



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho
Grado en Derecho

Problemas jurídicos de la comunicación audiovisual:

Estudio crítico de la decisión del TEDH de 7 de
julio de 2022 y valoración de la nueva Ley 13/2022
General de Comunicación Audiovisual.

Presentado por:

Inés Clara Sagarra Martín

Tutelado por:

Íñigo Sanz Rubiales

Valladolid, 23 de junio de 2023

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
PRIMERA PARTE: EL SECTOR AUDIOVISUAL.....	9
1. La liberalización del Audiovisual.....	9
1.1. Del monopolio público a la progresiva incorporación de las privadas en el Sector Audiovisual.....	10
1.2. El tránsito de “servicio público” a “servicios económicos de interés general”	16
1.3. Un logro con el que ser exigentes.....	20
2. Código de Derecho Audiovisual.....	25
3. El Audiovisual a la luz de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.....	27
3.1. Principales novedades introducidas por la nueva LGCA.....	27
3.2. Organización general del Sector.....	33
3.2.1. <i>Dualidad público-privada</i>	33
3.2.2. <i>El control del Audiovisual</i>	38
SEGUNDA PARTE: LA PUBLICIDAD EN EL SECTOR AUDIOVISUAL.....	45
1. Régimen general de la publicidad audiovisual.....	45
1.1. Tipos de comunicaciones comerciales audiovisuales.....	46
1.2. El derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales y la publicidad como medio de financiación.....	49
1.3. Limitaciones en la realización de comunicaciones comerciales.....	54
2. Anuncios de servicio público y de carácter benéfico (art.134 LGCA)	58
2.1. Evolución en la naturaleza de los anuncios de servicio público y de carácter benéfico.....	58
2.1.1. <i>Una posible consideración y dos figuras afines</i>	64
2.2. Régimen de los anuncios de servicio público y de carácter benéfico. Cambios introducidos por la nueva LGCA.....	68
PARTE TERCERA: “CHÈRE FUTURE MAMAN”. EL INTERÉS GENERAL EN JUEGO.....	75

1. “Chère future maman”. Una exposición del caso.....	75
2. “Chère future maman” y la interpretación del interés general por la Administración francesa.....	84
3. Intento de aproximación al interés general y estudio del caso francés.....	87
CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

RESUMEN: El interés general es fundamento y fin del Derecho Administrativo. El Sector Audiovisual una poderosa herramienta en la conformación de la opinión pública; no sería exagerado decir que tiene el monopolio de lo que pasa por la cabeza de una amplia mayoría. Así pues, el presente trabajo tiene por objeto atender a la proyección de aquel concepto administrativo, en este Sector de tan decisivo alcance. Con este fin, se analizarán la organización y funcionamiento del Audiovisual, así como la intervención administrativa propia de un Sector, como es este, *regulado*, se estudiará el régimen de la publicidad en el mismo, poniendo especial atención a los anuncios de servicio público o de carácter benéfico del art.134 de la LGCA, y se valorarán las consecuencias jurídicas del mediático caso francés en torno al vídeo “*Chère future maman*”.

PALABRAS CLAVE: Sector Audiovisual, servicio económico de interés general, misión de servicio público, interés general, comunicaciones comerciales, anuncios de servicio público o de carácter benéfico, “*chère future maman*”.

ABSTRACT: General interest is the foundation and purpose of Administrative Law. The Audiovisual Sector is a powerful tool in the shaping of public opinion; it would not be an exaggeration to say that it has a monopoly on what goes through the minds of a large majority. Therefore, the aim of this paper is to examine the projection of that administrative concept in this sector of such a decisive scope. To this end, the organisation and functioning of the Audiovisual sector will be analysed, as well as the administrative intervention inherent to a *regulated sector* such as this one, the regime of advertising in this sector will be studied paying special attention to public service or charitable advertisements of art.134 of LGCA, and the legal consequences of the French media case involving the video "*Chère future maman*" will be assessed.

KEY WORDS: Audiovisual sector, economic service of general interest, public service mission, general interest, commercial communications, public service or charity announcements, "*chère future maman*".

INTRODUCCIÓN

Se dice que el interés general es el alma del Derecho Administrativo, la piedra angular de una disciplina jurídica que abarca numerosos campos, entre ellos, el Audiovisual; un Sector de capital importancia, pues no hace falta decir la enorme incidencia que el mismo tiene en la conformación de la opinión pública. Vivimos en un mundo en que las hojas de papel se han visto desplazadas por las pantallas. Por desgracia, somos, más que nunca, lo que en ellas vemos. En base a lo que por medio de ellas nos llega, formamos nuestra opinión y actuamos. Es por ello que el interés general en este campo desempeña un papel decisivo a fin de garantizar que los medios de comunicación, y en concreto la Televisión, sean reflejo del pluralismo, ofrezcan una programación y contenidos de calidad, y permitan hacer efectivos tantos derechos y libertades constitucionales como hay en juego en este Sector. Así pues, el presente trabajo trata de medir la salud del interés en el Sector Audiovisual, exponiendo los riesgos de interpretar erróneamente este concepto.

El estudio se organiza en torno a tres partes bien diferenciadas. En primer lugar, se aborda la naturaleza y configuración del Sector Audiovisual. Ello nos llevará a hacer un breve recorrido histórico, a fin de conocer la evolución del Sector, que si bien nació bajo el poder exclusivo del Estado, fue más tarde objeto de una liberalización que dio entrada a los operadores privados y abrió las puertas a la libre competencia; sin perjuicio, ello, de mantenerse la reserva de titularidad pública por el servicio prestado por los operadores públicos. Se expone en esta primera parte el modo en que, desde entonces, unos y otros actores conviven, las obligaciones que pesan sobre cada uno de ellos, y en especial la misión del servicio público a la que debe atender la Televisión pública, el régimen de acceso a este mercado de acuerdo con su consideración como “*servicio económico de interés general*” y las Autoridades audiovisuales competentes para gestionar el mando y control del Sector. Todo ello teniendo presentes los cambios introducidos el verano pasado por la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, de la que destacaremos sus puntos más polémicos.

La segunda parte centra la atención en la publicidad audiovisual. Materia, ésta, en que el interés general ha sido invocado a la hora de articular muchas de las limitaciones cualitativas previstas. Veremos, no obstante, cómo, propiamente, son las comunicaciones comerciales el género dentro del cual encontramos muy diversos tipos de mensajes audiovisuales con fines promocionales. Se expondrán estos muy brevemente, para tratar en mayor detalle los obstáculos existentes en el ejercicio del derecho que teóricamente supone

la realización de comunicaciones comerciales, y las restricciones que, como acaba de señalarse, se han impuesto en la materia. Hechas estas apreciaciones de tipo general, centraremos la atención en los anuncios de servicio público o de carácter benéfico del art.134, de los que analizaremos su naturaleza, si son o no son efectivas comunicaciones comerciales, su delimitación conceptual, el régimen al que están sujetos y que como veremos ha sido objeto de modificación por la nueva LGCA, y por último, la importancia que en relación con los mismos tiene el concepto de interés general.

Se concluye la exposición con un tercer apartado dedicado al estudio del mediático litigio acontecido en torno a la campaña “*Chère future maman*”. El caso, que comienza con un diagnóstico prenatal positivo en Síndrome de Down, nos llevará ante el mismísimo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, después de haberse pronunciado el Consejo Superior del Audiovisual y el Consejo de Estado francés. Se estudiarán las respuestas de cada uno de estos órganos y los derechos en juego, se discutirá si la inadmisión de demandas por parte del TEDH encuentra o no justificación, y de modo especial, ahondaremos en la interpretación del interés general que subyace en el fondo del caso, y las consecuencias que de esta se desprenden.

Con todo, los objetivos que se persiguen son: Conocer la organización y funcionamiento del Audiovisual, así como la intervención administrativa propia de un Sector, como es este, *regulado*; arrojar algo de luz al régimen de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, habiendo antes dibujado un cuadro general de la regulación de que ha sido objeto la publicidad en el Sector; y profundizar en las consecuencias jurídicas del caso “*Chère future maman*”. Todo ello, a fin de evaluar el interés general en el Audiovisual.

Por último, hay que decir que, propiamente, este trabajo esconde, no uno, sino dos TFG: una exposición del Audiovisual y de la publicidad de interés general, y un análisis del caso “*Chère future maman*”. De ahí que su extensión sea algo superior a la ordinariamente prevista.

I. EL SECTOR AUDIOVISUAL.

1. La liberalización del Audiovisual.

Muchas cosas han cambiado desde que David Cubero, allá por el año 1956, inaugurara el primer noticiario de Televisión Española. Desde los modestos platós del Paseo de la Habana (Madrid), con tres horas de emisión diarias, TVE se estrenaba en el mundo del Audiovisual. Los televisores eran cosa de unos pocos privilegiados (si no recuérdese a los diecisiete de *La Gran Familia*, apiñados en su balcón con la mirada fija en la pantalla del vecino para ver la película de los sábados por la noche), como también era privilegio exclusivo de unos pocos, o mejor dicho, de uno solo, el conocido como Organismo Autónomo Radio Televisión Española (OA RTVE), la gestión del monopolio en este sector.

Hoy, sesenta y siete años después, hartos de ofertas televisivas a las que plataformas como *Netflix*, *HBO* o *Amazon Prime* parecen hacer la competencia, la Televisión es otra. Y no hablo de la transición de los televisores de tubo a las *Smart TV*, pues no estamos aquí para cantar los logros del avance tecnológico. Aunque retírese lo dicho, porque, como se va a ver en seguida, la evolución que a ojos del jurista resulta más interesante, también tiene que ver con las conquistas desafiantes de la ciencia.

Y es que, no pensemos que el Sector Audiovisual es ajeno al interés del graduado en Derecho. Todo lo contrario. El Audiovisual es un campo donde, en concreto y de acuerdo con la cuestión que nos ocupa, el administrativista tiene mucho que decir; así se pondrá de manifiesto en las páginas siguientes. El motivo tiene que ver con la relevante presencia, en este sector, del poder público; el cual, aparece encarnado, ya no solo en las diversas autoridades audiovisuales que asumen el control de una actividad que, como apunta CARRILLO DONAIRE, “*compromete aspectos ontológicos y presenta rasgos socioculturales que conectan directamente con valores constitucionales y con derechos fundamentales de primera magnitud*”¹, sino también, en los operadores públicos encargados de la prestación de este servicio. Esto es, atendemos al despliegue de una vasta actividad administrativa en el mundo de las cámaras, luces y sonidos, que de un lado supone el cumplimiento de una función

¹ CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio; “Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general” en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.) Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 293-335 (293).

ordenadora y limitativa de derechos propia de la actuación de policía, y de otro, una actividad de carácter claramente prestacional; todo lo cual, nos lleva a plantear el estudio de la naturaleza -en términos jurídicos- del Sector Audiovisual.

La consideración de esta cuestión ha sido objeto de una evolución importante, pues si bien en un principio esta actividad prestacional se ejercía con carácter exclusivo y excluyente por el poder público, siendo entonces el Sector Audiovisual una evidente manifestación de servicio público, hoy conviven y se disputan la audiencia, tanto los operadores públicos como los privados, no siendo posible la total *publificación* total de esta actividad en favor de las administraciones públicas. Esto es, en las últimas décadas, se ha producido una metamorfosis del Audiovisual, que ha pasado de considerarse un servicio público en términos absolutos, a constituirse como un servicio de interés económico general que, sin perjuicio de una *publificación* parcial, contempla también la directa prestación del servicio por parte de operadores privados².

Los detonantes del cambio serán varios: la presión ejercida por las empresas privadas que reclamarán espacio e independencia sobre la base del art.20.1. CE (derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones mediante cualquier medio de reproducción y derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión), los brisa que, procedente de Europa en la década de los ochenta, traía consigo una nueva caracterización del tradicional servicio público, y la irrupción de una televisión digital que haría que, aunque finito, la finitud del espacio radioeléctrico pareciera más lejana que antes dada la liberación de canales radioeléctricos que la TDT había propiciado. Es este tránsito, sus motivos y consecuencias lo que se pretende exponer en el presente apartado.

1.1. Del monopolio público a la progresiva incorporación de las privadas en el Sector Audiovisual.

Puede tomarse como punto de partida en esta evolución jurídico-doctrinal la *Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión*. En su artículo primero se establecía claramente que el sector audiovisual en su totalidad era una manifestación de

² Como se explicará más adelante, el concepto de “servicio de interés económico general” es el género, frente al “servicio público” que es la especie. El “servicio de interés económico general” es una construcción europea, mientras que la noción de “servicio público” es un concepto interno, al margen del derecho comunitario. No obstante son parcialmente compatibles, pues todos los servicios públicos económicos son, total o parcialmente, servicios de interés económico general, pero los servicios de interés económico general pueden o no publicarse, total o parcialmente.

servicio público estatal³. Así, la prestación de los servicios de radio y televisión se encomendó al Ente Público RTVE, quedando los medios de comunicación audiovisual en manos del Estado. En el plano de la televisión se impuso la gestión directa como única opción, en el de la radio se permitió la gestión indirecta⁴.

La posibilidad de reserva de una actividad en favor del Estado cuenta con el apoyo o fundamento constitucional del art.128.2 CE⁵, que deja al legislador vía libre para que, siempre que se entienda justificado por razones de interés general, pueda este, mediante la correspondiente *publicatio*, reservar la titularidad de ciertos servicios esenciales a la Administración. Esto es, la Administración es libre de tomar o no esta decisión, pero hace falta se prueba la esencialidad del servicio y el interés público en juego; premisa, esta, que se opera como *conditio sine qua non*. La pregunta que, entonces, sigue es: ¿De qué modo se justificó esa reserva del sector radiotelevisivo?

