



LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DEL ENTORNO DIGITAL: INSUFICIENCIAS Y SOLUCIONES EN LA DELIMITACIÓN DE LOS SECTORES DE REFERENCIA ANTE EL DESAFÍO DE LOS SERVICIOS OVER THE TOP (OTT)

THE LEGAL ARTICULATION OF THE DIGITAL ENVIRONMENT: INSUFFICIENCIES AND SOLUTIONS IN THE DELIMITATION OF THE REFERENCE SECTORS TO THE CHALLENGE OF OVER THE TOP (OTT) SERVICES

JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ¹

RESUMEN

La tradicional delimitación del entorno digital en sectores de referencia como son las telecomunicaciones (comunicaciones electrónicas), el audiovisual y los servicios de la sociedad de la información (servicios TIC) se ha visto afectada por la aparición de innumerables servicios prestados a través de Internet que ofrecen funcionalidades propias de estos servicios pero que no encajan en su definición, por lo que escapan de la aplicación de su régimen jurídico. Estos servicios *over the top* (OTT) están alterando el equilibrio de los distintos sectores, al competir con los demás operadores sin someterse a su mismo régimen jurídico, eludiendo obligaciones necesarias para alcanzar objetivos de interés general. Frente a este desafío, la Unión Europea ha optado por ampliar el ámbito de aplicación para incluirlos en el régimen jurídico correspondiente, pero sometiéndolos a unas obligaciones específicas y distintas de las propias de los operadores tradicionales para facilitar su desarrollo a la vez que se garantizan objetivos de interés público.

ABSTRACT

The traditional delimitation of the digital environment in reference sectors such as telecommunications (electronic communications), audiovisual and information society services (ICT services) has been affected by the appearance of innumerable services provided through the Internet that They offer features typical of these services but that do not fit into their definition, so they escape the application of their legal regime. These *over the top* (OTT) services are altering the balance of the different sectors, by competing with other operators without submitting to the same legal regime, avoiding obligations necessary to achieve objectives of general interest. Faced with this challenge, the European Union has chosen to expand the scope of application to include them in the corresponding legal regime, but subjecting them to specific and different obligations from those of traditional operators to facilitate their development while pursuing objectives of public interest.

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, Subdirector del Máster en Derecho de las Telecomunicaciones, Protección de Datos, Audiovisual y Sociedad de la Información y miembro del Instituto Pascual Madoz de Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente. Licenciado en Derecho con premio extraordinario por la Universidad de Granada y Doctor Europeo por la Universidad de Bolonia (Italia). Ha realizado numerosas estancias de investigación en centros de reconocido prestigio como la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, SPISA (Bologna); Institute of Advanced Studies (Indiana University); o Boalt Hall (Berkeley Law, UCLA). Contacto: jose.vida@uc3m.es

El presente trabajo se ha realizado como parte del proyecto de investigación "El impacto de la inteligencia artificial en los servicios públicos: Un análisis jurídico de su alcance y consecuencias en la asistencia sanitaria" (PGC2018-098243-B-I00) que se desarrolla bajo la dirección del profesor José Vida Fernández dentro de la convocatoria 2018 de «Proyectos de I+D de Generación de Conocimiento» del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación.

PALABRA CLAVE

Regulación | Sector digital | Servicios de telecomunicaciones | Servicios audiovisuales | Servicios de sociedad de la información | Servicios OTT.

KEYWORDS

Regulation | Digital sector | Telecommunications services | Audiovisual services | Information society services | OTT services.

CONTENIDO

1. Introducción: la articulación jurídica de los sectores que constituyen el entorno digital; **2.** La tradicional delimitación de los sectores que integran el entorno digital y caracterización de su respectivo régimen jurídico; **2.1.** La delimitación originaria del sector de las telecomunicaciones: El régimen jurídico de los servicios de comunicaciones electrónicas; **2.2.** La delimitación originaria del sector audiovisual: El régimen jurídico de los servicios de comunicación audiovisual; **2.3.** La delimitación originaria de los servicios de sociedad de la información: El régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información; **3.** Las insuficiencias en la delimitación de los sectores del entorno digital ante el empuje de los servicios digitales Over the Top (OTTs); **3.1.** El surgimiento de los servicios Over the Top (OTT) y su incidencia en la tradicional articulación jurídica de los sectores económicos; **3.2.** La respuesta jurisprudencial ante las insuficiencias en la delimitación de los sectores económicos; **4.** La nueva delimitación de los sectores del entorno digital: la ampliación de las definiciones y la adaptación de los regímenes jurídicos sectoriales; **4.1.** La nueva definición de los servicios de comunicación electrónica y la adaptación de su régimen jurídico; **4.2.** La nueva definición de los servicios de comunicación audiovisual y la adaptación de su régimen jurídico; **4.3.** La nueva definición de los servicios de intermediación y de las plataformas digitales y su nuevo de su régimen jurídico; **5.** Conclusión; **6.** Bibliografía. **7.** Anexo de normativa y jurisprudencia.

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 27 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 13 de octubre de 2021.

1. INTRODUCCIÓN: LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DE LOS SECTORES QUE CONSTITUYEN EL ENTORNO DIGITAL

El proceso de transformación tecnológica alcanza a todas las dimensiones de nuestra realidad, la cual es ya, eminentemente, digital. La mayoría de nuestras actividades, ya sean profesionales o personales, se desarrollan en entornos digitales que se nos manifiestan de una manera continua y homogénea. Así, alguien puede asistir a una reunión online, preparar, enviar un informe y descansar consultando sus redes sociales mientras disfruta de su serie favorita. Todo ello lo hace de manera natural a través de distintas redes, dispositivos, servicios y aplicaciones dentro de una misma realidad digital.

Sin embargo, este entorno digital dista mucho de ser continuo y homogéneo ya que se compone de distintos elementos que lo hacen posible. Encontramos, entonces, redes y servicios que permiten la comunicación electrónica (ya sea fija o móvil), con el consiguiente envío y recepción de datos a través de distintos dispositivos e interfaces (computadora, tablet, smartphome, smartTV, vehículos, alarmas, etc.) que se conectan para prestar un creciente y variado repertorio de servicios independientes (envío de un mensaje de correo electrónico, videollamadas, compras en plataformas, contenidos audiovisuales, información en cloud o un vehículo autónomo).

Desde un punto de vista económico-empresarial, el sector digital se encuentra articulado en

distintos subsectores entre los que se pueden distinguir los servicios de telecomunicaciones (o de comunicaciones electrónicas) que prestan conectividad, los servicios digitales (servicios de la sociedad de la información o servicios TICs), que ofrecen funcionalidades a partir de esa conexión a distancia, y los servicios audiovisuales (o de comunicación audiovisual) que facilitan contenidos. Los usuarios pueden apreciar esta fragmentación a partir de las distintas facturas que tienen que abonar para poder disfrutar de ese entorno digital, ya que tendrá un contrato con un operador de telecomunicaciones, otros contratos con distintas plataformas de televisión online o de video bajo demanda y, por último, otros contratos con su plataforma de comercio electrónico, su proveedor de servicios *cloud*, etc., aunque cada vez se ofrecen más servicios empaquetados.

Esta estructura coincide con la articulación jurídica a la que se somete este entorno digital que, en ningún país, se regula de forma homogénea bajo una única norma sino a través de distintos subsistemas conformados por normas específicas que ordenan cada sector conforme a un fundamento y a una lógica propia. De este modo, nada o poco tiene que ver el régimen jurídico de las telecomunicaciones con el de los servicios audiovisuales o de los servicios de la sociedad de la información, ya que presentan niveles de intervención de muy diversa intensidad, por lo que no resulta indiferente ser clasificado como operadores de uno u otro sector.

La definición de estos servicios y el consiguiente sometimiento a uno u otro régimen jurídico han evolucionado en las últimas décadas como consecuencia de la convergencia de las telecomunicaciones, el audiovisual y las tecnologías de la información que, sin embargo, no han sido regulados en la configuración de un marco jurídico único. Por el contrario, la tradicional delimitación de estos sectores se ha visto afectada por el empuje de nuevos servicios prestados por Internet que ofrecen funcionalidades propias de estos servicios pero que no encajan en su definición, por lo que quedan al margen de su régimen jurídico.

