

Los contenidos culturales en el entorno digital. Retos económicos y jurídicos

José Pedreira Menéndez, Víctor Fernández Blanco, Juan
Prieto Rodríguez, Luis A. Albornoz y
M^a Trinidad García Leiva

Índice

Prefacio	9
Introducción: Oportunidades y desafíos para las industrias culturales en el entorno digital	13
1. Derechos de propiedad intelectual e internet	21
1.1. Introducción	21
1.2. Iniciativas legislativas internacionales	22
1.3. Iniciativas legislativas españolas	38
1.4. Medidas técnicas de protección	61
1.5. Entidades de gestión	63
1.6. Licencias libres	72
1.7. Conclusiones y recomendaciones	74
2. La retribución de los creadores de contenidos en la era de la Economía Digital: una Distopía	77
2.1. Introducción	77
2.2. La estructura de costes en la Economía Digital	80
2.3. Monopolio, monopsonio y monopolio bilateral	86
2.4. Un ejemplo de monopolio bilateral: Netflix y Time Warner	94
2.5. Mercados bilaterales y la importancia de las externalidades y los efectos de red	98
2.6. Mercados bilaterales en la Economía Digital: Google, YouTube y Wikipedia	103
2.7. Superestrellas, el efecto “The winner takes it all” y la economía de la larga cola	103
2.8. Conclusiones	111
2.9. Referencias Bibliográficas	111
Anexo	119

Introducción: Oportunidades y desafíos para las industrias culturales en el entorno digital

Luis A. Albornoz. *Profesor del Departamento de Periodismo y Comunicación Audiovisual de la Universidad Carlos III de Madrid.*

M^a Trinidad García Leiva. *Profesora del Departamento de Periodismo y Comunicación Audiovisual de la Universidad Carlos III de Madrid.*

La promoción y disseminación de tecnología digital a escala internacional ha traído aparejada toda una serie de nuevas oportunidades y amenazas para el conjunto de las expresiones culturales de los distintos países y grupos sociales. El uso de redes y dispositivos digitales ha permitido el descenso de los costes económicos ligados a la producción y difusión de contenidos culturales de todo tipo: libros, películas, videojuegos, grabaciones musicales, programas de televisión y de radio, fotografías, periódicos y revistas, etc. Asimismo, las redes digitales, en aquellas áreas geográficas donde se encuentran disponibles (no olvidemos que existen profundas desigualdades respecto al acceso a internet entre países y sectores sociales), permiten acceder a una ingente cantidad de bienes y servicios informativos, comunicativos y culturales que anteriormente tenían una circulación restringida.

La oferta disponible hoy era impensable tan solo hace un par de décadas atrás. La plataforma de contenidos vía *streaming* Netflix, presente a principios de 2018 en más de 190 países, ofrece miles de horas de referencias audiovisuales. En España, por ejemplo, esta plataforma oferta a sus clientes 2.133 largometrajes de distinto tipo (ficción, documentales, animación) y 613 programas de televisión. Rakun TV, por su parte, ofrece en este mismo mercado 4.917 películas y 70 programas de televisión.³ La aplicación multiplataforma para reproducir música vía *streaming* Spotify, lanzada desde Estocolmo hace una década, está presente en 61 países y tiene en su cartera 140 millones de clientes, de los cuales la mitad son de pago, quienes disfrutan de un catálogo conformado por cerca de 30 millones de canciones.⁴

Las nuevas tecnologías pueden ser empleadas tanto para fomentar dinámicas de interacción y colaboración entre creadores, artistas y profesionales de la cultura, como para establecer vías de comunicación entre los artistas y sus potenciales públicos por fuera de los tradicionales canales de promoción y distribución. Interacción, participación, re-creación y desintermediación, aplicados a ámbitos tan diversos como la creación, la financiación, la promoción o la distribución, parecen ser

³ Datos correspondientes al servicio JustWatch.com, 24/02/2018.

⁴ Datos proporcionados por Spotify en su sitio web (Spotify Press: Fast facts, 24/02/2018).

parte del ADN del paradigma digital en el terreno cultural. Sólo por citar algunos ejemplos, tenemos los *mush-ups* musicales, basados en la combinación de dos o más temas musicales en una especie de collage; las campañas de financiación colectiva (*crowdfunding*) de proyectos culturales; el subtulado de miles de horas de contenidos audiovisuales por fans no profesionales de manera gratuita (*fansubs*); o nuevas vías de experimentación creativa como la encarnada por el compositor y músico Jorge Drexler en su homenaje al *Guernica* (1937) de Pablo Picasso con motivo del octogésimo aniversario de la célebre pintura.