De un lado, el preámbulo de la mencionada norma alegaba la concepción del Audiovisual como cauce para la promoción y realización de toda una serie de valores constitucionales y derechos fundamentales de naturaleza diversa que, a juicio del legislador, hacían necesario en monopolio estatal⁶. De otro, se imponía como irrefutable, a juicio de un sector doctrinal, el hecho de que la transmisión de los servicios radiotelevisivos implicaba hacer uso del espectro radioeléctrico, que dado su carácter finito y limitado ostentaba, y ostenta⁷, la consideración de bien de dominio público, lo cual motivaba las

³ Art.1. Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión. “1.2 *La radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado.*”

⁴ En este sentido tener presente que la prestación de los servicios públicos puede canalizarse de dos modos distintos. Así, estos servicios se pueden procurar de manera directa (por las propias entidades administrativas -local generalmente-, con o sin órgano especial; organismos autónomos con personalidad jurídico-propia; entidad pública empresarial o sociedad privada “de capital mayoritariamente público”: influencia dominante por razón de la participación en el capital) o indirecta (mediante concesión con la empresa privada). La modalidad de prestación del servicio es una decisión libre por parte de la administración titular; así lo reconoce, de hecho, el derecho comunitario (art.2 de la Directiva 2014/23/UE).

⁵ Art.128.2 de la Constitución Española: “*Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.*”

⁶ Extracto del Preámbulo de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión. “*La radiodifusión y la televisión, configuradas como servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado, se concibe como vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, con especial atención a la protección de los marginados y a la no discriminación de la mujer.*”

⁷ Art.85.1. de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones: “1. *El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, cuya titularidad y administración corresponden al Estado. (...)*”

restricciones en este campo⁸. Si bien, en opinión de otros teóricos, se obviaba, o no se quería diferenciar, entre medio y servicio. Esto es, para esta otra ala de la doctrina, la publicación del medio (espacio radioeléctrico) no necesariamente debía arrastrar la publicación del servicio audiovisual prestado a través de la radio y televisión, y menos a la vista de la relevancia democrática que estos medios revisten⁹. En cualquier caso, el monopolio de TVE no tardaría en empezar a resquebrajarse.

La primera grieta en este fuerte televisivo lo supuso la aprobación de la *Ley 46/1983, de 26 de diciembre, de regulación del tercer canal de televisión*, en tanto en cuanto abrió la veda de manera efectiva -pues lo cierto es que esta posibilidad ya se reconocía por el artículo segundo del Estatuto de 1980¹⁰- a la gestión del servicio audiovisual por parte de las Comunidades Autónomas y a título de concesionarias del Estado; gestión que habría de ejecutarse en régimen de gestión directa y exclusivamente pública¹¹. Nótese, por consiguiente, que la titularidad del servicio público televisivo en ningún momento perdió su carácter estatalista, lo cual se justificaba por razón del uso que esta actividad prestacional exigía hacer del espectro radioeléctrico.

Tras la conquista regional, y con la esperanza que parecía vaticinar el entorno europeo, la empresa privada Antena 3 S.A., que por aquel entonces tenía encomendada la gestión indirecta de una cadena de radio (pues recuérdese que en la radiofonía sí tenía reconocimiento legal esta posibilidad), se pronunció desafiantemente solicitando una autorización para la gestión indirecta y explotación de la transmisión televisiva.¹²

⁸ MARCOS PABLO, Marcos M, “Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”, en *Revista de administración pública*, ISSN: 0034-7639, N° 143, mayo-agosto 1997, pp. 107-148.

⁹ ANDRÉS SEGOVIA, Belén, “La regulación del audiovisual español, a prueba”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN: 2386-4567, N° 17, 2022, pp. 1172-1205.

¹⁰ Art.2.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión: “El Gobierno podrá conceder a las Comunidades Autónomas, previa autorización por Ley de las Cortes Generales, la gestión directa de un canal de televisión de titularidad estatal que se cree específicamente para el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma”

¹¹ Art.1.de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal de televisión. “Se autoriza al Gobierno para que tome las medidas necesarias para la puesta en funcionamiento de un tercer canal de televisión de titularidad estatal y para otorgarlo, en régimen de concesión, en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, previa solicitud de los órganos de gobierno de éstas, y en los términos previstos en los respectivos Estatutos de Autonomía, en el Estatuto de la Radio y la Televisión, en sus disposiciones complementarias de orden técnico y en la presente Ley”

Art.9: “La gestión mercantil del servicio público de televisión del tercer canal se realizará por una Sociedad anónima. El capital de la Sociedad a que se refiere el apartado anterior y de las Sociedades filiales que, en su caso, se constituyan, será público en su totalidad suscrito íntegramente por la Comunidad Autónoma (...)”

Art.10: “Artículo diez. El ejercicio de la gestión directa concedido por la presente Ley (...)”

¹² Llama la atención que solicitándose la gestión indirecta bajo la consideración del audiovisual como servicio público, se recurriera al régimen de la autorización en vez de la concesión, que parece más apropiada.

La pretensión de poner en funcionamiento canales privados, que en todo caso no buscaba cuestionar la consideración del audiovisual como servicio público esencial de carácter estatal, sino la imposibilidad de consentir la gestión indirecta¹³, derivó en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por entender vulnerados los derechos fundamentales a la libre expresión y difusión de ideas mediante cualquier medio de reproducción, así como a la libre comunicación por cualquier medio de difusión (art.20.1.CE -ya citado-). Este mismo motivo, llevó a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de 1980.

El alto tribunal desestimaría ambas reclamaciones. Nuestro Constitucional no tuvo reparos en admitir que el reconocimiento de aquellos derechos justificaba y fundamentaba la reclama del derecho a poder crear los medios materiales necesarios para su ejercicio, pero arguyó que, en cualquier caso, la articulación de la gestión indirecta solicitada necesitaba de un reconocimiento y articulación legal previos que no competían al Tribunal, sino al legislador.¹⁴ A mayor abundamiento, dispuso que, no obstante, la gestión indirecta, aunque posible constitucional y legalmente, no era una alternativa que la Constitución impusiera como obligatoria, ya que, de un lado, la constitución de nuevas emisoras suponía hacer uso de un bien de dominio público, el espectro radioeléctrico, cuya escasez natural, a su juicio, condicionaba la naturaleza de los servicios que a partir de su explotación pudieran prestarse, y de otro, los fines y derechos a cuya realización servía la Televisión eran de tal calibre, que ello consentiría que este medio quedara en manos del Estado¹⁵. Vemos pues, que el espacio radioeléctrico y la importancia de la Televisión desde el punto de vista del interés general eran los pilares sobre los que se sustentaba la defensa del monopolio estatal.

¹³ STC 12/1982, de 31 de marzo, ECLI:ES:TC:1982:12 (BOE N.º 95, de 21 de abril de 1982): *“Partiendo de una reinterpretación de la Ley 4/1980, la sociedad Antena 3, S. A., entiende que no hay que atacar la consideración de la televisión como servicio público esencial -que acepta-, sino el monopolio o gestión directa de dicho servicio por el ente público denominado RTVE. Lo que el recurrente pretende así es que la gestión del servicio público sea indirecta y se encomiende o permita a entidades privadas, cualquiera que sea la técnica del Derecho administrativo que se utilice para ello y la postura mantenida en el - recurso de amparo es sustancialmente la misma, pues la exigencia de coherencia del comportamiento obliga a interpretarla de acuerdo con las pretensiones iniciales.”*

¹⁴ STC 12/1982, de 31 de marzo, ECLI:ES:TC:1982:12 (BOE N.º 95, de 21 de abril de 1982): *“la gestión directa del servicio público a un ente público, que es, sin duda, el punto neurálgico de este asunto, pero hay que advertir desde ahora que por esta vía no nos sería a nosotros posible satisfacer la pretensión de amparo de la sociedad Antena 3, S. A., ya que adoptar el sistema de gestión indirecta del servicio público requiere una decisión del legislador y un desarrollo legislativo que este Tribunal no puede suplir.”*

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), “La regulación del sector Audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales” en Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 11-118 (19-37)

En cualquier caso, la Sentencia del Constitucional, aunque como se ha visto no imponía obligación alguna al legislador, conmovió a este, y en 1988 se aprobaba la *Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada*. Una norma de denominación confusa, pues pese al *nomen* el audiovisual seguía siendo un servicio público estatal. Así, se ponía fin al monopolio de la gestión estatal directa por medio de TVE. En lo sucesivo, junto a TVE se empezarían a constituir empresas privadas que asumían una gestión indirecta en régimen de concesión¹⁶.

Con todo, hasta ahora el Audiovisual operaba fundamentalmente por medio de canales hertzianos de titularidad estatal, cuya gestión, desde 1983, se atribuía tanto al Estado como a las CCAA. Con la década de los noventa, el Sector, que hasta ahora no empleaba más magia que la de las ondas hertzianas, exploraría el cable y el satélite, alternativas que venían estudiándose desde hacía tiempo. La realidad del momento demandaba la implementación de una normativa atenta para con estas nuevas formas de televisión, algunas de las cuales operaban en la clandestinidad¹⁷. Todo esto haría que TVE quedara ya muy lejos de ser el único canal de televisión.

Así, en 1992, la *Ley de 22 de diciembre de 1992 de la Televisión por Satélite*, permitió a las televisiones públicas el uso del satélite. Pero la modificación de esta por la *Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite* supuso un cambio radical. Los avances tecnológicos ponían en entredicho el argumento al que con tanto fervor se había acogido la jurisprudencia: la de la escasez del espectro radioeléctrico. El propio TC admitía esto cuando en su STC 206/1990 disponía que: “Los cambios en los condicionamientos técnicos (que no se limitan sólo al ámbito de frecuencias sino también a las necesidades y costes de infraestructura para este tipo de medios) y en los valores sociales, pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la publicatio, tanto en la constitucionalidad de la titularidad estatal como en los límites a la gestión privada del servicio (...)”¹⁸. Esto hizo que, a partir de esta reforma, el servicio televisivo por

¹⁶ Arts. 1 y 2 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. Artículo 1: “Es objeto de la presente Ley regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad corresponde al Estado”. Artículo 2: “La gestión indirecta del servicio público de la televisión se realizará por sociedades anónimas, en régimen de concesión administrativa, conforme a lo previsto por la presente Ley”.

¹⁷ MONTES FERNANDESZ, Francisco José, “Historia de la televisión por cable en España. 1970-1995 (I)”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, ISSN: 1133-3677, N° 48, 2015, pp. 403-428.

¹⁸ Sentencia del TC 206/1990, de 17 de diciembre ECLI:ES:TC:1990:206 (BOE núm. 9, de 10 de enero de 1991)

satélite se liberalizara. Se dio la espalda a la consideración de servicio público y la autorización vino a ser el título jurídico habilitante para la prestación de este servicio¹⁹.

La misma trayectoria sería asumida por el cable²⁰, que reguló por vez primera la *Ley 42/1995, de las telecomunicaciones por cable*, y que, siguiendo el ejemplo de la televisión por satélite, hizo suyo el régimen de libre competencia con la *Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones*.²¹

A mayor abundamiento, debe tenerse presente la puesta en funcionamiento en España de la TDT terrestre hacia el año 1999. El espacio radioeléctrico podría definirse como un conjunto de frecuencias limitadas que se agrupan en bandas de canales radioeléctricos, los cuales se distribuyen entre los distintos servicios dependientes de este medio. Pues bien, si con la televisión analógica cada canal radioeléctrico no podía servir más que para la emisión de un programa, la señal digital, sirviéndose de codificadores, permite que por un canal puedan enviarse múltiples proyecciones que luego el receptor, en base a esa codificación, distingue²².

Así las cosas, pero sobre todo en la medida en que la tecnología digital debilitaba cada vez de forma más evidente el tradicional argumento de las limitaciones tecnológicas como razón última de la *publicatio* en el audiovisual, surgió el siguiente planteamiento que tan precisamente expone el ya citado CARRILLO DONAIRE: “*Estos factores apuntan que ya no tenga tanta justificación diferenciar el régimen jurídico (mercado-servicio público) en función del medio de*

¹⁹ Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión. Art.1: “1. *Los servicios de telecomunicaciones para cuya prestación se utilicen de forma principal redes de satélites de comunicaciones no tendrán la consideración de servicio público*”

²⁰ Sobre la progresiva liberalización de los servicios de comunicación audiovisual en España:

MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), “La regulación del sector Audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales” en Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 11-118 (13-25 y 32-37).

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio; “Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general” en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.) Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 293-335 (310-316).

²¹ En un primer momento la Ley 42/1995 previó un régimen de gestión indirecta para el cable. Así, su artículo tercero establecía que: “*El servicio de telecomunicaciones por cable se prestará por los operadores de cable en régimen de gestión indirecta, mediante concesión administrativa (...)*”. El cambio vendría con la mencionada Ley 32/2003 que imponía la liberalización del cable y, en consecuencia, reconocía, en virtud de su disposición transitoria décima, la necesaria transformación de los títulos habilitantes otorgados para los servicios de difusión de radio y televisión por cable -concesiones, según lo que acabamos de apuntar-, en la correspondiente autorización administrativa. Se pasa así de un régimen de concesión y servicio público a la liberalización de la prestación audiovisual por cable.

²² CNMC *blog*: “Conceptos básicos de Telecom: Espectro radioeléctrico”; 30 de abril de 2010; Consultado el 16 de marzo de 2023; Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2010/04/30/conceptos-basicos-de-telecos-espectro-radioelectrico/>

*difusión (cable o satélite-ondas terrestres), y que lo lógico es avanzar un nuevo modelo de radiotelevisión por ondas hertzianas en el que el concepto de servicio público se restringe a los operadores públicos y el acceso de los operadores privados se liberaliza a salvo de algún tipo de control administrativo previo.*²³

1.2.El tránsito de “servicio público” a “servicios económicos de interés general”

El cambio de modelo se haría realidad con la *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*, que bebía directamente de la doctrina europea sobre “servicios de interés general”, la cual había calado ya en otros campos. Es más, de algún modo esta idea se había hecho presente en la normativa más reciente de la televisión por cable y satélite; si bien, ahora se hacía extensiva al completo sector audiovisual.

Veamos qué distingue a los servicios de interés general de la noción tradicional y estricta de servicio público, y cómo esta corriente, por lo menos en el plano teórico, respondía de manera muy satisfactoria a la realidad de un sector que encontraba cada vez más difícil la justificación de la reserva pública, pero que a la vez, por su propia naturaleza, no podía abandonarse al juego del libre mercado.

