



Foro
Europa
Ciudadana

JULIO 2020

ISSN 2444-2984

Claves para entender la transposición de la Directiva de Comunicación Audiovisual

.....
José Carlos Cano Montejano¹
Presidente de Foro Europa Ciudadana
.....

1. El autor es Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Comunitario en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y presidente de Foro Europa Ciudadana.



Foro
Europa
Ciudadana

ÍNDICE

1	<i>Introducción.</i>	p/04
2	<i>Relevancia de la Directiva: legislación afectada.</i>	p/08
3	<i>El procedimiento de transposición: la incorporación al Derecho interno y sus consecuencias.</i>	p/14
4	<i>Componentes políticos actuales de la transposición.</i>	p/18
5	<i>Conclusiones.</i>	p/22



1. Introducción



Conviene, como prolegómeno, comenzar indicando que la Unión Europea ha basado toda su regulación relacionada con **el sector de los servicios audiovisuales** en la competencia para lograr el establecimiento del mercado interior europeo, de manera que la base jurídica para su intervención siempre ha sido **la relativa a la implementación y el logro de éste²**, y de hecho, toda la estrategia de la UE en el ámbito de los servicios audiovisuales se enmarca en la

realización de **un Mercado Único Digital**, que es el que ha englobado la actividad legislativa desarrollada en este ámbito por las Instituciones Europeas, conscientes de la trascendencia del mismo para el desarrollo de una economía basada en la innovación tecnológica y en la digitalización. Además conviene resaltar y recalcar que **los servicios audiovisuales son transversales, porque afectan a todos los demás sectores económicos**, por lo que la importancia de la cuestión es fundamental.

2. Por esta razón, la base jurídica es siempre la misma: el artículo 4, apartado 2, letra a), y los artículos 26, 27, 114 y 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).



De esta forma, la Directiva 2018/1808³ supone la culminación de un marco regulador para uno de los sectores con mayor relevancia y repercusión en los Estados miembros de la UE, el de los servicios de comunicación audiovisual, y **completa y actualiza la anterior regulación recogida en la Directiva 2010/13/UE**, que había dado muestras de la necesidad de un reajuste y modernización, dada la evolución constante debido a los avances tecnológicos a los que se somete este ámbito tan dinámico de la economía. De aquí que la normativa haya recorrido un largo camino: desde aquella primigenia Directiva de Televisión sin fronteras⁴, la regulación europea **siempre ha hecho énfasis en la promoción de la producción europea**, incluso reservando determinadas cuotas de pantalla a la misma; por otra parte, las competencias asumidas desde el **Acta Única Europea** y, en particular, las referidas al logro del Mercado Interior, fueron poniendo de manifiesto otras que han adquirido una importancia determinante -la protección de los consumidores y usuarios, de la salud, de la infancia y la juventud- que han ido impregnando otros espacios y ámbitos regulatorios, **siendo el de los servicios de comunicación audiovisual uno de los más importantes**, por su trascendencia también respecto de los contenidos publicitarios

Como vamos a exponer, la Directiva a transponer se puede resumir en la búsqueda de un equilibrio entre **la garantía del acceso a los servicios de contenidos audiovisuales en línea**, la protección

“Toda la estrategia de la UE en el ámbito de los servicios audiovisuales se enmarca en la realización de un Mercado Único Digital, que es el que ha englobado la actividad legislativa desarrollada en este ámbito por las Instituciones Europeas”

del consumidor, y el fomento de la libre competencia, así como la protección de la obra europea -elementos que **ya se encontraban presentes en la anterior normativa europea**, pero que ahora se matizan y completan, tanto en la regulación de la publicidad en televisión y en plataformas de prestación de servicios por internet, como en el contenido que se deba otorgar a la producción europea, y los intercambios de contenidos en línea, entre otras cuestiones-.

Es decir, aclimata la regulación previa **a las nuevas necesidades actuales**.

3. DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. DOUE L 303/69.

4. DIRECTIVA 89/552/CEE DEL CONSEJO de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.



Por todo ello, y dada la magnitud e importancia del sector de los servicios audiovisuales, la transposición de esta Directiva **constituye uno de los hitos legislativos más relevantes de la presente legislatura**, y -en concreto- de este ejercicio parlamentario. El plazo de transposición de la Directiva 2018/1808 era de veintiún meses a contar desde su entrada en vigor, es decir, de forma que **debería estar incorporada al Derecho interno español durante el mes de septiembre de 2020**.

