

Más sentido tiene, en todo caso, el control económico-financiero atribuido al Tribunal de Cuentas por el artículo 41 de la Ley 17/2006, aunque el mismo resulta ya del propio ámbito de competencia reconocido al Tribunal por su propia normativa reguladora (Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y Ley 7/1988, de 7 de abril, de Funcionamiento).

#### B) *Control por la autoridad audiovisual*

Tampoco la Ley 17/2006 es mucho más precisa a la hora de regular el nuevo control externo de la Corporación que se atribuye a la autoridad audiovisual que habrá de constituirse. El artículo 40 se limita a preverlo, disponiendo, en concreto, que corresponderá a esa autoridad audiovisual «la supervisión del cumplimiento de la misión de servicio público de radio y televisión por parte de la Corporación RTVE, para lo que podrá adoptar las recomendaciones o resoluciones que prevea su regulación». Todo queda remitido, en definitiva, a la regulación y constitución de esa autoridad. La Ley 17/2006 únicamente añade que la misma «podrá requerir a la Corporación RTVE los datos e informes necesarios para el ejercicio de sus funciones», puntualizando que «la información así obtenida será confidencial y no podrá ser utilizada para fines distintos a los propios de sus competencias».

Se ha optado, pues, por seguir el modelo de otros ordenamientos<sup>55</sup>, en los que a las «autoridades» o «consejos» audiovisuales dotados de un estatuto de independencia, tanto respecto de la Administración, como del Gobierno, se les encomiendan tareas de supervisión y control del sector audiovisual. Pero por el momento, poco más se puede decir. Habrá que esperar a la constitución del Consejo estatal de Medios Audiovisuales para poder comprobar la efectividad de la medida<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> En el propio ordenamiento español, algunas Comunidades Autónomas se han anticipado al Estado, regulando y creando este tipo de entes. Así, el Consejo del Audiovisual de Cataluña, creado ya en 1996 y al que la Ley 2/2000, de 4 de mayo, le ha atribuido nuevas competencias. También, el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual de Galicia (Ley del Parlamento de Galicia 6/1999, de 1 de septiembre, del Audiovisual de Galicia), el Consejo Superior Andaluz del Audiovisual (Decreto 52/2000, de 7 de febrero), el Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid (Ley 2/2001, de 18 de abril), el Consejo Audiovisual de Navarra (Ley 18/2001, de 5 de julio), etc.

<sup>56</sup> *Vid.*, en esta misma obra, el capítulo dedicado al estudio del «Consejo Estatal de Medios Audiovisuales».

### 3. **Ley General de la Comunicación Audiovisual y Derecho de la Unión Europea: sobre la libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España**

*José Martín y Pérez de Nanclares (\*)*

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES: LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL COMO EXIGENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.—II. LA TELEVISIÓN COMO ELEMENTO BÁSICO DE LA LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LA UE: EL ARDUO CAMINO HASTA LA DIRECTIVA DE 2010 SOBRE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL: 1. *La consideración de la actividad de televisión como una prestación de servicios: el reconocimiento jurisprudencial de competencia de la Unión para regular la materia.* 2. *La armonización de la actividad de televisión por la Unión Europea: de la Directiva televisión sin fronteras de 1989 a la Directiva de codificación de 2010.*—III. EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN: COLUMNA VERTEBRAL DE LA REGULACIÓN EUROPEA: 1. *El principio del Estado de origen: la cuestión clave en la transposición de la Directiva:* A) *Las exigencias de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual.* B) *La transposición por la Ley General de Comunicación Audiovisual.* 2. *La obligación de respeto de las normas armonizadoras por el Estado emisor: el necesario reverso del principio de Estado de origen:* A) *La exigencia de una adecuada transposición de la Directiva.* B) *La exigencia de un control nacional efectivo sobre el cumplimiento de las normas recogidas en la Directiva.* 3. *La posibilidad de normas más estrictas para los programas nacionales: la imposibilidad de exigencia a programas procedentes de otros Estados miembros.*—IV. LA EXIGENCIA EUROPEA DE GARANTIZAR LA LIBERTAD DE RECEPCIÓN DE LOS SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL PRESTADOS FUERA DE ESPAÑA: OBLIGACIÓN PRINCIPAL DERIVADA DE LA DIRECTIVA.—V. EXCEPCIONES A LA LIBERTAD DE RECEPCIÓN: LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE PROGRAMAS PROCEDENTES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE: 1. *Las excepciones generales a la libertad de prestación de servicios audiovisuales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.* 2. *Las excepciones específicas previstas en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual: la exigencia de interpretación restrictiva.*—VI. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UNA RENOVACIÓN DEL RÉGIMEN AUDIOVISUAL ESPAÑOL DENTRO DEL MARCO JURÍDICO EUROPEO.

(\*) Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca.

## I. Aspectos generales: la Ley General de Comunicación Audiovisual como exigencia del Derecho de la Unión Europea

La aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual<sup>1</sup> (en adelante LGCA), que sirve de detonante y eje vertebrador de esta obra, persigue compendiar la normativa vigente en materia audiovisual actualizando determinados aspectos de la misma y regulando nuevas modalidades audiovisuales que hasta ahora carecían de un marco legal adecuado. Se pretende, por tanto, superar definitivamente una situación anterior en la que la legislación audiovisual estaba dispersa, incompleta y en no pocas ocasiones hasta obsoleta<sup>2</sup>.

Pero junto a este objetivo general de carácter fundamentalmente interno la ley venía en cierta forma exigida también por la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento jurídico nacional la normativa de la Unión Europea de armonización de la materia audiovisual, así como determinadas exigencias marcadas por el Tribunal de Justicia a propósito de la libre circulación de servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros. Como especifica su disposición final quinta, la LGCA supone, de hecho, la transposición al Derecho español de la última reforma de la conocida «Directiva televisión sin fronteras» de 1989<sup>3</sup>, a saber, la Directiva 2007/65/CE de 11 de diciembre de 2007<sup>4</sup>. Así, amén de la disposición final que hace alusión a la

<sup>1</sup> BOE núm. 79 de 1.4.2010, p. 30157.

<sup>2</sup> Para calibrar la importancia de esta ley basta considerar que su contenido compendia la regulación que hasta ahora se encontraba dispersa en leyes tan heterogéneas como las del Estatuto de Radio y Televisión (Ley 4/1980, de 10 de enero), el Tercer Canal de Televisión (Ley 46/1983, de 26 de diciembre), la ordenación de las telecomunicaciones (Ley 31/1987, de 18 de diciembre), la televisión privada (Ley 10/1988, de 3 de mayo), la organización y control de las emisoras municipales de radio (Ley 1/1991, de 8 de abril), las telecomunicaciones por satélite en lo referido a los servicios de comunicación audiovisual por satélite (Ley 37/1995, de 12 de diciembre), la televisión local por ondas terrestres (Ley 41/1995, de 22 de diciembre), la emisión y retransmisión de competiciones y acontecimientos deportivos (Ley 21/1997, de 3 de julio), la adopción de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (Ley 10/2005, de 14 de junio) o en reales decretos leyes como el que regulaba para las concesiones de ámbito estatal la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional (Real Decreto-ley 11/2009, de 13 de agosto). A todas estas leyes, que han quedado derogadas en su integridad, se le unen disposiciones particulares de otras no menos relevantes como, por ejemplo, la Ley general de telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre) o la Ley de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual (Ley 15/2001, de 9 de julio).

<sup>3</sup> 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 a la actividad de radiodifusión televisiva, DO L 298 de 17.10.1989, p. 23.

<sup>4</sup> Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 11 de diciembre de

consideración de esta ley como la incorporación del Derecho de la Unión Europea, la LGCA deroga *expressis verbis* dieciocho normas nacionales entre las que se incluye también la Ley de 1994 que, tras un notable retraso y no exenta de polémica sobre su idoneidad, transponía a nuestro ordenamiento jurídico la ya citada Directiva «televisión sin fronteras» (disposición derogatoria LGCA)<sup>5</sup>.

Es más, unida a la obvia necesidad de transponer la reforma de la Directiva de 2007 cuyo período de transposición había expirado el 19 de diciembre de 2009, en el ámbito europeo se han dado también en los últimos meses algunos cambios relevantes que, aunque en menor medida, también afectan al régimen audiovisual europeo en el que ha de insertarse la normativa audiovisual española. Así, en un plano general, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha conformado un nuevo marco constitucional integrado por el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que, respetando en lo esencial la anterior regulación a propósito del mercado interior y de la libertad de prestación de servicios, incluye algunas novedades de cierta relevancia; v. gr. la consideración de la competencia de la Unión en materia de acción exterior sobre los servicios como una competencia exclusiva en lugar de, como venía siendo con anterioridad, una competencia compartida con los Estados miembros [art. 207 TFUE en relación con el art. 3.1.e) TFUE]. Por otro lado, desde una perspectiva más específica referida al ámbito normativo audiovisual, el pasado 10 de mayo de 2010 se aprobó una Directiva de servicios de comunicación audiovisual que codifica el régimen jurídico comunitario aplicable a dichos servicios<sup>6</sup>.

2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, DO L 332 de 18.12.2007, p. 27.

<sup>5</sup> Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE. En realidad, esta ley, que transponía la Directiva a nuestro ordenamiento, vino acompañada de serias dudas de cumplir adecuadamente con las exigencias marcadas por la Directiva, no sólo en relación con concretas disposiciones en materia de publicidad y patrocinio sino también en aspectos tan esenciales de la misma como la obligación de garantizar de forma adecuada el control sobre el cumplimiento de las exigencias normativas de la Directiva por todos los organismos de televisión sujetos a la jurisdicción de nuestro país. Un análisis crítico de esta transposición lo realizamos en su momento en nuestra contribución «El proyecto de ley para la transposición de la directiva televisión sin fronteras», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, vol. 94, pp. 5-13; véase igualmente el trabajo de A. B. GÓMEZ DIÉZ, «Las directivas comunitarias sobre “televisión sin fronteras” y su incorporación al ordenamiento jurídico español», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, pp. 231-259.

<sup>6</sup> Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de

No es de extrañar, pues, que las normas armonizadoras de la Unión Europea latan directa o indirectamente en la mayor parte de las disposiciones de la nueva ley: directamente se ven afectadas materias tan dispares como la publicidad y el patrocinio, los derechos del menor, el derecho de acceso o la promoción de obras nacionales y europeas audiovisuales; pero indirectamente afecta también a otras relevantes cuestiones como el pluralismo y la competencia, la retransmisión de acontecimientos de interés general, el acceso a extractos breves, los derechos de autor o incluso los mecanismos de control.

No obstante, en modo alguno es objetivo de esta contribución realizar un análisis exegético de las disposiciones de la ley que se ven afectadas directa o indirectamente por las normas armonizadoras de la Unión o por la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia. Ésta sería una labor que desbordaría ampliamente los márgenes de este trabajo y, en el fondo, constituye una tarea que será abordada de una u otra forma con carácter particular por el resto de contribuciones a esta obra al tratar las concretas materias reguladas por la LGCA. Sí parece, empero, recomendable prestar una particular atención al núcleo neurálgico de la regulación audiovisual nacional con relevancia europea, a saber, la garantía de los principios básicos exigidos por la libertad de prestación de servicios audiovisuales derivados del mercado interior: principio de *Estado de origen* y garantía de la *libertad de recepción* son los dos pilares básicos e irrenunciables sobre los que se asienta el resto de normas europeas de armonización en materia audiovisual. Precisamente por ello, la LGCA incluye en el Capítulo II de su Título III dos preceptos que hacen alusión expresa a esta libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España. Uno para establecer la garantía de la libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados por empresas situadas en otros Estados miembros (art. 38 LGCA) y otro para fijar la posibilidad de adoptar medidas de salvaguardia de la legislación española cuando el prestador de un servicio de comunicación audiovisual se encuentre establecido en otro Estado miembro de la Unión Europea y dirija su servicio de manera total o principal al territorio español (art. 39 LGCA).

Así las cosas, en aras de una mejor interpretación de estas disposiciones de la LGCA, en las siguientes páginas trataremos de insertar estos dos preceptos dentro del marco legal y jurisprudencial que la Unión Europea ha ido construyendo pacientemente en las últimas tres décadas en torno a la libertad de prestación de servicios dentro de un mercado único sin fronteras interiores.

2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, DO L 95 de 15.4.2010, p. 1.

Para ello, comenzaremos por concretar cómo la actividad de televisión constituye desde la década de los ochenta del siglo pasado un elemento básico de la libre prestación de servicios que ha exigido una armonización *ad hoc* hasta desembocar en la ya citada Directiva de 2010 sobre servicios de comunicación audiovisual (II). A partir de ahí, una vez perfilado con carácter general el marco jurídico europeo en relación con estos servicios de comunicación audiovisual, nos detendremos en diseccionar cómo los dos principios jurídicos que operan como columna vertebral de todo el régimen audiovisual europeo —principios de Estado de origen y garantía de la libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de la Unión Europea— han sido regulados en la LGCA (III y IV), prestando a continuación particular atención a las excepciones que quedan en manos del legislador español para poder suspender en determinadas circunstancias la difusión de programas procedentes de otros Estados miembros (V). Para concluir nos permitiremos cerrar este trabajo con unas sucintas consideraciones finales de carácter valorativo (VI).

## II. La televisión como elemento básico de la libertad de prestación de servicios de la UE: el arduo camino hasta la Directiva de 2010 sobre servicios de comunicación audiovisual

### 1. La consideración de la actividad de televisión como una prestación de servicios: el reconocimiento jurisprudencial de competencia de la Unión para regular la materia

El primer dilema con el que históricamente se encontró la Unión Europea a la hora de enfrentarse con la cuestión audiovisual fue que, como también ha ocurrido en otras materias, los tratados constitutivos originariamente no contenían ninguna atribución expresa de competencia para la regulación del fenómeno televisivo y mucho menos para la construcción de una política audiovisual europea al estilo de las existentes en otros ámbitos materiales (agrícola, pesca, transportes, competencia, comercio exterior, etc.). Quiere ello decir que, conforme al irrenunciable principio de atribución expresa de competencia —la Unión sólo puede intervenir si los tratados constitutivos le atribuyen una competencia *expresa* para ello (art. 5.1 TUE)<sup>7</sup>—, las instituciones

<sup>7</sup> El principio de atribución expresa de competencia ha sido siempre la base sobre la que se asienta todo el sistema de competencias de la Unión Europea y básicamente consiste en que «la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan» (art. 5.2 TUE). Ello es así

de la Unión carecían de una competencia general para armonizar todo lo relativo a la cuestión audiovisual. Poco cambió la situación cuando, tras la entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993 del Tratado de Maastricht, el entonces artículo 128 TCE (posteriormente art. 151 TCE) atribuyó a la Comunidad Europea una competencia para actuar en materia cultural en la que por primera vez se hacía en su apartado segundo referencia explícita al sector audiovisual. En nada variaba la situación porque se trataba de una mera competencia complementaria en la que simplemente cabían medidas de apoyo o complemento a la actuación de los Estados y en la que quedaba expresamente excluida la posibilidad de adoptar cualquier medida de armonización. Incluso en la actualidad en nada se ha modificado esta situación ya que el Tratado de Lisboa sigue sin haber conferido a la Unión una competencia *ad hoc* en esa materia y la posibilidad de actuación dentro de la competencia en materia cultural (art. 167 TFUE) sigue sujeta a idénticas restricciones que en la regulación anterior con exclusión expresa de la adopción de medidas de armonización<sup>8</sup>.

Mas ello no significa en modo alguno que la Unión Europea no haya encontrado el modo de lograr una vía para poder intervenir en materia audiovisual sin violentar los principios básicos del Derecho Comunitario. Para cuestiones muy puntuales, como por ejemplo el primer programa MEDIA, podía

porque, por mucho que haya evolucionado la capacidad de intervención de las instituciones comunitarias hasta alcanzar materias que afectan muy directamente al concepto mismo de soberanía nacional (moneda única, cooperación policial y judicial en materia penal, inmigración y asilo, acción exterior, etc.), la Unión Europea sigue siendo una organización internacional —muy *sui generis* y con elementos de inspiración federal, pero organización internacional basada en un tratado constitutivo al fin y al cabo— en la que, por tanto, no existe posibilidad de actuación si ésta no ha sido atribuida a la Unión por los Estados miembros a través de los tratados constitutivos. Precisamente en ello se fundamenta la existencia del artículo 93 de nuestra Carta Magna.