El servicio público entendido en sentido estricto, y que como ya se ha señalado encuentra en el seno de nuestro derecho interno aval constitucional en el art.128.2 de la CE, toma como piedra angular de su caracterización la *publicación* de aquellas actividades a las que se atribuye este carácter. La consecuencia lógica e inmediata de esto es que tales actividades se sustraen del mercado y su consustancial régimen de competencia. Por otro lado, debe tenerse presente que la titularidad pública no excluye la posible intervención de empresas privadas en el sector de que se trate, ya que puede a estas encomendarse la gestión indirecta del servicio en calidad de concesionarias. Ahora bien, no puede hablarse de libre iniciativa empresarial, ya que el gestor debe subordinarse a la dirección que le marca la administración titular, y cuyas potestades pueden incluso llegar a la imposición de precios y tarifas; el gestor es pues un brazo de la Administración, un miembro dependiente, sometido al poder público. Como en el plano biológico, la independencia del miembro no es viable. En cualquier caso, la *publicatio* requiere de un presupuesto: la esencialidad de la actividad reservada y su especial afectación al interés público o general. Es precisamente esta naturaleza la que hace necesaria una oferta no tanto dependiente de la demanda, como garante de cuatro objetivos principales: continuidad en la prestación del servicio (en este

²³ CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio; “Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general” en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.) Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 293-335 (313).

sentido, se plantea la idea de los servicios mínimos, que no tienen otro fin más que evitar la interrupción en la prestación de los servicios), accesibilidad, igualdad entendida como no discriminación en el acceso, y gratuidad (lo que requiere de una financiación pública adecuada -si bien en el caso de servicios económicos cabe la imposición de tarifas-).²⁴

Vista la noción de servicio público, ¿por qué la necesidad de replantear este sistema prestacional que tan amplia aceptación había tenido en Europa?

ESTEVE PARDO al exponer los detonantes de este fenómeno o crisis del “*servicio público*”, apunta que cabe señalar varios motivos: de un lado, al no operar las fuerzas del mercado se favorece la despreocupación por los costes (e incluso la peor calidad del producto/servicio), arrojando esto, a veces, precios muy elevados y un coste para las arcas públicas, en caso de déficit, no siempre fácil de asumir. Además, esta falta de incentivos externos así como el carácter limitado en el tiempo de las concesiones, con la consecuente imposibilidad, quizás, de no poder recompensar las inversiones realizadas, puede llevar a que se de la espalda a los avances tecnológicos. A mayor abundamiento, el autor denuncia el riesgo de “*promiscuidad e interferencia de objetivos políticos y otros de carácter partidista y electoralista*” vendiéndose entonces el interés general al interés de política económica. Ahora bien, todos estos, más que efectivas causas de esta transformación que ahora planteamos, son críticas doctrinales (lo que no quita para que pudieran tener una cierta traducción real, sirviendo de apoyo al progresivo abandono del tradicional servicio público).

La configuración del modelo de “servicios de interés general” se debió fundamentalmente a los requerimientos del derecho comunitario; y es que, el servicio público podía entenderse incompatible con el mercado único europeo²⁵. Es por esto por lo que fue la propia Comisión Europea quien a finales del S.XX y principios del XXI, se encargó de sentar las bases de esta doctrina que llegó a considerar como “*elemento esencial del modelo europeo de sociedad*” mediante sucesivos documentos²⁶ sobre “*Los servicios de interés general en Europa*” que luego se plasmaron en los Tratados. Y aprovecho para, antes de entrar a ver el planteamiento de esta nueva corriente y su acogida por los Estados Miembros, advertir simplemente de que podemos diferenciar entre “*servicios de interés general*”

²⁴ Sobre la noción de servicio público: ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho administrativo. (Sexta edición)*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 432-436.

²⁵ Sobre la “crisis del servicio público”: ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho administrativo. (Sexta edición)*; Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 460-463

²⁶ Comunicaciones de 1996 y 2001, Libro Verde de 2003 y Libro Blanco de 2004, Comunicaciones de 20 de noviembre de 2007 y 20 de diciembre de 2011.

y “*servicios económicos de interés general*”. Los segundos, una categoría dentro del género, más amplio, de los primeros.

Para la Unión Europea todo es libre mercado. En este sentido, el art.106.2 del TFUE²⁷ somete los servicios de interés económico a la libre competencia. Esto es, en contra de la *publicatio*, la liberalización supondría sacar, lanzar las actividades al mercado. Ahora bien, que Europa quiera verlo todo con los ojos del libre mercado, no alteraba la naturaleza, o mejor dicho, la esencialidad de los servicios que hasta entonces se vinieran prestando bajo la forma de servicios públicos. El interés público en juego no desaparece. Bajo la forma del servicio público la custodia de los intereses generales se aseguraba mediante la titularidad pública, mientras que en el mercado los empresarios actúan guiados por la búsqueda y maximización de los beneficios. Es por esto por lo que para los Estados Miembros la concepción de “*servicios económicos generales*” exigía la atención a dos máximas: liberalizar, de acuerdo, pero también garantizar. Así pues, la conciliación de los intereses del mercado con el interés general presente en los sectores afectados hace necesaria una especial regulación (de ahí que se hable de *sectores regulados*) y una intervención administrativa propia de la actividad de policía. De este modo, aunque para la UE todo es libre mercado, si los Estados consideran que estamos ante una actividad esencial, no es que se pueda, sino que se deben aplicar a los operadores toda una serie de “*obligaciones de servicio público*”, limitaciones de hacer o limitaciones positivas, que se imponen a todos los prestadores de un servicio esencial limitando la libertad de empresa para asegurar la adecuación de la prestación del servicio a los intereses generales. Igualmente, se busca la constitución de autoridades reguladoras a las que encomendar el control en el cumplimiento efectivo de estas imposiciones; autoridades administrativas independientes, que desde una posición neutral, juzguen con un criterio técnico y objetivo ajeno a intereses partidistas o particulares. A mayor abundamiento, suele ser habitual que el poder público intervenga supervisando el acceso de los operadores.

En cualquier caso, y ya para concluir, como apunta SÁNCHEZ MORÓN “*de este debate deriva no la eliminación -ni siquiera la regresión en términos sustantivos de la idea de servicio público-, pero sí una concepción diferente del mismo y de las relaciones entre el Estado y el mercado*”²⁸.

²⁷ Art.106.2 TFUE: “*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión*”.

²⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; *Derecho Administrativo. Parte general (Decimotercera edición)*, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 793.

Esto es, no es tanto que se produzca lo que algunos juristas han denominado “*la muerte del servicio público*”, como el que éste toma ahora, en el marco de los “*servicio de interés (económico) general*” una forma distinta. Si bien se mira, la esencialidad del servicio -de ser- no puede negarse, las Leyes de Roland siguen imponiéndose a los prestadores y el interés general continua en el punto de mira.

Claros estos conceptos, queda ver cómo se implementaron estos cambios en el Sector Audiovisual por la *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*. Hay que decir que esta norma se ha visto derogada el pasado año por la *Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual*, en lo sucesivo LGCA. No obstante, por lo que respecta a la naturaleza jurídica atribuida al sector audiovisual, nada ha cambiado; de manera que, en ese sentido, igual nos da referirnos a uno u otro cuerpo normativo.

En su artículo 16, la actual LGCA califica el servicio de comunicación audiovisual televisivo como “servicio de interés general”²⁹, pudiendo criticarse, si hilamos fino, la falta de precisión del legislador al omitirse el calificativo de “económico” -pues, ¿qué duda cabe tratándose de una actividad que supone el 0,68% del PIB!³⁰. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 50, la prestación del servicio por parte de los operadores públicos va a conservar el carácter de servicio público.³¹ Servicio público que en el caso del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal no admite más que la gestión directa por la Corporación de Radio y Televisión Española, S. A³² (art.68 LGCA), pero que en el ámbito autonómico puede canalizarse tanto por gestión directa como por gestión indirecta (art.72 LGCA); y es que, a nivel local, como ocurre a nivel estatal, solo cabe la gestión directa (art.75 LGCA).

Esta *publicación* parcial del Sector se explica porque, como ya hemos adelantado en alguna de las notas a pie de página anteriores, el concepto de “*servicio de interés (económico)*”

²⁹ Art.16 LGCA: Régimen jurídico del servicio de comunicación audiovisual televisivo: “*El servicio de comunicación audiovisual televisivo es un servicio de interés general que se presta en ejercicio de la responsabilidad editorial de conformidad con los principios del título I y al amparo de los derechos constitucionales a la libertad de expresión, a comunicar y recibir información, a participar en la vida política, económica, cultural y social y a la libertad de empresa*”

³⁰ MINISTERIO DE CULTURAL en colaboración con el INE, “Cuenta satélite de la cultura”, *Anuario de Estadísticas Culturales 2022*, Disponible: <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:17c40bc7-976c-4a55-a1d8-4e8f40a06c77/nota-resumen-cuenta-satelite-de-la-cultura-2020.pdf>

³¹ Art.50 LGCA: “*El servicio público de comunicación audiovisual es un servicio esencial de interés económico general prestado por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales según lo dispuesto en el artículo 53, consistente en la producción, edición y difusión de programas, contenidos y servicios audiovisuales diversos, para todo tipo de públicos y de todo tipo de géneros, a través de servicios de comunicación audiovisual televisivos y radiofónicos y servicios de televisión conectada*”

³² La Corporación RTVE se crea con *Ley 17/2006 de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal*, a partir de la refundición del anterior Ente Público Radiotelevisión Española.

general” opera como género, frente a la especie que sería el “*servicio público*”. El “*servicio de interés (económico) general*” es una construcción europea, mientras que la noción de “*servicio público*” es un concepto interno al margen del derecho comunitario, siendo ambas categorías parcialmente compatibles, pues todos los servicios públicos económicos son, total o parcialmente, servicios de interés económico general, pero los servicios de interés económico general pueden o no publicarse, total o parcialmente.³³

1.3. Un logro con el que ser exigentes

Se da en el Audiovisual una paradoja particular -pero de acuerdo con lo dicho, perfectamente posible-, pues si bien el calificativo de “*servicios de interés económico general*” abre la puerta a la competencia entre los prestadores, lo cierto es que se sustrae de esta al servicio público; lo que explica, entre otros, la privilegiada financiación a costa de los presupuestos del Estado de que es merecedora la Televisión pública.

El artículo 106 del TFUE, en su apartado primero, rechaza cualquier trato de favor por parte de los Estados a las empresas públicas, e, inmediatamente después, en su apartado segundo, proclama la libre competencia como principio fundamental en el desarrollo de los servicios de interés general. La reserva, entonces, del servicio audiovisual encomendado a los operadores públicos puede parecer incompatible con el derecho de la Unión. Ahora bien, el propio legislador comunitario admite que esto debe entenderse así “*en la medida en que la aplicación de dichas normas [las normas sobre competencia] no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*”³⁴. Esta cláusula es la válvula de escape que permite a nuestro legislador interno sustraer la gestión pública de las reglas de la competencia. Pero téngase presente que esta excepcional previsión está sujeta a condición; así, los operadores públicos deberían constituirse al servicio de aquellos derechos y valores constitucionales por los que, desde sus inicios, el Audiovisual fue visto como un servicio esencial.

³³ Por tanto, téngase presente que el fenómeno servicio de interés (económico) general - servicio público característico del Audiovisual, no es una cuestión de mera convivencia, pues como enseña LÓPEZ MUÑIZ, el servicio de interés económico es el género, y el servicio público, la especie; y es que, los requisitos básicos son los mismos (actividad indispensable para la vida social e interés público en su prestación)

³⁴ Art.106 TFUE: “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive. 2.Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión (...)”

Dejando de lado esta isla de servicio público, la caracterización que la LGCA hace del conjunto del Audiovisual como “servicios de interés general”, y la liberalización del sector de que esto es reflejo, suponen un cambio manifiesto en lo que respecta al título jurídico habilitante para la prestación del servicio. Las empresas privadas ya no encuentran su intervención supeditada al otorgamiento de concesión, sino que basta la mera comunicación (art.18 LGCA) -salvo que se haga uso del espacio radioeléctrico (prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo mediante ondas hertzianas terrestres), en cuyo caso, es necesaria la obtención de licencia (art.21 LGCA) otorgada mediante concurso-. El planteamiento es pues otro: el derecho no se constituye, sino que se declara, se reconoce.

Por otro lado, y en consecuencia, el régimen de libre competencia lleva a reconocer la libertad empresarial. Cierto es que esta no es absoluta, en tanto en cuanto se ve limitada por las obligaciones de servicio público que se imponen tanto a los operadores públicos como a los privados (Fomento de la accesibilidad, limitaciones en materia publicitaria, reservas en favor de las obras europeas, promoción de las lenguas oficiales etc. -En cualquier caso, las restricciones se ponen de manifiesto, sobre todo, en el plano publicitario, por lo demás, la libertad de los operadores es amplia-), pero ya no existe ese sometimiento a la filosofía o directrices políticas del anterior titular del servicio.

Además, hay que decir, que si bien pesan sobre los operadores privados esas obligaciones de servicio público, el haber escapado de la cápsula del servicio público en sentido estricto, los libera notoriamente de otras cargas que antes debían atender. Y es que, cuando todo era servicio público, no existía apenas diferenciación entre las obligaciones que debían asumir los operadores públicos y las que correspondían a los operadores privados. Todos cargaban el hombro con, más o menos, el mismo peso. Ahora, en cambio, las *misiones de servicio público* se circunscriben de modo exclusivo al ámbito del servicio público y, por ende, solo se hace responsables de ellas a los operadores públicos.

Así, a juicio de algunos juristas, el mercado privado del audiovisual se ha tornado en un conglomerado de inversores cuya preocupación anda lejos de servir al interés general que debe inspirar al Sector Audiovisual. La realidad, dirán quienes así opinan, es la de un conjunto de inversores que desprovistos de cargas y obligaciones buscan hacer dinero y aumentar audiencias³⁵. En la búsqueda de este objetivo, la oferta se configura en base a la

³⁵ Sobre las consecuencias de la liberalización en el Audiovisual: MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), “La regulación del sector Audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias

demanda, y he aquí el problema, pues cuando “*La isla de las tentaciones*” es lo que pide el espectador, ¿dónde queda la “*calidad y categoría*” de la Televisión? Esta crítica que puede o no compartirse, lleva, en cualquier caso, a reflexionar sobre el importantísimo papel que en la preservación de esa misión de servicio público tienen, o debieran tener, los operadores públicos. Y es que, recuérdese, que de no existir un compromiso real para con este fin, la reserva pública se revelaría, de acuerdo con el citado art.106 del TFUE, ilegítima.