En este informe vamos a ponderar la adecuación o no del mantenimiento de ese plazo, en la medida en que las circunstancias actuales derivadas de la pandemia del Covid-19 han trastocado y alterado **no sólo nuestra actividad cotidiana, sino también la actividad legislativa y parlamentaria**, haciendo muy complejo el cumplimiento del plazo fijado. Además, propugnamos que se tome en consideración la trascendencia que va a tener la transposición de la misma para **uno de los sectores más dinámicos, novedosos tecnológicamente, y trascendentes para la nueva economía digital**, y que se está promoviendo explícitamente desde el propio Gobierno español.







2. Relevancia de la Directiva: Legislación afectada



La anterior Directiva 2010/13(UE)⁵ se transpuso a través de las correspondientes modificaciones de la Ley 7/2010, de Comunicación Audiovisual, que había servido para la incorporación al Derecho interno español de la Directiva 2007/65/CE⁶, que fue la primera referida a los servicios audiovisuales, de manera que **la actual Directiva 2018/1808 deberá obligatoriamente efectuar las modificaciones y alteraciones pertinentes** para que aquella Ley pueda dar cobijo y albergar convenientemente las nuevas previsiones

legislativas contenidas en la norma europea, y que **difieren de la que se aprobaron en las anteriores Directivas de 2007 y 2010.**

La realidad es que la transposición de una Directiva -con independencia de su contenido y del sector afectado- normalmente no se restringe ni a la aprobación de una única ley o a su modificación. El procedimiento de incorporación de la legislación europea al ordenamiento jurídico interno **siempre provoca un proceso en cascada de aprobaciones y modificaciones legislativas**, no sólo de Leyes

5. 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). DOUE L 95/1.

6. DIRECTIVA 2007/65/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 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. DOUE L 332/27.



sino también de disposiciones reglamentarias -órdenes ministeriales, Decretos, Reglamentos de desarrollo, Circulares, etc.- que **constituyen la espina dorsal de la aplicación de la norma**, y su plasmación práctica en el tráfico jurídico y económico.

De este modo, querríamos señalar ya desde este instante que la transposición de la directiva 2018/1808 **supondrá e implicará un ingente esfuerzo legislativo y normativo, de adaptación y de actualización**, ya no sólo de la Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010, sino de todas aquellas disposiciones reglamentarias y administrativas de aplicación y desarrollo, que -no debemos obviarlo- son siempre las que plasman y concretan en detalle y, en última instancia, **son las que aplican directamente sobre los operadores económicos, las empresas y prestadores de servicios de comunicación audiovisual**.

Además, las novedades incorporadas en la Directiva de 2018 son muy importantes, ya que reflejan las necesidades que se han manifestado durante estos últimos años en relación con **la evolución y el ingente desarrollo que se han sentido en el sector de los servicios audiovisuales**, de manera que la nueva Directiva constituye una auténtica regulación novedosa, que necesitará de una transposición detallada, minuciosa y pormenorizada con el espíritu de la norma europea.

Tampoco se debe obviar el hecho de que España asume unas obligaciones en la transposición que gravan de forma importante el resultado, ya que eventualmente, la deficiente, incompleta o insuficiente transposición **podría dar lugar a un procedimiento de incumplimiento contra el Reino de España**, y también a la apertura de la posibilidad de que los operadores económicos, empresas y entes interesados pudiesen impugnar la misma ante la jurisdicción española, invocando el efecto directo vertical de la norma europea.

Por todo ello, la trascendencia de la transposición es fundamental para que **se proceda a la modificación de la Ley General de Comunicación Audiovisual con toda la cautela y prudencia que sean necesarias**, para que los diversos intereses presentes se vean suficientemente representados, tomados en consideración, siendo sus posturas escuchadas y trasladadas -en la medida de lo posible- al texto final de la reforma legislativa.

De hecho, las connotaciones nada periféricas que implica la Directiva 2018/1808 **hace muy plausible que la transposición provoque y haga necesaria la modificación de otras Leyes**, como son la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁷, también la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁸, la Ley de Defensa de la Competencia⁹, aunque bastaría con incluir las enmiendas correspondientes a las mismas en la modificación

7. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ministerio de la Presidencia «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007; Referencia BOE-A-2007-20555.

8. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Jefatura del Estado «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2002; Referencia: BOE-A-2002-13758.

9. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Jefatura del Estado «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007; Referencia: BOE-A-2007-12946.



legislativa a través de las técnicas parlamentarias existentes: **inclusión de enmiendas por medio de disposiciones adicionales, finales o transitorias** - dependiendo del cariz y naturaleza de las enmiendas a promover e incorporar-, siempre que haya conexividad.

Esta importante alteración del marco legislativo vigente en España y en toda la UE se debe al cambio de perspectiva de la nueva Directiva, **que se basa en criterios algo diversos a los que se plasmaban en las anteriores de 2007 y 2010**, como son el principio del país de origen, la protección del menor y la promoción de la creación y obra europea, sin olvidar el capítulo que atribuye a las autoridades reguladoras nacionales de competencias muy transversales e importantes, siendo que entre ellas estarían **la protección de los consumidores y la promoción y defensa de la libre competencia**.

Pero aquí no se agotan las nuevas determinaciones regulatorias de la **Directiva 2018/1808** porque también hace referencia a cuestiones tan esenciales -y limítrofes al contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de

expresión, con la importancia que éste tiene en una sociedad democrática-, que pasamos someramente a enumerar:

- La Directiva permite un amplio margen de discrecionalidad al Estado miembro en lo que hace referencia **al recurso a la autorregulación y corregulación, en especial a través de códigos de conducta**, y en particular, en temas tan importantes como son la garantía de un elevado nivel de protección a los consumidores y usuarios de servicios audiovisuales¹⁰.
- La accesibilidad al usuario de la estructura de propiedad del prestador de un servicio de comunicación¹¹, para **poder identificar la línea editorial del mismo**, y también imputar la responsabilidad sobre contenidos.
- **La protección de los menores en la provisión y acceso a contenidos de servicios audiovisuales**, entendiéndose que debe articularse conforme al principio de armonización mínima¹², conforme al cual el Estado miembro que transpone -en este caso, España- **puede aumentar las cautelas y precauciones imponiendo una regulación más**

¹⁰. Considerando (13): “(13) La experiencia ha demostrado que tanto los instrumentos de autorregulación como los de corregulación, aplicados de acuerdo con las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros, pueden desempeñar un importante papel a la hora de otorgar un alto grado de protección a los consumidores. Las medidas para alcanzar los objetivos de interés general en el sector de los servicios emergentes de comunicación audiovisual resultarían más eficaces si se adoptan con el apoyo activo de los propios prestadores de servicios.”

¹¹. Considerando (15): (...) “Los Estados miembros deben poder determinar si, y en qué medida, la información sobre la estructura de propiedad del prestador de un servicio de comunicación debe ser accesible al usuario, siempre que se respeten en lo esencial los derechos y libertades fundamentales correspondientes y que estas medidas sean necesarias y proporcionadas.”

¹². Considerando (20): “Las medidas adecuadas para la protección de los menores aplicables a los servicios de radiodifusión televisiva deben aplicarse también a los servicios de comunicación audiovisual a petición. Así debería aumentarse el nivel de protección. El enfoque de armonización mínima permite a los Estados miembros desplegar un mayor grado de protección frente a contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores. Los contenidos más nocivos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, sin constituir necesariamente una infracción penal, deben someterse a las medidas más estrictas como el cifrado y un control parental eficaz, sin perjuicio de que los Estados miembros adopten medidas más estrictas.”

“Esta importante alteración del marco legislativo vigente en España y en toda la UE se debe al cambio de perspectiva de la nueva Directiva, que se basa en criterios algo diversos a los que se plasmaban en las anteriores de 2007 y 2010”

gravosa: la cuestión se plantea respecto a si este principio puede ser trasladable y predicable respecto a otros elementos determinantes en la Directiva.

- La determinación y precisión de **qué debe considerarse como prestación de servicios de comunicación audiovisual accesibles**, en relación con los compromisos asumidos por la UE respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad¹³. En particular, hay que determinar el contenido de que significa un *“proceso progresivo y continuo”* en relación con la accesibilidad.
- La noción de orden público se invoca respecto de cuestiones muy trascendentes, como son las obligaciones relacionadas con la protección de la integridad de los programas¹⁴. Este concepto jurídico indeterminado debe ser plasmado en la modificación legislativa en curso, **y puede tener una gran trascendencia, no sólo respecto a este punto referido a la programación**, sino también en su determinación y concreción en lo que se refiere a la protección de los consumidores, de los menores y de la juventud.

