obligado a cumplir con las obligaciones derivadas de la promoción de la obra audiovisual europea. De este modo no habrá exclusiones injustificadas, esto es, operadores que dirijan sus servicios a usuarios en España, y que por cuestiones de domicilio no se vean obligados a cumplir las mismas normas que los demás operadores con domicilio en España. Esta medida es particularmente relevante en el caso de las plataformas audiovisuales de *streaming*. Esto se permite conforme a la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, concretamente en su Considerando 36 que afirma lo siguiente:

“A fin de garantizar unos niveles suficientes de inversión en obras europeas, los Estados miembros deben poder imponer obligaciones financieras a los prestadores de servicios de comunicación establecidos en su territorio. Estas obligaciones pueden adoptar la forma de contribuciones directas a la producción y adquisición de derechos de obras europeas. Los Estados miembros también pueden imponer tasas, con destino a un fondo, sobre la base de los ingresos generados por los servicios de comunicación audiovisual que se ofrecen en su territorio y van dirigidos a él. La presente Directiva precisa que, dado el vínculo directo existente entre las obligaciones financieras y las políticas culturales de cada Estado miembro, se permite a un Estado miembro imponer igualmente tales obligaciones a los prestadores de servicios de comunicación establecidos en otro Estado miembro que se dirijan a su territorio. En este caso, solo deben imponerse obligaciones financieras sobre los ingresos generados a través de la audiencia del Estado miembro de recepción. Los prestadores de servicios de comunicación que estén obligados a contribuir a planes de financiación de obras cinematográficas en un

²⁵ Vid. al respecto con carácter general De la Sierra, S. (2011): “El derecho a la diversidad cultural y lingüística...”, *op.cit.*, p. 168.

²⁶ De la Sierra, S. (2011): “El derecho a la diversidad cultural y lingüística...”, *op.cit.*, p. 175.

Estado miembro de recepción deben estar en condiciones de beneficiarse, de forma no discriminatoria y aun cuando no estén establecidos en dicho Estado miembro, de la ayuda disponible, en el marco de los correspondientes planes de financiación de obras cinematográficas, para los prestadores de servicios de comunicación”.

Por otra parte, este derecho a la diversidad lingüística y cultural alude a la necesidad de que la programación en abierto refleje dicha diversidad, sin que se exija al menos expresamente la gratuidad²⁷. Un límite específico a la emisión de pago, es decir, no en abierto, se prevé solo para los acontecimientos de interés general para la sociedad que se aplica por el momento únicamente a eventos o acontecimientos deportivos. Para estos acontecimientos de interés general se prevé en definitiva un régimen especial diferenciado del régimen común de adquisición y comercialización de obras o productos audiovisuales. Y en este sentido cabe preguntarse porque no es posible su aplicación, aun de manera excepcional, en su caso a obras audiovisuales cinematográficas determinadas cuando en virtud de acuerdos de exclusividad se prive de la posibilidad de ver o difundir esas obras indefinidamente en abierto.

Finalmente, las medidas de protección y fomento de las obras audiovisuales europeas que se prevén en la legislación española son básicamente tres: la cuota de pantalla, la obligación de financiación anticipada y los incentivos fiscales y ayudas públicas en las distintas fases del negocio cinematográfico. Estas últimas se recogen en los artículos 19-37 de la Ley del Cine²⁸; en cambio, las dos primeras medidas se regulan en la Ley General de Comunicación Audiovisual y cuentan ya con cierta tradición²⁹. Nos detendremos a continuación únicamente en el estudio de las dos primeras, teniendo en cuenta las modificaciones incluidas en el Anteproyecto, puesto que no se pretende en este trabajo tratar cuestiones relativas a las ayudas públicas.

3.2. La cuota de obra audiovisual

La cuota de obra audiovisual, denominada tradicionalmente cuota de pantalla, representa una de las principales manifestaciones concretas del derecho a la diversidad lingüística y cultural del art. 5 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

La cuota de pantalla consiste en una reserva obligatoria en el tiempo de emisión dirigido a todos los prestadores del servicio de comunicación televisiva de

²⁷ De la Sierra, S. (2011): “El derecho a la diversidad cultural y lingüística...”, *op.cit.*, pp. 164-167 y en particular, Palomar Olmeda, A. (2011): “El derecho a contratar la emisión en exclusiva de contenidos audiovisuales”. En C. Chinchilla y M. Azpitarte (coords.). *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*. Garrigues. Aranzadi. Cizur Menor, pp. 313-340.