Pues bien, no son pocos los teóricos que, como MUÑOZ MACHADO, denunciaron que con la regulación de 2010 “*no se prestó la consideración debida al aspecto más esencial del servicio público de televisión, que no radica en ser una actividad reservada al Estado, cuya titularidad está atribuida a organismos públicos o a sus concesionarios, sino que concierne fundamentalmente a los contenidos de la programación, que no debe estar presidida exclusivamente por objetivos comerciales y estrategias estrictas de mercado, sino que debe procurar también la atención de valores y principios constitucionales como el fomento del pluralismo, la formación de una opinión pública libre, el debate y el desenvolvimiento de las ideas, el derecho del público a ser informado, el desarrollo de las culturas de los pueblos de España, etc.*”³⁶. La LGCA vigente tampoco ha enmendado el descuido, pues se sigue escuchando en boca de algunos que “*No solo no revaloriza el lugar del servicio público en el nuevo contexto, sino que escora definitivamente el desequilibrio, ya muy notable entre modelos público y privado, en perjuicio del pluralismo*”³⁷. Como se analizará más adelante, el motivo de estas críticas se plantea, no tanto porque no se hayan hecho constar por escrito los objetivos concretos mediante los cuales articular esta misión de servicio público -que también, pues, como se verá, las disposiciones que en este sentido se prevén, son demasiado generalistas, gritos al aire faltos de un desarrollo que permita aterrizarlos en la rutina y cotidianeidad del trabajo que llevan a cabo los operadores audiovisuales-, sino porque no hay previsto modo eficaz de garantizar su control, y requerir su cumplimiento.

esenciales” en Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 11-118 (46-51 y 67-70).

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio; “Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general” en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.) Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 293-335 (293-298 y 314-316).

³⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), “La regulación del sector Audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales” en Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 11-118 (67-68).

³⁷ ZALLO ELGUEZÁBAL; Ramón; “El anteproyecto de ley general de comunicación audiovisual: una guía crítica de lectura” en *CIC. Cuadernos de información y comunicación*, ISSN 1135-7991, ISSN-e 1988-4001, N° 26, 2021, pp. 149-160.

En relación con la importancia que tiene el garantizar el cuidado del interés general en el mundo de las pantallas, también la *Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos*, puede ser motivo de reflexión. Y es que esta dio luz verde a que las CCAA -que dicho sea de paso, con la LGCA de 2010 habían dejado atrás en régimen de concesión, para constituirse como plenas titulares del servicio audiovisual regional- pudieran privatizar el servicio público dependiente de las mismas, mediante concesión de licencias en el ámbito autonómico³⁸. Esto tiene una consecuencia clara: desde el momento en que se aboga por esa privatización, el servicio audiovisual ya no podrá tildarse de servicio público y, por ende, se pasa a dar la espalada a la misión de servicio público sin que nada pueda reprocharse. Pero lo alarmante está en la motivación que puede alimentar esta medida; y es que fácilmente pueden subyacer a esta decisión criterios no tanto financieros, sino ideológicos, en la medida en que, con la potestad a la hora de conceder la licencia, el poder público se asegura un control de opinión en la comunicación de proximidad libre de analíticas sobre el nivel de protección en favor del interés general. Esto sería lo verdaderamente peligroso: que los gobiernos regionales vean en ello una alternativa para eludir o sortear las exigencias de un auténtico servicio público.

³⁸ Preámbulo de la Ley 6/2012: “(...) las Comunidades Autónomas podrán decidir sobre la prestación del servicio público de comunicación audiovisual, pudiendo optar por la gestión directa o indirecta del mismo a través de distintas fórmulas que incluyan modalidades de colaboración público-privada. Si deciden no prestar el servicio público de comunicación audiovisual, las Comunidades Autónomas podrán convocar los correspondientes concursos para la adjudicación de licencias. Además, las Comunidades Autónomas que vinieran prestando el servicio público de comunicación audiovisual podrán transferirlo a un tercero de acuerdo con su legislación específica”.

Artículo único de la Ley 6/2012: “La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se modifica como sigue: (...) Tres. El actual apartado 3 del artículo 40 pasa a ser el apartado 4, y los apartados 2 y 3 quedan redactados del siguiente modo: 2. (...) El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán acordar la prestación del servicio público de comunicación audiovisual con objeto de emitir en abierto canales generalistas o temáticos, en función de las circunstancias y peculiaridades concurrentes en los ámbitos geográficos correspondientes y de los criterios establecidos en el apartado anterior. Los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma decidirán dentro de los múltiples digitales que se les reserven, los canales digitales de ámbito autonómico que serán explotados por el servicio público de comunicación audiovisual televisiva y los que serán explotados por empresas privadas en régimen de licencia. Las Comunidades Autónomas que acuerden la prestación del servicio público de comunicación audiovisual determinarán los modos de gestión del mismo, que podrán consistir, entre otras modalidades, en la prestación del servicio de manera directa a través de sus propios órganos, medios o entidades, en la atribución a un tercero de la gestión indirecta del servicio o de la producción y edición de los distintos programas audiovisuales, o en la prestación del mismo a través de otros instrumentos de colaboración público-privada, de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, así como no discriminación e igualdad de trato. Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán acordar transformar la gestión directa del servicio en gestión indirecta, mediante la enajenación de la titularidad de la entidad prestadora del servicio, que se realizará conforme con los principios citados anteriormente.” 3. Las Comunidades Autónomas podrán convocar, a través de sus órganos competentes, los correspondientes concursos para la adjudicación de licencias audiovisuales en los términos de lo dispuesto en el artículo 27 de esta ley. Las Comunidades Autónomas que vinieran prestando el servicio público de comunicación audiovisual podrán transferir, una vez transformada en licencia audiovisual, la habilitación para prestar este servicio de acuerdo con el procedimiento establecido en su legislación específica

Con todo, puede afirmarse que la liberalización del sector es un logro en la medida en que el mercado privado dota el Audiovisual de un pluralismo acorde con nuestra sociedad democrática, pero al mismo tiempo, en base a lo señalado, el cambio de modelo exige ser doblemente exigentes con la Televisión pública para que esta se cuide de atender debidamente lo que históricamente justificó que la radiotelevisión en su totalidad tuviera la consideración de servicio público. Esto es, debe procurarse que todas las voces tengan acceso al mercado privado, y a su vez, exigir de la Televisión pública un compromiso absoluto con la veracidad y la neutralidad. Que los operadores privados sean señalados como más o menos afines a ciertas ideas, es una cosa. Que a la Televisión pública se la vea el plumero es otra. En este sentido, concluyo con dos apuntes.

En primer lugar, estas exigencias hacen necesaria una organización del sector y una infraestructura de control que garanticen la “*calidad, pluralidad y honestidad televisiva*” y requieran de los operadores públicos, la efectiva atención a esa misión de servicio público. Se analizará más adelante en qué medida esta demanda puede considerarse debidamente atendida desde el momento en que, por ejemplo, se encomienda la supervisión del cumplimiento de la misión de servicio público a las Cortes generales -a quienes también corresponde el diseño del mandato-marco a que deben acogerse los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual-, siendo este un control más político que técnico. (En este sentido, abro un breve paréntesis para apuntar que la politización del sector audiovisual es una de las grandes críticas con que este tiene que lidiar, pues incluso las licencias para empresas privadas son otorgadas por entidades gubernamentales – Consejo de ministros en el ámbito estatal-, y los miembros del Consejo de Administración de la CNMC -máxima autoridad audiovisual estatal- son designados por el Gobierno. Las públicas bajo el mando del Gobierno y las privadas sometidas a su filtro. ¿Dónde queda entonces la neutralidad? ¿Cómo garantizar la presencia de las voces disidentes con el discurso del Gobierno?). Igualmente, en la misma línea, ¿cómo explicar que no se prevea entre el listado de infracciones la desatención a este fin, o que no se haya articulado un control efectivo por parte de la CNMC orientado a garantizar la vocación de servicio al interés general? Y es que, si bien el art.9.6 de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, hace a este órgano responsable de “*vigilar el cumplimiento de la misión de servicio público encomendada a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la adecuación de los recursos públicos asignados para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el título III de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual*”, no hay articulado un protocolo para el caso de desviación en los

objetivos primordiales del servicio público. Así, como decíamos antes, por mucho que se aluda a los “*objetivos generales de la función de servicio público*”, todo queda en una mera declaración de intenciones.

En segundo lugar, no perdamos de vista la necesaria imposición en este sector de obligaciones de servicio público mediante las cuales hacer a todos los operadores responsables del interés general. Tiene esto mucho que ver con lo que luego estudiaremos.

2. Código de Derecho Audiovisual.

Desde que a finales de los años 80 se produjera la entrada en escena de los operadores privados en el mundo del audiovisual, el Audiovisual fue testigo de una abundante proliferación de leyes (algunas mencionadas en las páginas anteriores), que derivó en un complejo e insostenible panorama normativo dada la multiplicidad y dispersión de sus disposiciones, las cuales con el paso de los años iban resultando obsoletas e insuficientes, incapaces de seguir el ritmo a los avances tecnológicos. Es por ello por lo que el alumbramiento de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, fue recibidas como agua de mayo. La mencionada ley derogó muchas de aquellas normas que la habían precedido, recogiendo a lo largo de sus preceptos una regulación global y sistemática con la pretensión de facilitar la aplicación normativa y el estudio doctrinal en este campo. Ahora bien, también esta se encuentra hoy derogada, teniendo que estar a la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual que se hace eco de nuevas realidades en el sector audiovisual. Esta es, después de la Constitución, siempre en la cúspide normativa, el cuerpo legal de referencia en este campo, pues ofrece una visión general de la organización del sector audiovisual. Pero, no es esta la única norma en la materia, ya que la LGCA se complementa con múltiples normas comunes a la televisión y radio, así como otras específicas de cada medio. La suma de todas ellas constituye el Código de Derecho Audiovisual.

En cualquier caso, hay que decir que este entramado normativo, se ha visto en todo momento marinado por las múltiples disposiciones que desde la capital belga se iban dictando.

La política audiovisual de la UE se fundamenta en los artículos 167 y 173³⁹ del TFUE.⁴⁰ En atención a esta habilitación, en el año 1989 se dictó la *Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*, transpuesta en España por la *Ley 25/1994, de 12 de julio*. Su propósito era coordinar el conjunto de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que los Estados Miembros habían dictado para la regulación del ejercicio de las actividades de radiodifusión televisiva, estableciendo un marco regulador común del audiovisual en la Unión Europea, garantizar la libre circulación de los programas televisivos y promover la producción y distribución de obras europeas⁴¹.

Esta Directiva ha sido modificada en tres ocasiones. Primero con la *Directiva 2007/65/CE* que regulaba la difusión de contenidos televisivos y audiovisuales en línea y en otros medios electrónicos, así como los servicios de medios audiovisuales no lineales como la televisión a la carta y los servicios de vídeo bajo demanda⁴². En 2010 con la *Directiva 2010/13/UE*, que se transpuso en virtud de la *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*. Y ocho años después con la *Directiva 2018/1808 UE* siendo esta última uno de los motivos por los que se hacía necesaria la adopción de la actual LGCA.

³⁹ Art.167 TFUE: "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. La acción de la Unión favorecerá la cooperación entre Estados miembros y, si fuere necesario, apoyará y completará la acción de éstos en los siguientes ámbitos: (...) la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual (...) Para contribuir a la consecución de los objetivos del presente artículo: el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité de las Regiones, adoptarán medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, recomendaciones.

Art.173 TFUE: "La Unión y los Estados miembros asegurarán la existencia de las condiciones necesarias para la competitividad de la industria de la Unión. A tal fin, dentro de un sistema de mercados abiertos y competitivos, su acción estará encaminada (...) La Unión contribuirá a alcanzar los objetivos estipulados en el apartado 1 mediante las políticas y actividades que lleva a cabo en virtud de otras disposiciones del presente Tratado. El Parlamento europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, podrán tomar medidas específicas destinadas a apoyar las acciones que se lleven a cabo en los Estados miembros a fin de realizar los objetivos contemplados en el apartado 1, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

⁴⁰ ISKRA; K. Anna; "La política audiovisual y de los medios de comunicación", *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo*, abril de 2022. Consultado el 18 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/138/la-politica-audiovisual-y-de-los-medios-de-comunicacion>

⁴¹ ISKRA; K. Anna; "La política audiovisual y de los medios de comunicación", *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo*, 04/2022; Consultado el 18 de marzo de 2023; Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/138/la-politica-audiovisual-y-de-los-medios-de-comunicacion>

⁴² ARIÑO, Mónica; "Contenido de vídeo en línea: ¿Regulación 2.0? Un análisis en el contexto de la nueva Directiva de servicios de medios audiovisuales", en *Quaderns del CAC*, ISSN-e 2014-2242, ISSN 1138-9761, N° 29 (septiembre-diciembre), 2007, pp. 3-16.

Podemos concluir afirmando que, en general, el derecho comunitario sobre televisión y medios audiovisuales tiene por objeto proteger al espectador de los contenidos perjudiciales -siendo especialmente notoria la atención que se presta a las limitaciones publicitarias-, promover la diversidad cultural y lingüística, garantizar el acceso a la información y fomentar la libertad de expresión y el pluralismo en los medios de comunicación.

3.El Audiovisual a la luz de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual

3.1. Principales novedades introducidas por la nueva LGCA.

Generación Z. Estar al día no es ver el Informativo a la hora de comer, sino cenar devorando “*Soy Georgina*”, una producción original de *Netflix*. Las OTT en vena; lo que se quiera, cuando se quiera y donde se quiera. La calle no es para jugar a la rayuela, sino para grabar TikToks. En este contexto de cosas, se entiende el preámbulo de la *Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual*⁴³. El principal desafío: hacer frente, o mejor dicho, llamar al orden a los nuevos servicios de comunicación audiovisual que compiten con la televisión tradicional por una misma audiencia⁴⁴ siendo también un posible cauce para la transmisión de valores y el ejercicio de derechos.

Desde la perspectiva comunitaria la LGCA supone la transposición de la *Directiva 2018/1808 (UE) de Servicios de Comunicación Audiovisual*. Hay que decir que íbamos con un año y medio de retraso en el cumplimiento de los deberes europeos, pues la transposición tenía como fecha límite el 19 de septiembre de 2020 -de hecho la Comisión Europea llegó a plantear una denuncia ante el TJUE por este motivo-.