13. Considerando (22): “La garantía del acceso al contenido audiovisual es una condición indispensable en el marco de los compromisos asumidos en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. En el contexto de la Directiva 2010/13/UE, el término «personas con discapacidad» debe interpretarse a la luz de la naturaleza de los servicios cubiertos por dicha Directiva, que son servicios de comunicación audiovisual. El derecho de las personas con discapacidad y de las personas de edad avanzada a participar e integrarse en la vida social y cultural de la Unión está vinculado a la prestación de unos servicios de comunicación audiovisual accesibles. Por consiguiente, los Estados miembros deben garantizar, sin dilaciones indebidas, que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual sujetos a su jurisdicción fomenten activamente la accesibilidad de sus contenidos a las personas con discapacidad, en particular de tipo visual o auditivo. Los requisitos de accesibilidad deben satisfacerse a través de un proceso progresivo y continuo, sin obviar a su vez las dificultades prácticas inevitables que podrían impedir una accesibilidad total, como los programas o los acontecimientos retransmitidos en directo.

14. Considerando (26): (...) “Deben imponerse medidas para proteger la integridad de los programas y los servicios de comunicación audiovisual cuando sean necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos por los Estados miembros de conformidad con el Derecho de la Unión. Dichas medidas deben imponer a las empresas obligaciones proporcionadas, por razones legítimas de orden público.”



Por otra parte, no es de desechar que, además, y en la medida en que explícitamente **va a afectar a las plataformas de televisión tanto públicas como privadas**, es posible que haya que incluir enmiendas y modificaciones en la Ley de Radio y Televisión de titularidad estatal¹⁵; a su vez, debido a que un ámbito relevante de la transposición de la Directiva de 2018 **va a afectar al sector de la publicidad y de la posicionamiento de producto**, quizá también haya que introducir modificaciones y enmiendas en la vigente Ley General de Publicidad¹⁶.

Por supuesto -como ya se ha indicado- aquí no se agota la enumeración y el elenco de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que tendrían que verse sometidas a revisión y modificación, y esto es así porque por debajo del nivel legal -es decir, de la modificación de la Ley (o Leyes) correspondientes-, **se deberá proceder a dar traslado de los cambios a las disposiciones normativas de rango inferior**, es decir, a las normas reglamentarias que desarrollan el detalle y **la determinación puntual de cada uno de los extremos de la Ley o Leyes enmendadas**. También es posible que se vea afectado el marco regulatorio

de las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan que **modificar sus Leyes y disposiciones normativas relativas a los servicios audiovisuales** -como puede ser el caso de la regulación de las televisiones autonómicas, o su gestión de la publicidad y del patrocinio-, ya sea derivada de la modificación del marco normativo a nivel nacional, o porque afecte a cuestiones sobre las que ostenten una atribución competencial estatutario. En este sentido, conviene recordar que **la obligación de transposición recae sobre el Gobierno central y el Parlamento nacional**, pero dado el modelo territorial altamente descentralizado adoptado constitucionalmente en España, las consecuencias de éste siempre tienen un reflejo sobre la distribución territorial de las competencias afectadas.

Por esta razón, el elenco de normas de diverso rango y categoría que deberán ser sometidas a enmienda, revisión y modificación puede ser amplio, y **da una visión de la trascendencia de la reforma legislativa**. En este sentido, se puede hablar de una hiperregulación y de una inflación normativa que se derivaría de la transposición de la disposición comunitaria en los Estados miembros¹⁷.

¹⁵. Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal. Jefatura del Estado «BOE» núm. 134, de 6 de junio de 2006 Referencia: BOE-A-2006-9958.

¹⁶. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Jefatura del Estado «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 1988 Referencia: BOE-A-1988-26156.

¹⁷. “Hiperregulación en la Unión Europea”, Foro Europa Ciudadana, 2013; “Perspectivas regulatorias en la UE” Foro Europa Ciudadana, 2015.