²⁸ Se prevén ayudas para las distintas fases del negocio cinematográfico: Ayudas a la creación y al desarrollo; ayudas a la producción; ayudas a la distribución; ayudas a la exhibición; ayudas a la conservación del patrimonio cinematográfico; ayudas a la promoción para la participación en festivales y para la organización de festivales y certámenes.

²⁹ De la Sierra, S. (2011): “El derecho a la diversidad cultural y lingüística...”, *op.cit.*, p. 174.

cobertura estatal o autonómica, tanto públicos, como privados, y tanto si emiten en abierto, como si son de pago (art. 5.2. Ley General de Comunicación Audiovisual)³⁰. Éstos deben reservar a obras europeas el 51 por ciento del tiempo de emisión anual de su programación, y a su vez, el 50 por ciento de esa cuota queda reservado para obras europeas en cualquiera de las lenguas españolas. Y el 10 por ciento del tiempo de emisión estará reservado a obras europeas de productores independientes del prestador de servicio de comunicación,³¹ y la mitad de ese 10 por ciento debe haber sido producida en los últimos cinco años (art. 5.2. Ley General de Comunicación Audiovisual). El tiempo de emisión se computará en todo caso con exclusión del dedicado a informaciones, manifestaciones deportivas, juegos y publicidad (5.2. Ley General de Comunicación Audiovisual). En el Anteproyecto se sustituyen los términos de publicidad, servicios de teletexto y televenta por la expresión comunicaciones comerciales audiovisuales (art. 113.5).

La definición de productor independiente se puede encontrar en el artículo 2.22. Ley General de Comunicación Audiovisual:

“El productor es la persona física o jurídica que asume la iniciativa, la coordinación y el riesgo económico de la producción de contenidos audiovisuales. El productor independiente es la persona física o jurídica que produce esos contenidos, por iniciativa propia o por encargo, y a cambio de contraprestación los pone a disposición de un prestador de servicio de comunicación audiovisual con el que no está vinculado de forma estable en una estrategia empresarial común.

Se presume que están vinculados de forma estable cuando son parte del mismo grupo de sociedades conforme al artículo 42 del Código de Comercio, o cuando existen acuerdos estables de exclusividad que limitan la autonomía de las partes para contratar con terceros”.

En el Anteproyecto la definición de productor independiente es muy similar (art. 110). Por consiguiente, se permite que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual tengan productores “de confianza” con los que tienen una trayectoria consolidada de colaboración empresarial. En el artículo 4.n) de la Ley del Cine figura también una definición de la noción de productor independiente, que es más restrictiva que la de la Ley General de Comunicación Audiovisual. En la definición prevista en la Ley del Cine se considera que no es productor independiente no solamente cuando se dan algunos de los supuestos de dependencia previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, sino también en supuestos en que la productora obtiene más del 80 por ciento de su cifra de negocios durante los tres últimos ejercicios sociales de un mismo prestador de servicios de comunicación audiovisual.

Igualmente, se recoge esta obligación de cuota de pantalla para los denominados por esta legislación como prestadores de un catálogo de programas, que deben reservar a obras europeas el 30 por ciento del catálogo, y de esa reserva

³⁰ De la Sierra, S. (2011): “El derecho a la diversidad cultural y lingüística...”, *op.cit.*, p. 175.

³¹ *Vid.* al respecto, De la Sierra, S. (2011): “El derecho a la diversidad cultural y lingüística...”, *op.cit.*, pp. 176-177.

el 50 por ciento lo será en alguna de las lenguas oficiales de España (art. 5.2. párr.2º Ley General de Comunicación Audiovisual). En este último supuesto se encontrarían en principio las plataformas audiovisuales de *streaming*, aunque la terminología podría ser sin duda más clara.