Además, esta Ley es parte del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, para la canalización de los fondos procedentes del ambicioso programa “*NextGeneration*” que la UE ha desplegado en respuesta a la crisis del coronavirus. Hablamos, en concreto, del

⁴³ Inicio del preámbulo de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual: “*Los servicios de comunicación audiovisual han experimentado una evolución rápida y significativa a lo largo de los últimos años. Los avances técnicos han hecho posible la convergencia entre servicios televisivos y otros servicios de comunicación audiovisual. En paralelo han aparecido nuevos hábitos de consumo que permiten ver programas y contenidos audiovisuales en cualquier momento, en cualquier lugar y a través de múltiples dispositivos conectados a redes digitales. Todo ello ha redundado en la diversificación de los formatos audiovisuales y en una audiencia fragmentada y globalizada por la que compiten, no solo prestadores del servicio de comunicación audiovisual tradicionales a nivel nacional, sino prestadores globales cuyos servicios también llegan a la audiencia española*”.

⁴⁴ De acuerdo con el balance GECA del año 2022: “*El consumo televisivo cae en 2022 hasta los 183 minutos de media por espectador, la cifra más baja desde 1993*”

componente 25 de este plan: “España hub audiovisual de Europa” (Spain AVS Hub), en alineación a la agenda digital del Gobierno español y su “Plan de Impulso al Sector Audiovisual”⁴⁵

Como se ha dicho, uno de los objetivos principales, tanto de la directiva como de la LGCA, es la actualización de la normativa ante el despliegue de nuevos contenidos y formatos audiovisuales de que hemos sido testigos en las últimas décadas. Así, entre las novedades más relevantes está la ampliación del ámbito subjetivo que, en contraposición a la normativa del año 2010 -centrada fundamentalmente en la TDT en abierto-, desarrolla con mayor detalle el régimen aplicable a las plataformas de pago o servicios a “petición”⁴⁶ e incluye por vez primera los servicios de agregación de servicios de comunicación, los servicios de intercambios de vídeo -YouTube a la cabeza-⁴⁷ e incluso a los usuarios más relevantes de estas últimas plataformas⁴⁸ (los que más allá del lenguaje jurídico se conocen como *influencers, instagramers o youtubers*). Ahora bien como crítica, puede cuestionarse el que nada se regule sobre plataformas como *Spotify*, que con su intercambio de audios, hace la competencia a las radiofórmulas.

La norma trata de acercar los servicios a “petición” a la televisión lineal en materia de obligaciones. Peor, por lo que respecta a los nuevos sujetos, estamos ante poco más que una declaración de intenciones, pues si bien se mira, lo cierto es que mínimas son las exigencias que se imponen a estos estrenados actores. Básicamente puede decirse que el legislador se limita a exigir de ellos su inscripción en el “Registro estatal de prestadores del servicio

⁴⁵ GOBIERNO DE ESPAÑA; “Componente 25: España hub audiovisual de Europa (Spain AVS Hub)”, *Plan de Recuperación, transformación y resiliencia*; Consultado el 19 de marzo de 2023; Disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-25-espana-hub-audiovisual-de-europa-spain-avs-hub>

⁴⁶ Los servicios a petición aunque aparecían mencionados en la LGCA de 2010, si bien no se precisaban entonces las obligaciones que debían asumir estos; lo que sí hace ahora, con la pretensión de aproximarlos a la televisión lineal en materia de obligaciones de servicio público, la nueva LGCA.

⁴⁷ Art.2 LGCA: *Prestador del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual: Persona física o jurídica que ofrece de manera agregada, a través de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicación audiovisual de terceros a usuarios.*

Prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma: Persona física o jurídica que presta el servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma. → Servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma: Servicio cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en proporcionar, al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, así como emitir comunicaciones comerciales, y cuya organización determina el prestador, entre otros medios, con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación.

⁴⁸ De acuerdo con el art.94.2 de la LGCA tendrán la consideración de usuarios de especial relevancia aquellos que empleen los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y reúna, fundamentalmente, los siguientes requisitos: que obtenga de ello unos ingresos significativos, sea responsable editorial del contenido que genera y tenga un alcance notorio entre la audiencia.

de comunicación audiovisual, de prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y de prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual”. Si bien, también se hacen extensivos a las plataformas de intercambio de vídeos (VSP si tomamos sus siglas en inglés), el Título preliminar (disposiciones generales) y el Título I (principios generales de comunicación audiovisual); esto es: respeto a la dignidad humana, promoción del pluralismo etc.- ¡qué menos! -. Igualmente les son de aplicación las directrices más generales en materia publicitaria (Título VI; Capítulo IV), ya que hay otra serie de disposiciones (las de las secciones 3ª y 4ª), tales como la identificación y diferenciación de las comunicaciones comerciales o los límites cuantitativos en emisiones publicitarias, que sólo se aplican al servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal o a petición⁴⁹. Pero debe tenerse presente que, en todo caso, en los servicios de intercambio de vídeos el prestador de la plataforma carece de responsabilidad editorial respecto de los contenidos generados; así pues, este garantizará que los vídeos o comunicaciones comerciales difundidos cumplen con los principios señalados mediante la adopción de una serie de medidas constitutivas de un sistema de *notice and take down* (identificación, alerta y retirada de los contenidos) que perfilan los artículos 88 a 91. En este sentido, MARTÍNEZ OTERO reflexiona sobre la fina línea que separa este control *ad casum* y a *posteriori*, del control generalizado y a *priori*, y cómo esto puede llevar a que las empresas privadas subyacentes a las VSP hagan suya la competencia de filtrar previamente los contenidos limitando así los derechos comunicativos⁵⁰; reflexión que recuerda la censura de usuarios operada por Twitter -recuérdese la polémica suspensión de la cuenta del expresidente de los EE.UU, Donal Trump-, que si bien no pertenece a este Sector, refleja el peligro advertido por el citado autor. Por último apuntar que, con la salvedad del genérico artículo 94, que hace extensivas estas cuestiones a los usuarios de especial relevancia que emplean estos servicios, no se pronuncia la Ley sobre la responsabilidad u obligaciones que a título particular tengan que asumir los usuarios generadores de contenido en estas plataformas.

Antes de avanzar con las novedades, conviene tener presente que, salvo para las disposiciones en que la norma disponga otra cosa, toda la normativa audiovisual europea se ve inspirada por el principio del país de origen; de manera que los prestadores de servicios

⁴⁹ ZALLO ELGUEZÁBAL; Ramón; “El anteproyecto de ley general de comunicación audiovisual: una guía crítica de lectura” en *CIC. Cuadernos de información y comunicación*, ISSN 1135-7991, ISSN-e 1988-4001, N° 26, 2021, pp. 149-160.

⁵⁰ MARTÍNEZ OTERO, Juan María; “Un nuevo marco regulador para el Sector Audiovisual en Europa: La Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el mercado único digital”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN: 537-571, N° 63 (mayo-agosto), 2019, pp. 537-571.

de comunicación audiovisual quedan sujetos al Ordenamiento Jurídico del país en que estén establecidos. Esta cuestión resulta de capital importancia, pues, por ende, y a no ser que se diga lo contrario, si hablamos de plataformas en *streaming*, los grandes mastodontes tales como *Netflix*, *HBO*, *Amazon Prime* etc. escaparían a nuestras garras. *Moviestar Plus+* o *Filmin*, por el contrario, serían apresados por nuestra LGCA⁵¹.

Precisamente, vienen a excepcionar el principio del país de origen, los cambios introducidos en relación con la financiación de RTVE. Así, la LGCA modifica la *Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*. Analizaremos más adelante la financiación de la Corporación, pero en lo que ahora a nosotros nos interesa, baste decir que con la nueva ley se excluye de este deber de contribución directa a los operadores de telecomunicaciones por la parte de su negocio que no se entienda vinculada al audiovisual, pero, en cambio, se obliga a “*hacer boté*” a las plataformas *streaming* y aun cuando no estén establecidas en España, siempre y cuando “*ofrezcan servicios específicamente dirigidos al territorio nacional*” (art.6.3 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de RTVE)⁵².

Decíamos antes que, por lo que respecta a determinadas obligaciones, la Ley de julio de 2022 trataba de acerar la televisión a petición a la lineal. Esto es, se exige también de las primeras compromiso frente a ciertas cuestiones. Es el caso de la promoción de obra europea⁵³, su financiación anticipada y el principio de accesibilidad.

Así, si antes solo la televisión lineal se veía obligada a reservar parte de su cuota a la promoción de obras audiovisuales europeas, concretamente un 50%; de su programación (art.115 LGCA), ahora también lo hacen los servicios televisivos a petición, si bien, en su caso la cuota europea es del 30% del total (art.116 LGCA). Además en ambos casos hay

⁵¹ PINA, Carolina y MARZO, Javier; “La nueva Ley Audiovisual en 8 claves”, *Garrigues*, 22/07/2022; Consultado el 20 de marzo de 2023; Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/nueva-ley-audiovisual-8-claves

⁵² *ReasonWhy*: “Aprobada la nueva Ley Audiovisual en España. Estas son sus claves”, 01/12/2022; Consultado el 20 de marzo de 2023; Disponible en: <https://www.reasonwhy.es/actualidad/aprobado-anteproyecto-ley-general-comunicacion-audiovisual>

⁵³ Art.111. LGCA: “Se considera obra audiovisual europea: a) Aquellas obras originarias de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellas otras obras originarias de terceros Estados que sean parte del Convenio Europeo sobre la Televisión Transfronteriza del Consejo de Europa, siempre que las obras de los Estados miembros no estén sometidas a medidas discriminatorias en el tercer país de que se trate. (...) b) Las obras coproducidas en el marco de acuerdos relativos al sector audiovisual concertados entre la Unión Europea y terceros países que satisfagan las condiciones fijadas en los mismos, siempre que las obras de los Estados miembros no estén sometidas a medidas discriminatorias en el tercer país de que se trate. c) Las obras que no sean europeas con arreglo al apartado a), pero que se hayan producido en el marco de tratados de coproducción bilaterales celebrados entre los Estados miembros y terceros países, siempre que la contribución de los coproductores comunitarios en el coste total de la producción sea mayoritaria y que dicha producción no esté controlada por uno o varios productores establecidos fuera del territorio de los Estados miembros”

previstas una serie de subcuotas [subcuotas respecto del cincuenta o treinta por ciento] que el legislador consagra a obras en la lengua oficial del Estado y, como novedad, a creaciones en cualquiera de las lenguas cooficiales. Igualmente, en el marco de los servicios lineales, también los productores independientes son beneficiarios de una pequeña reserva.

Estas dos últimas previsiones, la de las lenguas cooficiales y el productor independiente, han sido motivo de polémica durante el curso de la elaboración parlamentaria⁵⁴. Veamos:

La concesión a las lenguas oficiales de las CCAA, moneda de cambio para la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado. Así lo reconoce el Grupo Parlamentario Republicano en uno de sus comunicados: *“Esquerra Republicana ha llegado hoy a un acuerdo para avanzar en los presupuestos del Estado y forzar al gobierno español a blindar el catalán al audiovisual”*⁵⁵. Y con unos puestos a consentir, otros puestos a pedir; de manera que, además de la previsión de una cuota de reserva mínima, se establece que las CCAA con lengua oficial *“podrán regular obligaciones adicionales para los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo a petición de ámbito autonómico”* (arts.115 y 116 LGCA -último apartado-). La Generalitat no pierde el tiempo. Ya está en marcha el *anteproyecto de modificación de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña*. En cualquier caso, son todas estas medidas tan favorables al principio de accesibilidad -pues por todos son estas lenguas conocidas-, que se acompañan de la creación de un fondo de ayudas para el doblaje y subtulado de las obras en gallego, catalán, aranés y euskera.

La concesión al productor independiente, el grito en el cielo de PATE Productores y P.A.P (Plataforma Audiovisual de Productoras Independientes, que agrupa a AECINE, DIBOOS, MAPA, PIAF, PROA y PROFILM). La modificación sutil: *“Se considera productor independiente a efectos de este capítulo a la persona física o jurídica que no está vinculada de forma estable en una estrategia empresarial común con un prestador del servicio de comunicación audiovisual obligado a cumplir con lo establecido en los artículos 115 a 117 y que asume la iniciativa, la coordinación y el riesgo económico de la producción de programas o contenidos audiovisuales, por iniciativa propia o por encargo, y a cambio de una contraprestación los pone a disposición de DICHO* [antes, en lugar de “dicho” había

⁵⁴ PÉREZ MARCILLA, M; CONDE, P.; OYARZABAL, N., “España. Novedades introducidas por la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual”, Cuatrecasas, 4/07/2022; Consultado el 20 de marzo de 2023; Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/espana-novedades-introducidas-por-la-nueva-ley-general-de-comunicacion-audiovisual>

⁵⁵ Comunicado oficial disponible en: <https://estaticos-cdn.elperiodico.com/zeta/public/content/file/original/2021/1130/17/acuerdo-de-gobierno-y-erc-para-los-presupuestos-de-2022-d7fd12e.pdf>

un “un”], *prestador del servicio de comunicación audiovisual*». Las consecuencias notorias y graves. De acuerdo con la nueva redacción, enmienda de último momento introducida por el PSOE, la obligación de no vinculación sólo se requeriría respecto del prestador con el que se contrata. Esto significa que las grandes plataformas y compañías podrían beneficiarse de las reservas y financiación previstas en favor del productor independiente por medio de filiales, pues a pesar de la vinculación de la filial con la empresa de cabecera, si el contenido se genera para un tercero, se entendería que el productor, “*dependiente*” del pensamiento único del conglomerado corporativo alfa, es “*independiente*”. En definitiva, los auténticos y genuinos productores independientes, los pequeños talentos, y la diversidad cultural, indefensos en el ojo del huracán, y con ello, 25.000 empleos en riesgo⁵⁶.

La promoción de obra europea, con las concreciones apuntadas, se acompaña también de la obligación de financiación anticipada (arts.117 a 119 LGCA) que, de nuevo, se hace extensiva a los servicios a petición. De hecho, esta es otra de las excepciones en que la normativa extiende sus tentáculos a las plataformas con sede fuera de nuestro país, siempre y cuando estas “*dirijan parte de sus servicios específicamente a una audiencia en España*”. Con todo ello, debe tenerse presente que las obras “*dirigidas o creadas exclusivamente por mujeres*” serán beneficiarias de una subcuota particular. Igual ocurre con las obras en lenguas cooficiales.