3. El procedimiento de Transposición: la incorporación al Derecho interno y sus consecuencias

Las Directivas, por su propia naturaleza, están ideadas como normas de carácter finalista, es decir, pretenden que los objetivos regulatorios que se plasman en las mismas **se incorporen en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros**, y para ello conceden lo que se denomina un plazo de transposición, a lo largo del cual se deben articular los procedimientos legislativos nacionales que puedan otorgar efectividad a lo expresado en la norma europea. De esta manera, **la transposición se guía por dos principios fundamentales**: 1) la discrecionalidad del Estado miembro, de manera que cada país de la UE debe elegir el instrumento legislativo más adecuado y conforme para dotar de la mayor virtualidad posible a lo dispuesto en la Directiva; y 2) la toma en consideración de las diversas posiciones respecto a la regulación

propuesta, y que se manifiestan en la consulta pública, en los correspondientes trámites de enmiendas tanto en Pleno como en Comisión -que pueden producirse en el Congreso o en el Senado, dependiendo del momento de la tramitación en que se encuentre el proyecto de ley de modificación-, y en **la emisión de los informes y dictámenes pertinentes obligatorios** respecto del tipo de iniciativa legislativa que se utilice.

En España, el procedimiento de transposición se articula a través de una labor que implica conjuntamente al Gobierno y a las Cortes Generales, **y que se plasma en una interacción entre ambos poderes del Estado**. En primer término, la iniciativa legislativa en la mayoría de los casos partirá del Gobierno de España, a través del Ministerio o Ministerios directamente afectados, que son los que deberán elevar a las Cortes el anteproyecto de Ley.



Este puede referirse a la modificación de una Ley o a la redacción de una nueva legislación -en el caso presente, se trataría del primer supuesto, con la modificación al menos de la Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010-. La iniciativa legislativa debe ir acompañada de **informes, dictámenes y de los resultados y evidencias** obtenidos de la consulta pública preceptiva.

En este sentido, para la transposición de la Directiva 2018/1808 el Ministerio de Economía y de Empresa articuló una consulta pública específica **en relación a la modificación de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual**, y que terminó el 22 de febrero de 2019. Los resultados de

la misma deben ser coordinados, valorados y eventualmente integrados en la propuesta por el **órgano designado** para llevar a cabo la coordinación de la transposición, es decir, por la Secretaría de Estado para el Avance Digital. Esta consulta pública constó de 25 preguntas transversales y relativamente abiertas.

Como hemos anticipado en el apartado anterior, el procedimiento normal de transposición para cualquier directiva **exige ya de por sí una complejidad de tramitación y de implicación de sectores afectados** que, en el presente caso de la Directiva de Servicios Audiovisuales, es particularmente relevante: de aquí la importancia de poder intervenir, de interactuar, de presentar enmiendas y de emitir opiniones y pareceres, algo que siendo normal en cualquier transposición, **nos parece todavía más si cabe importante en el supuesto de esta Directiva por su trascendencia y transversalidad.**

Es importante entender que la consulta pública en absoluto es el único momento de interacción entre el Gobierno -en este caso la Secretaría de Estado para el Avance Digital del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital-, y los operadores, empresas y demás interesados, ya que también en la propia articulación de la propuesta legislativa en las Cortes **se abre una oportunidad importante para trasladar opiniones, exponer posiciones, y fomentar la inclusión de elementos relevantes** en la regulación, y que -de otro modo- podrían quedarse fuera de la misma, perjudicando la calidad normativa de la modificación legislativa que se aprobase, y provocando que eventualmente ésta naciese ya con deficiencias y carencias relevantes, **que provocasen taras y defectos que repercutirían negativamente en su aplicación y ejecución.** Por esto, debe considerarse como

“En España, el procedimiento de transposición se articula a través de una labor que implica conjuntamente al Gobierno y a las Cortes Generales, y que se plasma en una interacción entre ambos poderes del Estado”



perfectamente admisible, legítimo y conveniente la propuesta y canalización de enmiendas a través de los cauces legales apropiados en sede parlamentaria.

Por esta razón -como indicaremos a continuación en el siguiente apartado- es preocupante en el caso presente que -por las circunstancias derivadas de la crisis del Covid 19 y de la declaración del estado de alarma por el Gobierno¹⁸- toda esta compleja tramitación, interacción y plasmación de posiciones por las diversas partes implicadas **no se pueda llevar en estos momentos a cabo de manera efectiva**, siendo que el plazo de transposición se va agotando.

Todavía no se puede acceder al Anteproyecto de Ley de modificación de la **Ley General de Comunicación Audiovisual**, no se pueden consultar los informes preceptivos, no ha comenzado en modo alguno la tramitación parlamentaria, y, por lo tanto, se puede afirmar que el mantenimiento de los plazos de transposición **evidentemente puede afectar a la salvaguarda y garantía de los legítimos intereses en juego**.