Estos servicios *over the top* (OTT) que operan por encima de la normativa de los distintos sectores están alterando su equilibrio al competir con los demás operadores sin someterse a su mismo régimen jurídico, comprometiendo asimismo la eficacia de esta normativa y los objetivos de interés público general que con ella se persiguen. La creciente relevancia de estos servicios OTT genera unas importantes dificultades en la articulación jurídica de estos sectores que conforman el entorno digital en tanto desbordan los regímenes jurídicos de referencia, por lo que se plantea si someterlos a la misma regulación que a los operadores tradicionales de dichos sectores o mantenerlos al margen para que conserven su impulso creativo e innovador.

Se trata de un problema que carece de una solución definitiva, pero resulta imprescindible actuar poniendo en marcha soluciones como la adoptada en la Unión Europea, que ha optado por ampliar el ámbito de aplicación del régimen jurídico de los distintos sectores, incluyéndolos así en un mismo régimen jurídico, pero sometiéndolos a unas obligaciones específicas y distintas de las propias de los operadores tradicionales para facilitar su desarrollo a la vez que se garantizan los objetivos de interés público general.

2. LA TRADICIONAL DELIMITACIÓN DE LOS SECTORES QUE INTEGRAN EL ENTORNO DIGITAL Y CARACTERIZACIÓN DE SU RESPECTIVO RÉGIMEN JURÍDICO

2.1. La delimitación originaria del sector de las telecomunicaciones: El régimen jurídico de los servicios de comunicaciones electrónicas

Desde el inicio del proceso de liberalización de las telecomunicaciones a finales de

la década de los años ochenta del siglo pasado, se planteó en el ámbito europeo el problema de la delimitación de este sector como consecuencia de las innovaciones tecnológicas que, precisamente justificaban la apertura de los monopolios nacionales y la consecución de un mercado común de telecomunicaciones. En este sentido, en el Libro Verde de la Liberalización de las Telecomunicaciones de 1987, la Comisión apuntaba de forma tan precoz como acertada a un problema que iría en aumento en las décadas siguientes, como era la delimitación de las telecomunicaciones y su distinción de otros sectores conexos que, hasta ese momento, habían estado perfectamente delimitados (Comisión Europea, 1987, p. 9).

La propia Comisión volvió a ocuparse sobre la cuestión diez años después en el Libro Verde sobre la Convergencia de 1997², en el que señaló lo imprescindible de contar con un marco reglamentario adecuado a este nuevo fenómeno que venía a transformar los servicios tradicionales ofrecidos por las telecomunicaciones y los medios de comunicación, en cuanto a su gama y diversidad. En este documento se analizaban los retos de la convergencia a nivel tecnológico, en tanto la digitalización estaba permitiendo que los servicios de comunicaciones (con independencia de que utilizaran imágenes, sonidos, datos o voz) se pudiesen ofrecer a través de distintas redes, por lo que ya no era posible seguir identificando ciertas redes con servicios concretos. De hecho, la Comisión hacía referencia específicamente al problema de las definiciones legales y la incertidumbre con respecto al régimen jurídico aplicable a una determinada actividad, para lo que propuso adaptar las definiciones existentes de manera que se tuvieran en cuenta los avances y tendencias tecnológicas.

Este planteamiento es el que justifica que, con ocasión de la revisión del marco jurídico del sector a través de un conjunto de Directivas denominado Paquete Telecom de 2002 se desplazase el término "telecomunicaciones" por el de "comunicaciones electrónicas"³. En todo caso, debe tenerse en cuenta que no son conceptos sustitutivos, sino que las telecomunicaciones abarcan un ámbito más amplio en el que se encajan las comunicaciones electrónicas que constituyen su elemento esencial⁴, por lo que el término telecomunicaciones sigue empleándose tanto a nivel europeo como interno de

2 Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación - En la perspectiva de la sociedad de la información [COM (97) 623 final, de 3 de diciembre de 1997].

3 Se justifica este cambio en los considerandos 6 y 7 de la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, precisamente por la evolución tecnológica registrada en el sector de las telecomunicaciones y como consecuencia del fenómeno de la convergencia de los sectores de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información. El Paquete Telecom estaba encabezado por la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, denominada "Directiva marco", a la que acompañaban las llamadas "Directivas específicas" (Directiva 2002/20/CE de autorización, Directiva 2002/19/CE de acceso, Directiva 2002/22/CE de servicio universal y Directiva 97/66/CE de los datos personales e intimidad en las telecomunicaciones).

4 En efecto, las telecomunicaciones incluyen otras cuestiones que van más allá de la simple transmisión de señales, como las relacionadas con el despliegue de las redes, su seguridad o la interoperabilidad de los terminales que se rigen en normas específicas como la Directiva 2014/53/UE (Directiva RED) de armonización de equipos radioeléctricos terminales; el Reglamento (UE) 2015/2120 de neutralidad de la red; o la Directiva 2014/61/UE (BBcost) de despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad en infraestructuras susceptibles de alojarlas.

los Estados miembros, como es el caso de España donde la norma de referencia en el sector es la Ley General de Telecomunicaciones⁵.

Bajo la denominación de comunicaciones electrónicas se agrupan todas las redes y los servicios necesarios para la comunicación a distancia, independientemente de la red utilizada (cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos -los que incluía redes fijas como el cable o inalámbricas como el satélite-) y del tipo de servicio (desde la telefonía vocal a la transmisión de señales de radio y televisión), que quedaban sometidos a un marco regulador común. Ahora bien, se debe aclarar que la "regulación convergente" que se prodiga bajo las comunicaciones electrónica no pretendía unificar el régimen de los sectores implicados (telecomunicaciones, audiovisual, servicios de la sociedad de la información), sino que la convergencia se limita a los "medios de transmisión" que soportan la actividad en estos sectores. Es decir, que todo lo relativo a las redes y servicios para la transmisión de señales estuviese bajo el mismo régimen jurídico aplicable a las comunicaciones electrónicas contenido en el Paquete Telecom, independientemente del tipo de contenidos transmitidos, ya fuesen servicios audiovisuales o de la sociedad de la información.

De este modo, las comunicaciones electrónicas quedaron delimitadas en función de los elementos que las integran, a saber, las redes, los servicios y los recursos asociados, tal y como fueron definidos en la Directiva Marco⁶. Lo más relevante aquí es la definición de los servicios de comunicaciones electrónicas que son aquellos consistentes en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas. De esa manera, se trata de incluir todos los servicios de transmisión independientemente de sus características (ya sean servicios mayoristas como la interconexión fija y móvil, el alquiler circuitos o la transmisión datos, o servicios finales para los usuarios como la telefonía fija y móvil, la banda ancha fija y móvil, etc.) unificándose así bajo una misma normativa todos los servicios de telecomunicaciones que, durante el proceso de liberalización habían

5 En el caso de España, se ha mantenido este planteamiento en las sucesivas Leyes Generales de Telecomunicaciones de los años 1998, 2003 y 2014 y se mantiene en el anteproyecto que actualmente se encuentra en tramitación. El hecho de que en España se legisle sobre las telecomunicaciones y no sobre las comunicaciones electrónicas tiene que ver con el reparto de competencias a nivel territorial, ya que el artículo 149.1.21º CE atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las telecomunicaciones, por lo que el legislador estatal ha optado por dictar un único cuerpo normativo (la LGTel) que incorpora, además del régimen de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (con aspectos como la condición de operador, los derechos y obligaciones de operadores y usuarios, o el servicio universal), otros aspectos como es el régimen de la instalación de equipos y sistemas, la interceptación legal de las comunicaciones, la conservación de datos, o la evaluación de conformidad de equipos radioeléctricos, transponiéndose así en un mismo texto legal una normativa europea dispersa.