Para concluir, y como se ha adelantado, la accesibilidad se encuentra también entre las cargas que a partir de ahora habrán de asumir los servicios de comunicación audiovisual televisivos lineales de acceso condicional, servicios de comunicación audiovisual televisivos a petición, y servicios de comunicación audiovisual sonoros a petición.

Otro de los aspectos en que el legislador ha empleado el cincel es en materia de publicidad. Si el límite máximo para las pantallas publicitarias se situaba antes en el 20% por hora, el sistema ahora es otro: 20% entre las 6:00 -18:00 y entre las 18:00-24:00. Hay quien considera que este nuevo criterio, en su intento por flexibilizar la gestión comercial de las cadenas, puede llevar a la saturación publicitaria en las horquillas de más audiencia. Más allá de esta cuestión, se recrudecen las medidas en la lucha contra la publicidad subliminal, aquella que vulnera la dignidad humana -cómo se entienda esto es una de las cuestiones que trataremos más adelante- o cosifique y degrade a la mujer, así como la

⁵⁶ ORTEGA, Alberto; “Qué es la figura del productor independiente y por qué la ley audiovisual divide al Gobierno y le enfrenta a ERC y Bildu”, *El Español*, 26/05/2022; Consultado el 20 de marzo de 2023; Disponible en: https://www.elespanol.com/invertia/medios/20220526/productor-independiente-audiovisual-gobierno-enfrenta-erc-bildu/675432853_0.html

relativa al tabaco⁵⁷. Además, la disposición final cuarta modifica la *Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*, permitiendo que RTVE emita publicidad institucional; lo que no deja de ser una fuente de ingresos adicional para la Televisión pública -que se supone que había dejado atrás el sistema de doble financiación (financiación presupuestaria y publicitaria)- y un altavoz al discurso del Gobierno.

De especial protección se quiere proveer a los menores. En esta línea, se exige que las proyecciones audiovisuales sean calificadas por edades y que las no recomendadas para menores de 18 años se difundan entre las 22:00 y las 6:00.

Por último, se confirma en el marco de esta normativa la asunción por parte de la CNMC de las funciones en su día encomendadas por la LGCA de 2010 al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales al que ya no se refiere mención alguna. Ahondaremos más adelante en las competencias de este órgano, su composición y los inconvenientes que puede traer esta medida -pues el desbordamiento de este órgano es inevitable, ya que se halla al frente, no solo del audiovisual, sino también del sector de energía, telecomunicaciones, postal, competencia y su promoción, transporte, unidad de mercado etc.-, pero, en cualquier caso, como apunta el catedrático ZALLO ELGUEZÁBAL, “*llama la atención que de las ocho funciones que se le asignan solo una se refiera al pluralismo y están ausentes temáticas como los bienes comunes, producción propia, descentralización, calidad de la información, seguimiento del servicio público...*”. El servicio público continúa abandonado (y parece que olvidado) al juicio de las Cortes Generales. Su tratamiento sigue siendo pobre y criticable⁵⁸.

3.2. Organización general del Sector.

3.2.1. Dualidad público-privada.

Hemos visto ya lo que supone la consideración del audiovisual como servicio de interés económico general, así como las consecuencias de la reserva de servicio público en favor de los operadores públicos. Hemos visto cómo conviven operadores públicos con privados. De lo que se trata ahora es de estar a las características particulares que presenta el régimen de cada uno de ellos.

⁵⁷ CANO MONTEJANO, José Carlos; “Análisis de algunos elementos del proyecto de ley general de comunicación audiovisual”, en *Revista Internacional de Derecho de la Comunicación y de las Nuevas Tecnologías (Derecom)*, ISSN-e 1988-2629, N° 33, 2022, pp. 185-202.

⁵⁸ ZALLO ELGUEZÁBAL; Ramón; “El anteproyecto de ley general de comunicación audiovisual: una guía crítica de lectura” en *CIC. Cuadernos de información y comunicación*, ISSN 1135-7991, N° 26, ISSN-e 1988-4001, 2021, pp. 149-160.

Comenzando por las privadas, interesa primeramente conocer de qué manera estas acceden al mercado; cuestión que se plantea de la mano de la actividad de policía que a estos efectos y en calidad de control preventivo lleva a cabo la Administración. Son dos los títulos habilitantes que se les puede requerir. La regla general es la comunicación previa ante la autoridad audiovisual competente (art.17.1 LGCA), pero, excepcionalmente, cuando la prestación del servicio⁵⁹ requiera hacer uso del espectro radioeléctrico -caso este de la Televisión mediante ondas hertzianas- el régimen de acceso se vuelve algo más riguroso, dado que se estaría haciendo uso de un bien de dominio público. Así, en estos casos, no basta la mera comunicación previa, sino que se requiere la obtención de licencia (art.17.2 LGCA), la cual llevará aparejada la concesión de uso privativo de dicho dominio público radioeléctrico⁶⁰.

Las disposiciones relativas a los servicios de comunicación audiovisual televisivos en régimen de comunicación previa se corresponden con los arts.18 a 20 de la Ley. Como se deduce del párrafo anterior, se entienden aquí comprendidas todas aquellas formas de prestación que no dependan de las ondas hertzianas. Es el caso del servicio por cable, satélite e Internet. La naturaleza jurídica de la comunicación previa no es sino la de una actuación del particular (administrado) a la que sigue un control administrativo a *posteriori* con el fin de reconocer un derecho preexistente incluso a dicha comunicación. Así, la Administración se limita a confirmar la veracidad de lo declarado, no dependiendo el ejercicio del derecho más que del traslado de dicha comunicación. En consecuencia, la actividad audiovisual podrá iniciarse desde el momento mismo en que la comunicación se presente, si bien, esto no quita para que pueda esa comunicación previa resultar ineficaz en caso de realizarse por personas impedidas para ello (art.19 LGCA), o que incluso pueda un prestador perder tal condición (después de adquirida) si se dan los supuestos señalados por el legislador (art.20 LGCA). Esta puesta en conocimiento deberá realizarse de manera fehaciente de acuerdo con el procedimiento previsto por el Gobierno y CCAA en el marco de su correspondiente ámbito competencial, y dirigirse a la autoridad audiovisual competente; en el caso del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

⁵⁹ El servicio de comunicación audiovisual televisivo requiere de la correspondiente responsabilidad editorial; de ahí que dejemos de lado, en la exposición de este punto, a las VSP, y a los prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual, quienes, como ya se ha apuntado, carecen de responsabilidad editorial respecto de los contenidos generados.

⁶⁰ No deja de ser sorprendente que el tenedor de una licencia (que supone un derecho preexistente) se vea beneficiado con una concesión demanial (que precisamente implica lo contrario: ausencia de derecho preexistente).

Los servicios de comunicación audiovisual en régimen de licencia se regulan por los art.21 a 36 de la norma. Como hemos dicho, la licencia entraña un control más estricto. A diferencia de la comunicación previa, la licencia es un acto administrativo de control previo, si bien, no por esto tiene carácter constitutivo del derecho cuyo ejercicio se pretende. El derecho preexiste, la licencia lo reconoce, pero en este caso, mientras no se haya obtenido el “beneplácito” de la Administración, no puede ponerse en marcha la prestación del servicio. Además, como el motivo de esta mayor intervención administrativa es precisamente la limitación del espectro radioeléctrico, también resulta limitada la concesión de licencias, e igualmente, hay previstos una serie de requisitos y limitaciones para ser titular de las mismas (arts.24 y 25 LGCA respectivamente). Con todo, la adjudicación de las licencias requiere de un concurso previo por el que otorgarse. La competencia para el otorgamiento de licencias en el ámbito estatal corresponde al Consejo de ministros. En el ámbito autonómico y local, corresponde a las CCAA la designación de la autoridad audiovisual competente a tal efecto. Hay que decir que ya con la redacción de la LGCA de 2010, la decisión de encomendar la atribución de licencias a un órgano político fue motivo de debate, planteándose, entonces, la alternativa de encomendar dicha función al nonato Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales (CEMA) -que hoy se entiende sustituido por la CNMC-⁶¹, asegurando un proceder técnico, libre de influencias ideológicas. En cualquier caso, una vez obtenida, la explotación por el licenciatario queda autorizada por un plazo de quince años. Transcurrido este, la renovación deviene automática, con la salvedad de los supuestos previstos por el art.29 LGCA. Además, también se contempla la posibilidad de extinción anticipada (art.31 LGCA). Finalmente, conviene no perder de vista que las licencias audiovisuales constituyen *res intra commercium*, por lo que van a poder ser objeto del tráfico jurídico (art.32 LGCA). Si bien, la celebración de cualquier negocio jurídico requiere de autorización previa por parte de la autoridad audiovisual correspondiente.

Por último, debe señalarse que, con vistas a garantizar un mercado competitivo, transparente y plural, hay previstas toda una serie de medidas limitativas de las participaciones sociales o derecho a voto que puedan adquirirse en los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo (art.35 LGCA).

⁶¹ CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio; “Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general” en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.) Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 293-335 (319).

Del otro lado, los operadores públicos. Ya se ha apuntado en páginas anteriores cómo el poder público puede canalizar esa gestión pública de modos diversos según estemos hablando del servicio audiovisual estatal (gestión directa exclusiva en favor de RTVE), autonómico⁶² (gestión directa o indirecta, e incluso posibilidad de privatización absoluta) o local (gestión directa). En cualquier caso, ningún prestador de servicio público o sus entidades dependientes, ni las propias Administraciones públicas, podrán participar del capital social de las empresas privadas titulares de licencia (art.53.4 LGCA). Sin perjuicio de ello, sí se permite a las CCAA que puedan participar en el capital social del prestador a quien hayan asignado la gestión indirecta (recuérdese que la posibilidad de gestión indirecta solo se plantea a nivel autonómico), pero no en el de los licenciarios (art.72.4. y 5 LGCA)

Todos los operadores públicos tienen en común una vocación de servicio -al menos en el plano teórico- a la misión de servicio público que les es encomendada. Pero se pregunta uno: ¿en qué consiste dicha misión de servicio público? La LGCA responde escuetamente a esta pregunta, pues lo hace con un artículo, el 51, que no supone más que una declaración genérica de fines tales como el fomento de valores y principios constitucionales, reflejo del pluralismo y divulgación del conocimiento en campos diversos. Ciertamente es que los artículos 54 y 55 reclaman el desarrollo de tales propósitos mediante la suscripción de los correspondientes Mandato-marco y contratos-programa. El Mandato-marco se elaborará por las Cortes Generales, o asambleas legislativas, detallándose en él los objetivos generales de la función de servicio público, y, a su vez, cada prestador público, suscribirá con el Gobierno, u órganos competentes de las CCAA, un contrato-programa que concrete dichos objetivos y las líneas estratégicas y específicas de actuación. Ahora bien, a día de hoy, el contrato-programa con RTVE sigue sin firmarse; por lo que no existe una guía de planificación programática y funcionamiento a corto plazo. El art.42 del Mandato-marco⁶³ insiste en la necesidad de su elaboración -exigencia que también consagra el artículo 32 de la *Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal.* -, y su

⁶² En la Comunidad autónoma de Castilla y León *Radio Televisión de Castilla y León, S. A.* se constituye como empresa privada adjudicataria de licencia única en régimen de exclusividad. Y es que, la Comunidad se acoge a un modelo de licencia regional y provincial única; de manera que, no existe en CyL el servicio televisivo local.

⁶³ Artículo 42. del Mandato-Marco: “1. Como garantía de la independencia de la Corporación RTVE se adoptarán las medidas y compromisos presupuestarios que doten a la misma de un modelo de financiación ajustado, estable y suficiente para el cumplimiento de los objetivos establecidos en el presente Mandato-marco. 2. El instrumento legalmente previsto para determinar los objetivos específicos a desarrollar por la Corporación RTVE y su financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado es el Contrato-programa previsto en el artículo 32 de la Ley 17/2006. En él se determinarán al menos los siguientes extremos (...)”

Disposición Transitoria primera requiere que dicho contrato-programa sea suscrito en el “*plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor del presente instrumento [01/01/2008]*”. El retraso es sumamente grosero, y el acatamiento de esta previsión urgente, pues son abundantes las disposiciones del Mandato en que se introducen cláusulas del tipo: “[determinado asunto] *deberá ser contemplado y acordado específicamente en el Contrato-programa*”, Pero es que, además, conviene no perder de vista que el Mandato-marco no se ha reformulado desde que se aprobara en 2008. Es verdad que aunque la norma le atribuye una vigencia de nueve años, inmediatamente después añade que “*transcurrido este plazo se considerará prorrogado hasta la aprobación de uno nuevo*”; en consecuencia, no podemos hablar de caducidad del Mandato, pero desde luego, que no se hayan revisado desde entonces los objetivos generales de servicio público, refleja una dejadez peligrosa para la salud del interés general al que debe subordinarse el Sector Audiovisual⁶⁴. Y, en cualquier caso, recuérdese que las promesas declaradas de nada sirven si no hay previsto cauce por el que requerir su realización o castigar su incumplimiento. Podemos tener un mandato-marco -empolvado y deficiente-, incluso podrían el Gobierno y RTVE sentarse a la mesa y acordar la elaboración del contrato-marco, pero todo queda en papel mojado si no hay una Autoridad con efectiva *autoritas*, honesta, crítica, y neutral, que pueda obligar a su acatamiento.

Y antes de dar paso al siguiente epígrafe, una breve mención a RTVE, empresa pública a la que, como sabemos, corresponde la prestación en exclusiva del servicio público audiovisual estatal en forma de gestión directa.

Respecto de su organización, simplemente apuntar que la administración y gobierno de la Corporación RTVE corresponde al Consejo de Administración que estará integrado por diez miembros de “*suficiente cualificación y experiencia profesional*”, de los cuales, seis serán designados por el Congreso y cuatro por el Senado, en ambos casos, por mayoría de dos tercios⁶⁵. De entre todos los consejeros, el Congreso de los diputados, también por mayoría

⁶⁴ MUÑOZ GALLEGO, Almudena; “Mecanismos de control de la televisión pública en España: el cumplimiento de las obligaciones programáticas de servicio público de la CRTVE”, en *Documentación de Ciencias de la Información*, ISSN-e 1988-2890, N° 44, 2, 2021, pp. 271-277.