Por todo ello, entendemos que el Gobierno puede incurrir en un riesgo evidente derivado de la indefensión regulatoria a que se puede exponer a los operadores, prestadores de servicios y empresas, a los que -por las circunstancias extraordinarias vigentes- se les va a negar la oportunidad y el derecho subjetivo del que son titulares, y que podrían ejercer en situaciones de normalidad. Este derecho se plasma en esa capacidad de poder

interactuar con las Cortes **en el importante momento de la plasmación legislativa de la reforma legislativa**.

Además, nos parece conveniente hacer una mención relativa a lo que se puede denominar la fuerza expansiva de la regulación, es decir, al hecho de que dependiendo de cómo quede la versión final de la transposición, **se podrán derivar importantes consecuencias de supervisión y vigilancia** para las agencias, organismos y entidades regulatorias del mercado audiovisual: es evidente que la CNMC es la



¹⁸. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020, págs.. 25390 y ss.



agencia regulatoria más relevante a efectos de los servicios audiovisuales, siendo que **su posición estatutaria puede verse reforzada a través del contenido de la reforma legislativa en curso.**

En último lugar, nos gustaría indicar que **el Plan Normativo 2020 no está disponible en el portal de Transparencia**, y por lo tanto, no se puede derivar ninguna excepción al calendario de transposición de Directivas para el presente ejercicio. A su vez, la Comisión Europea en sus diversas Comunicaciones¹⁹ emitidas en relación con la crisis provocada por el

Covid 19 **no ha hecho mención alguna a la suspensión de plazos** respecto de los compromisos de transposición de Directivas por parte de los Estados miembros, aunque sería encomiable -en nuestra opinión- una petición conjunta por parte de los mismos **solicitando la ampliación de plazos de transposición**, dado lo extraordinario y anómalo de la situación.



¹⁹. COM (2020/C 108 I/01) Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19, DOUE C 108 I/I, 1.4.2020.



4. Componentes políticos actuales de la transposición

Después de la exposición de las cuestiones que se han ido tratando en los apartados anteriores, queda por ponderar lo más imponderable, es decir, considerar en qué medida, hasta qué punto, **y cómo podría llevarse a cabo una transposición correcta de la Directiva 2018/1808 en España**, dada la premura del vencimiento del plazo, y de las circunstancias extraordinarias que se han dado cita para complicar sobremanera lo que -en otros momentos- podría haberse realizado conforme a los cauces habituales.

Es razonable que el Real Decreto 463/2020, de declaración del estado de alarma, **no dispusiese nada en relación con la transposición del Derecho de la Unión Europea** durante el tiempo en que estuvo vigente: la autonomía de las Cortes Generales -institución en la que debe procederse a

la misma, al ostentar la titularidad del poder legislativo- no puede verse afectada por un Real Decreto, y, por lo tanto, **esa omisión es coherente con el principio de jerarquía normativa y de separación de poderes reconocidos a nivel constitucional**.

Por esta razón, somos de la opinión que la Mesa del Congreso de los Diputados -o en su defecto, la Diputación Permanente reunida a tal efecto-, con base en la excepcionalidad de la situación provocada por la pandemia, podría aprobar una resolución de carácter extraordinario conforme a la cual, los plazos de transposición de las normas derivadas del Derecho de la Unión Europea, se suspendiesen para **poder garantizar la correcta tramitación de la iniciativa de reforma legislativa**; de otro modo, como ya se ha puesto de manifiesto, se podría incurrir en una indefensión



regulatoria, porque entendemos que la afectación del derecho de audiencia de los afectados ante los órganos encargados de la redacción del Anteproyecto de Ley, y de su tramitación como reforma legislativa en las Cortes, sería de tal calado, que **podría dar lugar a la interposición tanto de recursos de inconstitucionalidad ante la reforma que se aprobase**, y de las correspondientes acciones judiciales ante la jurisdicción ordinaria, frente a los actos de aplicación de la Ley de Comunicación Audiovisual reformada.

En cualquier caso, parece más conveniente actuar con carácter preventivo, aplicando el principio de precaución regulatoria, y optar por encauzar una suspensión de los plazos, que -como hemos puesto de manifiesto- aunque fuese algo extraordinario, **sería razonable y lógico en estos momentos, dada la trascendencia de la regulación en juego**. Además, tanto la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno²⁰, como en la Ley de Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas²¹, **nos encontramos con principios de actuación y de regulación que podrían servir de base** para justificar una decisión de este cariz²². Todo ello basado en la promoción y mejora del ambiente regulatorio de conformidad con las directrices relativas a la Normativa inteligente en la UE *-Better Regulation-* emanadas desde la Comisión Europea.