Cabe subrayar que en el Anteproyecto se emplea una terminología que en realidad es más correcta, ya que no se alude a la cuota de pantalla, sino a la cuota de obra audiovisual europea (arts. 112-114). Igualmente, en el Anteproyecto se recogen las mismas cuotas, recogiendo, en primer lugar, la obligación general de cuota de obra audiovisual europea en los servicios de comunicación audiovisual. Sin embargo, esta obligación de cuota de obra audiovisual europea no será exigible a los prestadores con un bajo volumen de negocio ni en aquellos casos en que esta obligación resulte impracticable o injustificada en razón de la naturaleza o del tema del servicio de comunicación audiovisual (art. 112.2.). Dentro de estos supuestos encajarían, por ejemplo, las televisiones locales que están excluidas a sensu contrario de cumplir esta obligación en el artículo 5.2. de la Ley de Comunicación Audiovisual (solamente se alude a los servicios de cobertura estatal o autonómica), o hasta cierto punto y dependiendo del caso las televisiones temáticas. También están exceptuados los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal o a petición que presenten servicios de forma exclusiva en otros Estados miembros de la Unión Europea (arts. 113.4. y 114.3. Anteproyecto). Además, esta obligación de cuota de obras se concreta en el Anteproyecto, por un lado, en los servicios de comunicación audiovisual televisivo lineal y, por otro, en el catálogo de los servicios de comunicación audiovisual televisivo a petición. Este último tipo de servicio se define en el art. 2.6. del Anteproyecto como el “servicio de comunicación audiovisual que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio”. En esta última categoría se encontrarían en principio las plataformas audiovisuales de streaming, a pesar de que la terminología empleada podría ser nuevamente más clara. Cabe resaltar una novedad del Anteproyecto que se recoge en su artículo 114.4. que dice así: “Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo a petición garantizarán la prominencia de dichas obras europeas en sus catálogos”. Esto parece suponer que los prestadores de estos servicios de comunicación audiovisual no cumplirían con esta obligación legal de cuota de pantalla simplemente con mantener en sus extensos catálogos la cantidad de obras europeas necesarias para cumplir en todo momento, sino que deben garantizar cierta visibilidad de éstas. Lógicamente no se puede obligar a nadie a que las vean, si no quieren, pero lo que no puede ser es que estén “escondidas” en el catálogo, y que, si alguien quiere, le sea difícil acceder a ellas, y tampoco se dé la posibilidad de que alguien por curiosidad las vea dado que no le aparecerán fácilmente. Por todo ello, ésta es una obligación relevante y conveniente, el problema será determinar cuándo y cómo cumplen debidamente con esta obligación legal.

La cuota de pantalla también se establece para las salas de exhibición cinematográfica o cines en el artículo 18 de la Ley del Cine. Las salas de exhibición

cinematográfica están obligadas a programar dentro de cada año natural al menos el 25 por 100 del total de las sesiones con obras europeas, y de este cómputo total anual se exceptuarán las sesiones en las que se exhiban obras cinematográficas de terceros países en versión original subtitulada. Y tendrán valor doble en el cómputo del porcentaje previsto las sesiones en que se proyecten obras europeas de ficción en versión original subtitulada a alguna de las lenguas oficiales españolas; obras europeas de animación; documentales europeos; programas europeos de cortometrajes; obras europeas que incorporen sistemas de accesibilidad para personas con discapacidad física o sensorial, en especial el subtulado y la audiodescripción; obras europeas que se proyecten en cines que obtengan una recaudación bruta inferior a 120.000 euros y obras europeas cuando permanezcan en explotación en una misma sala más de 18 días consecutivos o un período consecutivo en el que existan 3 fines de semana (art. 18.2. Ley del Cine).

3.3. La obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales

Otra de las manifestaciones concretas del derecho a la diversidad cultural y lingüística es la obligación de financiación anticipada de obras europeas por parte de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. En el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual se mantiene también esta obligación de financiación anticipada de obras europeas con algunos cambios relevantes que indicaremos a continuación.

Esta obligación de financiación anticipada la tienen los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica pública o privada, así como los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas, siendo estas últimas las que son objeto del presente trabajo (art. 5.3. párr. 1º y 9º Ley General de Comunicación Audiovisual). Quedan excluidas expresamente de esta obligación las televisiones locales que no formen parte de una red nacional (art. 5.3. párr. 10º Ley General de Comunicación Audiovisual) y tiene sentido dados los escasos medios de los que suelen disponer las televisiones locales. En el Anteproyecto se establece una exención de tener que cumplir con esta obligación para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual privados, cuyos ingresos devengados en el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, obtenidos en el mercado audiovisual español³² sean iguales o superiores a diez millones de euros. Si la cuantía es inferior, quedarán exentos del cumplimiento de esta obligación (arts. 115.1. y 117.4.). Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisivo de ámbito estatal no hay excepción alguna (art. 116).