⁶⁵ Hay que decir, que resulta llamativa la falta de actualización de la página web de RTVE, que se queda en la reforma operada en 2012, no recogiendo los cambios de normativa operados en el año 2017. Así, en el enlace siguiente: <https://www.rtve.es/rtve/20140609/sobre-nosotros-quienes-somos-composicion/951501.shtml>, puede leerse: “De acuerdo con el Real Decreto-Ley 15/2012, de 20 de abril, que modifica la ley 17/2006, el Consejo ha de ser formado por nueve miembros elegidos por las Cortes Generales, a razón de cinco por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado (...)”. Una información, como digo, claramente desactualizada, pues hoy diez es el número de consejeros previstos en la estructura del Consejo de administración del RTVE. Como este desfase hay otros varios, y siendo este un portal de acceso a e información para a la ciudadanía, considero que debía corregirse con la mayor brevedad posible, a cada cambio introducido.

de dos tercios, escogerá al que vaya a desempeñar el cargo de presidente de la Corporación y del Consejo (art.11 *Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal*).

A la vista de esta regulación, no es de extrañar que haya quien cuestiona que la designación de miembros no pueda verse, en la práctica, impregnada de intenciones poco neutrales. Desde luego, la duda se multiplica cuando uno lee en el artículo 13 que los consejeros podrán cesar en su cargo por “d) *Decisión del Congreso de los Diputados por mayoría de dos tercios de sus miembros*” -esto es, por voluntad arbitral de una mayoría parlamentaria y sin necesidad de justificación de ningún tipo-, o cuando se analiza la evolución legislativa en esta materia, que no responde más que a cambios sucesivos promulgados a golpe de conveniencia política para que las mayorías vigentes con cada reforma arrojaran el resultado ideológicamente conveniente⁶⁶. No puede disimularse el interés del poder por tomar el control de los medios. La capacidad que para “*manipular cabezas (vacías)*” puede llegar a tener una Televisión comprada, es demasiado tentativa.

3.2.2. *El control del Audiovisual.*

¿A quién corresponde el control y mando del Audiovisual? Es esta la pregunta a la que se pretende responder con el presente epígrafe. Son varios los organismos que de un modo u otro se ven implicados en esta función reguladora y de supervisión, si bien cada uno de ellos coloca la lupa sobre cuestiones diversas. Los hay cuya labor se centra en aspectos concretos tales como la fiscalización de la gestión económico-financiera o el cumplimiento de la misión de servicio público, mientras que otros ejercen esta actividad de control en términos más generales, o cuanto menos, amplios.

A las “*Autoridades audiovisuales competentes*” dedica el legislador el Título noveno de la LGCA. Son las instituciones aquí mencionadas las responsables de la ordenación y control mayoritarios, previstos en relación con el Audiovisual. Hay que tener presente que en este plano se prevé la distinción entre Autoridades audiovisuales de ámbito estatal y autonómico (art.143 LGCA), según el alcance geográfico de su poder. Veamos detenidamente el papel que en este Sector, y a estos efectos, cumple cada una de ellas.

Respecto de las primeras, autoridades audiovisuales de ámbito estatal, la Ley designa como competentes para esta labor al Ministerio de Asuntos Económicos y de

⁶⁶ BOIX, A.; DE LA SIERRA, Susana; GUICHOT, Emilio; MANFREDI, J.L., “Hacia un modelo de regulación para garantizar la independencia de las Televisiones públicas en España”, en *Cuadernos (Círculo cívico de opinión)*, ISSN-e 2254-1837, N° 27, 2020, pp.5-31.

Transformación Digital, y a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

El Ministerio de Asuntos Económicos y de Transformación Digital, es la autoridad encargada de la gestión o recepción, cuando corresponda, de los títulos jurídicos habilitantes que en el marco de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal puedan requerirse; función, esta de la concesión de licencias, que una parte de la doctrina entiende que puede verse condicionada por los intereses gubernamentales. Igualmente, asume un papel relevante en los supuestos de modificación de la normativa audiovisual, lleva los registros estatales que en este Sector hay previstos, elabora un informe anual sobre la situación del Sector, e impulsa propuestas o medidas de especial interés.

La CNMC, por el contrario, se hace responsable del control y supervisión de cualesquiera obligaciones previstas en la LGCA. Una carga de trabajo mayor que la del Ministerio, una previsión ambiciosa, pero ¿está la Comisión capacitada para garantizar un control eficiente y atento de tan amplio cometido?

Antes de ahondar en la reflexión de este aspecto, obligada es la referencia al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, y es que, si la CNMC es hoy responsable de las funciones que la Ley le encomienda, el motivo lo es la muerte de aquel; aunque, si bien se mira, “*muerte*” no es el término más adecuado, pues este Consejo ni siquiera llegó a nacer. El CEMA fue una ilusión de la LGCA del 2010, la ilusión de un proyecto que pretendía hacer realidad la consolidación de un organismo independiente del Gobierno, que desde la neutralidad y especialización técnica garantizara el buen funcionamiento del mercado audiovisual; idea, esta de las autoridades independientes, que en Europa vio su desarrollo y consolidación de la mano de la liberalización de los sectores que hoy llamamos “regulados”. Ahora bien, apenas dos años después de la aprobación de la LGCA, el Gobierno desistía de su iniciativa, echaba marcha atrás en su plan alegando querer ahorrar a las arcas del Estado los siete millones de euros que habría supuesto la creación de este órgano cuyas competencias, entendía el Gobierno, podían ser encomendadas a la CNMC. En consecuencia, el artículo 9 de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, atribuyó a la Comisión la “*supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual*”, concretándose a continuación las funciones en que esta

previsión se traduce⁶⁷; funciones que, no obstante, son menos numerosas que las que se preveía delegar en el CEMA, habiéndose reservado el Gobierno, entre otras y como se ha indicado, la concesión de licencias⁶⁸.

El problema es que la atención de la CNMC no lo es toda para el Audiovisual. A este órgano se le hace también responsable del buen funcionamiento del sector postal, de la energía, las telecomunicaciones, transporte etc. CODES CALATRAVA, da voz al parecer de un amplio sector doctrinal al apuntar que peor ha sido el remedio que la enfermedad; y es que, como dice el refrán “*quien mucho abarca, poco aprieta*”⁶⁹. Nos encontramos ante un órgano multisectorial, la CNMC, con una acusada diversificación de funciones que, lo quiera o no, se ve materialmente limitado, y por ende impedido, para operar con la rigurosidad, atención y dedicación que serían deseables. Pero no es solo el desbordamiento y la carga de trabajo lo que se denuncia de este órgano, sino que hay quien también cuestiona su independencia y neutralidad.

ESTEVE PARDO al estudiar el fenómeno y características de los denominados “sectores regulados”, se refiere a la “*independencia subjetiva de la regulación*” como un ingrediente

⁶⁷ Las funciones señaladas por el artículo 9 pueden resumirse o exponerse de manera sintetizada, del siguiente modo: 1) informe anual sobre la representación de las mujeres en los programas y contenidos audiovisuales; 2) informe cada tres años sobre las medidas de alfabetización mediática adoptadas por los prestadores audiovisuales; 3) control del cumplimiento de las obligaciones impuestas para garantizar la transparencia del régimen de propiedad de los prestadores audiovisuales; 4) garantizar o restringir la libertad de recepción en territorio español de los servicios audiovisuales cuyos titulares se encuentren establecidos en un Estado miembro de la UE; 5) adoptar medidas de salvaguarda cuando un prestador sujeto a la jurisdicción de otro Estado miembro de la UE dirija su servicio total o principalmente al territorio español y se hubiera establecido en ese Estado miembro para eludir las normas españolas más estrictas; 6) vigilar el cumplimiento de la misión de servicio público, así como la adecuación de los recursos públicos asignados para ello; 7) supervisar el cumplimiento de lo establecido en materia de ingresos en la Ley 8/2009 de financiación de RTVE; 8) control del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónico; 9) controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma; 10) controlar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de conformidad con el título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual; 11). (Suprimido). 12. supervisar el cumplimiento de los límites impuestos para la contratación en exclusiva de contenidos audiovisuales, la emisión de contenidos incluidos en el catálogo de acontecimientos de interés general y la compraventa de los derechos exclusivos en las competiciones futbolísticas españolas regulares; 13). memoria anual de las actuaciones realizadas por la CNMC e informe anual sectorial; 14) controlar la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente y con los códigos de autorregulación y corregulación; 15). promoción de la autorregulación y corregulación; 16) velar por el cumplimiento de los códigos de autorregulación y corregulación sobre contenidos audiovisuales verificando su conformidad con la normativa vigente; 17) cualesquiera otras funciones atribuidas por Ley o por Real Decreto.

⁶⁸ MUÑOZ GALLEGO, Almudena; “Mecanismos de control de la televisión pública en España: el cumplimiento de las obligaciones programáticas de servicio público de la CRTVE”, en *Documentación de Ciencias de la Información*, ISSN-e 1988-2890, N° 44, 2, 2021, pp. 271-277.

⁶⁹ JEREZ CALDERÓN, José Joaquín y CODES CALATRAVA, José María, “La regulación administrativa de los medios de comunicación social”, en Antonio J. ALONSO TIMÓN (cord.) *Sectores regulados: sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2014, pp.167-208 (198-204).

indispensable para lograr la efectiva defensa y protección de los intereses generales del mercado⁷⁰. Es por esto por lo que, como ya se ha comentado, la ideal configuración de estos sectores no puede sino someterse al juicio de Autoridades independientes tanto de los operadores privados, como del Gobierno. La pregunta que surge es, ¿puede dicha neutralidad predicarse de la CNMC? Me limito a reproducir en términos literales el artículo 15 de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*: “Los miembros del Consejo, y entre ellos el presidente y el vicepresidente, serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del ministro de Economía y Competitividad”. Cada cual que extraiga las conclusiones que le parezcan.

Como hemos apuntado, a la CNMC le corresponde velar por la debida observancia y aplicación de lo dispuesto en la normativa audiovisual, y ello pasa, entre otras múltiples tareas, por asegurar que los operadores públicos cumplan satisfactoriamente con la misión de servicio público que les es encomendada. Centrémonos ahora en esta específica proyección de la actividad de control.

Lo primero que hay que decir es que esta función de no sólo se atribuye a la CNMC (art.59 LGCA). De hecho, el principal responsable no lo es tanto ella como las Cortes Generales (art.58 LGCA)⁷¹ que operarán representadas por medio de las correspondientes comisiones parlamentarias. En cumplimiento de tal fin, según reza el artículo 58 de la LGCA, las Cortes deberán elaborar cada año un informe sobre el grado de cumplimiento y ejecución del mandato-marco y contrato-programa correspondientes; ahora bien, recuérdese que la plantilla más exigente, en cuanto concreta, y de que deberían servirse las Cortes, el contrato-programa, no existe.

Este control, el de las Cortes Generales, no puede suprimirse, pues responde al imperativo del artículo 20 apartado tercero de la Constitución, el cual encomienda al legislador la tarea de regular “*el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público*”. Pero como bien apunta LÓPEZ CEPEDA, quedaría cojo si no se conjuga con un control a través de las correspondientes Autoridades independientes, ya que la actuación de las comisiones parlamentarias corre el riesgo de

⁷⁰ Sobre la noción de servicio público: ESTEVE PARDO, José; *Lecciones de Derecho administrativo. (Sexta edición)*, Marcial Pons, Madrid, 2016; pp. 465; 471-474.

⁷¹ Aunque se hable de CNMC y Cortes Generales, téngase presente que esto lo sería en relación con la prestación del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal. A nivel regional habría que hablar respectivamente de las Autoridades audiovisuales a las que la normativa autonómica considere competentes, así como de las asambleas legislativas y órganos de gobierno correspondientes.

quedar reducido a mero debate político⁷². En el plano regional Cataluña, Andalucía y la Comunidad Valenciana son las únicas Comunidades Autónomas con Consejo Audiovisual propio -experiencias que, no obstante, no han sido en todos los casos favorables a la independencia, transparencia y neutralidad pretendidas con la configuración teórica de estos medios-. A nivel estatal contamos con la CNMC, pero después de las críticas con que hemos visto que tiene que lidiar en materia de independencia y capacidad material, ¿puede el suyo considerarse un papel satisfactorio?

En cualquier caso, o, a mayor abundamiento, apuntábamos antes que el artículo 9 de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* regula las directrices generales para la supervisión del mercado de comunicación audiovisual. Pues bien, más concretamente su apartado seis alude al control de la misión de servicio público de RTVE⁷³, una mención genérica y poco precisa a un control externo que en la práctica supone poco más que la elaboración de un informe anual. Llama además la atención que la Ley no prevea la posibilidad de que la CNMC ejerza su potestad sancionadora contra el operador público cuando su comportamiento en materia de servicio público exige reproche. Dicho de otro modo, en materia de servicio público, la CNMC supervisa, propone, da parte, pero no puede imponer la corrección de conductas, no puede sancionar.

Vistas las Autoridades audiovisuales competentes y la (deficiente) supervisión de la misión de servicio público, concluiremos este apartado con el estudio de dos cuestiones: el régimen sancionador y el control económico-financiero de los operadores públicos.

La potestad sancionadora corresponde a las Autoridades audiovisuales, las cuales ejercerán ésta de acuerdo con las competencias que, como se ha visto, les son asignadas a cada una de ellas; esto es, dentro de su ámbito competencial y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 155 de la LGCA. Los artículos siguientes regulan la graduación de infracciones y sanciones. El procedimiento sancionador podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte, y se regirá por lo dispuesto en la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (art.154 LGCA). Debe

⁷² LÓPEZ CEPEDA, Ana María, “El control parlamentario de la radio televisión pública en España. Características, funcionamiento y eficacia”, en *Revista Comunicação Midiática*, V.8, ISSN 2236-8000, N° 3, 2013, pp.272-294.

⁷³ Art.6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia “*Vigilar el cumplimiento de la misión de servicio público encomendada a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la adecuación de los recursos públicos asignados para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el título III de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.*”

tenerse en cuenta que tal y como reconoce el apartado cuarto del artículo 29 de la Ley 3/2013, “*La resolución del procedimiento [sancionador llevado a cabo por la CNMC] pondrá fin a la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso contencioso-administrativo*”.