“La Mesa del Congreso de los Diputados -o en su defecto, la Diputación Permanente reunida a tal efecto-, con base en la excepcionalidad de la situación provocada por la pandemia, podría aprobar una resolución de carácter extraordinario”

20. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2013 Referencia: BOE-A-2013-12887.

21. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. «BOE» núm. 236, de 02 de octubre de 2015 Referencia: BOE-A-2015-10565.

22. Artículo 129 Principios de Buena regulación: 4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.



Para concluir, sí nos parece importante recordar que -en cualquier caso- la transposición de esta disposición europea **va a tener una gran transcendencia para nuestro país**, porque en gran parte se refiere a la prestación de un servicio público de gran importancia, como es el de televisión -tanto de titularidad estatal como privada-, y que en el fondo **también afecta a la comprensión, al núcleo esencial e intangible del derecho fundamental a la libertad de expresión**, que debe expresar los valores constitucionales de pluralismo, veracidad y accesibilidad, y contribuir a una opinión pública informada²³. A estos principios se refiere también la Ley 7/2010 al explicitar las obligaciones derivadas de la prestación de servicio público de interés general²⁴, y que -no se puede olvidar- plasma, da forma y configura **el núcleo esencial e indisponible del derecho a la libertad de información**, que se erige en uno de los puntos indisponibles de nuestro ordenamiento jurídico constitucional²⁵.



²³. Exposición de Motivos de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal.

²⁴. Artículo 40. Servicio público de comunicación audiovisual. 1. El servicio público de comunicación audiovisual es un servicio esencial de interés económico general que tiene como misión difundir contenidos que fomenten los principios y valores constitucionales, contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la diversidad cultural y lingüística de España, y difundir el conocimiento y las artes, con especial incidencia en el fomento de una cultura audiovisual. Asimismo los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual atenderán a aquellos ciudadanos y grupos sociales que no son destinatarios de la programación mayoritaria.

²⁵. Artículo 20 Constitución Española: 1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra, comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.





5. Conclusiones

1. La transposición de la Directiva 2018/1808 no se puede calificar en modo alguno de circunstancial, periférica o carente de entidad o peso específico: la nueva regulación que afecta al menos directamente a la Ley General de Comunicación Audiovisual, **va a establecer principios y disposiciones inspirados en criterios que van a suponer un importante cambio de perspectiva**, y que van a afectar gravemente a los prestadores de servicios y a los operadores económicos.

2. La Directiva va a trasladar a la legislación nacional una serie de conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan de un aquilatado estudio, y de una incorporación en la ley mesurada y contrastada: el principio de protección del consumidor, de los menores y de la juventud, de la promoción de la obra europea, del emplazamiento del producto, las cuestiones referidas al contenido publicitario -en la medida que contenga referencias relevantes a efectos alimentarios o de afectación de la salud-. **Ninguna de ellas es de fácil determinación, teniendo todas una gran trascendencia regulatoria.**

3. Al tratarse de una armonización de mínimos la que recoge la Directiva de Servicios Audiovisuales, se deja un amplio margen de maniobra en su transposición al Gobierno y a las Cortes, siendo que -además- el orden público puede alegarse y justificar la inclusión de numerosos **gravámenes y cortapisas para los productores y prestadores de servicios audiovisuales**, así como para los anunciantes respecto a qué puede considerarse como una publicidad admisible.

4. En este sentido, la determinación de estos principios puede quedar, en las circunstancias actuales de crisis sanitaria, exclusivamente al albur del legislador, pudiendo provocar y desembocar en **una grave afectación del principio de libertad de empresa**, comprometer la prestación de determinados servicios, y la producción y comercialización de bienes audiovisuales de importancia socioeconómica.

5. Por todo ello, se plantea como prioritario la decisión de retrasar y prorrogar la transposición de la norma europea. Aparte de los elementos anteriores, están en juego el logro de **una regulación**



transparente, efectiva y transversal, que permita articular las condiciones para que el trascendente sector de los servicios audiovisuales se despliegue y desarrolle en los próximos años de manera correcta.