<sup>8</sup> En concreto, el artículo 167 TFUE prevé, con carácter general, que con base en esta atribución de competencia la «Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común» (art. 167.1). Con carácter particular y especialmente referido al tema aquí tratado, precisa que la acción que emprenda la Unión en esta materia «favorecerá la cooperación entre Estados miembros y, si fuere necesario, apoyará y completará la acción de estos en los ámbitos siguientes: (...) la creación artística y literaria, *incluido el sector audiovisual*» (la cursiva es nuestra). Ahora bien, como quiera que simplemente se trata de una competencia de naturaleza complementaria [art. 6.c) TFUE], la acción de la Unión en esta materia sólo podrá «apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos» (art. 2.5 TFUE) y, en todo caso, existe una total «exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» (art. 167.5 TFUE). No cabe, por tanto, emplear esta atribución de competencia para armonizar aspecto alguno del sector audiovisual.

servir la cláusula de imprevisión (art. 352 TFUE, antiguo art. 308 TCE)<sup>9</sup> y para otras podían resultar suficientes las previsiones competenciales propias de otras políticas sectoriales como la industrial (art. 173 TFUE, antiguo art. 157 TCE) o la de protección de consumidores (art. 169 TFUE, antiguo art. 153 TCE). Sin embargo, al margen de estas posibilidades colaterales de intervención de la Unión en materias que indirectamente también afectan a ámbitos audiovisuales y en ocasiones incluso de forma sustancial, la práctica comunitaria terminó por reconducir la actividad de radiodifusión televisiva al ámbito del mercado interior en el cual sigue inserta en la actualidad.

En efecto, el Tribunal de Justicia se encontró en 1974 con el dilema de tener que dilucidar en el asunto *Sacchi* si la actividad de radiodifusión televisiva se trataba de una mercancía —al estilo de la consideración que años antes había realizado a propósito de bienes inmateriales como la electricidad<sup>10</sup>—, en cuyo caso quedaría subsumida bajo el manto de las disposiciones de los tratados relativas a la libertad de circulación de mercancías (arts. 28 a 37 TFUE, antiguos arts. 23 a 31 TCE), o si, por el contrario, se trataba de una prestación de servicios, con lo que resultaría aplicable el régimen del Tratado relativo a la libertad de prestación de servicios (arts. 56 a 62 TFUE, antiguos arts. 49 a 55 TCE). El Tribunal de Justicia, siguiendo la valiente propuesta del Abogado General REISCHL, consideró que las emisiones de televisión como tales, incluidas aquellas que tuviesen un fin publicitario, caían bajo las disposiciones del Tratado relativas a libre prestación de servicios, mientras que el comercio con los materiales diversos (soportes de sonido, películas, aparatos y otros productos utilizados para la emisión de programas de televisión) era subsumible en las disposiciones sobre libre circulación de mercancías<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Conforme a esta disposición, «cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar alguno de los objetivos fijados por éstos, *sin que se haya previsto en ellos los poderes de actuación necesarios* a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo» (la cursiva ha sido añadida por nosotros). Ahora bien, conviene subrayar que esta cláusula de imprevisión no puede utilizarse para completar, por ejemplo, las carencias competenciales en materia de cultura y lograr a través de ella una armonización de la materia ya que el Tratado establece expresamente que «no podrá conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización» (art. 352.3 TFUE).

<sup>10</sup> En el asunto *Costa c. ENEL*, bien conocido en el ámbito europeo por motivos ajenos a los que aquí nos ocupan, el Tribunal de Justicia había considerado que la electricidad era una mercancía en el sentido del Tratado y, por tanto, su tráfico transfronterizo quedaba sujeto a las exigencias derivadas de la libertad de circulación de mercancías; Sentencia de 15 de julio de 1964 (6/64, *Rec.*, p. 1251).

<sup>11</sup> Sentencia de 30 de abril de 1974 *Sacchi* (155/73, *Rec.*, p. 409), apdo. 7. Similar criterio diferenciador entre servicios y mercancías utilizaron el Tribunal de Justicia y el Abogado Ge-

La jurisprudencia posterior no aporta en el aspecto relativo a esta consideración de la actividad de radiodifusión televisiva como prestación de servicios novedad alguna. Sin embargo, al socaire de la progresiva desaparición de las fronteras interiores entre los Estados miembros y de la creciente importancia de los programas de televisión emitidos en un Estado y captados en otros con normas jurídicas aplicables a los mismos de carácter dispar, fue dándose un progresivo aumento de la variedad de conflictos jurídicos. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia terminó, así, por poner de manifiesto la conveniencia de adoptar por las instituciones comunitarias normas de armonización en la materia. Así, por ejemplo, en el asunto *Debauve* el Tribunal de Justicia se encontró con una normativa belga que, tras prever un monopolio en materia de televisión a favor de dos empresas belgas a las que se excluía toda forma de publicidad, se prohibía expresamente la retransmisión vía cable de programas de televisión procedentes de otros Estados que, conforme a las normas de ese otro Estado, contuviesen publicidad. El Tribunal de Justicia, tras consolidar la doctrina anteriormente establecida al respecto en el asunto *Sacchi*, consideró que no «hay razón alguna para tratar a las retransmisiones de televisión vía cable de forma diferente» a como antes había hecho con la de televisión clásica<sup>12</sup>. Posteriormente, en la sentencia recaída en el complejo asunto *Bond van Adverteerders* el Tribunal de Justicia dio un importante paso adelante y declaró que la difusión por cable de programas televisados emitidos desde otros Estados miembros con mensajes publicitarios específicamente destinados al público del Estado de recepción también constituyen prestaciones de servicios amparadas por las disposiciones de los tratados constitutivos en materia de libre prestación de servicios<sup>13</sup>.

Ahora bien, el valor fundamental de esta jurisprudencia ya no radicaba tanto en la consideración de la actividad de radiodifusión televisiva como una prestación de servicios, lo cual era tan claro en la jurisprudencia como controvertida para un sector doctrinal<sup>14</sup>, sino en que el Tribunal de Justicia introdu-

neral LENZ en el asunto *Cinéthèque* al considerar que las cuestiones suscitadas como consecuencia de una prohibición temporal de venta de películas de vídeo, en provecho de las salas de cine, tenía que ser considerada y resuelta a partir de las disposiciones del tratado relativas a la circulación de mercancías y no a partir de la prestación de servicios; Sentencia de 11 de julio de 1985 *Cinéthèque c. FNCF* (60 y 61/84, *Rec.*, p. 2618), apdo. 11. Importante era, en definitiva, diferenciar entre la emisión en televisión de una obra como una película (prestación de servicio) y la importación del videocasete de esa película (circulación de mercancías).

<sup>12</sup> Sentencia de 18 de marzo de 1980 *Debauve* (52/79, *Rec.*, p. 833), apdo. 8.

<sup>13</sup> Sentencia de 26 de abril de 1988 *Bond van Adverteerders* (352/85, *Rec.*, p. 2085), apdo. 17.

<sup>14</sup> En efecto, un importante sector doctrinal consideró que la actividad de radiodifusión televisiva era básicamente de naturaleza cultural y, por tanto, debería quedar fuera del ámbito

de forma muy sutil la reflexión de que los problemas de fondo que subyacían a los asuntos mencionados, especialmente en los casos *Debauve* y *Bond van Adverteerders*, derivaban de la inexistencia de normas comunitarias de armonización en la materia. De ello se deducía que, pese al silencio de los tratados y a la ausencia de una atribución expresa de competencia para ello, el Tribunal de Justicia aceptaba indirectamente que las instituciones comunitarias pudieran adoptar las normas de armonización pertinentes en materia de radiodifusión televisiva para hacer desaparecer los obstáculos que la diversidad de legislaciones nacionales provocaba a la libre circulación transfronteriza de los servicios televisivos<sup>15</sup>. Queda, pues, abierta la vía para elaborar una Directiva en la materia con base en la atribución de competencia expresa que brindaban las disposiciones sobre mercado único.

## 2. La armonización de la actividad de televisión por la Unión Europea: de la Directiva televisión sin fronteras de 1989 a la Directiva de codificación de 2010

De ahí que la Comisión tomara el capote que le lanzó el Tribunal de Justicia y, tras no pocas vicisitudes, el 30 de abril de 1986 presentó al Consejo una propuesta de Directiva en la materia cuya base jurídica se fundaba en la atribución de competencia del Tratado para lograr esa libre prestación de servi-

de intervención de la Unión basado en la dimensión económica propio del mercado interior. Esta crítica fue tanto más intensa en Alemania debido a que, al tratarse en el plano interno de una competencia exclusiva de los Länder, estos veían con enorme preocupación la posible acción armonizadora de las instituciones comunitarias. En la doctrina las posiciones más radicales las mantuvieron probablemente J. DELBRÜCK, *Die Rundfunkhoheit der deutschen Bundesländer im Spannungsfeld zwischen Regelungsanspruch der Europäischen Gemeinschaft und nationalem Verfassungsrecht*, Berlín-Frankfurt a. M., 1987; F. OSSENBUHL, *Rundfunk zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischen Gemeinschaftsrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 1986. De hecho, la propuesta de Directiva que después presentó la Comisión fue objeto de un sonado recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional alemán que fue finalmente resuelto en sentido contrario al deseo de los Länder. Nuestra posición al respecto, favorable al doble carácter (económico y cultural) de la actividad de televisión, la sostuvimos en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Die Bedeutung des Gemeinschaftsrecht für das Fernsehen*, Universidad des Saarlandes, Saarbrücken, 1991; *ib.*, *Die EG Fernsehrichtlinie*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M., 1995.

<sup>15</sup> En concreto, en el asunto *Bond van Adverteerders* el Tribunal de Justicia deslizó de nuevo la afirmación de que «en este sentido, hay que recordar que, tal y como el Tribunal de Justicia estableció en la Sentencia de 18 de mayo de 1980 (*Debauve*, 52/79, *Rec.* 1980, p. 833), a falta de armonización de las normas aplicables en materia de radiodifusión y de televisión, cada Estado miembro tiene competencia para regular (...)» (el énfasis es nuestro); Sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders* (352/1985, *cit.*), apdo. 38. Parece querer decir ello *sensu contrario* que si la Comunidad Europea hubiera hecho uso de su competencia para armonizar esa materia, los Estados miembros ya no podrían regular el aspecto en cuestión.

cios<sup>16</sup>. Su proceso de elaboración resultó particularmente problemático y hubo de soslayar no pocos obstáculos hasta desembocar el 3 de octubre de 1989 en el compromiso político entre detractores y defensores que dio origen a la Directiva 89/552/CEE con un contenido de mínimos que quedaba lejos de una armonización ambiciosa del régimen audiovisual<sup>17</sup>. De entrada, dejaba fuera la actividad de radio, la cual aún hoy sigue al margen de la armonización europea; no regulaba la cuestión de los derechos de autor y establecía un contenido minimalista en materias como el derecho de réplica o la regulación de la protección de menores; incluso las normas sobre publicidad y patrocinio que regula la Directiva traslucían claramente un compromiso entre las concepciones defensoras del mercado y las más proclives a las inspiraciones derivadas del concepto de servicio público; hasta la formulación dada a los preceptos que establecían cuotas para obras de origen europeo estaba plagada de conceptos indeterminados que diluían su carácter jurídicamente vinculante y, con ello, dejaba abierta la puerta a seguros conflictos de interpretación<sup>18</sup>. Ahora bien, por lo que más interesa en este trabajo, en algo sí era contundente la Directiva. Garantizaba sin titubeos la libertad de recepción y también la correlativa retransmisión de las emisiones de televisión procedentes de otros Estados miembros. Todo programa de televisión que cumpliera las exigencias del ordenamiento jurídico del Estado de emisión —el cual a su vez tenía que recoger en su regulación las normas mínimas previstas en la Directiva— tenía asegurada su libertad de circulación por todos los demás Estados miembros sin traba alguna. Con ello, a través de esta Directiva —bautizada como «Directiva televisión sin fronteras»— se garantizaba plenamente la libre circulación de programas de televisión y, aunque no alteraba la existencia de regímenes jurídicos nacionales bien dispares, daba el primer paso hacia una verdadera política audiovisual europea.

<sup>16</sup> DO C 179 de 17.7.1986, p. 4; COM (86) 146 final.

<sup>17</sup> Un amplio tratamiento del contenido de esta Directiva lo hemos realizado con anterioridad en nuestro libro *La Directiva de Televisión —Fundamento jurídico, análisis y transposición al Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 1995.

<sup>18</sup> A este respecto, sigue siendo de gran interés la lectura de los sucesivos informes que la Comisión ha ido aprobando sobre la aplicación de los artículos 4 y 5 de la Directiva. El séptimo informe, aprobado en 2006 y basado en el período 2002-2004, incluyó por primera vez estadísticas concretas de los entonces Veinticinco Estados miembros que resultaron muy significativas en cuanto al cumplimiento de estas cuotas. Con carácter recapitulador, véase la octava comunicación, COM (2008) 481 final. Sobre esta cuestión puede verse la contribución de C. ARTERO PÉREZ, «Algunas cuestiones en relación a las cuotas: un caso especial de la acción reguladora en la política audiovisual comunitaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58, 2000, pp. 261-278.

En realidad, la Directiva aunaba en su seno un difícil equilibrio que ha llegado hasta el momento presente. En primer lugar, un equilibrio entre televisión pública y televisión privada<sup>19</sup>, estableciendo un régimen común para ambos tipos de televisión, pero preservando la posibilidad de los Estados de establecer para los organismos de radiodifusión televisiva que se encuentren bajo su jurisdicción normas más estrictas que las previstas en la Directiva<sup>20</sup>; no en vano cabía incluso una prohibición total de la publicidad basada en argumentos derivados del concepto de servicio público. La Directiva respondía también, en segundo lugar, a un equilibrio entre la televisión clásica y los nuevos medios de emisión televisiva que se iban abriendo hueco en el panorama audiovisual al arropo de los trepidantes avances tecnológicos (cable y satélite).

Pero la posterior incorporación de las nuevas tecnologías a transmisiones de servicios de comunicación audiovisual cada vez más variados hizo necesaria una adaptación de este marco regulador. Precisamente por ello, esta Directiva fue posteriormente modificada en dos ocasiones para adaptarla en diversos aspectos a la evolución de las tecnologías y los mercados, así como para acoger en su letra la resolución de algunas dudas interpretativas que habían llegado al Tribunal de Justicia. La primera de esas reformas tuvo lugar en 1997<sup>21</sup> y su objetivo básico fue justamente aclarar aspectos íntimamente ligados con el tema central de este trabajo, en particular la clarificación de aspectos básicos del principio de Estado de origen<sup>22</sup>. Y la segunda de sus reformas se realizó en 2007<sup>23</sup> y su objetivo fue básicamente realizar una adaptación «del marco regulador que refleje los efectos de los cambios estructurales, la difusión de las tecnologías de la información y la evolución tecnológica en los modelos de negocio, especialmente en la financiación de la radiodifusión televisiva co-

<sup>19</sup> Aún hoy sigue siendo de lectura muy recomendable el trabajo de S. MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Civitas, Madrid, 1993.

<sup>20</sup> De hecho, en reiteradas ocasiones, las instituciones de la Unión Europea han dejado claro que la «coexistencia de prestadores de servicios de comunicación audiovisual públicos y privados es un rasgo característico del mercado europeo de medios audiovisuales»; véase, por ejemplo, considerando 9 de la Directiva 2007/65/CE, cit.

<sup>21</sup> Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, por la que modifica la Directiva 89/552/CEE, DO L 202 de 30.7.1997, p. 60. Esta Directiva fue transpuesta a nuestro ordenamiento nacional a través de la Ley 22/1999, de 7 de junio, con un nuevo retraso, aunque en este caso con sólo seis meses (el período de transposición finalizó el 30 de diciembre de 1998).

<sup>22</sup> El alcance de esta reforma lo analizamos y comentamos en nuestro anterior trabajo «La política audiovisual europea: especial referencia a la directiva televisión sin fronteras y su reforma», *Cuadernos Europeos de Deusto* 1997, pp. 91-120; *vid.* igualmente, A. B. GÓMEZ DÍAZ, *loc. cit.* («Las directivas comunitarias...»).

<sup>23</sup> Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE, DO L 332 de 18.12.2007, p. 27.

mercials», a la vez que incorporar «las normas que se aplican a otras actividades, tales como los servicios de comunicación audiovisual a petición»<sup>24</sup>. Para ser quizá algo más precisos, dado que la LGCA es en el fondo su norma nacional de transposición, el detonante de esta última reforma fue, en primer término, las peticiones de reforma impulsadas desde el Parlamento Europeo<sup>25</sup> y, de forma más específica, la sentencia del Tribunal de Justicia en la que, en el marco de una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado neerlandés (*Raad van State*) a propósito de si los servicios «próximos al vídeo a la carta» (pago por visión) estaban sujetos a la Directiva, resolvió en sentido afirmativo y rechazó que pudiera considerarse un «servicio de la sociedad de la información» diferente a la actividad de radiodifusión televisiva<sup>26</sup>. Estos servicios a petición, que se caracterizan por ser «como televisión» y competir de hecho por la misma audiencia que las emisiones de radiodifusión televisiva, planteaban, sin embargo, peculiaridades evidentes que, como aceptó el propio Tribunal de Justicia, demandaban una cierta modulación en las exigencias de determinadas obligaciones de la Directiva<sup>27</sup>. Finalmente, en 2007 fueron incluidos bajo el ámbito de aplicación de la Directiva de televisión si bien fueron sometidos a una regulación más liviana<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Considerandos 1 y 2 de la Directiva 2007/65/CE, cit.