6 Las redes de comunicaciones electrónicas se definían de forma omnicompreensiva incluyendo todos los sistemas de transmisión (red de par cobre, fibra óptica, cable coaxial, las redes telefonía móvil, etc.), independientemente de la tecnología empleada (sean cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos) y de la utilización que se les dé (tendido eléctrico, redes para la radio, televisión y cable) y de la información que transporten (art. 2 a) Directiva Marco y Anexo LGTel Def. 3). Los servicios de comunicaciones electrónicas se definían como aquellos prestados, por lo general a cambio de una remuneración que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas (art. 2 a) Directiva Marco y Anexo LGTel Def. 35). Por último, los recursos asociados son definidos como las infraestructuras físicas, los sistemas, dispositivos, los servicios asociados u otros recursos o elementos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen el suministro de servicios a través de dicha red o servicio o tengan potencial para ello (art. 2 e) de la Directiva Marco y del Anexo LGTel Def. 39).

estado sometidos a regímenes dispares, incluidos los servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión.

Como se ha adelantado, la convergencia afecta solo a la transmisión y no a los servicios que la utilizan, ya sean para ofrecer contenidos (servicios audiovisuales) o funcionalidades (servicios de sociedad de la información), por lo que quedan excluidos del régimen de las comunicaciones electrónicas los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos, en tanto se entiende que se trata de servicios de comunicación audiovisual. Asimismo, quedan excluidos los servicios de la sociedad de la información que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.

La separación entre la regulación de la transmisión (comunicaciones electrónicas) y la regulación de los contenidos y servicios transmitidos (audiovisual y servicios de la sociedad de la información) derivó en la construcción de regímenes jurídicos estancos, basados en unas definiciones que se han mantenido inalteradas durante casi dos décadas hasta las nuevas definiciones que, en el caso de los servicios de comunicaciones electrónicas, ha introducido el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas aprobado por la Directiva (UE) 2018/1972⁷.

A partir de estas definiciones, se establece un régimen jurídico completo y detallado para las comunicaciones electrónicas que, en España, se contiene por ahora en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones⁸. Esta se caracteriza por la intensidad de la intervención pública desplegada en tanto se califican como servicios de interés general que se presta en régimen de libre competencia. Por lo tanto, aunque estemos ante un sector plenamente liberalizado, al tratarse de unos servicios en red tendentes al monopolio natural y que no responden a criterios de equidad, quedan sometidos a un importante bloque de medidas para garantizar el funcionamiento competitivo del mercado y la consecución de los objetivos de servicio público, convirtiéndose así en un sector fuertemente regulado.

2.2. La delimitación originaria del sector audiovisual: El régimen jurídico de los servicios de comunicación audiovisual

Por lo que respecta a los servicios audiovisuales, estos contaban con una larga trayectoria de intervención a nivel europeo en desarrollo de la política en sector audiovisual, conforme a la que se habían adoptado medidas que inicialmente alcanzaban a los medios de transmisión (redes y servicios) centrándose en el concepto de “actividad de radiodifusión televisiva”, que era la referencia sobre la que se disponía su normativa en la Directiva 89/552/CEE (de televisión sin fronteras)⁹.

Tradicionalmente, los servicios audiovisuales eran fácilmente identificables ya que se caracterizaban por la tecnología de transmisión en un solo sentido de forma simultánea

7 Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

8 Que será sustituida en breve por una nueva Ley General de Telecomunicaciones que transpondrá el contenido del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas.

9 En la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, se definía la radiodifusión televisiva como la emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público (art. 1 a).

a una multiplicidad de usuarios (punto-multipunto), que era la forma de transmisión a través de las redes de radiodifusión analógica, tanto de la televisión como de la radio. Por esta razón, se identificaban coloquialmente como “medios de difusión”, ya que permitían la comunicación de contenidos a gran escala. Esto los convertía en medios de comunicación de masas y justificaba que estuvieran sometidos a un régimen jurídico específico y distinto del régimen de las telecomunicaciones, ya que estas permitían una comunicación interactiva punto a punto, que era como inicialmente se caracterizaban los servicios tradicionales como la telefonía vocal o el telégrafo.

La convergencia derivada del avance tecnológico llevó a que los contenidos audiovisuales pudiesen transmitirse a través de distintos tipos de redes y que esas mismas redes pudiesen transmitir cualquier tipo de contenidos, haciendo que fuese cada vez más difícil la distinción de los servicios audiovisuales de los servicios de comunicaciones electrónicas y de los servicios de la sociedad de la información. Esto es lo que condujo a la integración de las redes de radiodifusión sonora y televisiva, en cuanto sistemas de transmisión, en las redes de comunicaciones electrónicas, perdiendo así su caracterización como un servicio de telecomunicaciones singular al que habían estado sometidas durante el proceso de liberalización. De esa manera, quedan sometidas al régimen común de las comunicaciones electrónicas.

De forma paralela a lo que había ocurrido en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, se fue modificando la definición de la actividad de radiodifusión televisiva incorporando a su contenido otras formas de difusión más allá de la televisión analógica, como la digital, la emisión en directo en tiempo real por Internet (*live streaming*), la difusión web (*webcasting*) y el vídeo casi bajo demanda, hasta que, finalmente, se incorporaron los servicios audiovisuales a petición bajo una nueva definición de los “servicios de comunicación audiovisual” que introdujo la Directiva 2007/65/CE de modificación de la Directiva de televisión sin fronteras.

A partir de este cambio, los servicios de comunicación audiovisual pasan a definirse como aquellos 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, independientemente de si es o no bajo demanda, e incluyendo comunicaciones comerciales¹⁰.

La definición de servicios de comunicación audiovisual se centra en la consideración de que estos servicios son medios de comunicación de masas, es decir, que están destinados a una parte significativa del público en general y que puedan tener un claro impacto sobre él en el ejercicio de su función de informar, entretener y educar al público general, así como de emitir comunicaciones audiovisuales comerciales¹¹.

Por lo tanto, quedan excluidos de los servicios de comunicación audiovisual aquellos que impliquen actividades que no sean fundamentalmente económicas, ni entren en competencia con la radiodifusión televisiva, ni los servicios cuyo principal objeto no sea

10 Artículo 1 a) de la Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 2007/65/CE. Esta es la definición de los servicios de comunicación audiovisual que se incorpora en España a través de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, a los que añade como modalidades del servicio de comunicación audiovisual, los servicios de comunicación audiovisual televisiva y radiofónica; ya sean estos lineales, a petición, en movilidad; sean de cobertura estatal; se emitan en abierto o codificado; y sean de acceso gratuito o de pago (artículo 2.2 a 2.5 de la LGCA).

11 Directiva 2007/65/CE, Considerandos 16 y 18.

proporcionar programas, es decir, aquellos cuyo contenido audiovisual sea meramente incidental y no constituya la finalidad principal, situación en la que encajan multitud de servicios de sociedad de la información¹².

Asimismo, quedan excluidas las redes y servicios de comunicaciones electrónicas utilizados para el transporte y difusión de la señal de los servicios de comunicación audiovisual, sus recursos asociados y los equipos técnicos necesarios para la recepción de la comunicación audiovisual, en tanto su régimen es el propio de las telecomunicaciones¹³.

De esta manera queda delimitado el ámbito propio de los servicios de comunicación audiovisual que, en tanto que medios de comunicación de masas, quedan sometidos a un régimen jurídico muy característico ya que responde a la tutela del derecho fundamental a la libre de comunicación y a la promoción de principios democráticos esenciales como son el pluralismo de los medios de comunicación, la imparcialidad, la diversidad cultural y lingüística, la integración social, la protección de los consumidores y la protección de los menores.

En efecto, el régimen de los servicios de comunicación audiovisual, que en España se contiene en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual – que se completa con normativa a nivel autonómico–, tiene un fundamento completamente distinto al de las telecomunicaciones, lo que determina un modelo de intervención pública mucho más intenso lo que se manifiesta en la exigencia de licencias de comunicación audiovisual para el desarrollo de la actividad y el sometimiento a un control sobre los contenidos emitidos para garantizar el respeto de los derechos reconocidos.