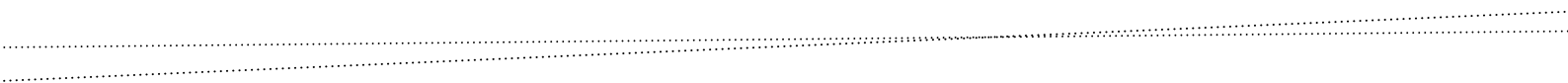
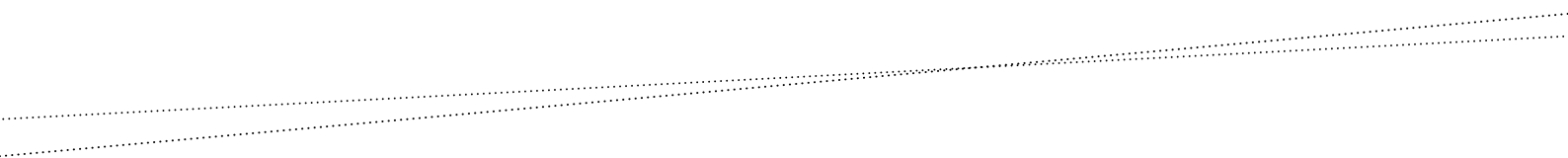
6. En otro caso, se produciría lo que hemos venido en denominar una indefensión regulatoria, derivada de la mala articulación de la interacción de los sectores implicados en la elaboración y plasmación de la modificación legislativa; **esta indefensión podría afectar además a otros derechos fundamentales**, no hay que olvidar que este ámbito está cubierto no sólo por la libertad de empresa y el derecho de propiedad, sino también por el **de libertad de expresión en su manifestación de comunicación audiovisual**, y que como valor y principio constitucional del máximo nivel, debe ser atentamente considerado ante cualquier regulación invasiva o que afecte a su núcleo esencial indisponible.

7. Por esta razón, lo más razonable, lógico e imperativo es que a través de los cauces legales pertinentes -ya sea a través de una decisión de las Cortes Generales, o del propio Gobierno de España- se prorrogue el plazo de transposición: además sería factible una comunicación a las Instituciones Europeas para que se obviase el riesgo del incumplimiento del plazo de transposición, con **las responsabilidades jurídicas que podría eventualmente acarrear para nuestro país.**

8. En cualquier caso, se podría contemplar el escenario de que -dada la complejidad de la situación derivada de la pandemia, y las repercusiones gravosas sobre la actividad parlamentaria y de las demás Administraciones Públicas-, se optase por una transposición automática vía Real Decreto, en la que no se abordasen alteraciones sustantivas de fondo sobre la legislación vigente en la materia de la publicidad ni sobre los demás elementos relevantes regulados por aquella. Esto sería compatible con el margen de

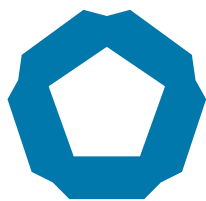
discrecionalidad y la libertad de apreciación que es intrínseca a la transposición de cualquier Directiva, y que corresponde a cualquier Gobierno de un Estado miembro que se ve confrontado con esa obligación máxime si cabe en las circunstancias actuales.

9. De otro modo, si se optase eventualmente por el cauce de una transposición que afectase el fondo de la legislación vigente, por incorporación de elementos novedosos que supusiese para los sectores afectados la necesidad de aceptar circunstancias y condicionamientos que alterasen sustancialmente el marco vigente -y que equivaldría a una modificación unilateral y fáctica de la legislación actual-, entendemos que **sería obligatorio articular una negociación que pudiese permitir la expresión de las posiciones de las partes interesadas**, dada la trascendencia y consecuencias para las empresas afectadas. Obviar esto podría implicar responsabilidad del Estado en la transposición de la norma europea, que en todo caso debe garantizar los derechos que se recogen explícitamente en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, y que además **afectaría a las potestades que se otorgan en Derecho Europeo a las partes afectadas en el legítimo y necesario trámite de audiencia**, que -no debe obviarse- está vinculado a los principios de buena gobernanza consagrados tanto a nivel comunitario como en la legislación española. La afectación de esos derechos subjetivos puede tener trascendencia y relevancia en un eventual recurso tanto ante las instancias judiciales nacionales como europeas.





Foro
Europa
Ciudadana



Foro
Europa
Ciudadana

www.europaciudadana.org