³² Cabe recordar que conforme al art. 3.7. del Anteproyecto esta obligación también deben cumplirla los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que estén establecidos en otro Estado Miembro pero que dirigen sus servicios también a España.

Esta obligación de financiación anticipada de las obras audiovisuales europeas se puede cumplir tanto con la participación directa en su producción, como en la adquisición de los derechos de explotación de las mismas sin participar en consecuencia en su producción (art. 5.3. párr.2º Ley General de Comunicación Audiovisual). En el Anteproyecto se ofrece una tercera opción como es la contribución al Fondo de Protección de la Cinematografía cuya gestión le corresponde al Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA) (art. 19.3. Ley del Cine). Esta contribución se imputará en primer lugar a la financiación de obra audiovisual de productores independientes, salvo indicación en contrario (no se especifica de quién, si es facultad del ICAA y la necesidad o no de su justificación) o que la cantidad exceda la inversión que deba realizarse por tal concepto (art. 115.3 y 4.).

Concretamente los prestadores de servicios de comunicación audiovisual indicados anteriormente deberán contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación³³, con el 5 por ciento de los ingresos devengados en el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción. Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública estatal o autonómica esta obligación se incrementa hasta un 6 por ciento. Como mínimo, el 60 por ciento de esta obligación de financiación, y el 75 por ciento en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, deberá dedicarse a películas cinematográficas de cualquier género. En todo caso, el 60 por ciento de esta obligación de financiación se destinará a la producción en alguna de las lenguas oficiales en España. Y de este importe, al menos el 50 por ciento deberá aplicarse en el conjunto del cómputo anual a obras de productores independientes³⁴. Asimismo, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual podrán dedicar hasta el 40 por ciento restante (y hasta el 25 por ciento en el caso de los de titularidad pública) del total de su respectiva obligación de financiación a películas, series o miniseries para televisión. Dentro de estos porcentajes, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública deberán dedicar un mínimo del 50 por ciento a películas o miniseries para televisión³⁵.

³³ Como es lógico no se pueden computar a estos efectos la inversión o la compra de derechos de películas que sean susceptibles de recibir la calificación X de conformidad con la Ley del Cine (art. 5.3. párr.8º Ley General de Comunicación Audiovisual).

³⁴ En las coproducciones no se contabilizará a estos efectos la aportación del productor (art. 5.3. párr. 5º *in fine* Ley General de Comunicación Audiovisual).

³⁵ Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuya obligación de inversión venga derivada de la emisión, en exclusiva o en un porcentaje superior al 70% de su tiempo total de emisión anual, de un único tipo de contenidos, siendo éstos películas cinematográficas, series de televisión, producciones de animación o documentales, podrán materializarla invirtiendo únicamente en este tipo de contenidos siempre que se materialicen en soporte fotoquímico o en soporte digital de alta definición (art. 5.3. párr. 7º Ley General de Comunicación Audiovisual).

En el Anteproyecto estas cantidades se modularán en función de los ingresos³⁶, lo que resulta plenamente razonable dado el dispar tamaño que tienen a veces los prestadores de servicios de comunicación audiovisual y en particular las plataformas audiovisuales de *streaming*. En particular, si los prestadores de servicios de comunicación audiovisual tienen unos ingresos devengados en el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, iguales o superiores a 50 millones de euros, destinarán anualmente el 5 por ciento de sus ingresos a financiar obra audiovisual europea o a contribuir al Fondo de Protección de la Cinematografía, y un mínimo de un 70 por ciento para obras audiovisuales de productores independientes y un mínimo del 40 por ciento a obras audiovisuales de productores independientes de cualquier género en alguna de las lenguas oficiales en España (art. 117.2.). Si sus ingresos son inferiores a 50 millones de euros, destinarán anualmente el 5 por ciento de sus ingresos a financiar obra audiovisual europea, o a la adquisición de derechos de explotación de la obra ya terminada o a contribuir al Fondo de Protección de la Cinematografía, y un mínimo de un 70 por ciento para obras audiovisuales de productores independientes (art. 117.3.). Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisivo de ámbito estatal y autonómico³⁷ de titularidad pública se mantiene el porcentaje de destinar el 6 por ciento de sus ingresos, pero se exige respetar que un mínimo de un 70 por ciento se derive a obras audiovisuales de productores independientes en alguna de las lenguas oficiales, un mismo de un 45 por ciento a películas de productores independientes de cualquier género en alguna de las lenguas oficiales y un mínimo de 12 por ciento a animación y documentales. Por tanto, no se altera el porcentaje de los ingresos que debe destinarse a cumplir con esta obligación, pero sí las condiciones y sus requisitos en función de los ingresos obtenidos en un determinado ejercicio económico en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual privados. Y en el caso de los prestadores de titularidad pública se alteran los requisitos de reparto de esos ingresos, tratando además de impulsar sectores que encuentran claras dificultades de financiación como son la animación y el documental.