2.3. La delimitación originaria de los servicios de sociedad de la información: El régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información

El último de los ámbitos en surgir dentro del sector digital ha sido precisamente aquel que más lo caracteriza, ya que son todos aquellos servicios prestados a distancia a través de comunicaciones electrónicas y que han ido multiplicándose a partir del acceso a Internet. Se trata de los tradicionales servicios de la tecnología de la información y comunicación (servicios TIC), que en el ámbito de la Unión Europea han sido identificados como servicios de la sociedad de la información y que se corresponden con lo que últimamente se denominan como servicios digitales.

La cantidad y variedad de estos servicios hacen imposible enumerarlos, ya que incluyen desde una simple página web de comercio electrónico hasta complejas plataformas de compras (Amazon, eBay, Aliexpress), videos (Netflix, HBO, Amazon Prime), música (Spotify, Last.fm, Soundcloud), información, opinión o tendencias (desde periódicos hasta los canales de influencers), juegos (Xbox, Playstation, Roblox), pasando por aplicaciones de videollamadas y mensajes (Skype, Whatsapp) y servicios en la nube (GoogleDrive, Dropbox iCloud) y un largo etc. Se trata de servicios que, en muchos casos, supone una disrupción no solo técnica sino jurídica, ya que proporcionan funcionalidades que pueden ser substitutivas de los servicios de telecomunicaciones y audiovisuales, así como de otros servicios con una regulación específica como el transporte, el alojamiento, etc. sin estar sometidos a la misma, operando así por encima de dichos regímenes jurídicos,

12 Se trata, por ejemplo, de imágenes y sonidos que pueden formar parte de una plataforma de venta online como Amazon o Zara, o de archivos de imagen y/o sonido que se transmite a través de un servicio de mensajería instantánea como Whatsapp.

13 También se excluye a las personas físicas o jurídicas que únicamente difundan o transporten la señal de programas audiovisuales cuya responsabilidad editorial corresponde a terceros, en tanto estaría fuera de su control el contenido difundido (artículo 3.2 a) y b) LGCA)

lo que lleva a calificarlos como servicios *over the top* (OTTs).

En el ámbito de la UE, los servicios de sociedad de la información se definen como todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios, requisitos que deben concurrir con carácter acumulativo¹⁴. Esta definición se recoge a nivel interno en la normativa sobre servicios de la sociedad de la información de cada uno de los Estados miembros, en el caso de España, en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)¹⁵. Se trata de una definición legal de carácter expansivo que abarca un enorme cantidad y variedad de servicios en constante transformación, se recurre a enumeraciones ejemplificativas en las que se incluyen servicios que ofrecen funcionalidades de forma directa y final a los usuarios, y servicios de intermediación que facilitan el acceso a otros servicios o a contenidos e información¹⁶.

El carácter innovador y la plasticidad de los servicios de la sociedad de la información que les permiten desarrollar funcionalidades asimilables a las propias de los servicios de telecomunicaciones y audiovisuales, ha planteado el problema de su distinción de estos servicios que están sometidos a un régimen jurídico específico y más exigente, y que se analizará en el siguiente apartado.

En todo caso, conforme a la definición tradicional de los servicios de telecomunicaciones, no pueden considerarse como tales los servicios de la información que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas¹⁷, y tampoco lo son los servicios de comunicación audiovisual¹⁸.

14 La definición de los servicios de la sociedad de la información procede de la Directiva 98/34/CE sobre servicios de la sociedad de la información, y ahora se recoge en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/1535 que la sustituye, y a la que remite la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico que desarrolla gran parte de su régimen jurídico.

15 La definición contenida en el apartado a) del Anexo de la LSSI se corresponde exactamente con la dada en la Directiva 98/34/CE y que ahora se recoge en la Directiva 2015/1535.

16 En la definición contenida en el Anexo a) de la LSSI y en la Exposición de Motivos de la misma se enumeran una serie de ejemplos, por una parte, de servicios que ofrecen funcionalidades de forma directa como son la contratación de bienes o servicios por vía electrónica; la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales; la gestión de compras en la red por grupos de personas; el envío de comunicaciones comerciales; el suministro de información por vía telemática (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red). Asimismo se añaden a la definición los denominados servicios de intermediación, que son aquellos por los que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información, como son las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...).

17 Tal y como se indica en el art. 1.2 LGTel 2014, ya que la clave es que las actividades en línea de que se trate no sean medio de transmisión, es decir, que no se encarguen específicamente del transporte de señales, lo que excluye aquellos servicios de comunicación entre usuarios como WhatsApp, Skype, etc. que son interfaces y no habilitan a la transmisión de la señal.

18 Quedarían excluidos de la condición de servicios de la sociedad de la información que lleva a cabo la propia LSSI con respecto a los servicios prestados por medio de telefonía vocal,

Esto implica que aquellos servicios que respondan a la definición de los servicios de la sociedad de la información, pero también encajen en la definición más específica de los servicios de comunicaciones electrónicas o audiovisuales, quedarán sometidos al régimen jurídico de éstos últimos. En todo caso, un mismo operador puede desarrollar simultáneamente distintos servicios siempre que cuente con los títulos habilitantes correspondientes y se someta a la normativa específica¹⁹.

Por último, debe tenerse en cuenta que el régimen de los servicios de la sociedad de la información tienen como fundamento esencial la protección de los intereses de los consumidores que son sus usuarios, por lo que, a diferencia del régimen de los servicios de comunicaciones electrónicas y de los servicios audiovisuales, se basa un libre desarrollo de la prestación de estos servicios con respecto a los que no se exige ningún título habilitante y simplemente se imponen unas obligaciones genéricas (de identificación del prestador, información, etc.) para facilitar a los usuarios ejercer sus derechos y se delimitan una serie de responsabilidades para garantizar dichos derechos. Por lo tanto, se trata de un régimen jurídico que contiene una intervención pública mínima en comparación con el propio de los servicios de comunicaciones electrónicas y, sobre todo, de los de comunicación audiovisual.

3. LAS INSUFICIENCIAS EN LA DELIMITACIÓN DE LOS SECTORES DEL ENTORNO DIGITAL ANTE EL EMPUJE DE LOS SERVICIOS DIGITALES OVER THE TOP (OTT)

3.1. El surgimiento de los servicios Over the Top (OTT) y su incidencia en la tradicional articulación jurídica de los sectores económicos

Como se ha podido comprobar, la articulación del entorno digital se ha basado en la configuración de distintos sectores –como son las telecomunicaciones (o comunicaciones electrónicas), el audiovisual y los servicios de la sociedad de la información–, que quedan sometidos a un regímenes jurídicos diferenciados con importantes asimetrías en la intensidad y características de la intervención administrativa desplegada en cada uno de ellos.

Se establece así, desde principios de siglo, una ordenación estanca para cada uno de estos sectores que, en aquel momento, se podían distinguir con claridad, pero cuyas fronteras quedaron rápidamente superadas por los avances tecnológicos que desbordaban las definiciones legales en que se basaba la delimitación de estos sectores.

En efecto, el desarrollo vertiginoso de los servicios en línea prestado a través de Internet durante las dos últimas décadas, impulsado por la mejora en la capacidad y velocidad de conexión y por los avances en la programación informática, ha dado lugar a la aparición de un sinfín de nuevas aplicaciones que dejaron obsoletas las definiciones en que se basaba la delimitación de los distintos sectores en que se articulaba el entorno digital.

fax o télex; el intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan; los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta); los servicios de radiodifusión sonora; el teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas

19 Por ejemplo, un proveedor de servicios de Internet, puede ofrecer tanto un servicio de comunicaciones electrónicas, tal como el acceso a Internet, como servicios de la sociedad de la información, tales como el suministro de contenidos en forma de páginas de Internet, tal y como se indicaba en el considerando 10 de la Directiva Marco.