Sin embargo, el nuevo entorno digital, impulsado por agentes socio-económicos e intereses comerciales de distinto tipo, presenta desafíos de nuevo cuño tanto para los tradicionales actores de las industrias culturales como para las administraciones públicas a cargo de la custodia de los derechos a la cultura y a la comunicación, y de valores como la diversidad cultural, el pluralismo informativo o los derechos sociales y económicos de creadores y artistas.

Los debates protagonizados por delegaciones gubernamentales y organismos no gubernamentales (ONGs) durante el último lustro en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en torno a la adaptación de los principios, objetivos y herramientas de la *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales* (UNESCO, 2005) al nuevo entorno digital, dan cuenta del desfase que existe entre las principales políticas culturales y comunicativas existentes, ancladas en lo analógico, y los nuevos retos del escenario digital.

Intranquiliza particularmente el creciente poder de aquellos actores globales, comúnmente denominados GAFAs (en referencia a las compañías Google, Apple, Facebook y Amazon), que están determinando una fuerte concentración de la oferta cultural a nivel internacional con nefastas consecuencias para la diversidad, la pluralidad, la participación social o la visibilidad de creadores, artistas y producciones minoritarias. La construcción de ecosistemas cerrados, erigidos sobre procesos de integración empresarial de corte vertical y horizontal que permiten la convergencia de servicios y dispositivos, apuntalan una estructura oligopólica en el ámbito cultural sin precedentes en la historia de la humanidad.

Asimismo preocupan las brechas digitales existentes entre regiones, países y grupos sociales; el deterioro o inexistencia de servicios públicos de comunicación; la falta de datos fundamentales sobre el funcionamiento de importantes sectores de la economía digital, convertidos en insumos para la elaboración de estrategias de

consolidación y penetración en mercados;⁵ el tratamiento mercantil y de carácter político-ideológico de los datos personales; o la eliminación de las fronteras que separan lo público, lo privado y lo íntimo.

Gobernanza de las industrias culturales

El documento 'Orientaciones prácticas para la aplicación de la Convención en el entorno digital', aprobado en junio de 2017 por la Conferencia de las Partes de la mencionada Convención sobre diversidad cultural, reafirma "el reconocimiento de la doble índole (económica y cultural) de los bienes y servicios culturales, independientemente de los medios y las tecnologías utilizadas", al tiempo que también reafirma "el derecho soberano de las Partes a formular, adoptar y aplicar políticas y medidas de protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales en el entorno digital" (UNESCO, 2017: 3). De esta forma este tratado internacional, hasta la fecha ratificado por 145 países y la Unión Europea, da "luz verde" para que los estados actualicen y fortalezcan sus respectivos sistemas de gobernanza de la cultura en el entorno digital con el objetivo de "promover la diversidad de expresiones culturales y la diversidad de los medios de comunicación en el entorno digital, teniendo en cuenta la convergencia cada vez mayor de acciones en la cadena de valor" (UNESCO, 2017: 4).

Por su lado, las administraciones públicas de países como Canadá (Gouvernement du Canada: 'Le contenu canadien dans un monde numérique'), Colombia (Ministerio de Cultura: 'Política de cultura digital') o Francia, con la importante participación de ciudadanos y entidades civiles e investigadores, vienen realizando loables esfuerzos por comprender las claves del cambiante nuevo entorno digital y proponer medidas tendentes a aprovecharlo.

En este sentido, cabe destacar la elaboración en Francia del trabajo "Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique" (Lescure, 2013), más conocido como "Informe Lescure", resultante del encargo que el gobierno francés realizó a Pierre Lescure, ex presidente y CEO del grupo Canal +, para que liderara una reflexión que abordara la realidad de la "excepción cultural francesa" en el contexto digital.⁶ Considerando las relaciones entre creadores, empresas y usuarios de internet, el

⁵ Por ejemplo, a excepción del número de clientes estadounidenses, no se sabe exactamente cuántos suscriptores tiene Netflix en cada mercado. La opacidad de esta compañía llega a límites insospechados. No sólo es imposible conocer los costes de producción de *Las chicas del cable* (España, 2017-), la primera serie de televisión realizada por Bambú Producciones en exclusiva para Netflix y estrenada en más de 190 países, sino que sus propios realizadores no tienen acceso a los datos de visualización de esta ficción.