Por último, cabe señalar que en la Ley del Cine también se contiene, aunque indirectamente esta obligación de financiación anticipada. Su Disposición derogatoria única deroga la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual, salvo en lo que respecta a su Disposición adicional segunda, que contempla precisamente la obligación de inversión de los operadores de televisión y que fue desarrollada por el Real Decreto 1652/2004, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles.

³⁶ Se manifiesta expresamente en el Anteproyecto que esto se hace conforme a la Recomendación de la Comisión Europea, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (art. 117.1.).

³⁷ Se prevé que las Comunidades Autónomas con lenguas oficiales puedan imponer obligaciones adicionales a los prestadores de estos servicios de comunicación audiovisuales de carácter autonómico y titularidad pública (art. 116.4. Anteproyecto).

4. Conclusiones

Primero. - El sector está en un momento de cambio, la pandemia y sus consecuencias solo han acelerado lo que seguramente hubiese pasado, pero de forma más gradual. Las plataformas audiovisuales de *streaming* han incrementado notablemente sus usuarios y se ha lanzado una nueva plataforma muy importante como es Disney Plus obteniendo una gran cantidad de suscriptores en relativamente poco tiempo. En todo caso, aunque resulta muy difícil hacer pronósticos en un mundo tan cambiante, no resulta demasiado factible que las salas de cine desaparezcan totalmente y sean sustituidas por las plataformas audiovisuales de *streaming*. Aunque es evidente que las salas de exhibición cinematográfica deberán apostar para paliar su retroceso por mejorar la calidad del servicio con el fin de tratar de diferenciarse y competir con las plataformas audiovisuales de *streaming*.

Segundo. - Las plataformas audiovisuales de *streaming* son en principio plataformas de dos lados, aunque es evidente el impulso de la producción propia de las plataformas grandes en los últimos años convirtiéndose en parte en plataformas de un solo lado. Esta tendencia se acentuará en los próximos años con el fin de diferenciarse de sus competidores y obtener así un mayor poder de mercado. Igualmente, buscarán reforzar ese poder de mercado suscribiendo todavía más acuerdos de exclusividad con autores, productores y distribuidores, así como realizando más operaciones de concentración en el sector audiovisual. Con tal propósito, se aprovecharán de los intensos efectos de red que genera su condición en principio de plataformas de dos lados y de la recopilación y del uso masivo de datos de sus usuarios y suscriptores. En este contexto, las plataformas medianas, pequeñas o especializadas tendrán difícil su supervivencia en el mercado.

Tercero. - Las plataformas audiovisuales de *streaming* compiten con los operadores tradicionales televisivos e incluso se puede considerar que lo hacen también con las salas de cine y las plataformas de intercambios de videos en el lado de los usuarios, al igual que en el lado de los productores y distribuidores. En cuanto a la producción propia, las plataformas competirán también con todos los anteriores pertenecientes al mercado audiovisual.

Cuarto. - La industria del Cine es también cultura y ello justifica su especial protección y la necesidad de adoptar medidas que regulen el sector. En particular, se debe tratar de garantizar que el derecho a la diversidad cultural y lingüística sea real y efectivo adoptando medidas de protección y de fomento.

Quinto. - Las obligaciones de cuota de obra audiovisual europea y de financiación anticipada de las mismas son las dos medidas de protección y fomento de la diversidad cultural que se prevén en la legislación nacional y europea, junto con las ayudas públicas en las distintas fases del proceso cinematográfico. Estas medidas no han conseguido realmente garantizar la diversidad cultural, puesto que el mercado audiovisual sigue adoleciendo en gran medida de ella, esto es, hay una gran homogeneidad. Por ello, puede resultar más importante mejorar los canales de distribución y exhibición.