<sup>25</sup> Para profundizar en las causas que motivaron esta reforma puede verse, entre otras, las Resoluciones del Parlamento Europeo que, como después ocurrió, pedían una adaptación de la Directiva «televisión sin fronteras» a los cambios estructurales y a la evolución tecnológica con el objetivo de fijar unas normas básicas que resultasen aplicables a todos los servicios de comunicación audiovisual y otras normas adicionales más detalladas para los servicios de radiodifusión; Resolución del Parlamento Europeo sobre Televisión sin fronteras, DO C 76E de 25.3.2004, p. 453; Resolución del Parlamento Europeo sobre el peligro que corre en la UE, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información, DO C 104E de 30.4.2004, p. 1026; Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de los artículos 4 y 5 de la Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 97/36/CE, en el período 2001-2002, DO C 193E de 17.8.2006, p. 117.

<sup>26</sup> Sentencia de 2 de junio de 2005 *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media* (C-89/04, *Rec.*, p. I-4891), apdo. 45.

<sup>27</sup> En el asunto en cuestión parece por ejemplo obvio que difícilmente se pueden exigir al prestador de esos servicios a petición que cumplan efectivamente las disposiciones sobre cuotas reservadas a obras europeas. Obviamente, será decisión del cliente optar por una u otra obra ya que «es innegable que el prestador de un servicio como el controvertido en el caso de autos no determina las obras que son efectivamente elegidas y vistas por los abonados»; Sentencia de 2 de junio de 2005, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media* (C-89/04, cit.), apdo. 51.

<sup>28</sup> La Directiva establecía, en realidad, un régimen con disposiciones aplicables a todos los servicios de comunicación audiovisual (art. 3 bis y 3 octies) y otras disposiciones que únicamente resultaban aplicables a los servicios de comunicación audiovisual a petición (art. 3 novies a art. 3 decies).

En todo caso, esta regulación europea sobre la televisión no ha acogido en su contenido otros servicios de la sociedad de la información que en sentido propio son diferentes al de comunicación audiovisual. Así, desde el año 2000 existe otra Directiva diferente, la llamada «Directiva del comercio electrónico», que regula determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información<sup>29</sup>. Igualmente, por lo que se refiere a los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, se aprobó también una Directiva *ad hoc*<sup>30</sup>. Como también quedaban al margen de esta Directiva las obligaciones de los Estados miembros que se desprendían de la Directiva por la que se establecía un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas<sup>31</sup> y de la Directiva que establecía un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, conocida como «Directiva marco»<sup>32</sup>. No obstante, en los últimos tiempos, aun manteniéndose esta regulación común para todos los servicios de comunicación audiovisual en la Directiva de 2010, se constata una expansión creciente de lo que se ha dado en denominar «medios del tercer sector de la comunicación» que también están empezando a plantear ciertos interrogantes jurídicos a los que la Unión Europea probablemente deba dar cumplida respuesta en los próximos años<sup>33</sup>. Igualmente, pese a que en principio la regulación europea sea común, parece percibirse una incipiente tendencia hacia una cierta dualidad reguladora entre servicios de comunicación audiovisual lineales y servicios de comunicación audiovisual a petición.

<sup>29</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

<sup>30</sup> Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1983, DO L 248 de 6.10.1993, p. 15. Posteriormente, Directiva 2001/29/CE, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, DO L 167 de 22.6.2001, p. 10.

<sup>31</sup> Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, DO L 204 de 21.7.1998, p. 37. Modificada posteriormente por la Directiva 98/48/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998.

<sup>32</sup> Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, DO L 108 de 24.4.2002, p. 2002. Modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, DO L 337 de 18.12.2009, p. 37.

<sup>33</sup> Sin necesidad de profundizar aquí en esta interesante modalidad de servicios, puede verse la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de septiembre de 2008, sobre los medios del tercer sector de la comunicación (TSC), DO C 8 de 14.1.2009, p. 75. Se trata, en cualquier caso, de organizaciones sin ánimo de lucro cuyo objetivo fundamental es emitir comunicaciones de interés público o privado sin fines comerciales utilizando formatos que también suelen emplear medios audiovisuales.

Sea como fuere, el régimen jurídico europeo configurado por la Directiva de 1989 y sus sucesivas reformas de 1997 y 2007 había adquirido ya un grado de complejidad que, sin tener aún parangón con el embrollo jurídico existente en otras materias reguladas por la Unión Europea, ya no casaba bien con las exigencias de claridad, simplificación y transparencia que la propia Unión se había autoimpuesto en el marco de «La Europa de los ciudadanos»<sup>34</sup>. De ahí que la Comisión presentase en abril de 2009 una propuesta de nueva Directiva de servicios de comunicación audiovisual<sup>35</sup> que, tras su aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo (en adelante DSCA)<sup>36</sup>, entró en vigor en mayo de 2010<sup>37</sup> derogando la Directiva 89/552/CEE y sus modificaciones posteriores (art. 34.1 DSCA). La LGCA, curiosamente, no hace mención alguna a este instrumento pese a estar ya aprobado en la Unión Europea en el momento de publicarse aquélla en el BOE y llevar en curso el proceso de elaboración al menos un año. Es una deficiencia técnica de cierto calado que, en todo caso, no afecta a la regulación material de la LGCA en el tema que aquí estamos tratando ya que la Directiva de codificación no altera en absoluto el contenido material conformado por las tres Directivas en cuestión (de 1989, 1997 y 2007).

### III. El principio del Estado de origen: columna vertebral de la regulación europea

Así las cosas, una vez descrito sucintamente el régimen jurídico europeo que conforma el marco al que ha de ajustarse la legislación española en materia de comunicación audiovisual, estamos en disposición de abordar con ca-

<sup>34</sup> De hecho, el Consejo Europeo de Edimburgo de diciembre de 1992 subrayó la relevancia que la codificación tenía en el ámbito europeo para proporcionar seguridad jurídica respecto al Derecho aplicable e hizo suya la previa decisión de la Comisión en la que daba instrucciones a sus servicios para que procedieran a la codificación de todos los actos legales como muy tarde tras su décima modificación; Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo, anexo 3, parte A. Sobre esta base, como quiera que este tipo de actos jurídicos de codificación debe hacerse respetando íntegramente el proceso legislativo comunitario normal, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión aprobaron el 20 de diciembre de 2004 un Acuerdo Interinstitucional para fijar un método de trabajo acelerado para facilitar la rápida aprobación de este tipo de actos de codificación.

<sup>35</sup> COM (2009) 185 final de 21.4.2009.

<sup>36</sup> Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), DO L 95 de 15.4.2010, p. 1.

<sup>37</sup> Conforme a su artículo 35, la Directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 35).

rácter particular el primero de los principios básicos de ese régimen europeo —el principio del Estado de origen— para calibrar sus consecuencias sobre la LGCA. Para ello, convendrá analizar tres aspectos básicos del mismo. En primer lugar, trataremos el alcance que el Derecho de la Unión Europea atribuye a este importante principio con el objetivo de poder valorar si la transposición que la LGCA ha hecho del mismo es o no conforme a las exigencias europeas (1). En segundo lugar, habrá que conectar los postulados de este principio con la inexorable obligación correlativa de que el Estado de origen —en nuestro caso, España— respete escrupulosamente las normas armonizadoras que ha dictado la Unión Europea en esta materia (2). Y, en tercer lugar, no podrán tampoco pasar desapercibidas las profundas consecuencias que puede tener la posibilidad que el Derecho de la Unión deja en manos de los Estados para poder dictar, para los organismos que se encuentren bajo su jurisdicción, normas más estrictas (3).

#### 1. El principio del Estado de origen: la cuestión clave en la transposición de la Directiva

##### A) Las exigencias de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual

En efecto, sin duda, el principio del país de origen ha sido uno de los principios fundamentales para garantizar las libertades de circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales dentro del mercado único sin fronteras interiores. Su enunciado es, de entrada, bien elemental: cualquier bien o servicio producido y comercializado legalmente en un Estado miembro cumpliendo las exigencias jurídicas de su ordenamiento debe, salvo excepciones expresamente establecidas, ser admitido en el mercado de cualquier otro Estado miembro sin que pueda oponerse a ello la existencia de una norma nacional que lo impida<sup>38</sup>. Este principio se ve completado y complementado por la técnica de la *armonización* mediante normas comunitarias (normalmente di-

<sup>38</sup> Este principio básico del Derecho de la Unión Europea que se fundamenta en la exigencia del *reconocimiento mutuo* entre los Estados miembros se estableció de forma clara en el ámbito de la libertad de circulación de mercancías en la conocida sentencia que a finales de la década de los setenta dictó el Tribunal de Justicia en el conocido asunto *Cassis de Dijon*. Allí se estableció con toda claridad que «no hay pues ningún motivo válido para impedir que las bebidas alcohólicas, siempre que hayan sido producidas y comercializadas legalmente en uno de los Estados miembros, sean introducidas en cualquier otro Estado miembro, sin que pueda ser opuesta a la venta de estos productos una prohibición legal de comercializar bebidas que contengan un grado de alcohol inferior al límite fijado por la reglamentación nacional»; Sentencia de 20 de febrero de 1979 *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (120/78 Rec., p. 649).



rectivas) de las normas nacionales divergentes que puedan existir en un determinado sector.

No es momento de adentrarse en la polémica cuestión de si la controvertida «Directiva de servicios»<sup>39</sup> ha desterrado o no este principio del ámbito de la misma<sup>40</sup>. No creemos en modo alguno que haya sido así<sup>41</sup>, aunque desde luego al leer algunos comentarios parece como si con la presentación de la propuesta de directiva del comisario Bolkenstein algunos hubieran descubierto de repente las profundas consecuencias que el principio del Estado de origen y la consecución de un mercado único sin fronteras interiores tienen para los Estados miembros de la Unión<sup>42</sup>. Lo relevante, en cualquier caso, es que

<sup>39</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DO L 376 de 27.12.2006, p. 36. Se trata, sin duda, de una Directiva de enorme relevancia pero que probablemente recibió por la opinión pública mucha mayor atención de la que en circunstancias normales hubiera merecido. Y ello acarrió modificaciones relevantes a lo largo del tortuoso proceso de elaboración. Por lo que más nos interesa en esta sede, también la doctrina le ha dedicado una valoración en ocasiones extremadamente crítica; véase, por ejemplo, T. QUADRA-SALCEDO JANINI, «¿Quo vadis Bolkenstein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, pp. 237-280; L. PAREJO ALFONSO, «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 34-41; *ib.*, «La Directiva Bolkenstein y la ley paraguas: ¿legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado "autoritario"», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009, pp. 431-467.

<sup>40</sup> Sobre esta cuestión resulta de interés la lectura del reciente trabajo de T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «¿Reconocimiento mutuo o país de origen?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146, 2010, pp. 221-263. Sobre la Directiva de servicios este autor también se había pronunciado anteriormente de forma extraordinariamente crítica, «La Directiva de servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009, pp. 36-45.

<sup>41</sup> Pese a todo el reguero de excepciones y matizaciones que fue incorporando la Directiva de servicios a lo largo de su proceso de elaboración, de su artículo 16 se deduce claramente la obligación de los Estados de asegurar la libertad de acceso y libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio no pudiendo supeditarse tal libertad a requisito alguno que implique obtener «una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales». El Estado destinatario tan sólo podrá supeditar la prestación del servicio a un régimen diferente al existente en el Estado de origen tan sólo cuando esté justificado «por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente» (requisito de la necesidad), resulte además «adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo» (requisito de la proporcionalidad) y en ningún caso implique una discriminación por razón de la nacionalidad (criterio de igualdad de trato).

<sup>42</sup> En este sentido, puede ser ilustrativa la diatriba dialéctica que sostiene T. R. FERNÁNDEZ en relación a una previa afirmación realizada por T. DE LA QUADRA-SALCEDO en su ya citado trabajo, «La Directiva de servicios y la libertad de empresa», cit. Tras mostrarse sorprendido por esas afirmaciones, T. R. FERNÁNDEZ afirma que «resulta, en efecto, asombroso a estas alturas que se acuse a las instituciones de la Unión de haber realizado de forma más o menos subrepticia una opción ideológica cuando hace ya diecisiete años, ni más ni menos, que el Tratado de

esa Directiva excluye expresamente de su ámbito de aplicación «los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión», por lo que habrá que estar a lo que específicamente<sup>43</sup> establezca la DSCA. En concreto, en el caso que aquí nos ocupa no sólo rige plenamente el principio del país de origen sino que, como ya se ha adelantado, existe también armonización del sector a través de directivas específicas. Así, el citado principio se recoge expresamente en la DSCA desde su redacción originaria de 1989 y constituye el núcleo neurálgico de la misma. Tanto para garantizar la libre circulación de los servicios audiovisuales dentro del mercado interior integrado por los veintisiete Estados miembros como para reforzar el pluralismo de los medios de comunicación dentro de la Unión este principio resulta vital. Por ello, la DSCA establece con toda rotundidad que «los Estados miembros garantizarán la libre recepción y no obstaculizarán las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros» (art. 3 DSCA)<sup>44</sup>. La Directiva se aplica lógicamente a los veintisiete Estados miembros de la Unión, pero puede igualmente regir en otros Estados europeos no miembros con los que la Unión haya establecido unos particulares acuerdos al respecto, como sería el caso de los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo<sup>45</sup>.

Maastricht hizo, en efecto, esa opción que ahora se reprocha a la Directiva de servicios al proclamar solemnemente el principio de una economía abierta y de libre competencia; en «Prólogo» a la obra de R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas - La transposición de la Directiva de servicios en España*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2009, pp. 17-19. En realidad, si somos estrictos, más que una novedad del Tratado de Maastricht el calendario se debería colocar unos años más atrás y atribuir la opción al Acta Única Europea, ya que fue esta reforma de los tratados la que incluyó el objetivo de lograr antes del 31 de diciembre de 1992 un mercado único sin fronteras interiores (art. 8A TCEE). Incluso el Tratado constitutivo de la CEE incluía ya en su versión originaria de 1957 «la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a libre circulación de personas, servicios y capitales», así como «el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada» [art. 3.c) y f) TCEE].

<sup>43</sup> Así lo prevé expresamente su artículo 2.2.g). *Vid.* igualmente el considerando 24 de esta Directiva.

<sup>44</sup> Este principio es, por cierto, también recogido en el Convenio del Consejo de Europa (art. 4), si bien se fundamenta lógicamente en la vertiente cultural de la televisión como manifestación de la libertad de expresión recogida en el artículo 10 CEDH, mientras que la Directiva encuentra su acomodo en la consideración de la actividad de radiodifusión televisiva como una prestación de servicios.

<sup>45</sup> No es momento de detenernos en este aspecto que ya hemos tratado en trabajos anteriores. Baste recordar que es una situación que no sólo se da con toda normalidad en el ámbito del mercado interior. Los Acuerdos *Schengen* son otro ejemplo claro de aplicación de normas de la Unión Europea sobre control de las fronteras exteriores a Estados no miembros como Noruega, Islandia o Liechtenstein.

En coherencia con el planteamiento general del principio del país de origen como técnica para conseguir el mercado interior, la libertad plena de recepción y retransmisión de programas de televisión procedentes de otro Estado miembro que de él se deriva exige algunas contrapartidas. La primera radica en la obligación de que cada Estado vele por que *todas* las emisiones de radiodifusión televisiva que se encuentren bajo su jurisdicción se ajusten al Derecho nacional: «Los Estados miembros velarán por que *todos* los servicios de comunicación audiovisual transmitidos por prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción respeten las normas del ordenamiento jurídico aplicables a los servicios de comunicación audiovisual destinados al público en dicho Estado miembro» (art. 2.1 DSCA) <sup>46</sup>.

Una segunda exigencia para que la aplicación de este principio resulte plenamente eficaz se concreta en la necesidad de que existan criterios claros para determinar que cada concreto prestador de servicios audiovisuales se halle, a los efectos de la presente Directiva, bajo la jurisdicción exclusiva de un único Estado miembro. Se exige, pues, que sea un solo Estado el que tenga jurisdicción sobre cada servicio de comunicación audiovisual (principio de jurisdicción exclusiva). No deberían, pues, darse ni el caso de que un prestador cayese bajo la jurisdicción de más de un Estado miembro ni tampoco el supuesto de que no quedase bajo la jurisdicción de ninguno, ya que en este último caso sería evidente la posibilidad de eludir el cumplimiento del contenido material de la Directiva. Estos criterios para concretar la jurisdicción competente para cada prestador de servicios resultan tanto más relevantes en una materia como la audiovisual en la que la tecnología existente permite fácilmente la emisión de programas de televisión desde un Estado diferente al de recepción; recuérdese además que la jurisprudencia ya citada del Tribunal de Justicia permite incluso la configuración de programas especialmente destinados por el idioma, la publicidad insertada y el contenido de los mismos al público de un Estado diferente al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra el organismo emisor del mismo. A este respecto, el mecanismo definitivo para fijar en cada caso concreto el Estado responsable viene determinado con carácter general por el denominado *criterio del establecimiento* que deriva de la regulación recogida al respecto en los tratados constitutivos (arts. 49 a 55 TFUE) <sup>47</sup>. Dicho de forma

<sup>46</sup> Cursiva añadida por nosotros.