La manifestación de estos cambios se refleja en los denominados servicios *over the top* (OTT), que son servicios prestados sobre Internet y se ofrecen directamente a los usuarios finales por terceros que utilizan las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, sin necesidad de ningún hardware específico²⁰. Pero lo verdaderamente característico de los servicios OTTs es que son servicios que no encajaban en la tradicional definición de los servicios de comunicaciones electrónicas o los audiovisuales, pero prestaban las mismas funcionalidades, compitiendo en el mercado con éstos desde un régimen jurídico distinto y mucho menos exigente como es el propio de los servicios de la sociedad de la información.

Así, frente a los servicios de comunicaciones electrónicas, van surgiendo servicios OTT de mensajería instantánea que permite el envío de texto, imágenes y videos (como Whatsapp, Telegram, Line, etc.) que sustituyen servicio de telecomunicaciones similares (como los mensajes de SMS o MMS). También van extendiéndose servicios de audio o videollamada (como el propio WhatsApp, Skype, Zoom, etc.) que, cada vez más, sustituyen a los tradicionales servicios de telefonía vocal. En la medida en que todos estos servicios dependen del servicio de acceso a Internet, los demás servicios de telecomunicaciones van siendo abandonados progresivamente a favor del servicio de banda ancha fija o móvil, que es lo único y fundamental que necesitan los usuarios en esa convergencia al todo IP.

Por otra parte, respecto a los servicios de comunicación audiovisual, estos servicios OTT van concentrando cada vez una mayor audiencia en las nuevas formas de consumo de contenidos audiovisuales que superan a los tradicionales canales difusión a través de los servicios de radio y televisión. Se trata de plataformas de video bajo demanda en *streaming* como Netflix, HBO, Amazon Prime que no son meros difusores sino creadores de contenidos y, por tanto, actores plenos del sector audiovisual, así como plataformas de intercambios de videos o de retransmisión en directo o en diferido como Youtube, Vimeo o Twitch.

Por último, aunque no suele identificarse como servicios OTT, también han surgido innumerables servicios prestados a través de Internet (servicios de la sociedad de la información) que están alterando todos los sectores económicos ya que surgen como instrumentos que modifican el esquema de los mercados de bienes y de servicios. Estos aparecen ofreciendo funcionalidades complementarias a los actores de esos mercados (como los comparadores de productos o las plataformas de prestadores de esos mercados) o como actores alternativos (distribución de productos -como medicamentos- o de prestación de servicios -apps de seguros-). Esta incidencia tiene un mayor alcance en aquellos sectores que se encuentran sometidos a una mayor intervención pública, pues los nuevos servicios ofrecidos en línea son sustitutivos de los ya existentes, pero no están sometidos a las limitaciones y exigencias propias de la regulación de ese sector –por lo que operan en la misma lógica que los servicios OTT–, como se ha puesto de manifiesto en el caso del sector del transporte de pasajeros (con iniciativas como Uber) o en el de los alojamientos (como AirBnB).

Como se puede comprobar, el desafío de los nuevos servicios prestados a través de Internet es común para la articulación jurídica de los sectores del entorno digital como para el resto de sectores económicos, en tanto desbordan las definiciones legales de

20 Al respecto se puede consultar el "Report on OTT Services" del BEREC [BoR (16) 35] de 29 de enero de y, asimismo, "Caracterización del uso de algunos servicios *over the top* en España (servicios de comunicaciones y servicios audiovisuales)", Documento de Trabajo nº 4 de la CNMC, diciembre 2014.

modo que no les resulta aplicable el régimen jurídico específico previsto para cada sector, a pesar de que actúan como actores relevantes de los mismos. Este desequilibrio ha sido denunciado por los operadores tradicionales de los correspondientes sectores (comunicaciones electrónicas, audiovisual, transportes, alojamiento, etc.) que reclamaban el denominado *level playing field* para competir en pie de igualdad con estos servicios digitales que se benefician de las insuficiencias en la articulación del régimen jurídico, eludiendo las obligaciones, exigencias y cargas previstas en el mismo.

Sin duda, el ámbito donde este desequilibrio entre los OTT y los operadores tradicionales se manifiesta de forma más acentuada es con respecto a los operadores de telecomunicaciones. Esto, ya que los OTT aprovechan sus redes y servicios –en muchos casos con un consumo masivo de datos– para ofrecer servicios sustitutivos a los que ofrecen estos mismos operadores, pero sin tener que desplegar y el mantener sus propias redes y servicios, ni tener que afrontar el coste de su uso ya que lo abona el usuario final. El planteamiento de los operadores de telecomunicaciones con respecto a los OTT es que, si sus servicios son sustitutivos de los servicios de comunicaciones electrónicas, deberían quedar sometidos a una misma regulación y responder a las mismas obligaciones que estos²¹.

De hecho, ante la falta de respuesta por parte de los legisladores responsables para equilibrar esta situación (*level playing field*), los operadores tradicionales de telecomunicaciones recurrieron al único recurso a su alcance para incidir en la actividad de estos servicios OTT, que era la gestión del tráfico de la red, modulando la velocidad en función del tipo de servicio utilizado, lo que motivó el reconocimiento del principio de la neutralidad de la red. En efecto, ante la creciente amenaza de que los operadores de telecomunicaciones pudiesen manipular el flujo de datos por sus redes para hacer frente al desafío de los OTT, el Reglamento (UE) 2015/2120 (internet abierta) consagró el principio de neutralidad de la red, al garantizar un tratamiento equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a internet y los derechos relacionados de los usuarios finales. De este modo, los operadores OTT quedaron blindados frente a cualquier posible acción de los operadores de telecomunicaciones, independientemente que sus servicios puedan suponer un consumo masivo de ancha de banda, como es el caso de las plataformas audiovisuales.

3.2. La respuesta jurisprudencial ante las insuficiencias en la delimitación de los sectores económicos

A pesar del desafío que suponía la aparición de los nuevos servicios prestados por Internet para la articulación jurídica de los distintos sectores tanto dentro del entorno digital como en la economía, en general, las definiciones legales sobre las que establecía la delimitación de cada uno de estos sectores han permanecido inalteradas casi dos décadas, desde los inicios de siglo²².

21 De este modo, por ejemplo, consideran que los OTTs deben abonar las tasas de telecomunicaciones o responder a las obligaciones de servicio público, contribuyendo a la financiación del servicio universal, facilitando el acceso a servicios de emergencia a través de 112 y respetando las exigencias de calidad de los servicios.

22 En efecto, si bien la Directiva Marco y el resto del Paquete Telecom de 2002 fue modificada por la Directiva 2009/140, sin embargo, no se modificaron las definiciones de los servicios de comunicación electrónica. Otro tanto sucedió con los servicios de comunicación audiovisual una vez que fueron introducidos en la Directiva 2007/65/CE y a la que sustituyó la Directiva 2010/13/UE sobre servicios de comunicación audiovisual. Tampoco se modificó la definición de los servicios de la sociedad de la información asentada en la Directiva 98/34/CE que fue sustituida por la Directiva 2015/1535.

Ante la renuncia por parte del legislador europeo de abordar los cambios que estaban introduciendo los servicios OTT, fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la que vino a concretar y aclarar las dudas que se han ido planteando al respecto en cada caso. En este sentido, si bien los pronunciamientos del TJUE no han sido muy numerosos, sí han sido relevantes ya que han sido tenidos en cuenta posteriormente por el legislador europeo a la hora de definir los distintos tipos de servicios del ámbito digital.

Por una parte, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la distinción entre los servicios de comunicaciones electrónicas y aquellos servicios de sociedad de la información que se utilizan para comunicarse, como es el caso del correo electrónico o aplicaciones de audio o videollamadas a través de Internet. Se trata de sentencias muy casuísticas, con las que no se pretende establecer criterios generales, sino que analizan las características de cada servicio llegando a conclusiones divergentes en función de las mismas.