Sexto.- El Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual sigue siendo claramente insuficiente a este respecto y prevé como medidas de promoción de las obras audiovisuales europeas, las ya clásicas obligaciones de cuota y de financiación anticipada, aunque contiene algunas novedades relevantes y positivas como: a) la obligación de que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisivo a petición garanticen la prominencia de las obras europeas en sus catálogos; b) los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que no tengan su domicilio en España, pero que dirijan sus servicios también a España, deben cumplir también con estas dos obligaciones de promoción de la obra audiovisual europea; y c) la posibilidad de cumplir con la obligación de financiación anticipada realizando una contribución al Fondo de Protección de la Cinematografía del ICAA.

5. Bibliografía

- Bianco, M^a F. (2017): “Los derechos de explotación del contenido audiovisual y la entrada de las plataformas Over The Top (OTT): estudio caso Netflix”. *ICADE* 100. BIB 2017\1319.
- Díez Estella, F. (2020): “La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa?”. *Revista CEF Legal* 229 (2), 5-40.
- Evans, D. S. y Schmalensee, R. (2008): “Markets with Two-Sided Platforms”. En *1 Issues in Competition Law and Policy* 667 (ABA Section of Antitrust Law 2008). pp. 667-693.
- Filistrucchi, I.; Geradin, D.; Van Dame, E.C. y Affeldt, P. (2013): “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, *TILEC Discussion Paper 009, Tilburg Law School Research Paper 09*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2240850.
- García Leiva, M^a T. (2019): “Plataformas en línea y diversidad audiovisual: desafíos para el mercado español”. *CIC. Cuad. inf. com.* 24, 73-93.
- González Castilla, F. (2019): *La economía colaborativa ante el derecho de la competencia. Una introducción al análisis antitrust y regulatorio de las plataformas*. Aranzadi. Cizur Menor.
- Hovenkamp, H. (2021): “Antitrust and Platform Monopoly”. *Yale L.J.* 130. <https://ssrn.com/abstract=3639142>.
- Izquierdo Castillo, J. (2007): *Distribución y exhibición cinematográficas en España. Un estudio de situación del negocio en la transición tecnológica digital*. Tesis Doctoral presentada en la Universidad Jaume I de Castellón.
- Jarne Muñoz, P. (2019): *Economía colaborativa y plataformas digitales*. Reus. Madrid.
- Khan, Lina M. (2017): “Amazon’s Antitrust Paradox”, *The Yale Law Journal* 126, 710-805.
- Robles Martín-Laborda, A. (2017): “Merger control and online platforms: the relevance of network effects”, <https://ssrn.com/abstract=3024225>.
- Robles Martín-Laborda, A. (2018): “El poder de mercado de las plataformas colaborativas”. En S. Rodríguez Marin, Sara y A. Muñoz García (coords.). *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*. Wolters Kluwer. Bosch. Madrid, pp. 103-116.
- Robles Martín-Laborda, A. (2018): “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”. *Actas de Derecho Industrial*. 38, 77-103.
- Montiel Roig, G. (2011): “Cambio social y autorregulación de contenidos en la Ley General de Comunicación Audiovisual: islas de regulación y ciudadanos perdidos”. En B. Belando Garin y G. Montiel Roig (coords.). *Contenido y mercado en la regulación de la Comunicación Audiovisual*. Tirant Lo Blanch. Valencia. pp. 29-48.

- Palomar Olmeda, A. (2011): “El derecho a contratar la emisión en exclusiva de contenidos audiovisuales”. En C. Chinchilla y M. Azpitarte (coords.). *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*. Garrigues. Aranzadi. Cizur Menor, pp. 313-340.
- Quadra Salcedo Fernández del Castillo, T. de la (2011): “La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual: Del servicio público a la liberalización en un sistema dual”. En C. Chinchilla y M. Azpitarte (coords.). *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*. Garrigues. Aranzadi. Cizur Menor, pp. 22-70.
- Rochet, J.C. y Tirole, J. (2003): “Platform Competition in Two-Sided Market”. *Journal of the European Economic Association*. 1, 990-1029.
- Russo, F. y Stasi, M.L. (2016): “Defining the relevant market in the sharing economy”, *Internet Policy Review. Journal on Internet Regulation*. 5 (2), 1-13.
- Sierra, S. de la (2011): “El derecho a la diversidad cultural y lingüística y el derecho a una comunicación transparente”. En C. Chinchilla y M. Azpitarte (coords.). *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*. Garrigues. Aranzadi. Cizur Menor, pp. 157-188.