<sup>47</sup> Por tal criterio, la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, cit., entiende, en plena consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el «ejercicio efectivo de una actividad económica a que se hace referencia en el artículo 43 del Tratado [actualmente artículo 49 TFUE] por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios» (art. 4.5).

más clara, la regulación del TFUE en materia de establecimiento consagra el derecho básico a la libertad de establecimiento, lo cual equivale a afirmar que los prestadores del servicio de comunicación son libres de elegir el Estado miembro en el que vayan a establecerse. Es más, una vez tomada la decisión de establecimiento en un determinado Estado miembro, rige con todas sus consecuencias el principio de igualdad de trato con los nacionales sin que pueda darse ningún tipo de discriminación por razón de la nacionalidad. Más incluso. El Tribunal de Justicia ha dejado claro que «el Tratado no prohíbe que una empresa haga uso de libertad de prestación de servicios cuando no ofrece ningún servicio en el Estado miembro en el que se halla establecida» <sup>48</sup>. A juicio del Alto Tribunal europeo, el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente por una duración indeterminada <sup>49</sup>.

En este sentido, la DSCA establece en su redacción actual criterios bastante exhaustivos para lograr tanto que todos los prestadores de servicios audiovisuales estén sometidos a la jurisdicción de un Estado miembro, como para evitar que existan prestadores de servicios audiovisuales que por un motivo u otro no caigan bajo la jurisdicción de ningún Estado miembro <sup>50</sup>. En primer lugar, el supuesto más normal es que el prestador de servicios audiovisuales tenga su sede principal en un determinado Estado miembro y que sea en ese mismo Estado donde se tomen las decisiones sobre la política de programación, se ensamble definitivamente el programa que va a emitirse al público y se encuentre también la parte más significativa de su personal. En tal caso, obviamente, no hay dificultad alguna para determinar el Estado de jurisdicción. Sin embargo, a los efectos de la DSCA y considerando la peculiaridad del servicio en cuestión, podemos encontrarnos en la práctica ante supuestos en los que el prestador del servicio de comunicación tenga su sede central en un Estado miembro pero las decisiones editoriales sobre el referido servicio se tomen en otro Estado miembro. En tal situación, por definición más problemática, se considerará que el prestador está establecido a los efectos de la Directiva en el Estado miembro en que trabaje una parte significativa del perso-

<sup>48</sup> En relación con la materia audiovisual que aquí nos ocupa puede verse la Sentencia de 5 de junio de 1997, *VT4 Ltd. c. Vlaamse Gemeenschap* (C-56/96, *Rec.*, p. I-3159), apdo. 22; igualmente Sentencia de 9 de marzo de 1999 *Centros c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* (C-212/97, *Rec.*, p. I-1484).

<sup>49</sup> Sentencia de 25 de julio de 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport (Factortame)* (C-221/89, *Rec.*, p. I-3905); apdo. 20.

<sup>50</sup> En concreto, fue la Directiva 97/36/CE la que reformó de manera sustancial la inicial redacción de 1989 para «aclarar el concepto de jurisdicción aplicable específicamente al sector audiovisual» (considerando 10).

nal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual; y si, como también podría ser el caso, una parte significativa del personal que realiza las actividades de ese servicio trabaja en cada uno de esos Estados miembros se considerará que el prestador del servicio de comunicación está establecido en el Estado miembro en que tenga su sede central. Puestos a imaginar posibles supuestos problemáticos, podría incluso ocurrir que una parte significativa de ese personal que realiza esas actividades no trabaje en ninguno de esos Estados miembros, por ejemplo en un supuesto de deslocalización realizada para «emigrar» a un Estado miembro en el que su ordenamiento jurídico resulte más «cómodo» por los motivos que sea (fiscales, régimen de publicidad, etc.)<sup>51</sup>. En tal situación, en aras de evitar traslados ficticios de sede con el único objetivo de eludir la legislación nacional en cuestión, se considerará que el prestador del servicio de comunicación audiovisual en cuestión está establecido en el Estado miembro en que se inició por primera vez su actividad, de conformidad con el ordenamiento jurídico de ese Estado; la única exigencia para que ello sea así es que el prestador mantenga un vínculo estable y efectivo con la economía de ese Estado miembro<sup>52</sup>. Con idéntico criterio y finalidad, si un prestador del servicio de comunicación tiene su sede central en un Estado miembro pero las decisiones sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en un tercer país se considerará que estará establecido en el Estado miembro de que se trate siempre que una parte significativa del personal que realiza las actividades del servicio trabaje en ese Estado miembro.

Ahora bien, dados los avances tecnológicos que existen en la actualidad, resulta perfectamente imaginable que al margen de los criterios anteriores, un prestador de servicios de comunicación audiovisual de un determinado Estado miembro lograra eludir el control de ese Estado en el que teóricamente estaría establecido utilizando un enlace ascendente con un satélite situado en un

<sup>51</sup> A nadie se le escapa que Luxemburgo sigue siendo un ejemplo de libro de Estado cuya «permeable» legislación en materia audiovisual —y también fiscal— puede ser un atractivo reclamo para atraer el establecimiento de empresas que, caso de fijar —o mantener— su sede central en otro Estado miembro estaría sometida a normas audiovisuales mucho más estrictas. Bien porque no pudieran acceder a una licencia de emisión o bien porque, aun disponiendo del acceso a ella, las normas de ese régimen jurídico nacional —por ejemplo, en materia de publicidad— fueran claramente menos favorables. La propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya citada brinda ejemplos palmarios en este sentido que en algún caso va más allá de lo que una mente media pudiera imaginar.

<sup>52</sup> El concepto de «vínculo estable y efectivo con la economía del país» es de naturaleza muy indeterminada y deja campo suficiente para la incertidumbre cuando en la práctica haya que concretar si la desvinculación que una empresa haga con su originario país de origen para establecerse definitivamente en otro Estado miembro es realmente tan «estable y efectivo» como para poder ampararse en la libertad comunitaria de establecimiento y «eludir» la aplicación de las normas del inicial país de establecimiento.

Estado miembro o una capacidad de satélite perteneciente a dicho Estado. De hecho, fue un caso real que afectó a nuestro país el que exigió la reforma de la originaria «Directiva televisión sin fronteras»<sup>53</sup>. Como consecuencia de la regulación de algunos Estados, como el Reino Unido, se daban en la práctica supuestos en los que se cedía el uso del satélite pero, sin embargo, el prestador del servicio quedaba fuera de la jurisdicción de ese Estado miembro y, por ende, podía no caer bajo jurisdicción de ningún Estado y así eludir las exigencias previstas en las normas europeas de armonización. Esa situación fue también subsanada con la reforma de la originaria «Directiva televisión sin fronteras» de 1997. De esta forma, la DSCA, en su redacción actual, exige expresamente que en el supuesto descrito esos prestadores de servicios de comunicación audiovisual queden sometidos a la jurisdicción del Estado cuyo satélite es utilizado (art. 2.4 DSCA).

Con todo, pese a esta aparente exhaustividad, en la práctica sigue existiendo cierto margen para intentar aprovechar los resquicios que deja el régimen europeo sobre libertad de establecimiento y la propia Directiva lo reconoce. Si en la práctica se diera algún caso en el que pese a este reguero de previsiones pervivieran dudas para determinar el Estado bajo cuya jurisdicción caería el prestador en cuestión, el círculo se cerraría con la previsión general de la que partíamos y la jurisdicción corresponderá al Estado en el que el prestador del servicio esté establecido en el sentido de los artículos 49 a 55 TFUE (art. 2.5 DSCA). O sea, donde formalmente tenga el establecimiento conforme a las exigencias comunitarias generales.

<sup>53</sup> El 20 de diciembre de 2004 el Reino Unido notificó a la Comisión su intención de proibir el servicio de televisión *Extasi TV* por considerar que violaba de manera clara, reiterada y grave las normas de la Directiva sobre protección de menores. Sin embargo, a la hora de concretar el Estado bajo cuya jurisdicción recaía el prestador de ese servicio de televisión, no quedaba claro si se trataba de España o de Italia, ya que el servicio se difundía a través de instalaciones de enlace ascendente por satélite situadas en España, pero la programación se editaba por una empresa (*Digital World Television*) establecida en Italia. El problema de fondo quedó resuelto cuando la Comisión aceptó el 11 de julio de 2005 que el decreto del Reino Unido para ilegalizar las acciones necesarias para la recepción del servicio en cuestión era plenamente compatible con la Directiva. Persistió, empero, la cuestión relativa a la determinación clara del Estado bajo cuya jurisdicción debería recaer el servicio de televisión que había generado el conflicto.

Además de este caso que afectó a España, surgieron conflictos semejantes en otros países, siendo particularmente relevantes los que se dieron entre Bélgica y Luxemburgo a propósito de los servicios *RTL-TVI*, *Club RTL* y *Plug TV*. A lo largo de 2006 se produjeron diversas reuniones entre los dos Estados afectados y en noviembre de ese año se reunió el Comité de Contacto previsto en la Directiva, si bien no se terminó de encontrar una solución plenamente satisfactoria a la cuestión.

Como caso más extremo, cabe plantearse el supuesto —en absoluto hipotético— de un prestador cuyos servicios de comunicación audiovisual estén destinados exclusivamente a la recepción en terceros países no miembros de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo. En tal caso, si esos servicios de comunicación audiovisual no son recibidos por el público con un equipo de consumo normal de manera directa ni indirecta en uno o varios Estados miembros, ese servicio quedaría fuera del ámbito de aplicación de la DSCA. En la práctica, el problema radicaría obviamente en precisar qué ha de entenderse por «equipo de consumo normal», si bien tal tarea corresponderá a los Estados <sup>54</sup>.

#### B) La transposición por la Ley General de Comunicación Audiovisual

En el ordenamiento español, la LGCA se ha hecho eco de estos principios al regular en su artículo 3 el ámbito de aplicación de la ley y al menos *prima facie* se ajusta plenamente a las exigencias que, según acabamos de ver, marca la norma europea de armonización. Así, el apartado primero de este precepto incluye con carácter general en su ámbito de actuación al prestador del servicio de comunicación audiovisual que «se encuentre establecido en España» y considera que tal es el caso cuando el prestador del servicio «tiene su sede central en España y las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en España» [art. 3.1.a) LGCA]. Para los supuestos en los que el prestador del servicio tenga su sede central en España pero las decisiones editoriales se tomen en otro Estado miembro la ley reproduce casi literalmente los criterios de la DSCA recién indicados [art. 3.1.b) y c) LGCA] <sup>55</sup>.

<sup>54</sup> La exposición de motivos de la DSCA establece claramente que «la definición de «equipo de consumo normal» debe dejarse a las autoridades nacionales competentes» (considerando 39). Ahora bien, teniendo presente que el sentido de la disposición se funda en el hecho de la DSCA afecta a servicios ofrecidos al público en general, el concepto de «equipo de consumo normal» no podrá ser tan restringido como para hacer peligrar el objetivo último perseguido por la Directiva.

<sup>55</sup> En concreto, la LGCA establece que «cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual tiene su sede central en España pero las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, se considera que el prestador está establecido en España cuando trabaje una parte significativa del personal que realiza las actividades de los servicios de comunicación audiovisual. En el caso de que una parte significativa del personal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual trabaje en España y en el otro Estado miembro, se considerará que el prestador del servicio de comunicación audiovisual está establecido en España cuando tenga su sede central en España. En el caso de que una parte significativa del personal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual no trabaje ni en España ni en ningún Estado miembro, se considerará que el prestador del servicio de comunicación audiovisual está

En consonancia con esto, la ley excluye de su ámbito de aplicación tres supuestos concretos, si bien lo hace sometiéndolo a una cláusula abierta de no fácil concreción interpretativa de que lo es «sin perjuicio de las obligaciones que les correspondan de acuerdo con esta Ley»; se deberá entender en todo caso que esas obligaciones que le corresponden conforme a la LGCA han de resultar a su vez compatibles con las exigencias jurídicas derivadas del Derecho de la Unión Europea.

La primera de esas excepciones es la que se refiere a 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 [art. 3.2.a)]; tal supuesto no plantea problema alguno desde la perspectiva de la DSCA porque, como ya se ha indicado, se trata de un aspecto que queda totalmente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva y se le aplica el régimen propio de las telecomunicaciones <sup>56</sup>.

La segunda excepción hace alusión a las «personas físicas o jurídicas que únicamente difundan o transporten la señal de programas audiovisuales cuya responsabilidad editorial corresponde a terceros» [art. 3.2.b) LGCA]; esta excepción es también plenamente compatible con la Directiva y los prestadores que difundiesen esos servicios quedarían, en principio, bajo la jurisdicción del Estado miembro en que estuviera establecida la persona física o jurídica que tenga la responsabilidad editorial.

Por último, la tercera excepción, que también quedaría fuera del ámbito de aplicación de la ley, la conformarían las comunicaciones audiovisuales sin carácter económico y los servicios que no constituyan medios de comunicación en masa porque no están destinados a una parte significativa del público y no tengan un claro impacto sobre él, así como cualesquiera actividades que no compitan por la misma audiencia que las emisiones de radiodifusión televisiva [art. 3.2.c) LGCA]; tampoco este caso debería plantear dificultad alguna porque la propia exposición de motivos de la DGCA deja patente que la Directiva no abarca «las actividades que no son fundamentalmente económicas ni entran en competencia con la radiodifusión televisiva, como son los sitios web de titula-

establecido en España si inició por primera vez su actividad en España, siempre y cuando mantenga un vínculo estable y efectivo con la economía de España».

Igualmente, la LGCA considera que «cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual tiene su sede central en España, pero las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en un tercer país, o viceversa, se considerará que está establecido en España siempre que una parte significativa del personal que realiza las actividades de comunicación audiovisual trabaje en España».

<sup>56</sup> Vid. *supra* II, 2.

ridad privada y los servicios consistentes en la prestación de servicios o distribución de contenido audiovisual generado por usuarios privados con el fin de compartirlo e intercambiarlo entre grupos de interés»<sup>57</sup>. Sí debe quedar, en todo caso, claro que la DSCA exige su aplicación a los servicios de comunicación audiovisual tanto si se trata de radiodifusión televisiva clásica prestada para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación como si se trata de servicios a petición del espectador en el momento que éste escoja o incluso la televisión en movilidad. De ahí que la definición que la LGCA hace de servicio de comunicación audiovisual recoja expresamente estos supuestos (art. 2.2 LGCA)<sup>58</sup>.

Para finalizar, aunque probablemente resulte obvio para la mayoría, quizá convenga recordar que la definición de servicio de comunicación audiovisual ha de incluir las comunicaciones audiovisuales comerciales, pero debe excluir los servicios cuyo principal objeto no sea proporcionar programas y su contenido audiovisual sea meramente incidental. Tal es el caso, por ejemplo, de los sitios web que contienen elementos audiovisuales pero su función es de carácter meramente auxiliar<sup>59</sup>. Cabe recordar, a mayor abundamiento, que las previsiones de esta Directiva habrán de convivir con las que hace la ya citada «Directiva de comercio electrónico»<sup>60</sup> y también con la ya citada «Directiva marco» sobre redes y servicios de comunicaciones electrónicas<sup>61</sup>.

En suma, de toda esta regulación podría extraerse la conclusión que el caballo de batalla a la hora de aplicar estas disposiciones a supuestos especialmente problemáticos radicarán en el concepto de «responsabilidad editorial». No tanto en su definición concreta, cuya regulación en la LGCA (art. 2.13)

<sup>57</sup> Véase el considerando 21 de la DSCA. Este considerando reproduce literalmente lo recogido antes en la exposición de motivos de la Directiva de 2007 (considerando 16 *in fine*).

<sup>58</sup> No olvidemos que ése fue precisamente uno de los objetivos básicos de la reforma de 2007.

<sup>59</sup> Ciertamente pueden existir supuestos en los que no siempre resulte sencillo trazar la línea divisoria. En todo caso, como caso ilustrativo que muestra la Directiva, puede citarse el de los juegos de azar. Si se trata de un juego, lotería o apuesta que se realiza en línea quedaría fuera del ámbito de la Directiva mientras que si se trata de una emisión televisada dedicada a un juego de azar sí se incluiría; véase considerando 22 de la DSCA.

<sup>60</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, cit.