Así, el servicio de correo electrónico prestado por Google (Gmail) fue excluido de la consideración de servicio de comunicación electrónica siendo considerado un servicio sociedad de la información. La cuestión no era tan evidente ya que el proveedor del servicio de correo electrónico en Internet efectúa una transmisión de señales, pero el Tribunal consideró no era su actividad principal y que no tenía responsabilidad dicha transmisión (STJUE de 13 de septiembre de 2019, C-193/18). Resulta relevante esta interpretación del TJUE, ya que posteriormente se modificaría la definición de los servicios de comunicaciones electrónicas para incluir este tipo de servicios de la sociedad de la información.

Por el contrario, un servicio de llamadas de Skype (STJUE de 5 de junio de 2019, C-142/18) directamente a teléfonos fijos o móviles, es considerado parte de los servicios de comunicaciones electrónicas, por lo que debe someterse a su régimen jurídico. La clave aquí es la funcionalidad adicional (denominada SkypeOut) que permite al usuario llamar a un número fijo o móvil gracias a acuerdos con operadores de telecomunicaciones encargados de terminar la llamada. En este criterio ha sido recogido en la nueva definición de los servicios de comunicaciones electrónicas que distingue entre los servicios de comunicaciones interpersonales que utilizan números servicios de comunicaciones interpersonales que utilizan numeración y aquellos que no lo hacen.

Por otra parte, el TJUE también se ha pronunciado sobre la distinción entre los servicios de comunicaciones electrónicas y los servicios audiovisuales, llevando a cabo una interpretación expansiva del alcance de los primeros al incluir todos servicios que sirven para la transmisión de la señal de radio y televisión.

Así, con respecto a un operador de cable (STJUE de 7 de noviembre de 2013, C-518/11), que facturaba tanto por los costes de transmisión como por los derechos de autor por la difusión del contenido de las obras, fue considerado un operador de comunicaciones electrónicas en la medida que su actividad principal consistía en la transmisión de la señal por cable hasta el terminal de recepción del consumidor final. En el mismo sentido calificó un servicio de conexión vía satélite que ofrecía esencialmente contenidos televisivos de acceso condicional como servicio de comunicaciones electrónicas (STJUE de 30 de abril de 2014, C-475/12). Se confirma así la relevancia de la actividad de transmisión independientemente de lo transmitido, incluidos los contenidos radiofónicos o televisivos.

Por el contrario, el TJUE deja fuera de la consideración de servicios de comunicación audiovisual la oferta de contenidos audiovisuales a través de Internet, similar a la que

llevan a cabo multitud de plataforma de video bajo demanda (STJUE de 13 de diciembre de 2018, C-298/17). En concreto el Tribunal considera que una empresa que ofrece el visionado de programas de televisión en flujo continuo y en directo en Internet no debe ser calificada como operador de comunicaciones electrónicas, ya que una cosa es la transmisión y otra el contenido de los servicios prestados a través de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Por último, el TJUE también ha entrado la distinción de los servicios de sociedad de la información y otros servicios ajenos al entorno digital, pero sobre los que incide de forma decisiva, como son los servicios de transporte o alojamiento. En este sentido ha interpretado que los servicios de sociedad de la información dejan de serlo, y pasan a ser considerado otro tipo de servicio (de transporte, alojamiento, etc.), en función de las características del servicio de intermediación que cumplen y de cómo se insertan y afecta a la estructura de prestación del servicio final para el que realizan la intermediación. Conforme a la jurisprudencia, esto sucede cuando ese servicio de intermediación forme parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica (servicio de transporte, de alojamiento, etc.) (STJUE de 19 de diciembre de 2019, C-390/18).

Así, en el TJUE consideró que un servicio de intermediación para la prestación de servicio de transporte de vehículos de turismo con conductor (VTC) como Uber no era un simple servicio de la sociedad de la información, en tanto el prestador crea una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, y organiza el funcionamiento general de la misma en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta, por lo que el servicio de intermediación prestado debe considerarse parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, pasa a ser considerado un servicio de transporte y a someterse a la normativa de los mismos (STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15).

Por el contrario, en el caso de un servicio de intermediación para la prestación de transporte de taxi (una app para reservar taxis autorizados) fue considerado como servicio de sociedad de la información ya que, por sus características, al limitarse a poner en contacto a los consumidores con los taxistas autorizados sin influir en ninguna condición del servicio (precio, calidad, etc.), no debía considerarse como parte integrante del servicio de transporte urbano (STJUE de 3 de diciembre de 2020, C-62/19).

Como se puede comprobar, la jurisprudencia del TJUE, por razón de su carácter limitado y fragmentario, no podía ser la solución al desbordamiento que estaban provocando la aparición de nuevos servicios prestados a través de Internet que superaban las tradicionales definiciones sobre las que se había articulado el régimen jurídico de los distintos sectores tanto dentro del entorno digital como en la economía en general, por lo que fue necesario un replanteamiento de dichas definiciones y de los regímenes jurídicos aplicable en estos sectores.

4. LA NUEVA DELIMITACIÓN DE LOS SECTORES DEL ENTORNO DIGITAL: LA AMPLIACIÓN DE LAS DEFINICIONES Y LA ADAPTACIÓN DE LOS RÉGIMENES JURÍDICOS SECTORIALES

La intensificación de la transformación digital derivada del uso masivo y generalizado de servicios prestado a través de Internet hicieron insostenible la tradicional delimitación de sectores del entorno digital, basada en unas definiciones de los servicios de telecomunicaciones, audiovisual y sociedad de la información que se habían dado casi dos décadas atrás, y que estaban siendo constantemente superadas por nuevos servicios

que permitan actuar en distintos sectores sin tener que someterse a su respectivo régimen jurídico, actuando por encima de estos, operando sometidos exclusivamente bajo laxo régimen propio de los servicios de la sociedad de la información.

Frente a este desafío, a lo largo de la última década, se desarrolló un intenso debate sobre cuál debía ser la solución para regular estos nuevos servicios OTTs. En este, se planteaba desde someterlos en igualdad de condiciones al régimen jurídico de aquellos servicios que afectase, a crear un régimen jurídico exclusivo y autónomo para esta categoría de servicios o incluso mantener la misma situación actual que les permitiese desarrollarse y evolucionar libremente.

La solución escogida es una tercera vía que implica incluir a estos nuevos servicios prestados por Internet que actúan como servicios OTTs a través de la ampliación de la definición de los servicios a los que afectan (comunicaciones, audiovisual) y, simultáneamente, adaptar el régimen jurídico aplicable para darles un tratamiento específico y asimétrico, distinto y menos gravoso que el resto de los tradicionales operadores de estos servicios.

4.1. La nueva definición de los servicios de comunicación electrónica y la adaptación de su régimen jurídico

Así, puede apreciarse en el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas aprobado por la Directiva (UE) 2018/1972, la apertura hacia una definición más amplia sobre los servicios de comunicaciones electrónicas, pues se incluyen servicios de la sociedad de la información que habían quedado, hasta ese momento, fuera de dicha consideración, justificándolo en el hecho de que son servicios sustitutivos, por lo que se hace necesario garantizar que los usuarios finales y sus derechos estén eficaz y equitativamente protegidos cuando utilicen servicios de función equivalente²³.

Por lo tanto, se abandona la vinculación de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas al «transporte de señales» –aunque se sigue utilizando como criterio– y se establece una definición que incluye otros servicios que permiten la comunicación, sin llevar a cabo el transporte o la transmisión. Se amplía así la definición de los servicios de comunicaciones electrónicas, pero se introducen tres categorías con regímenes específicos y asimétricos, los cuales deberán identificarse a partir de un recorrido por las normas que, en cada caso, les resultan aplicables²⁴: servicios de acceso a internet, los servicios de comunicaciones interpersonales, y los servicios que consisten total o principalmente en el transporte de señales.