⁶ Recuérdese que Francia promueve la noción de "excepción cultural", basada en la idea de que los bienes y servicios culturales no son una mercancía como cualquier otra. Sin dejar de reconocer la innegable dimensión económica de los mismos (generadora de puestos de trabajo e ingresos), no se debe olvidar su carácter político-cultural; es decir, su capacidad de reforzar identidades y valores, promover la inclusión social y los sentimientos de pertenencia.

trabajo alcanza los distintos sectores artísticos interesados por las innovaciones digitales y presenta ochenta propuestas que versan sobre tres ejes:

1. Acceso público a las obras y a la oferta cultural en línea; para lo cual se propone: a) aumentar la oferta mejorando la disponibilidad digital de las obras, b) promover el desarrollo de un tejido de servicios culturales digitales innovadores y diversos, y c) presentar al público una oferta asequible, ergonómica y respetuosa.
2. Remuneración de creadores y financiación de la creación; para lo cual se plantea: a) garantizar la remuneración de los creadores por la explotación digital de sus obras, b) fortalecer la contribución de los actores digitales a la financiación de la creación, y c) apoyar nuevas formas creativas y nuevas vías de financiación.
3. Protección y adaptación de los derechos de propiedad intelectual; para lo cual se señala: a) reorientar la lucha contra la piratería hacia la falsificación lucrativa y aligerar el dispositivo conocido como 'respuesta gradual' implementado por la Hadopi (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet), b) adaptar la ley de propiedad intelectual a los usos digitales, y c) facilitar el acceso a los metadatos.

Mientras se espera que la revisión en marcha de la piedra angular de la regulación de los medios de comunicación en la Unión Europea (UE), la Directiva sobre servicios de comunicación audiovisual (DSCAV), desemboque en la imposición de porcentajes mínimos de producciones audiovisuales originadas en los países miembros de la UE en los catálogos de las plataformas en línea, las autoridades galas dieron un paso de gigante en relación con la financiación de la producción de obras audiovisuales "Fabriqué en France". En 2017 entró en vigor una tasa que grava a todas las plataformas en línea que tengan sede en el extranjero -como YouTube o Netflix- con el 2% de sus ingresos con el objeto de financiar la creación cinematográfica y audiovisual francesa.⁷ Se trata de la extensión de la cobertura de la "tasa de vídeo", existente desde 1993 para los vídeos en soporte físico (VHS y DVD) y ampliada en 2004 a las plataformas francesas de pago (como Canal Play y Orange VoD), que ahora alcanza al conjunto de plataformas de vídeos en línea.

⁷ Francia es uno de los mayores productores cinematográficos del mundo: en 2016 produjo 283 largometrajes (sexta posición). Ese mismo año las películas francesas estrenadas en salas cinematográficas obtuvieron una cuota de mercado interno del 35,8 por ciento, y diez títulos con participación francesa se encontraron entre los 25 filmes europeos más vistos en Europa y cinco entre los 25 títulos europeos más vistos en EE.UU. y Canadá.

Remuneración de creadores y artistas

Otro frente conflictivo en el entorno digital es el de la remuneración de creadores y artistas fruto de la explotación comercial de sus trabajos en internet. Ya legendaria es la huelga protagonizada por el sindicato de guionistas de cine y televisión de EE.UU. (en inglés, Writers Guild of America - WGA) durante cien días, entre 2007 y 2008, en la que los escritores pelearon con los productores sus retribuciones por la venta de los DVD's de las series de televisión y por los pagos por los programas que se ofrecen en internet, a través de teléfonos móviles y otros dispositivos digitales. Situación que casi se reedita hace menos de un año cuando la WGA anunció una posible nueva huelga si no se daba respuesta a sus demandas, las cuales incluían, entre otras reivindicaciones, aumentar los pagos que reciben los escritores por la emisión de contenidos en plataformas digitales como Netflix o Hulu.⁸ La huelga anunciada finalmente no tuvo lugar ya que la WGA y la Alianza de Productores de Cine y Televisión, que representa a los principales estudios de esta industria, llegaron a un acuerdo *in extremis*.

En el campo de la música grabada el debate sobre la remuneración de creadores y artistas actualmente se centra en los servicios en línea que ofrecen grabaciones musicales de forma "gratuita" -es decir, financiada por anuncios publicitarios- como la que ofrecen Spotify en su plan gratuito o YouTube. Según la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (en inglés, International Federation of the Phonographic Industry - IFPI), en 2016 los 212 millones de clientes existentes de música bajo demanda generaron 3.904 millones de dólares, mientras que los 900 millones de consumidores que escucharon música de forma gratuita en YouTube, propiedad del gigante Google, solo generaron 553 millones dólares.