<sup>61</sup> Directiva 2002/21/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, cit. De hecho, el artículo 1 de esta Directiva prevé en su apartado tercero que sus previsiones han de entenderse sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse a nivel de la Unión o de los Estados miembros en función de objetivos de interés general, en particular con la regulación de contenidos y la política audiovisual.

es prácticamente idéntica a la que recoge la DSCA [art. 1.1.c)]<sup>62</sup>, como sobre todo por la interpretación que en la práctica se dé al concepto de «control efectivo». Concepto éste de carácter indeterminado cuya concreción deja obviamente un cierto margen de apreciación y cuyos elementos reglados habrán de fijarse en el futuro a través del correspondiente desarrollo reglamentario.

## 2. La obligación de respeto de las normas armonizadoras por el Estado emisor: el necesario reverso del principio de Estado de origen

### A) La exigencia de una adecuada transposición de la Directiva

El recién visto principio del país de origen tiene en el Derecho de la Unión Europea un reverso que resulta imprescindible. Consiste en que el ordenamiento jurídico del Estado de origen cumpla escrupulosamente con las normas exigidas por la Directiva, en este caso la DSCA. Éste es precisamente el sentido de la existencia de normas de armonización, establecer unas disposiciones que permitan coordinar —que no unificar— las disposiciones de cada Estado miembro en una determinada materia para limar las divergencias que pudieran existir entre ordenamientos nacionales de tradiciones jurídicas bien diferentes. La DSCA fija, así, unas *normas mínimas* cuyo cumplimiento es exigible a *todos* los Estados miembros como listón jurídico mínimo para que sin problemas puedan aceptarse por el resto de Estados miembros las profundas consecuencias que puede conllevar la aceptación del principio del país de origen. Este cumplimiento se manifiesta, en primer término, en la adecuada transposición de la DSCA a los ordenamientos nacionales. Éstos lógicamente gozan de plena libertad para escoger los instrumentos jurídicos que estimen más adecuados conforme a sus tradiciones jurídicas. En el caso español, tras ensayar antes la vía de la transposición de la Directiva de 1989 mediante una ley *ad hoc*<sup>63</sup>, ha optado ahora por aprobar una ley de carácter general y codificador como es la LGCA que nos ocupa.

<sup>62</sup> Por responsabilidad editorial entiende la LGCA «el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de servicios de comunicación audiovisual» Y la ley añade, como también hace la DSCA, que «la responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados».

<sup>63</sup> Esta vía fue la utilizada por la ya citada Ley 25/1994 por la que se incorporó al ordenamiento español la Directiva 89/552/CEE. Al margen de que se hizo de una manera muy tardía —el período de transposición había expirado tres años antes (el 3 de octubre de 1991)— y que violaba claramente las exigencias del Derecho de la Unión Europea en materia de transposición de directivas, esta forma de implementación de la Directiva planteó también críticas,

Lo dicho no es óbice para que la obligación de transposición, en el sentido exigido por el TFUE y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sea perfectamente compatible en el sector que aquí nos ocupa con la existencia de mecanismos de autorregulación. En realidad, estos mecanismos no sólo son plenamente compatibles con la Directiva, sino que ésta prevé expresamente que «los Estados miembros estimularán los regímenes de correulación o autorregulación a nivel nacional en los ámbitos coordinados por la presente Directiva en la medida permitida por sus ordenamientos jurídicos» (art. 4.7 DSCA) <sup>64</sup>. En consonancia con ello, la LGCA ha previsto que «los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración» (art. 12.1). El aspecto esencial de estos códigos, que en el caso por ejemplo del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia puede ser de particular relevancia, es que en todo caso respeten las exigencias legales marcadas por el contenido de la Directiva y la ley de transposición. De ahí que la ley haya encomendado a la autoridad audiovisual la tarea de verificar la conformidad de esos códigos con la normativa vigente con carácter previo a la publicación de los mismos (art. 12.2 LGCA). En todo caso, estos mecanismos de autorregulación son un complemento de la legislación y de los mecanismos judiciales o administrativos legalmente previstos al efecto y en forma alguna pueden sustituir a las obligaciones del poder legislativo nacional en relación con la transposición de Directivas.

B) *La exigencia de un control nacional efectivo sobre el cumplimiento de las normas recogidas en la Directiva*

Pero el cumplimiento de esta obligación de respeto de las normas armonizadoras por todos los Estados miembros no se agota con una adecuada transposición al ordenamiento nacional. Conlleva también la exigencia paralela de un adecuado control nacional que asegure que los operadores de servicios de comunicación audiovisual que caen bajo la jurisdicción del Estado en cuestión cumplan realmente las exigencias fijadas por las normas nacionales de transposición de la DSCA. Esta exigencia deriva de manera general del propio

muy en particular a propósito del carácter disperso, incompleto y a veces hasta cercano al carácter contradictorio del contenido material aplicable a la actividad de radiodifusión televisiva en nuestro país.

<sup>64</sup> Véase igualmente el considerando 44 DSCA. A esos efectos, la autorregulación constituye, en términos generales, «un tipo de iniciativa voluntaria que permite a los operadores económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales o asociaciones en general adoptar directrices entre sí y para sí».

postulado de la técnica jurídica de la armonización (art. 288 TFUE, antiguo art. 249 TCE) que impone una obligación de resultado. Mas en el caso particular que nos ocupa, la propia DSCA contiene una disposición *ad hoc* que no deja lugar alguno para la duda: «Los Estados miembros, en el marco de su legislación y aplicando las medidas adecuadas, velarán por que los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción cumplan efectivamente las disposiciones de la presente Directiva» (art. 4.6 DSCA). Quiere ello decir que el incumplimiento de la Directiva puede venir dado por la falta de transposición o transposición inadecuada de la misma, en cuyo caso, según el precepto de que se tratase, además del eventual recurso por incumplimiento que interpusiera la Comisión (art. 258 TFUE, antiguo art. 226 TCE) podría plantearse la posibilidad de una eficacia directa del mismo si, conforme a la jurisprudencia fijada por el Tribunal de Justicia, fuese claro, preciso e incondicional <sup>65</sup>; o cuando, por tratarse de un conflicto entre particulares (efecto horizontal), no quepa su eficacia directa, el Tribunal de Justicia exige al juez nacional que realice una *interpretación conforme* al contenido de la Directiva <sup>66</sup> y haga todo lo que esté en sus manos para asegurar el cumplimiento de la Directiva <sup>67</sup>. Pero el incumplimiento de la Directiva puede existir también en supuestos de exquisita transposición (formal) de la misma al ordenamiento nacional en cuestión si en la práctica no existiese un control adecuado sobre el cumplimiento de las exigencias de la Directiva por los organismos de televisión sujetos a la juris-

<sup>65</sup> El Tribunal de Justicia ha dejado claro que «en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando esto no adapte el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta»; Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifacci* (as. acumulados C-6/90 y C-9/90, *Rec.*, p. I-5357), apdo. 11; Sentencia de 11 de julio de 2002, *Marks & Spencer* (C-62/00, *Rec.*, p. I-6235), apdo. 25. Véase, por todos, P. CRAIG, «The legal effect of Directives. Policy, rules and exceptions», *European Law Review*, 2009, pp. 349-376.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia de 10 de abril de 1984, *Dorit Harz* (79/83, *Rec.*, p. 1921).

<sup>67</sup> En concreto, el Tribunal de Justicia ha considerado en una jurisprudencia reiterada desde 1984 que existe una «obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber conforme al artículo 10 CE [actualmente art. 4.3 TUE], de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales»; Sentencia de 10 de abril de 1984 *von Colson* (14/83, *Rec.*, p. 1891), apdo. 26; Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing* (C-106/89, *Rec.*, p. I-4135), apdo. 8; Sentencia de 14 de julio de 1994, *Facchini Dori* (C-91/92, *Rec.*, p. I-3325), apdo. 26; Sentencia de 25 de febrero de 1999, *Carbonari y otros* (C-131/97, *Rec.*, p. I-1103), apdo. 48; Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros c. Deutsches Rotes Kreuz* (C-397/01 a 403/01, *Rec.*, p. I-8878), apdo. 110.

dicción de ese Estado. En tal caso, la vía judicial para solventar la situación derivaría de la labor de vigilancia encomendada con carácter general a la Comisión (art. 17 TUE) y se plasmaría en un recurso de incumplimiento contra ese Estado. Obviamente, este mecanismo de control judicial se emplea en la práctica por la Comisión cuando el incumplimiento resulta grave y reiterado.

En este sentido, desgraciadamente nuestro país puede ser buen ejemplo de este tipo de incumplimientos en materia audiovisual, al menos hasta la entrada en vigor de la LGCA. De hecho, han sido frecuentes las críticas que ha recibido España por no cumplir adecuadamente con la exigencia de control real del cumplimiento de la Directiva —especialmente en relación con la publicidad— por todos los organismos de televisión sometidos a la jurisdicción de nuestro país. No es de extrañar, por ello, que el 22 de junio de 2009 la Comisión interpusiera finalmente un recurso de incumplimiento contra España por considerar que las autoridades españolas han permitido «infracciones flagrantes, reiteradas y graves» de normas de la DSCA en materia de publicidad<sup>68</sup>. El recurso está aún pendiente de sentencia por el Tribunal de Justicia y próximamente el Abogado General presentará sus conclusiones generales.

De cualquier manera, la forma concreta de articular ese control queda también en manos de los Estados siempre que finalmente resulte *efectivo*. La Directiva ha renunciado a crear un órgano central de control pese a la existencia de relevantes voces doctrinales que en su momento defendieron la conveniencia de constituir una autoridad comunitaria competente para examinar si los servicios de comunicación audiovisual se ajustaban a las exigencias de la Directiva. A nuestro juicio y más allá del sentido realista que imponía una realidad en la que hubiera sido del todo imposible alcanzar el necesario consenso en el seno del Consejo, nos parece adecuado que, como ocurre con carácter general en los demás ámbitos materiales del mercado interior, la tarea de control recaiga en primer término en los Estados. Ello resulta más que suficiente para cumplir los objetivos de la Directiva si se tiene presente que existe una

<sup>68</sup> DO C 256 de 24.10.2009, p. 7. En concreto, la Comisión insta al Tribunal de Justicia a que «se declare que, al permitir las infracciones flagrantes, reiteradas y graves de las normas enunciadas en el artículo 18, apartado 2 de la Directiva del Consejo de 3 de octubre de 1989 (...), el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva, leído en relación con el artículo 10 del Tratado de la CE». Dicho de otra forma, la Comisión considera que «la interpretación restrictiva que realiza el Reino de España de la noción de anuncios publicitarios, y que tiene como consecuencia que determinadas prácticas publicitarias (en particular los publireportajes, los anuncios de telepromoción, los anuncios publicitarios de patrocinio y los microespacios publicitarios) no se consideren como anuncios publicitarios, y por lo tanto no se vean sometidas a los límites horarios impuestos por la Directiva 89/552/CEE, contraviene esta última».

verdadera obligación de resultado. La forma y organización del control queda, pues, en manos de los Estados miembros y la única exigencia es que ese control resulte efectivo. De cualquier forma, a nuestro entender, para cumplir con este requisito de efectividad parece claro que, desde un punto de vista netamente interno, este control al menos debería cumplir los requisitos añadidos de independencia y capacidad de intervención con potestades administrativas suficientes. Por tanto, el listón de mínimos de ese control exigido por este requisito de independencia debería situarse en que el control no se encomiende ni al gobierno en sentido propio ni a entidades administrativas que estén sometidas al control del gobierno. Y la posibilidad de intervención implica capacidad de regulación y de sanción<sup>69</sup>. No nos parece, pues, que la clave para garantizar un eficaz control del cumplimiento de las normas exigidas por la DSCA radique en el modelo de control por el que se opte. Existen órganos de eficacia constatada que, como el *Commissariaat voor de Media* holandés o el *Conseil de l'Audiovisuel* francés, responden a una estructura centralizada, y otros, como las *Landesmedienanstalten* alemanas, que resultan igualmente efectivas con una configuración de carácter descentralizado; pueden igualmente revestir la forma de *body corporate*, como en Reino Unido o Irlanda, o cualquier otra fórmula que idee cada ordenamiento nacional. Más bien es la voluntad real de exigir con rigurosidad las normas de la Directiva la que marca la diferencia básica entre mecanismos eficaces y mecanismos ineficaces. Y el modelo español, como también el italiano, en nuestra opinión ha distado bastante de hacerse merecedores del calificativo de eficaz. En todo caso, dado el carácter autonómico de nuestro Estado y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional al respecto<sup>70</sup>, el órgano de control estatal habrá de convivir con otros de las Comunidades Autónomas<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Para J. TORNOS MAS esta función de regulación supone «el ejercicio de una pluralidad de técnicas de intervención dentro de un marco ya reglamentado. Regular es ordenar conductas una vez las reglas del juego han sido establecidas. Ordenación de conductas que no se logra sólo con medidas policiales. La actividad de regulación supone el uso conjunto de diversas potestades administrativas, tratando de lograr el equilibrio dentro de un sector complejo, lo que requiere una especial habilidad. Regular es dirigir, orientar, aconsejar, recomendar, autorizar, inspeccionar, sancionar, y tratar también de imponer soluciones sobre la base de la propia autorregulación del sector»; en *Las autoridades de regulación del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 67.

<sup>70</sup> El Tribunal Constitucional resolvió en 1993 la duda de si la base competencial de la Constitución para crear un órgano de esta naturaleza debería ser el título de telecomunicaciones o, si por el contrario, debería ser el de medios de comunicación social. La diferencia entre uno y otro título no era baladí, ya que según se decantara por uno u otro la naturaleza de la competencia sería exclusiva del Estado o compartida. En la Sentencia 168/1993, de 28 de mayo, declaró que «todos estos aspectos y otros de la radiodifusión conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE, en los que prevalece la conside-

Llegados a este punto, no nos corresponde, a este respecto, pronunciarnos sobre la regulación que la LGCA establece a propósito del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (arts. 44-54 LGCA) y del régimen sancionador básico (arts. 55-61 LGCA), así como de la correspondiente actuación en el nivel autonómico. Sí parece, empero, que perviven algunas dudas sobre aspectos relevantes de este control, si bien, a los efectos del estudio que aquí nos ocupa, creemos que al menos sobre el papel resulta suficiente la nueva regulación prevista en la LGCA para cumplir con las exigencias formalmente derivadas de la Directiva <sup>72</sup>. Otra cuestión será cómo se desarrolla en la práctica esta labor de control *efectivo*.

### 3. La posibilidad de normas más estrictas para los programas nacionales: la imposibilidad de exigencia a programas procedentes de otros Estados miembros

Antes de concluir el apartado relativo al principio del país de origen y a la correlativa exigencia de adecuada transposición de la DSCA conviene por último hacer referencia a que las normas contenidas en la DSCA que han sido transpuestas en nuestro ordenamiento por la LGCA son únicamente *normas de mínimos*. Es el mínimo jurídico exigible a todos los Estados en materia de servicios de comunicación audiovisual para poder garantizar dentro de un mercado único sin fronteras interiores la libre circulación de esos servicios. La

ración de la radio y la televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran acomodo en el artículo 149.1.27 CE a efectos de la distribución de competencias. En cambio en aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven —las ondas radioléctricas o electromagnéticas— quedan dentro de la materia de radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal ex artículo 149.1.21 CE para ordenar el dominio público radioeléctrico» (FJ 4).

<sup>71</sup> Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que creó un órgano de esta naturaleza (el Consejo Audiovisual de Cataluña). Inicialmente se creó por la Ley 8/1996, de 5 de julio, sobre la regulación de la programación audiovisual distribuida por cable, y ha sido posteriormente reformada en 2000 (Ley 2/2000, de 4 de mayo) y 2005 (Ley 22/2005, de 29 de diciembre). Finalmente, el Estatuto de Autonomía regula en su artículo 82 este Consejo, considerándolo «la autoridad reguladora independiente en el ámbito de la comunicación audiovisual pública y privada» y subraya el requisito de independencia insistiendo que «el Consejo actúa con plena independencia del Gobierno de la Generalitat en el ejercicio de sus funciones».

Existen también otras Comunidades Autónomas, como Andalucía, Galicia o Navarra, que también han ido creando un órgano de esta naturaleza.

<sup>72</sup> Nos remitimos para ello a las colaboraciones de A. HUERGO LORA y M. CARRILLO que se recogen en esta misma obra. El tiempo dirá, en todo caso, si la aplicación concreta del nuevo régimen supone una mejora respecto al criticable sistema existente hasta el momento.

Directiva delimita, de esta forma, el mínimo infranqueable en materia de promoción de obras europeas <sup>73</sup>, publicidad y patrocinio <sup>74</sup>, derecho de réplica <sup>75</sup> o protección de menores <sup>76</sup>. Ello no obsta, por tanto, para que los Estados miembros estén facultados para levantar el listón e introducir, si lo estiman oportuno, normas más estrictas o detalladas.