Debe tenerse en cuenta que este cambio en la definición no ha supuesto la absorción de los servicios de comunicación audiovisual y los servicios de la sociedad de la información que siguen existiendo como categoría con su respectivo régimen jurídico, si bien mucho de los segundos van a pasar a ser considerados servicios de comunicaciones electrónicas

23 Desde la perspectiva del usuario final, no hace al caso si un proveedor transporta las señales él mismo o si la comunicación se ofrece mediante un servicio de acceso a internet, por lo que debe garantizarse dicha comunicación como tal independientemente de cómo se produzca. Esto se debe a la evolución tecnológica y de los mercados que ha hecho que las redes se dirijan a la tecnología del protocolo de internet (IP), y ha posibilitado que los usuarios finales escojan entre una serie de proveedores de servicios vocales competidores, independientemente de la tecnología que se utilice (considerando 13).

24 Se pretende así eliminar las ambigüedades observadas en la aplicación de la definición de los servicios de comunicaciones electrónicas y permitir una aplicación particularizada, disposición por disposición, de los derechos y obligaciones específicos que comprende el marco a los diferentes tipos de servicios (considerando 11).

en la medida que encajen en la definición que se hace de cada una de las categorías de servicios de comunicaciones electrónicas y, específicamente, en los denominados servicios de comunicaciones interpersonales²⁵.

En efecto, dentro de las nuevas categorías de servicios de comunicaciones electrónica destacan los servicios de comunicaciones interpersonales, que se definen como los prestados por lo general a cambio de una remuneración que permite un intercambio de información directo, interpersonal e interactivo a través de redes de comunicaciones electrónicas entre un número finito de personas, en el que el iniciador de la comunicación o participante en ella determina el receptor o receptores y no incluye servicios que permiten la comunicación interpersonal e interactiva como una mera posibilidad secundaria que va intrínsecamente unida a otro servicio²⁶.

Dentro de los servicios de comunicaciones interpersonales se distinguen entre aquellos basados en numeración –entre los que se encuentran los servicios de comunicaciones vocales y que se caracterizan ya que los usuarios finales tienen asignados para garantizar la conectividad y que entren en contacto–, y los independientes de la numeración, que son la verdadera novedad, ya que supone la inclusión de un gran número de servicios que, hasta entonces, eran considerados como simples servicios de la sociedad de la información.

Lo relevante de todas estas nuevas categorías es que quedan sometidas a un tratamiento jurídico diferenciado en cada una de ellas, lo que resulta especialmente notable en el caso de los servicios de comunicaciones interpersonales sin numeración que quedan sometidas a obligaciones mucho menos exigentes, ya que estos últimos solo deben estar sujetos a obligaciones cuando el interés público exija la aplicación de obligaciones reglamentarias específicas a todos los tipos de servicios de comunicaciones interpersonales, con independencia de que utilicen números para la prestación de su servicio²⁷.

4.2. La nueva definición de los servicios de comunicación audiovisual y la adaptación de su régimen jurídico

Este modelo conforme al que se amplía la definición de los servicios sometidos a un régimen jurídico específico, pero se adapta su contenido para ajustarlo a las características de cada servicio, no es privativo de las comunicaciones electrónicas, sino que se ha extendido igualmente a los servicios audiovisuales en términos muy similares.

En efecto, la Directiva (UE) 2018/1808 de servicios de comunicación audiovisual²⁸ viene a modificar su definición por razón de la convergencia de la televisión y los servicios de

25 Por lo tanto, dentro de los OTT, los servicios prestados por proveedores de contenidos como Netflix, HBO, Amazon Prime, Spotify y demás, seguirán quedando fuera de la consideración de los servicios de comunicaciones electrónicas, pero los servicios de mensajería, audio o videollamada (desde el Gmail hasta WhatsApp) pasan a ser considerados como tales, dentro de la categoría de servicios de comunicación personal, aunque se someten a un régimen diferenciado mucho menos intenso que el propio de los operadores tradicionales de telecomunicaciones.

26 Características que deben cumplirse todos de forma acumulativa (artículo 2.5 CECE).

27 Se considera justificado dar un trato diferente a los servicios de comunicaciones interpersonales basados en numeración, ya que participan en un ecosistema interoperable garantizado públicamente y, por consiguiente, también se benefician de él (considerando 17 CECE).

28 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

internet gracias a los avances técnicos que ofrecen nuevos servicios que modifican los hábitos de los ciudadanos, que van abandonando los contenidos televisivos tradicionales a través de la pantalla de televisión por nuevos tipos de contenidos, como los vídeos cortos o el contenido generado por los usuarios, al margen de los servicios de vídeo a petición. Se procura así ajustar el marco jurídico actualizado para adaptarse a la evolución del mercado y permitir un equilibrio entre el acceso a los servicios de contenidos en línea, la protección del consumidor y la competencia.

Sin embargo, en este caso la estrategia es algo diferente ya que no se utiliza una única definición de servicios de comunicación audiovisual bajo la que se establecen distintas categorías de estos servicios que quedan sometidos a condiciones específicas, sino que junto a estos se introduce los denominados servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma o plataforma de intercambio de vídeos que quedan sometidos a su propio régimen jurídico, lo que a efectos prácticos es casi lo mismo.

La definición de los servicios de comunicación audiovisual también se ajusta, ya que se parte de la tradicional identificación de estos servicios como aquellos cuya finalidad consiste en ofrecer programas al público en general, bajo la responsabilidad editorial de un prestador de servicios de comunicación, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, pero se especifica que debe ser su finalidad principal propia o de una de sus partes disociables²⁹.

No obstante, lo verdaderamente novedoso es la inclusión en la normativa audiovisual de los “servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma” o “plataformas de intercambio de vídeos” que son definidos como aquellos cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación³⁰.

En todo caso, estos servicios y plataformas de intercambios de videos quedan sometidos a un régimen jurídico específico que se construye sobre el régimen propio de los servicios de comunicación audiovisual, aunque limitando y modulando el alcance de muchas de las obligaciones, requisitos y exigencias dispuestos para estos últimos, sometiéndolos así

prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

29 Conforme a la nueva redacción del artículo 1.1 a) de la Directiva 2010/13/UE. Se cumple el requisito del objetivo principal si el servicio tiene una forma y contenido audiovisuales disociables de la actividad principal del prestador de servicios, como las partes autónomas de los periódicos en línea que ofrecen programas audiovisuales o vídeos generados por usuarios, cuando dichas partes puedan considerarse disociables de su actividad principal. Por el contrario, se trata de un mero complemento indisoluble de la actividad principal cuando exista una conexión importante entre la oferta audiovisual y la actividad principal, como facilitar noticias por escrito [considerando 3 de la Directiva (UE) 2018/1808]

30 Conforme a la nueva redacción del artículo 1.1 a) bis de la Directiva 2010/13/UE. Lo que se justifica en tanto se ponen a disposición contenidos audiovisuales y se han convertido en un importante medio para compartir información, entretener y educar, y compiten por la misma audiencia e ingresos que los servicios de comunicación audiovisual, además de tener un impacto considerable, ya que ofrecen a los usuarios la posibilidad de conformar las opiniones de otros usuarios e influir en ellas.

un marco jurídico mucho más flexible.

4.3. La nueva definición de los servicios de intermediación y de los servicios básicos de plataforma y su nuevo de su régimen jurídico

El último frente desde el que se está llevando a cabo la nueva delimitación de los sectores que componen el entorno digital afecta a los propios servicios de la sociedad de la información, ya que, aunque se mantiene la misma definición fijada originalmente, se ha propuesto establecer un régimen jurídico propio para los servicios de intermediación y también para los servicios básicos de plataforma, que son las dos categorías de servicios de la sociedad de la información que más han alterado la tradicional configuración de los sectores del entorno digital.

Por una parte, la definición de los servicios de sociedad de la información se va a ver completada con los servicios de intermediación que vienen configurados por la propuesta de Reglamento sobre servicios digitales³¹ y que se aplica a aquellos servicios intermediación que no constituyen parte integral de otro servicio que no es un servicio intermediado (servicio de transporte, de alojamiento) según se especifica en la jurisprudencia del TJUE, ya que de lo contrario pasaría a regirse por la normativa propia de ese servicio principal.