En septiembre de 2017, en España, la asociación que nuclea a sellos y distribuidoras musicales independientes, la Unión Fonográfica Independiente (UFI), se posicionaba públicamente respecto a los debates en curso sobre la propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital, apoyando el enfoque de la Comisión Europea sobre lo que ha venido a denominarse como 'brecha de valor' o 'value gap' (artículo 13, considerandos 37 a 39), "ya que supone una solución significativa para hacer frente a la deficiencia actual del mercado en relación con el sistema de licencias de música en el ámbito digital". En su comunicado la UFI sostiene que:

⁸ La WGA sostenía que frente a los beneficios récord que obtuvieron las grandes compañías audiovisuales en los últimos años, el salario medio de un guionista de televisión había caído un 23 por ciento en los últimos dos años, por lo que reclamó un acuerdo económico que reflejara los cambios vividos por la industria audiovisual a partir de la irrupción de las plataformas en línea. En el ámbito televisivo, por regla general, las temporadas de las series se han recortado: ahora los guionistas en lugar de producir series de 22 episodios, como era la norma, escriben 12 o menos, sobre todo si se trata de difundir por cable o *streaming* (Ayuso, Rocío: "Los guionistas de Hollywood logran un preacuerdo para evitar la huelga", *El País*, 02/05/2017).

“Como venimos reclamando desde hace tiempo, ciertas plataformas de contenidos generados por usuarios (UGC), como YouTube, no remuneran a los creadores como debieran si tuvieran la obligación de establecer los apropiados acuerdos de licencia con los titulares de las obras que explotan. Esto crea un campo de juego desigual y lleva a la competencia desleal entre estas plataformas y los servicios correctamente licenciados como Spotify o Deezer (empresas europeas líderes)”. Respecto a las cláusulas sobre transparencia y remuneración, la UFI sostiene: “coincidimos en que es vital que todos los artistas sean pagados adecuadamente y nuestro sector ha asumido voluntariamente compromisos significativos en este sentido con la Declaración WIN de Acuerdos Digitales Justos, comprometiéndonos a tratar a los artistas de manera justa en lo que respecta a la explotación digital de sus obras. Es una prioridad para los sellos independientes que estamos orgullosos de nuestra estrecha relación con los artistas”.⁹

Perspectivas de futuro

Las tecnologías digitales no solo han dado lugar a un novedoso entorno, signado por oportunidades y amenazas, sino que dicho entorno se ha transformado en un escenario crucial donde hoy se dirime el poder de comunicar y se moldean percepciones acerca de lo social. Lejos de los discursos promocionales y deterministas, que auguraban que la tecnología sería por sí misma fuente de diversidad, dejando sin sentido el rol de los Estados como hacedores de políticas culturales, se verifica que la existencia de una cultura digital diversa no está asegurada. Por esta razón es impostergable estudiar las dinámicas del entorno digital que afectan a la información, la comunicación y la cultura, y reflexionar acerca de cuáles son las políticas públicas necesarias para hacer realidad el principio de diversidad en el ámbito cultural.

Al respecto urge comprender, por ejemplo, el desempeño de los nuevos actores que ocupan un lugar destacado en internet. Indagar el papel de las plataformas en línea transnacionales es fundamental, ya que estas no solo se erigen como intermediarias en transacciones de muy diferente naturaleza y alcance, sino que manifiestan complejas y no siempre transparentes relaciones con muy distintos tipos de agentes —ya sea que estos se vinculen a la producción informativa y cultural (los medios de comunicación tradicionales) o a la actividad económica en general.

⁹ UFI: “El *value gap* y la remuneración de artistas a debate”, Madrid, 18/09/2017. Enlace a la Declaración de Acuerdos Digitales Justos (Fair Digital Deals Declaration), impulsada por la Worldwide Independent Network (WIN): <http://winformusic.org/declarationhomepage/fair-digital-deals-pledge/>.

Pero también es obligado repensar las posibilidades y limitaciones de la actuación de los Estados. La legitimidad y utilidad de las iniciativas desplegadas con el surgimiento y consolidación de las industrias culturales a lo largo del siglo XX son cada vez más cuestionadas. La efectividad de la simple reconversión de las cuotas de exhibición en "cuotas de catálogo", a fin de asegurar una presencia mínima de producciones nacionales en plataformas en línea transnacionales, por caso, se vuelve resbaladiza ya que formar parte de un catálogo no garantiza a una obra visibilidad. Los Estados enfrentan también la difícil tarea de penalizar la evasión fiscal cuando el objeto del tributo y los sujetos obligados a tributar no pueden ser fácilmente definibles ni explícitamente interpelados desde las estructuras jurídico-administrativas existentes.

Las políticas públicas nacionales deben, pues, articularse necesariamente con estrategias internacionales de cooperación: para problemas transnacionales, solo pueden ensayarse soluciones compartidas.

Madrid, invierno de 2018.