Ello, por un lado, entronca con la filosofía propia del mecanismo comunitario de la armonización cuyo objetivo no es en ningún caso unificar las legislaciones de los Estados sino simplemente coordinar el mismo, imprescindible para lograr la meta de un mercado único, pero preservando las peculiaridades jurídicas de cada Estado miembro. Mas, por otro lado, en el concreto ámbito

<sup>73</sup> El objetivo de este tipo de disposiciones es «promover la formación de mercados de una dimensión suficiente para que las producciones de televisión en los Estados miembros puedan amortizar las inversiones necesarias» (considerando 65 DSCA), así como, en el caso de obras de productores independientes de los organismos de televisión, «estimular nuevas fuentes de producción televisiva, en especial la creación de pequeñas y medianas empresas» (considerando 68 DSCA). Para ello, los artículos 16 y 17 DSCA exigen a los Estados que velen —«siempre que sea posible y con los medios adecuados»— para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven para obras europeas «una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión, así como a que reserven como mínimo el 10% de su tiempo de emisión o el 10% de su presupuesto de programación a obras europeas de productores independientes de los organismos de radiodifusión televisiva».

<sup>74</sup> Los artículos 19 a 26 DSCA recogen diversas disposiciones en materia de publicidad por televisión y teledifusión. Básicamente, recogen el principio básico de separación entre programa y publicidad (art. 19 DSCA), reglas restrictivas sobre productos que conllevan la prohibición de la publicidad de medicamentos (art. 21 DSCA) o normas muy restrictivas para la publicidad de bebidas alcohólicas (art. 22 DSCA), así como fija también unos tiempos máximos para la emisión de publicidad (20%) a lo largo de una hora (art. 23 DSCA). Para profundizar sobre el alcance de estas disposiciones y los variados problemas que han planteado en algunos Estados miembros, puede verse el documento que elaboró al respecto la Comisión en 2004, *Comunicación interpretativa sobre determinados aspectos de las disposiciones en materia de publicidad de la Directiva televisión sin fronteras*, DO C 102 de 28.4.2004, p. 2.

<sup>75</sup> El artículo 28 DSCA atribuye un derecho de réplica a cualquier persona física o jurídica cuyos derechos hayan sido lesionados como consecuencia de una afirmación errónea realizada en un programa de televisión.

<sup>76</sup> La Directiva recoge igualmente normas contra los contenidos nocivos para proteger el desarrollo físico, mental y moral de los menores, así como la dignidad humana (considerando 59 DSCA). Así, el artículo 27 DSCA exige a los Estados que adopten «las medidas oportunas para garantizar que las emisiones de televisión de los organismos de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción no incluyan ningún programa que pueda perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita». En la práctica, el problema fundamental radica en compatibilizar estas disposiciones de protección del menor con el derecho a la libertad de expresión. A este respecto los sistemas de filtrado e identificación personal para acceder a los servicios de comunicación audiovisual a petición parece constituir un punto de equilibrio entre ambos polos.



audiovisual que estamos tratando, esta técnica de la armonización con normas de mínimos coherente perfectamente con el objetivo deseado de la Unión Europea de preservar el servicio público de la radiodifusión en aquellos Estados que así lo deseen <sup>77</sup>.

Eso sí, tales normas más estrictas tan sólo podrán exigirse a los organismos de televisión que dependan de su competencia; en modo alguno serán exigibles a los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otro Estado miembro (principio de país de origen) cuyo ordenamiento se haya limitado a transponer las exigencias de mínimos de la Directiva. La única exigencia que la DSCA establece para las normas más estrictas que puedan fijar los Estados para los organismos de televisión que de él dependan es que «estas normas sean conformes al Derecho de la Unión» (art. 4.1 DSCA). Es decir, que además de ser compatible con lo exigido en la Directiva cumpla también con el resto de principios y obligaciones que derivan del Derecho de la Unión Europea y, muy en particular, de la jurisprudencia que sobre ellos haya desplegado el Tribunal de Justicia.

Así, por sólo citar algún caso ilustrativo, en el caso español es perfectamente compatible con la Directiva el que por ejemplo la LGCA establezca que los prestadores de televisión de titularidad pública no puedan dedicar canales exclusivamente a emitir comunicación comercial (art. 43.4 LGCA), pese a que la Directiva sí lo permita expresamente (art. 25 DSCA); o que la ley excluya por completo la publicidad y la televenta en RTVE (disposición transitoria primera LGCA) a pesar de que la Directiva permite su emisión dentro de los límites de tiempo máximo (20% por hora de reloj) que establece expresamente (art. 23 DSCA).

Sin embargo, aunque esta posibilidad de normas más estrictas, como ya hemos indicado, entronca perfectamente con la tradición comunitaria propia de los mecanismos de armonización dentro del mercado interior y se ajusta plenamente al deseo de preservar el concepto de servicio público en este ámbito, es susceptible de plantear en el sector audiovisual ciertos conflictos, no puede ocultarse que sigue existiendo una honda preocupación con respecto a

<sup>77</sup> Cfr. Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 25 de enero de 1999, sobre el servicio público de radiodifusión; DO C 30 de 5.2.1999, p. 1. Dentro de nuestra doctrina, véase M. C. CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988; *ib.*, «El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales», en VV.AA., *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 109-119; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales», en VV.AA., *op. cit.* (*El régimen jurídico del audiovisual*), pp. 121-133.

la diversidad de las legislaciones nacionales y al riesgo de que las empresas de servicios de comunicación audiovisual se establezcan en los países que cuentan con la legislación más liberal <sup>78</sup>. A nadie se le escapa que, dadas las posibilidades técnicas existentes en la actualidad y vista la libertad de establecimiento de que goza toda persona física o jurídica por mor de los artículos 49 a 55 TFUE, sigue siendo una tentación al alcance de la mano el utilizar un establecimiento en otro Estado miembro con una legislación más favorable con el único objetivo de eludir la más estricta legislación nacional <sup>79</sup>. Ciertamente, como trataremos con detalle más adelante al abordar con detalle el principio de libertad de recepción y sus posibles excepciones <sup>80</sup>, en tales casos extremos, la Directiva insta a que los Estados afectados «colaboren entre sí» y fija un procedimiento *ad hoc* para resolver la posible controversia (art. 4.2 DSCA); de hecho lo trataremos más adelante.

En este momento nos basta con subrayar que esta previsión de la Directiva —ausente por completo en la redacción originaria de 1989— pone de manifiesto el difícil equilibrio que en ocasiones existe entre la conveniencia de permitir a un Estado miembro preservar determinadas exigencias en aras de favorecer el interés general, como por ejemplo el concepto de servicio público de la televisión, con la correlativa obligación de garantizar la libre circulación de los servicios dentro del mercado interior. Servicio público y mercado conforman dos polos de no fácil compatibilidad, cuya tensión ha aflorado con toda rotundidad durante el reciente proceso de elaboración de la ya citada «Directiva de servicios» <sup>81</sup>. Al fin y al cabo, el desproporcionado revuelo levantado por esta Directiva pone de manifiesto que el sector de los servicios sigue siendo el ámbito del mercado único cuya consecución más problemas sigue planteando en la actualidad <sup>82</sup>. Probablemente, esta «Directi-

<sup>78</sup> Así, por ejemplo, en la Comunicación que la Comisión presentó en 2003 sobre *El futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual* se hacía expresamente eco de esta preocupación; COM (2003) 784 final de 15.12.2003, especialmente p. 16.

<sup>79</sup> *Vid supra*, III, 1.A.

<sup>80</sup> *Vid. infra*, IV.

<sup>81</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *cit.*

<sup>82</sup> Al margen del importante Informe que la Comisión hizo en su momento sobre *El estado del mercado interior de servicios*, parece claro que la actual crisis económica y financiera no ha sido tampoco el mejor caldo de cultivo para favorecer la adopción de las medidas que hubieran sido precisas para lograr una auténtica libertad de prestación de servicios al estilo de la que ya existen en otros ámbitos del mercado interior. De hecho, en algunos Estados miembros se están constatando en los últimos meses conductas que distan un abismo de resultar compatibles con el proceder que se espera de unos «socios» que se han comprometido a respetar las reglas que comporta la existencia de un mercado único sin fronteras interiores y en el que la discriminación por razón de la nacionalidad está abolida con todas sus consecuencias desde hace ya varias décadas.

va de servicios» constituya también un buen ejemplo del papel disgregador que las excepciones en ella recogidas para el principio del país de origen puedan acarrear para impedir una plena consecución de la libertad de prestación de servicios.

Con todo, en el caso español, con la LGCA parece haberse configurado por fin un escenario en el que, una vez que el régimen de financiación y de emisión de publicidad de la RTVE ha quedado claramente separado del existente para los organismos privados de televisión, se logra un cierto equilibrio entre mercado y servicio público que encaja bastante bien con el establecimiento de normas más estrictas para la televisión pública a la par que, al mantener para las televisiones privadas los mínimos recogidos en la Directiva en materia de publicidad, televenta y patrocinio, se desincentiva el establecimiento de esas empresas en otro Estado miembro. Cuestión bien diferente será obviamente si el modelo de financiación de la Corporación de Radio Televisión Española que implantó la Ley de 2009 es compatible con el régimen comunitario de ayudas públicas (arts. 107 a 109 TFUE, antiguos arts. 87 a 89 TCE)<sup>83</sup>. De hecho, el radical cambio que supuso el paso del anterior modelo de financiación dual (pública y de publicidad) al nuevo de renuncia definitiva e inmediata a los ingresos procedentes de la publicidad (sistema público de financiación) ha provocado la apertura por la Comisión de un expediente de investigación. No porque plantee objeciones a la supresión de la publicidad en la televisión pública, que es plenamente compatible tanto con la DSCA como con el régimen de ayudas públicas<sup>84</sup>, sino porque España no notificó la reforma de financiación para su preceptivo control *ex ante* y, sobre todo, porque las nuevas vías de financiación (ingresos procedentes de los presupuestos generales del Estado, un porcentaje sobre el rendimiento de la tasa de reserva de dominio público radioléctrico y aportaciones de los operadores de televisión y de telecomunicaciones) sí podrían ser contrarios al Derecho de la Unión. Con independencia del desenlace final de la investigación abierta por la Comisión —que en modo alguno debe interpretarse como el pórtico de una decisión segura de incompatibilidad—, de los antecedentes existentes en la materia no creemos que, como se está sosteniendo desde algunas posiciones, pueda derivarse tan claramente el carácter contrario al Derecho de la Unión. Antes al

<sup>83</sup> Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española. La LGCA establece por su parte en la disposición final tercera cuatro modificaciones muy puntuales de la Ley 8/2009.

<sup>84</sup> No debe olvidarse tampoco que el anterior régimen de doble financiación de la televisión pública española (recursos públicos e ingresos procedentes de la publicidad) planteaba muy serias dudas de compatibilidad con estas mismas reglas europeas sobre control de las ayudas públicas.

contrario, tanto el Derecho originario<sup>85</sup> como las directrices marcadas por la Comisión para fijar su posición en relación con la aplicación de las normas de ayudas públicas a este sector<sup>86</sup> podrían suministrar ciertos indicios en sentido contrario. Incluso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia existente en la materia no creemos que pueda deducirse otra cosa en relación con la interpretación que, en su caso, pudiera hacer de la definición, objetivo y proporcionalidad dados por la ley en cuestión al sistema de financiación de la Corporación de RTVE<sup>87</sup>. Sí es cierto, no obstante, que los principios de proporcionalidad y transparencia que exige la Comisión podrían encontrar alguna dificultad de cumplimiento en un sistema en el que no queda clara la existencia en la Corporación de RTVE de «cuentas separadas» para la actividad del servicio público (financiable sin problemas mediante ingresos públicos) de la actividad que pueda no tener esa consideración. Y lo que es más relevante. Es perfectamente posible que, siendo esta normativa compatible con el régimen de ayudas públicas, sí pudiera resultar contraria a las normas de la Unión Europea en materia de telecomunicaciones. No en vano, la tasa del 0,9% sobre los ingresos brutos de los operadores de telecomunicaciones para compensar la pérdida de ingresos procedentes de la publicidad de pago sufrida por la

<sup>85</sup> Existe un Protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, que mantiene el Tratado de Lisboa (Protocolo 29), y que considera que «las disposiciones de los Tratados se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Unión en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público».

<sup>86</sup> Véase a este respecto la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, DO C 257 de 27.10.2009, p. 1.

<sup>87</sup> Por citar algún ejemplo relevante, en el reciente asunto en el que la TF1 francesa impugnó la Decisión de la Comisión en la que declaraba compatible con el Derecho de la Unión la ayuda que el Gobierno francés había concedido a *France Télévisions* a través de un canon (Decisión de 16 de julio de 2008), el Tribunal de Primera Instancia respaldó plenamente la posición que había mantenido la Comisión en su examen sobre si existía una compensación excesiva de los costes del servicio público desarrollado por esa televisión; Sentencia del TPI de 11 de marzo de 2009 *Télévision Française 1 c. Comisión* (T-354/05, no publicada aún en la Recopilación oficial).

Es más, existen casos en los que el Tribunal de Primera Instancia ha respaldado medidas adoptadas por las autoridades nacionales para favorecer la financiación de su televisión pública incluso cuando existía una Decisión expresa de la Comisión considerando que tales medidas eran contrarias al régimen comunitario de ayudas públicas. Ése fue el caso de la televisión danesa. Véase la Sentencia del TPI de 22 de octubre de 2008 *TV2, Danmark y otros. c. Comisión* (as. acumulados T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04, *Rec.*, p. II-2938).

RTVE bien podría suponer una violación de las exigencias recogidas en la denominada «Directiva de autorización»<sup>88</sup>.

#### IV. La exigencia europea de garantizar la libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados fuera de España: obligación principal derivada de la Directiva

Los principios fundamentales del régimen audiovisual de la Unión Europea que hemos visto hasta ahora son en realidad los elementos instrumentales para conseguir el objetivo básico que persigue la libertad de circulación de los servicios de comunicación audiovisual, a saber, garantizar plenamente la libertad de recepción y retransmisión de los servicios emitidos desde otro Estado miembro (principio de país de origen) de manera legal conforme a los requisitos fijados por su ordenamiento jurídico (cumplimiento de las normas de armonización de la DSCA). Así, la Directiva establece con una claridad meridiana que «los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva» (art. 3.1 DSCA). E idéntica rotundidad adopta la LGCA cuando dedica un capítulo de su Título III sobre normas básicas para la regulación y coordinación del Mercado de Comunicación Audiovisual a la libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España. Con independencia de que el enunciado dado a este capítulo resulte el más adecuado, el precepto que lo abre deja bien sentada la premisa básica de que «se garantiza la libertad de recepción en todo el territorio español de los servicios audiovisuales cuyos titulares se encuentren establecidos en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo» (art. 38.1 LGCA).

Con esta tajante disposición hubiera sido probablemente más que suficiente para cumplir las exigencias impuestas por los instrumentos jurídicos europeos. Sin embargo, la ley incluye un supuesto especial que se hace derivar del Convenio Europeo del Consejo de Europa sobre Televisión Transfronteriza<sup>89</sup>:

<sup>88</sup> Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. DO L 108 de 24.4.2002, p. 21.

<sup>89</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre Televisión Transfronteriza de 19 de marzo de 1989. Este convenio entró en vigor el 5 de mayo de 1993 al ser ratificado, conforme a lo previsto en su artículo 29.2, por al menos siete Estados parte. Hasta el momento presente (julio de 2010) este Convenio ha sido ratificado por 33 Estados miembros del Consejo de Europa, entre los que figuran todos los Estados miembros de la Unión Europea salvo Grecia, Luxemburgo,

«En el ámbito del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza y para canalizar el derecho a la diversidad cultural y lingüística a nivel europeo, en todas las zonas limítrofes con un país de la Unión Europea se posibilitará la emisión y la recepción de programas difundidos mediante ondas hertzianas garantizando para ello una adecuada planificación del espectro radioeléctrico en las zonas fronterizas». En nuestra opinión, hubiera bastado con el desarrollo normativo que posteriormente hiciera el Gobierno de esta ley, de conformidad con la disposición final séptima de la misma. Además, se trata de una previsión que en cierto sentido mezcla las exigencias de la Directiva con las del Convenio incluso en la propia formulación, ya que España no tiene ninguna «zona fronteriza» con ningún Estado signatario del Convenio del Consejo de Europa que no sea también miembro de la Unión Europea. Es más, puestos a concretar, el objetivo de preservar «la diversidad cultural y lingüística a nivel europeo» queda patente también en otros instrumentos jurídicos internacionales diferentes al del Convenio. Baste recordar, por ejemplo, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales que expresamente cita la propia DSCA<sup>90</sup> y de la que es parte la propia Unión Europea<sup>91</sup>. Ello sin entrar en consideraciones sobre la oportunidad de incluir expresamente en una norma con rango de ley una referencia a «programas difundidos por ondas hertzianas» que puede quedar técnicamente obsoleta en un plazo breve de tiempo.