Dentro de los servicios de intermediación destacan los servicios de alojamiento de datos tales como servicios en nube y de alojamiento web que quedan sometidos a obligaciones comunes³². Los servicios de alojamiento incluyen, a su vez, plataformas online que reúnen a vendedores y consumidores (como mercados online, tiendas de aplicaciones, plataformas de economía colaborativa y plataformas de redes sociales) que se someten a obligaciones adicionales³³. En cuanto a las plataformas online muy grandes plantean especiales riesgos y para las que contemplan normas específicas cuando que llegan al 10% de los 450 millones de usuarios europeos³⁴.

Por otra parte, la tradicional definición de los servicios de la sociedad de la información también se va a ver completada con el régimen específico para los servicios básicos de plataforma que actúan como guardianes de acceso (*gatekeepers*) que se contiene en la propuesta de Reglamento sobre mercados digitales³⁵, y que afecta a determinados servicios que disfrutan de dicha posición (servicios de intermediación, motores de búsqueda, redes sociales, plataformas de intercambio de vídeos, comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, sistemas operativos, servicios de computación en

31 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (COM/2020/825 fin).

32 Informes de transparencia, condiciones de servicio conformes a los derechos fundamentales, cooperación con las administraciones nacionales; puntos de contacto y representante legal; notificación y adopción de medidas y obligación de informar a los usuarios.

33 Mecanismos de reclamación y recurso y de resolución extrajudicial de litigios, alertadores fiables, medidas contra las notificaciones y contra notificaciones abusivas, comprobación de las credenciales de terceros proveedores, transparencia de la publicidad online para los usuarios, denuncia de infracciones penales.

34 Obligaciones sobre gestión de riesgos y responsables del cumplimiento, auditoría externa de riesgos y rendición pública de cuentas, transparencia de los sistemas de recomendación y posibilidades de elección de los usuarios para el acceso a la información, intercambio de datos con administraciones e investigadores, códigos de conducta, cooperación en materia de respuesta a las crisis.

35 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) COM/2020/842 final

nube, servicios de publicidad). Cuando estas plataformas básicas sean considerados guardianes de acceso³⁶, quedan sometidos a una serie de obligaciones y de restricciones para garantizar que no abusen de su posición y faciliten la libre competencia³⁷.

5. CONCLUSIÓN

El empuje de los nuevos servicios digitales prestados a través de Internet está desbordando la estructura de los tradicionales regímenes jurídicos de los sectores de referencia del entorno digital como son las telecomunicaciones, el audiovisual y de los propios servicios de la sociedad de la información en los que aquellos se enmarcan. Se hace imprescindible así equilibrar la situación en que se encuentran estos servicios que actúan como actores relevantes en todos los mercados del entorno digital, pero desarrollan su actividad al margen del correspondiente régimen jurídico al que se encuentran sometidos los operadores tradicionales.

La opción escogida en el ámbito de la Unión Europea ha sido ampliar la definición legal que delimita estos sectores para incorporar estos nuevos servicios al régimen jurídico de las telecomunicaciones y del audiovisual, a la vez que se adapta su contenido distinguiendo distintas categorías de servicios que se someten a unos derechos y obligaciones específicos y distintos de los propios de los operadores tradicionales de estos sectores. A esto se suma la propuesta regulatoria de los propios servicios digitales que introducen nuevos límites y obligaciones para aquellos que tengan una mayor repercusión sobre los ciudadanos por su volumen de impacto (servicios digitales básicos) o su carácter estratégico (guardianes de acceso).

Con este novedoso planteamiento se consigue un importante avance, que va a permitir superar el tradicional problema de los servicios OTT y su falta sometimiento al régimen jurídico de referencia junto a los demás operadores del sector. Sin embargo, la solución no es, ni mucho menos definitiva, ya que se limita a trasladar el debate a la determinación del alcance de las obligaciones y requisitos que corresponda a estos servicios como operadores del sector de referencia.

En todo caso no se deben desdeñar los logros de esta estrategia ya que, por lo pronto, permite incorporar servicios equivalentes bajo un mismo marco jurídico, avanzando así en el *level playing field* y evitando así el debate binario entre aplicación o no aplicación de un bloque normativo completo, además de trasladar la cuestión a un contexto más flexible como es la determinación de los derechos y obligaciones que corresponden a unos y otros operadores dentro de un mismo marco normativo, bajo el principio de imponer obligaciones similares a servicios semejantes.

Esta será la clave para mantener el equilibrio y la eficacia en la ordenación de los

36 Las plataformas básicas son considerados guardianes de acceso cuando tiene una posición económica fuerte, un impacto significativo en el mercado interior y actividades en muchos países de la UE; tiene una sólida posición de intermediadora, con una amplia base de usuarios y un gran número de empresas; y tiene (o está a punto de tener) una posición arraigada y duradera en el mercado.

37 Así deberán permitir a terceros interactuar con sus propios servicios, permitir que sus empresas usuarias accedan a los datos que generan al utilizar la plataforma del guardián de acceso, ofrecer a las empresas que publicitan en su plataforma las herramientas y la información necesarias para que anunciantes y editores lleven a cabo su propia verificación independiente de los anuncios alojados por el guardián de acceso, permitir que sus empresas usuarias promocionen sus ofertas y celebren contratos con sus clientes fuera de la plataforma del guardián de acceso.

distintos sectores que integran el entorno digital y requiere un análisis muy detallado del contenido exacto del régimen jurídico que le corresponde a cada categoría de servicios porque, aunque todos sean a partir de ahora operadores de un mismo sector, su estatuto no será exactamente el mismo para todos ellos.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aguado-Guadalupe, G. y Bernaola, I. (2019). «El nuevo marco regulador europeo de los servicios audiovisuales bajo petición y de intercambio de vídeo. Su repercusión en el mercado español de plataformas», *Index.Comunicación*, 9(3), 13-34.

Andrés Segovia, Belén. (2020). *La convergencia de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la Información*. Aranzadi.

Echebarría Sáenz, Marina. (2021). "Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo", *Revista de Estudios Europeos*, No 78, julio-diciembre, 154-182.

Fernández, Lionel. *El Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas: Una auténtica reforma de la regulación de las telecomunicaciones*. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 2-9.

García Castillejo, Ángel. (2017). *La regulación del sector audiovisual. De la radio y la televisión a los servicios sobre la red (OTT)*», en Edgar González López (Dir.), *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, 1075-1116.

Malaret García, Elisenda. (2015). «Los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de telecomunicaciones: Los servicios de la Sociedad de la Información y los Servicios de Comunicación Audiovisual», en T. Quadra-Salcedo (Dir.), J. Vida (coordinador), *Derecho de las telecomunicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 104-137.

Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás. (2004). «Comentario a las disposiciones generales de la LGT», en E. García de Enterría y T. de la Quadra-Salcedo (Dir.): *Comentarios a la Ley General de telecomunicaciones*. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, Madrid, Thomson/Civitas.

Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa. (2020). "Los servicios de la sociedad de la información en una Economía de Plataformas: Caso Uber. La segunda generación de la economía digital en la Unión Europea", en Albert Ruda González; Carmen Jerez Delgado (dirs.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del III Encuentro anual del Centro Español del European Law Institute Vol. 2*, 69-85.

Vida Fernández, José (2016), «Las garantías para el acceso a una internet abierta en el reglamento (UE) 2015/2120: una batalla perdida para la neutralidad de la red», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 40, 96-124.

7. ANEXO DE NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

Normativa

Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva

Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la armonización de equipos radioeléctricos terminales (Directiva RED)

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

Directiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (BBcost)

Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 7 de noviembre de 2013, *UPC Nederland*, asunto C-518/11.

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 30 de abril de 2014, *UPC DTH Sàrl*, asunto C-475/12.

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, apartados 38 a 44.

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 13 de diciembre de 2018, *France Télévisions SA y Playmédia*, asunto C-298/17.

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 5 de junio de 2019, *Skype vs. IBDP*, asunto C-142/18.

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 13 de septiembre de 2019, *Google vs Alemania*, asunto C-193/18.

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, apartado 50 y jurisprudencia citada.

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 3 de diciembre de 2020, *Star Taxi App*, C-62/19, apartado 55.