#### V. Excepciones a la libertad de recepción: la posibilidad de suspensión provisional de programas procedentes de otros Estados miembros de la UE

De lo dicho hasta ahora no debe deducirse que la exigencia de garantizar la libertad de recepción de los servicios prestados fuera de España no admita excepción alguna. Como también ocurre con el resto de libertades fundamentales que conforman el mercado interior esta exigencia también está sujeta a posibles modulaciones por parte de los Estados. Éstas pueden ser de dos tipos. Caben, por un lado, excepciones generales propias de la libertad de prestación de servicios, cuyo tratamiento exigirá prestar particular atención a la interpretación enormemente restrictiva que de las mismas ha hecho el Tribu-

Países Bajos y Suecia. Un valioso comentario al mismo se encuentra en el *Rapport explicatif de la Convention Européenne, Traités et Rapports*, Estrasburgo, 1992.

<sup>90</sup> Véase el considerando 7 de la misma.

<sup>91</sup> Véase la Decisión 2006/515/CE del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, DO L 201 de 25.7.2006, p. 15.

nal de Justicia (1). Por otro lado y mucho más relevante a los efectos de este estudio, caben también excepciones específicamente aplicables a los servicios de comunicación audiovisual, cuya concreción se basa en previsiones *ad hoc* recogidas en la propia DSCA (2).

### 1. Las excepciones generales a la libertad de prestación de servicios audiovisuales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

En relación con las excepciones generales, el mismo TFUE, como antes del Tratado de Lisboa hacía también el TCE, incluye disposiciones a favor de los Estados que autorizan la introducción de determinadas medidas nacionales que en sí mismas supondrían una violación de los principios básicos que inspiran esta libertad de prestación de servicios pero que podrían estar justificadas bien porque la actividad esté relacionada con el ejercicio del poder público (arts. 51 y 62 TFUE, antiguos arts. 45 y 55 TFUE) o bien por razones de orden público, seguridad pública y salud pública (arts. 52 y 62 TFUE, antiguos arts. 46 y 55 TCE). Ahora bien, dejando aquí de lado las previsiones que la Directiva de servicios recoge al respecto<sup>92</sup>, de la interpretación que de estas excepciones ha hecho el Tribunal de Justicia queda patente, entre otros aspectos, que en todo caso habrán de interpretarse siempre de manera restrictiva<sup>93</sup>. Por otro lado, a la hora de definir su posible alcance concreto, el Tribunal de Justicia ha establecido con idéntica rotundidad que la actividad relacionada con el poder público que se aduzca como excepción a la libertad de prestación del servicio de que se trate ha de suponer siempre una «directa y específica participación en el ejercicio del poder público»<sup>94</sup> y, salvo excepciones muy puntuales, no puede aplicarse este concepto a toda una profesión<sup>95</sup>. Por otro lado, en relación con la cláusula de orden público, seguridad pública y salud

<sup>92</sup> Como ya hemos visto al tratar el principio del país de origen (*vid. supra*, III.1), esta Directiva no resulta de aplicación a los servicios audiovisuales. Sin embargo, a efectos meramente hermenéuticos puede resultar de interés la regulación que hace a propósito de este tipo de excepciones ya que en el fondo se limita a plasmar en sus postulados la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia ha ido desplegando sobre esta cuestión y que obviamente también resulta relevante para los servicios de comunicación audiovisual.

<sup>93</sup> Sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners* (2/74, *Rec.*, p. 631), apdos. 42 y 43; Sentencia de 26 de febrero de 1975, *Bonignore c. Ciudad de Colonia* (67/74, *Rec.*, p. 307), apdo. 6.

<sup>94</sup> Sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners* (2/74, *cit.*), apdo. 45. Como adujo el Abogado General MAYRAS en este capital asunto «el ejercicio del poder público es aquel que nace de la soberanía, del imperium del Estado; para aquellos que lo ejercen supone la posibilidad de usar prerrogativas exorbitantes (de Derecho común), privilegios de poder público y poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos»; Conclusiones del AG Mayras al citado asunto *Reyners*, *Rec.*, p. 664.

<sup>95</sup> Sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners* (2/74, *cit.*), apdo. 46.

pública, el Tribunal de Justicia ha establecido desde el asunto *Rutili* que, aunque obviamente nos encontremos ante un concepto indeterminado de difícil concreción, no se trata de un concepto nacional del que cada Estado pueda precisar su alcance; es más bien una noción comunitaria que también ha de interpretarse de forma restrictiva «de modo que sus efectos se limiten a lo necesario para la protección de los intereses que se pretenden garantizar»<sup>96</sup>. Se exige además la existencia concreta de una amenaza real y suficientemente grave<sup>97</sup>, así como verse afectado un interés fundamental de la sociedad<sup>98</sup>. Y, en cualquier caso, su aplicación no puede suponer una violación de los derechos fundamentales que, hasta la entrada en vigor de la Carta de derechos de la Unión Europea el pasado 1 de diciembre de 2009, el Tribunal de Justicia había situado siempre en el respeto del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950<sup>99</sup>. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa parece obvio que sea la Carta la que tome el testigo del Convenio<sup>100</sup>.

Por último, al margen de estas dos excepciones expresamente previstas en los tratados constitutivos, el Tribunal de Justicia ha desarrollado en su jurisprudencia una posible excepción más que en la práctica plantea mayores dificultades de concreción: la restricción de la prestación de servicios por motivos de *interés general*<sup>101</sup>. No obstante, el Alto Tribunal de la Unión Europea ha dejado igualmente claro que su aplicación no puede conllevar una discriminación por razón de la nacionalidad<sup>102</sup>, ha de ser objetivamente necesaria<sup>103</sup>, ha

<sup>96</sup> Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili c. Ministerio del interior belga* (36/75, *Rec.*, p. 1219), apdo. 26.

<sup>97</sup> Sentencia de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, (30/77, *Rec.*, p. 1999), apdo. 35; Sentencia de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille* (115 y 116/81, *Rec.*, p. 1665), apdo. 9.

<sup>98</sup> Sentencia de 27 de octubre de 1977 *Bouchereau* (30/77, *cit.*), apdo. 36; Sentencia de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille* (115 y 116/81, *cit.*), apdo. 8.

<sup>99</sup> Sentencia de 4 de octubre de 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan* (C-159/90, *Rec.*, p. I-4685), apdo. 31.

<sup>100</sup> Un exhaustivo comentario a la Carta se encuentra en la obra colectiva dirigida por A. MANGAS MARTÍN, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008.

<sup>101</sup> El Tribunal de Justicia ha establecido, en efecto, que «en consideración a la especialidad de determinadas prestaciones de servicios (...) pueden determinadas exigencias (...) no ser consideradas incompatibles con el Tratado»; Sentencia de 19 de enero de 1979, *van Wesemael* (110/78 y 117/78, *Rec.*, p. 35), apdo. 28; Sentencia de 3 de diciembre de 1974, *van Binsbergen* (33/74, *Rec.*, p. 1299), apdo. 12. Y por tal cláusula de interés general suele entenderse «el conjunto de principios éticos y políticos en que se basa una comunidad estatal».

<sup>102</sup> La restricción por motivos de interés general ha de tratar, por tanto, «del mismo modo a todas las prestaciones del sector, con independencia de su origen o la nacionalidad y del lugar de establecimiento de los prestadores respectivos».

<sup>103</sup> Sentencia de 26 de noviembre de 1975, *Coenen c. Social-Economische Raad* (39/75, *Rec.*,

de adoptarse por razones imperiosas ligadas a ese interés general<sup>104</sup> y debe, en todo caso, resultar en su aplicación proporcional al fin perseguido<sup>105</sup>. Además de, por descontado, no suponer una violación de los derechos fundamentales recogidos en el CEDH y en la Carta de Derechos de la Unión Europea.

Ahora bien, llegados a este extremo, lo que realmente nos interesa al tratar el régimen español de regulación de la comunicación audiovisual no es tanto conocer la jurisprudencia general del Tribunal de Justicia en la materia como saber con cierta precisión si realmente resulta posible a las autoridades españolas establecer excepciones al principio general de libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España —recogido en el ya tratado art. 38 LGCA— con base en estas previsiones de los tratados y del Tribunal de Justicia. Y lo cierto es que tal posibilidad queda bastante limitada.

Empezando por las dos excepciones expresamente previstas en los tratados constitutivos no resulta muy complicado concluir que, a la vista de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia, en modo alguno puede considerarse la actividad de radiodifusión televisiva como una «directa y específica participación en el ejercicio del poder público». Los organismos de televisión —incluidos los que puedan tener carácter público— no constituyen en forma alguna un órgano o autoridad estatal en el sentido exigido por el Tribunal de Justicia. No es, por ello, necesario recurrir al argumento de que además, dada la peculiar actividad ante la que nos encontramos, podría llegar a suponer también una violación de la libertad de expresión. Tampoco la cláusula de orden público, seguridad pública y salud pública resulta de fácil aplicación. La emisión o retransmisión de programas de televisión tan sólo podría ser limitada con base en esta excepción si se diera una amenaza real y de gravedad tal que pusiera en peligro un interés fundamental de la sociedad; y en todo caso debería tratarse de un interés de la sociedad previamente reconocido por la Unión Europea<sup>106</sup>. Por otro lado, como expresamente exigió el Tribunal de

p. 1547), apdos. 11 y 12; Sentencia de 4 de diciembre de 1986, *Comisión c. Alemania* (205/84, *Rec.*, p. 3755), apdo. 29.

<sup>104</sup> Sentencia de 26 de febrero de 1991, *Comisión c. Francia* (C-154/89, *Rec.*, p. I-659), apdo. 15; Sentencia de 26 de febrero de 1991, *Comisión c. Italia* (C-180/89, *Rec.*, p. I-709), apdo. 18.

<sup>105</sup> Este importante requisito exige, entre otras cosas, que «no pueda ser conseguido por normas menos restrictivas»; Sentencia de 25 de julio de 1991, *Comisión c. Países Bajos* (C-353/89, *Rec.*, p. I-4069), apdo. 19.

<sup>106</sup> Esta es la posición que se sostuvo, por ejemplo, en el Libro Verde sobre Televisión sin fronteras que elaboró la Comisión antes de presentar su primera propuesta de Directiva; COM (84) 300 final, especialmente p. 127.

Justicia en la sentencia que dictó en 1991 al abordar el asunto del monopolio griego de televisión, los motivos alegados deberían «ser apreciados a la luz del principio general de libertad de expresión consagrado en el artículo 10 de la CEDH»<sup>107</sup>. Y a este respecto es bien sabido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido tradicionalmente una doctrina especialmente amplia a la hora de concretar el ámbito de aplicación de este derecho<sup>108</sup> que en nada queda alterado por la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en diciembre de 2009<sup>109</sup>.

Finalmente, en relación con la más polémica excepción basada en motivos de interés general, el Tribunal de Justicia reconoció en la jurisprudencia que dictó antes de la aprobación de la «Directiva televisión sin fronteras» que efec-

<sup>107</sup> Sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, *cit.*), apdo. 45. Cfr. igualmente Sentencia de 27 de julio de 1991, *Comisión c. Países Bajos* (C-353/89, *Rec.*, p. I-4069), apdo. 30; Sentencia de 25 de julio de 1991, *Gouda* (C-288/89, *Rec.*, p. I-4007), apdo. 23.

<sup>108</sup> *Vid.*, por ejemplo, Sentencia del TEDH de 28 de marzo de 1990, *Groppera Radio AG c. Suiza*, en especial apdos. 69 y 70. El TEDH ha considerado que este derecho es uno de los pilares fundamentales de la sociedad democrática (Sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handsyde c. Reino Unido*, apdo. 49) que justifica una interpretación amplia de este derecho. Igualmente, el TEDH ha establecido que las limitaciones deben interpretarse de forma restrictiva exigiendo que el adjetivo de necesarias del artículo 10.2 CEDH implique una necesidad social imperiosa y que la restricción en cuestión sea proporcionada al objetivo legítimo perseguido, así como que los motivos invocados para justificarla sean además pertinentes y suficientes; Sentencia de 26 de septiembre de 1995, *Vogt c. Alemania*, apdo. 52; Sentencia de 28 de octubre de 1999, *Wille c. Liechtenstein*, apdos. 61-63. Esta jurisprudencia también ha sido asumida de forma literal por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Sentencia de 6 de marzo de 2001, *Connolly* (C-274/99P, *Rec.*, p. I-1611), apdo. 40.

<sup>109</sup> Con independencia de la también posible aplicación añadida de otros preceptos de la Carta, a estos efectos será su artículo 11 el anclaje fundamental de este límite (libertad de expresión y de información). En todo caso, no parece que la entrada en vigor de la Carta vaya a suponer cambio alguno en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por una parte, como hemos anticipado anteriormente, éste ya había hecho suya la jurisprudencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) había desplegado a propósito del artículo 10 CEDH. Y, por otra parte, la propia Carta prevé expresamente que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio» (art. 52.3 de la Carta).

Sí es cierto, no obstante, que en algunos casos muy particulares específicamente relacionados con el ámbito audiovisual se había detectado alguna discrepancia interpretativa muy puntual entre el Tribunal de Justicia y el TEDH. Tal fue el caso cuando ambos tribunales hubieron de resolver si la existencia de un monopolio de televisión en un determinado Estado era compatible con las exigencias de este derecho. El Tribunal de Justicia, en el caso del monopolio de televisión griego, consideró que sí era compatible con el artículo 10 CEDH; Sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, *Rec.*, p. I-2951). Por el contrario, el TEDH, al conocer en términos no muy diferentes del caso austríaco —en un momento en el que Austria aún no era miembro de la Unión Europea— estimó que sí podía ser contrario al artículo 10 CEDH; Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia c. Austria*.

tivamente la emisión de programas de televisión representa un ámbito especial que podría ser limitado por causas ligadas al interés general <sup>110</sup>. Ahora bien, el Tribunal de Justicia permitió esta excepción «a falta de una armonización de las disposiciones vigentes» <sup>111</sup> por lo que, una vez en vigor una armonización de la materia a través de la Directiva en cuestión, habría que atenerse en todo caso a lo que previera la propia Directiva al respecto. Es decir, a nuestro entender, cualquier excepción que pretendan introducir los Estados en materia de servicios de comunicación audiovisual deberá estar amparada por la propia DSCA. Por tanto, antes de valorar si las excepciones que recogen los artículos 38 y 39 LGCA son compatibles con el Derecho de la Unión Europea conviene abordar el alcance que la DSCA deja a los Estados para poder limitar en determinados supuestos muy específicos la recepción y retransmisión de servicios de comunicación audiovisual prestados fuera de España.

## 2. Las excepciones específicas previstas en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual: la exigencia de interpretación restrictiva

En relación con las posibles excepciones específicamente previstas en la Directiva, conviene distinguir dos tipos diferentes. Por un lado las que permitía la Directiva desde su redacción originaria y por otro lado las que se han incluido posteriormente como consecuencia precisamente de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Respecto a las primeras, la Directiva recogía desde su redacción originaria de 1989 la posibilidad de suspender con carácter provisional las emisiones que violaran de forma manifiesta, seria y grave las normas sobre protección de menores, emitiendo por ejemplo pornografía. Con la reforma de 1997 se incluyeron también las emisiones que contuvieran incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad. En todo caso, esa decisión de suspensión nunca quedaba al arbitrio de los Estados, de manera que siempre se exigía —y lógicamente la Directiva de codificación lo mantiene— el respeto de un procedimiento *ad hoc* (art. 3.2 DSCA).

<sup>110</sup> Así, por ejemplo, en el ya citado asunto *Debauve*, el Tribunal de Justicia estableció que «considerando la peculiaridad de determinadas prestaciones de servicios como por ejemplo la emisión y retransmisión de programas televisivos, las especiales exigencias impuestas al prestador del servicio no son consideradas incompatibles con el tratado (...) si están justificadas por el interés general y rigen para toda las personas o empresas asentadas en el Estado miembro en cuestión»; Sentencia de 18 de marzo de 1980, *Debauve* (52/79, *cit.*), apdo. 12. Véase igualmente Sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders* (352/85, *cit.*); igualmente Sentencia de 25 julio de 1991, *Stichting* (C-288/89, *Rec.*, p. I-4035).

<sup>111</sup> Sentencia de 30 de marzo de 1980, *Debauve* (52/79, *cit.*), apdo. 15.

En concreto, como constatación de la violación manifiesta se exige, en primer lugar, que durante los doce meses anteriores a la pretendida decisión de suspensión provisional de la emisión el organismo de radiodifusión haya infringido, al menos dos veces, las disposiciones indicadas. En segundo lugar, para arrinconar esta posibilidad de suspensión a una decisión *ultima ratio* y alejarla todo lo posible de la voluntad unilateral de los Estados, es necesario que el Estado miembro interesado en la suspensión notifique por escrito al organismo afectado y a la Comisión las infracciones alegadas y las medidas que tiene previsto adoptar en caso de que se produzca de nuevo dicha infracción de manera que el Estado únicamente podría adoptar la decisión si no existe un arreglo amistoso y persiste la infracción alegada. Y en tercer lugar, en aras de asegurar la plena compatibilidad de esa decisión de suspensión con el Derecho de la Unión, en un plazo máximo de dos meses a contar desde el momento de notificación de las medidas tomadas la Comisión habrá de adoptar una decisión al respecto que, caso de ser negativa, obligará al Estado «a poner fin urgentemente a las medidas de que se trate».

Al margen de esta disposición de carácter general, la Directiva incluye también una regulación algo diferente para la suspensión de los servicios de comunicación audiovisual a petición, si bien mantiene la misma filosofía marcada tanto por las reglas generales sobre excepciones ya vistas como las reglas específicas de la Directiva <sup>112</sup>.

Existe, empero, otro tipo de excepciones que no se previeron en la redacción inicial de la Directiva y que fueron introducidas en la reforma de 1997 para, entre otras causas, acoger la jurisprudencia que había establecido el Tribunal de Justicia al interpretar diversas dudas que habían surgido al hilo de la aplicación de la Directiva. En concreto, a la hora de interpretar el alcance de la controvertida cláusula del interés general como causa para limitar la libertad de recepción y retransmisión de servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros se planteó en el asunto *TV10* el problema derivado de las emisiones realizadas por un prestador establecido en otro Estado miembro con el objetivo de transmitir programas de televisión destinados total o principalmente al territorio de otro Estado miembro diferente. En este caso extremo, que en realidad lindaba con el fraude de ley en el que las libertades de establecimiento y de prestación de servicios se utilizaban en realidad

<sup>112</sup> Cabrá la suspensión cuando las medidas se funden en motivos de orden público, protección de la salud pública, la seguridad pública y la protección de los consumidores (art. 3.4 DSCA), se haya buscado antes el arreglo amistoso con el Estado miembro a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador de servicios y se haya comunicado a la Comisión (art. 3.5 DSCA); asimismo, la Comisión examinará la compatibilidad de las medidas notificadas con el Derecho de la Unión en el más breve plazo (art. 3.6 DSCA).

para eludir la legislación del Estado finalmente destinatario de los programas, el Tribunal del Justicia desarrolló —en cierta forma se podría ver una modificación— la posición que había sostenido en el polémico asunto *Bond van Adverteerders* —previo a la aprobación de la Directiva—. Estableció que no se puede negar a un Estado miembro el derecho a adoptar medidas destinadas a impedir que las libertades garantizadas por el Tratado sean utilizadas por un prestador de servicios, cuya actividad esté entera o principalmente orientada hacia su territorio, para eludir las normas que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio de dicho Estado <sup>113</sup>.

Como quiera que esta exigencia, bastante lógica en el caso en cuestión, debía hacerse compatible con la también lógica jurisprudencia que establecía que «el Tratado no prohíbe que una empresa haga uso de la libertad de prestación de servicios cuando no ofrece ningún servicio en el Estado miembro en el que se halla establecida» <sup>114</sup>, el único camino posible para preservar el principio del país de origen era exigir que en tales casos los Estados miembros dispusieran de algún mecanismo de colaboración que permitiera solucionar el problema. De ahí que la DSCA prevea en la actualidad un procedimiento *ad hoc* para articular esta colaboración entre Estados miembros. Este procedimiento consta de dos fases claramente diferenciadas. La primera, que podríamos considerar de intento amistoso de conseguir solucionar el conflicto, se fundamenta en la petición al Estado miembro que tenga jurisdicción sobre el prestador en cuestión de que exija al prestador que ofrece los programas dirigidos total o principalmente al territorio de aquél que cumpla con las normas de interés general que rigen en el Estado del que se está soslayando su legislación <sup>115</sup>. Los requisitos que fija la DSCA para el recurso a este mecanismo son

<sup>113</sup> Sentencia de 5 de octubre de 1994, *TV 10 c. Commissariaat vor de Media* (C-23/93, *Rec.*, p. I-4795), apdo. 21.

<sup>114</sup> *Vid. supra*. Sentencia de 5 de junio de 1997, *Ltd. c. Vlaamse Gemeenschap*, (C-56/96 VT4, *cit.*), apdo. 22; Sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* (C-212/97, *cit.*).

<sup>115</sup> En concreto, el artículo 4.2 DSCA establece lo siguiente: «En los casos en que un Estado miembro haya ejercido la posibilidad de adoptar medidas más estrictas o detalladas de interés público general y considere manifiesto que un organismo de radiodifusión televisiva bajo jurisdicción de otro Estado miembro ofrece emisiones de radiodifusión televisiva dirigida total o principalmente a su territorio, podrá ponerse en contacto con el Estado miembro que tenga jurisdicción con miras a lograr una solución de los problemas planteados que resulte mutuamente satisfactoria. Al recibir una petición debidamente justificada del primer Estado miembro, el Estado miembro que tenga jurisdicción solicitará al organismo de radiodifusión televisiva que cumpla las normas de interés público general pertinentes. El Estado miembro competente informará al primer Estado miembro de los resultados obtenidos en respuesta a su solicitud en el plazo de dos meses. Los Estados miembros podrán invitar al Comité de contacto establecido en el artículo 29 a examinar el caso de que se trate».

tres: que resulte manifiesto que se ofrecen emisiones dirigidas total o principalmente al territorio de otro Estado miembro; que la petición esté debidamente justificada, y que la petición se circunscriba al cumplimiento de las exigencias de interés general que rigen en el Estado destinatario de las emisiones. Las consecuencias de esta primera fase se limitan a perseguir el arreglo amistoso y la única obligación real que impone al Estado bajo cuya jurisdicción actúa el prestador del servicio es la de dar respuesta a la petición en un plazo máximo de dos meses. Por lo demás, si lo consideran pertinente, los Estados pueden invitar al Comité de Contacto que prevé la propia DSCA a que examine la cuestión. No obstante, deberá tenerse presente que conforme a las competencias que le atribuye el artículo 29 DSCA, este Comité tan sólo tendrá potestad para emitir un informe que no resulta en modo alguno vinculante <sup>116</sup>.

Caso de no alcanzarse una solución satisfactoria a través de este mecanismo, en una segunda fase el Estado afectado está habilitado para adoptar directamente «las medidas apropiadas en contra del organismo de radiodifusión televisiva» (art. 4.3 DSCA). Esta actuación está, obviamente, sometida a unos requisitos muy rígidos. En primer lugar, el Estado afectado habrá de notificar a la Comisión y al Estado en que esté establecido el organismo de televisión la intención de adoptar las medidas en cuestión razonando los motivos en que se fundamenta la decisión. Y, en segundo lugar, es también requisito imprescindible que la Comisión autorice tales medidas una vez que analice que resultan compatibles con el Derecho de la Unión Europea y, muy en particular, con las exigencias que fija la propia DSCA a este respecto (art. 4.4 DSCA). Para la adopción de esta decisión de autorización o denegación la Comisión dispone de un plazo de tres meses (art. 4.5 DSCA). Obviamente, si la Comisión deniega la petición, el Estado miembro no podrá adoptar las medidas pretendidas so pena de incurrir en un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea reparable por la propia Comisión ante el Tribunal de Justicia a través del correspondiente recurso por incumplimiento.

A la vista de este marco jurídico europeo, el artículo 39 LGCA encomienda a la autoridad competente estatal la posibilidad de adoptar medidas de salvaguardia de la legislación española cuando el prestador de un servicio de co-

<sup>116</sup> Se trata de un Comité de contacto, creado bajo los auspicios de la Comisión, que está integrado por representantes de las autoridades competentes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión cuyas funciones básicas son facilitar la aplicación efectiva de la DSCA a través de la consulta periódica acerca de los problemas prácticos que surjan, emitir dictámenes por propia iniciativa o a petición de la Comisión, ser foro para intercambio de impresiones, facilitar el intercambio de información entre los Estados y la Comisión y ser foro para intercambio de impresiones.

municación audiovisual establecido en otro Estado de la Unión Europea dirija su servicio total o principalmente al territorio. El precepto no incluye referencias expresas a los plazos expresamente previstos en el artículo 4. DSCA pero la remisión que hace al procedimiento previsto (y ya tratado) para el caso de la suspensión por violación grave y reiterada de las normas sobre protección de menores puede considerarse suficiente. Corresponderá después al desarrollo reglamentario el dictar las normas precisas para concretar la tramitación de este procedimiento en sus dos fases. Evidentemente, aunque a diferencia de lo que hacía en el artículo 38.2 LGCA, el artículo 39 lo omite, resulta palmario que en caso de una decisión negativa por parte de la Comisión la autoridad competente española no podrá en modo alguno adoptar las medidas pretendidas. Es una laguna fácilmente colmable a través de las previsiones de la DSCA pero que, a nuestro juicio, hubiera sido recomendable evitar precisando claramente tal extremo. De hecho, la referencia inicial a que «la autoridad competente estatal podrá adoptar medidas de salvaguardia de la legislación española (...)» podría dar la errónea sensación de que tales medidas pudiesen ser adoptadas antes de que la Comisión las autorizase expresamente.

## VI. Consideraciones finales: hacia una renovación del régimen audiovisual español dentro del marco jurídico europeo

Con sus luces y también con sus sombras la LGCA supone, ante todo, un positivo avance en el largo camino emprendido por el legislador español en busca de una reforma que por fin racionalice e imponga orden dentro del régimen jurídico español sobre el ámbito audiovisual. Era comúnmente aceptado que éste resultaba disperso, incompleto y, por qué no decirlo, también obsoleto. La LGCA ha traído consigo un nuevo aire al régimen audiovisual de nuestro país; incluso su terminología se adapta nominalmente a la empleada por las normas europeas y a la derivada de los trepidantes avances tecnológicos experimentados en la materia. Es, sin embargo, una ley muy compleja. Y lo es porque, entre otras posibles causas añadidas, también la materia que regula es compleja. Basta detenerse con cierto sosiego en la lectura de las cinco páginas del BOE que se dedican a definir de forma precisa el alcance de 33 conceptos empleados por la ley para percatarse que nos encontramos ante un ámbito normativo que resulta cualquier cosa menos sencillo.

Además de compleja, la LGCA es probablemente una ley que, en consonancia con su objetivo de establecer «las normas básicas en materia audiovisual» (art. 1 LGCA), también queda lejos de haber puesto punto final a la regulación del régimen jurídico audiovisual de nuestro país. De entrada, en los próximos años tendrá que ser intensa la labor de desarrollo reglamentario en

muy diversos aspectos de la ley; sin ir más lejos, los dos preceptos que han sido el hilo conductor de esta exposición. Además, junto a la actividad de desarrollo reglamentario, esta norma básica del Estado habrá de convivir y coordinarse con la actividad de las Comunidades Autónomas en materia audiovisual. Un ámbito éste no precisamente anecdótico. Piénsese, por sólo poner un ejemplo de relevancia para la materia aquí tratada, en la labor de control sobre la garantía de cumplimiento de las exigencias derivadas de la DSCA por los organismos de televisión dependientes de aquéllas.

Con todo, por lo que específicamente se refiere a la inserción de la LGCA en el marco jurídico de la Unión Europea, esta ley cumple, en primer término, con la obligación de España de transponer las exigencias de la Directiva de 2007 de reforma de la «Directiva televisión sin fronteras». Ello ha obligado al legislador nacional a tener en cuenta fenómenos novedosos como el servicio audiovisual a petición, si bien en sustancia se ha mantenido sin apenas modificaciones el régimen jurídico que ya se había establecido en las leyes de transposición de las Directivas de 1989 y 1997 en relación al resto de materias reguladas por éstas (publicidad y patrocinio, cuotas para obras europeas, derecho de réplica, protección de menores, etc.). Pero por lo que aquí más concretamente hemos tratado, la LGCA ha servido de base para dejar claramente establecido el respeto del ordenamiento jurídico español a las obligaciones contraídas en relación con la libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados fuera de España. Como no podía ser de otro modo, la LGCA plasma expresamente en su articulado las obligaciones básicas que ha contraído España a propósito del irrenunciable cumplimiento del principio del país de origen. Ello conlleva por encima de todo permitir la libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde otros Estados miembros de la Unión Europea, así como garantizar que las posibles excepciones a esa libertad se ajusten, llegado el caso, al marco que brinda la DSCA y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Ciertamente, al margen de este principio básico que ha centrado nuestra atención en este trabajo, las directivas europeas aquí tratadas condicionan en gran medida buena parte del contenido de la LGCA. La DSCA es el tamiz imprescindible para interpretar adecuadamente otras muchas disposiciones de la ley; incluidas aquellas sobre publicidad respecto de las que pende un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra nuestro Estado que el Tribunal de Justicia resolverá próximamente. Buen ejemplo de ello sería la cuestión de las normas especiales para los acontecimientos de especial interés; merecen una atención que por sí mismas reclamarían un estudio *ad hoc*. Incluso el propio sistema de licencias o autorizaciones administrativas de los servicios de comunicación audiovisual puede verse indirectamente afectado por la



Directiva, aunque obviamente ésta no afecta a las competencias de los Estados miembros y sus autoridades en materia de organización, de la financiación y del contenido de los programas, y, por tanto, preserva la plena competencia del Estado español para regular como mejor considere los sistemas de concesión o de autorización administrativa, así como la fiscalidad en la materia. Sin embargo, este sistema está sometido a ciertos límites, en especial que el sistema de concesión resultante no encarne ningún tipo de discriminación directa o indirecta por razón de la nacionalidad, cumpla el resto de disposiciones de la Directiva —muy en especial la prohibición de restringir la recepción y retransmisión de programas procedentes de otros Estados miembros (principio el país de origen)— y también del Derecho de la Competencia, muy particularmente el régimen de ayudas públicas.

Ahora bien, a propósito de las cuestiones más directamente relacionadas con la DSCA, una de las primeras cosas que llaman la atención tras una lectura superficial de la nueva LGCA es que en su exposición de motivos se siga haciendo mención al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea cuando en el momento de aprobación de la misma (3 de marzo de 2010) hacía ya cuatro meses que el mismo no estaba en vigor. Resulta incomprensible esa alusión cuando desde el 1 de diciembre de 2009, momento de entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea había sido sustituido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tampoco parece muy acertado que el precepto de la ley que regula la libertad de recepción de los servicios prestados dentro del Espacio Económico Europeo haga un referencia expresa a «lo dispuesto en el artículo 2 bis de la Directiva 89/552» (art. 38.1 LGCA) cuando veinte días antes de la publicación de la ley ya había sido aprobada en el seno de la Unión Europea una nueva Directiva de codificación de la materia cuyo artículo 34 prevé expresamente que «queda derogada la Directiva 89/552/CEE». Evidentemente, la Directiva de codificación mantiene el contenido material de la Directiva 89/552/CEE y sus sucesivas reformas de 1997 y 2007. Pero desde una perspectiva de estricta técnica jurídica hubiera resultado bastante más apropiado evitar en el articulado de una ley con indudable vocación de permanencia en el tiempo una referencia explícita a una Directiva de la que al menos desde un año antes ya se sabía con certeza que iba a ser sustituida por una nueva Directiva de codificación<sup>117</sup>. Da una sensación de dejadez jurídica poco acorde con la vocación de

<sup>117</sup> Como ya se ha indicado anteriormente el 21 de abril de 2009 la Comisión había presentado al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta de Directiva (*vid. supra*) cuyo articulado se sabía que, a tenor del previo Acuerdo Interinstitucional suscrito por la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo el 20 de diciembre de 2004, sería formalmente aprobado sin cambios de relevancia.

racionalización y permanencia en el tiempo que inspira la elaboración de la LGCA.

No obstante, al margen de estas cuestiones técnico-jurídicas muy puntuales, probablemente la cuestión que en estos momentos más preocupe a nuestro Estado sea precisamente la compatibilidad o no del nuevo régimen de financiación de la Corporación de RTVE con las normas de ayudas públicas del Tratado y, más concretamente, la decisión que finalmente adopte la Comisión en el expediente que tiene abierto al respecto. De hecho, no sería en absoluto descartable que este régimen de financiación fuera considerado compatible con las normas sobre ayudas públicas pero incompatible con la Directiva de autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. En cualquier caso, con una decisión u otra, el rumbo y la velocidad de cruce de nuestro régimen audiovisual están marcados para la próxima década. El sistema dual de convivencia entre una televisión pública —basada en el concepto de servicio público— y una televisión privada —firmemente anclada en criterios de mercado— mantendrá su existencia en los próximos años; y sus límites los seguirán marcando, a la postre, las exigencias que vaya fijando el Derecho de la Unión Europea. Su adecuado y coherente funcionamiento en la práctica ya es otra cosa... y no sólo dependerá del marco legal.