Hay que decir que en materia sancionadora, las críticas doctrinales vuelven a plantearse en relación con la prestación de servicio público, pues, como adelantábamos antes, no es solo que la inobservancia de la misión y funciones de servicio público no conste en el listado de infracciones, sino que se da la paradoja de que en caso de ser los operadores públicos sancionados por cualesquiera otras conductas, la sanción es pecuniaria (multa), corriendo a cargo de los presupuestos públicos, y en última instancia, a cargo de los bolsillos de los telespectadores. Así, hay quienes proponen que a los operadores se les impongan medidas particulares para una mayor efectividad en el ánimo preventivo, disuasorio y corrector, tales como el requerimiento de responsabilidad personal o recortes en la financiación presupuestaria⁷⁴. En mi opinión la segunda sugerencia puede entrañar efectos no deseados, pero la primera me parece óptima.

Finalmente de la fiscalización de la gestión económico-financiera de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual, baste decir que esta corresponde al Tribunal de Cuentas y aquellos órganos designados por la normativa comunitaria.

Vemos pues, como hay ciertos órganos, tales como el Tribunal de Cuentas, las Cortes generales, Asambleas Legislativas etc. que aunque no sean en rigor consideradas Autoridades audiovisuales, operan como tal en el ejercicio de las competencias que les son asignadas.

⁷⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), “La regulación del sector Audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales” en Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 11-118 (77-79)

II. LA PUBLICIDAD EN EL SECTOR AUDIOVISUAL

1. Régimen general de la publicidad audiovisual.

La publicidad es un concepto que se hace presente en muy diversos campos del derecho. Así, por ejemplo, podemos pensar en la publicidad registral, la institucional, la publicidad de las normas, etc. Pero es evidente que no hablamos de estas manifestaciones del término “*publicidad*”, sino del “*Permíteme que insista*” de Matías Prats. No obstante, aun centrada la acepción en este sentido, advierte ROZADOS OLIVA⁷⁵ de las dificultades a que se enfrenta su delimitación conceptual.

Puede decirse de cualquier forma de publicidad, que la misma supone una comunicación mediante la cual se persigue una finalidad que va más allá de la meramente informativa, pero ¿cuál es este fin caracterizador de los mensajes publicitarios? Si entendemos el acto publicitario como acto meramente mercantil, queda fuera la publicidad institucional; por lo que quizás hablar de carácter persuasivo es más acertado, en cuanto que evita este carácter reduccionista, pero, aun así, la intención subyacente a dicho aspecto persuasivo puede ser muy distinta en cada caso. Así el mencionado profesor considera que pueden diferenciarse varios tipos de publicidad en atención a dos criterios: el mensaje - contenido y fin- (comercial, electoral, institucional etc.), y el medio (audiovisual, aérea, telemática, exterior etc.).

Esta diversidad es la razón por la no contamos con un tratamiento legal unitario en materia publicitaria, ni siquiera tratándose de la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*, pues esta consagra en su artículo segundo un concepto restringido de publicidad que se asienta sobre la base del ánimo comercial, y, en todo caso, esta norma no se centra más que en la regulación de la publicidad ilícita. Lo que hace falta, y este ha sido el criterio seguido por el legislador, es una normativa capaz de dispensar un tratamiento individualizado a los diversos mensajes y medios publicitarios. Dicho esto, en el marco del presente trabajo, nuestra atención se centra en la publicidad audiovisual.

⁷⁵ ROZADOS OLIVA, Manuel Jesús; *Derecho Administrativo de la Publicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 23-31

1.1. Tipos de comunicaciones comerciales audiovisuales.

Debemos comenzar aludiendo a la dualidad género-especie propia de la tipología publicitaria acogida por la LGCA; tipología que, a su vez, deriva de la normativa europea. Así, podemos decir que las “*comunicaciones comerciales audiovisuales*” son el género dentro del cual encontramos múltiples especies o tipos de comunicaciones que uno a uno define la Sección 2ª del Capítulo IV, Título VI de la Ley.

Fue la *Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007*, la que por primera vez introdujo el concepto genérico de “*comunicaciones comerciales audiovisuales*”. Así, hoy las comunicaciones comerciales audiovisuales incluyen cualquier forma de comunicación televisiva que tenga por objeto promover, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una persona que realice una actividad económica, siempre a cambio de contraprestación salvo en el caso de autopromoción (art.121 LGCA)⁷⁶.

Estas comunicaciones comerciales pueden tomar la forma de publicidad, patrocinio, emplazamiento del producto (o *product placement* para los bilingües) u otro tipo de promoción comercial. De manera que, en rigor, la publicidad televisiva se refiere específicamente a los anuncios publicitarios emitidos durante una pausa publicitaria o antes o después de un programa televisivo. La diferencia es importante porque las comunicaciones comerciales audiovisuales incluyen una amplia variedad de formas de promoción comercial, mientras que la publicidad televisiva se limita específicamente a los anuncios publicitarios en televisión. Esta distinción es relevante porque tanto las Directivas como nuestro Derecho interno, establecen diferentes requisitos y restricciones para cada uno de estos tipos de comunicaciones comerciales⁷⁷.

Por tanto, visto el concepto general, pasemos a ver los distintos tipos de comerciales. Me limitaré a hacer una brevísima exposición de estos, pues otra cosa no es posible dada la extensión del trabajo.

En primer lugar nos encontramos con los anuncios publicitarios audiovisuales (art.126 LGCA) que se corresponderían con los anuncios televisivos clásicos, la publicidad

⁷⁶ Art.121 de la Ley 13/2022: “*Se considera comunicación comercial audiovisual las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, que acompañan o se incluyen en un programa o en un vídeo generado por el usuario a cambio de una remuneración o contraprestación similar a favor del prestador del servicio de comunicación audiovisual, o bien con fines de autopromoción. La publicidad televisiva, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto son, entre otras, formas de comunicación comercial audiovisual*”

⁷⁷ ROZADOS OLIVA, Manuel Jesús; *Derecho Administrativo de la Publicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia; 2009; pp. 119-123

tradicional propia de los cortes publicitarios, destinada a la promoción del “*suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones*”

En segundo lugar, la autopromoción (art.127 LGCA) exenta de contraprestación dado que es esta una publicidad referida a los propios prestadores del servicio audiovisual; esto es, es el mismo prestador quien anuncia sus servicios o productos televisivos.

También debe mencionarse el patrocinio (art.128), en virtud del cual, una persona ajena a la prestación del servicio audiovisual decide contribuir a la financiación de un programa a cambio de una referencia expresa a su nombre con el objeto de promocionar su marca;

En cuarto lugar, se hace alusión al emplazamiento del producto o *product placement* (art. 129.LGCA), una técnica de marketing en la que un producto, servicio o marca se presentan de manera integrada en una producción audiovisual, en vez de efectuarse lo que llamamos “*corte publicitario*”. La modificación de este tipo de comunicación comercial ha experimentado importantes cambios como consecuencia de lo dispuesto en la *Directiva 2018/1808*; pues si bien antes se concebía como una técnica excepcional cuyo régimen general lo era su prohibición, hoy el criterio se invierte. Así, las prohibiciones se plantean en programas muy concretos tales como noticiarios, acontecimientos religiosos o programas infantiles.⁷⁸

Otra de las formas publicitarias a que se refiere la ley es la telepromoción (art.130 LGCA), a partir de la cual, en el marco de un programa y utilizando su escenario, sus propios participantes exponen las características de un bien o servicio por cuya promoción la marca correspondiente paga al prestador una remuneración.

Sustantividad propia tiene también la televenta (art.131 LGCA) que, agrupada en espacios específicos para ello, entraña la posibilidad de venta directa de los bienes anunciados mediante el contacto, por ejemplo, con un concreto número de teléfono.

Hay que decir que la normativa relativa a la autopromoción, la telepromoción, el patrocinio y el emplazamiento del producto, se desarrolla de forma mucho más pormenorizada por el *Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre*.

⁷⁸ MARTÍNEZ OTERO, Juan María; “Un nuevo marco regulador para el Sector Audiovisual en Europa: La Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el mercado único digital”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN: 537-571, N° 63 (mayo-agosto), 2019, pp. 537-571.

Y por último los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, pero antes, si seguimos la sistemática de la Ley, los artículos 132 y 133 se refieren a los servicios de comunicación comercial audiovisual, o lo que es lo mismo, programas destinados exclusivamente a la televenta y difusión de anuncios publicitarios, a los catálogos de comunicación comercial audiovisual y a los espacios promocionales de la cultura europea.

Los anuncios de servicio público o de carácter benéfico del artículo 134 van a ser objeto de estudio en las páginas siguiente. Veremos pues, llegado el momento, cuál es propiamente la naturaleza de estos anuncios y la regulación a que se hayan sujetos. En consecuencia, me limito ahora a reproducir la definición legal de los mismos: *“Se considera anuncio de servicio público o de carácter benéfico el que se difunde gratuitamente por un prestador del servicio de comunicación audiovisual con un objetivo de interés general, por afectar a un bien público que requiera especial protección o promoción”*.

En todo caso, antes de ahondar en el estudio de esta particular tipología, analizaremos el tratamiento que recibe la emisión de publicidad en el Sector Audiovisual, y la intervención administrativa en esta materia. Si bien, para concluir este apartado, cabe reparar en un detalle tras el que se esconde una falta de precisión legal.

El artículo 125 (sección 1ª) establece que hay una serie de comunicaciones comerciales con régimen especial, tales como la publicidad institucional, la relativa a la protección del medio ambiente, la seguridad de las personas, servicios bancarios y financieros, productos alimenticios y publicidad electoral. Que los anuncios de *“Casa Tarradellas”* -publicidad sobre alimentos- respondan a la tipología de anuncio publicitario del 126 parece evidente, ¿pero qué hay de la publicidad institucional? ¿la electoral? ¿en qué tipo de comunicación comercial de las definidas por la sección 2ª se enmarcaría? De un lado podría pensarse que estamos ante anuncios de servicio público o de carácter benéfico, pero la propia CNMC en un Acuerdo del organismo⁷⁹ al que más adelante nos referiremos establece claramente que aunque tales calificativos no son incompatibles, tampoco son uno inherente al otro. ¿Depende entonces del caso? Ahora bien, el parecer de la Comisión se revela falto de sentido, pues ¿cómo puede ser que las campañas institucionales que por definición legal *“se desarrollarán exclusivamente cuando concurran razones de interés público”* (art. 3 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional), no merezcan el

⁷⁹ Acuerdo de la CNMC por el que se definen los criterios a aplicar en los procedimientos de exención de cómputo publicitario, EC/D TSA/041/15/CRITERIOS EXENCIÓN CÓMPUTO, Madrid a 9 de julio de 2015; Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1530655_8.pdf

calificativo de anuncios de servicio público? Es verdad que el artículo 2 de la Ley 29/2005 al definir el concepto de campaña institucional de publicidad plantea la posibilidad de que ésta “*utilice un soporte publicitario pagado o cedido*”. El hecho de que haya contraprestación de por medio en la difusión de estas campañas excluiría la posibilidad de considerarlo anuncio de servicio público porque estos se difunden gratuitamente, pero, insisto, el razonamiento de la CNMC sigue siendo incomprensible en el caso de soporte cedido, y el legislador poco contribuye a disipar estas dudas. Quizás la respuesta más lógica y exenta de polémicas pasaría por considerar los anuncios de servicio público y los institucionales como categorías distintas, pero el actual régimen, vistas las declaraciones de la CNMC, no es este; si bien en la práctica como tal se tratan. En definitiva, hay que entender que las definiciones legales de la sección segunda no agotan todos los tipos de comunicaciones comerciales. Eso, o considerar que siempre que haya remuneración de por medio, estamos ante anuncios publicitarios del artículo 126, pero desde luego, responde este planteamiento a una operación interpretativa, que difícilmente tiene encaje si se hace una lectura literal de los preceptos. En cualquier caso, dado que el 125 las califica como comunicaciones comerciales, a las formas publicitarias por este artículo señaladas les son de aplicación las disposiciones relativas a estas comunicaciones audiovisuales; sin perjuicio de que ello tenga que complementarse por la correspondiente normativa especial.

1.2.El derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales y la publicidad como medio de financiación.

La realización de comunicaciones comerciales en el Sector Audiovisual se concibe como un derecho. La televisión privada es una televisión comercial; mantenerse a flote depende de la publicidad con que los operadores privados logren ocupar sus pantallas y llenar sus arcas. En ese sentido, es lógico y necesario que la publicidad se entienda como un derecho al que puedan tener acceso todos los prestadores. Esto es, en la medida en que la publicidad es el medio de financiación de la Televisión privada, no puede a esta impedirse la proyección de este tipo de mensajes audiovisuales. Aunque, dicho sea de paso, a veces parezca que este derecho quede en entredicho tratándose de la publicidad institucional, cuyo gasto crece exponencialmente en los últimos años. 145.985.970 millones el gasto aprobado para este 2023 (a la cabeza las campañas de Asuntos Económicos y Transformación Digital con un 14,82% del presupuesto, y por debajo Igualdad con un

12,34%)⁸⁰; gasto al que se suma el efectuado fuera del marco presupuestario, para la compra de espacios publicitarios por valor de 50 millones de euros y abro con esto un breve paréntesis.

Este mes de marzo 7nn ponía fin a sus emisiones, y en su último programa LUIS LOSADA apuntaba: “no hemos tenido acceso a la publicidad institucional”. En la mesa de debate GABRIEL ARAUJO recordaba cómo cuando en Argentina Cristina E. Fernández de Kirchner quitó la publicidad institucional a Clarín, Clarín recurrió ante los tribunales y el TS le dio la razón, obligando a que le pusieran publicidad institucional. La publicidad institucional está, en términos económicos, muy bien cotizada -ya se han visto las cifras-, por lo que es sería lógico que cualesquiera cadenas muestren interés en tener acceso a la misma. ARAUJO añadía que el hecho de que una cadena emita publicidad institucional dota de confianza a los anunciantes privados porque “Si está el Gobierno, ¿por qué no voy a estar yo, empresa privada?”. La proyección de publicidad institucional se convertiría así en una especie de “sello de dignidad”⁸¹. Ello, además del enorme atractivo que, Ahora bien, es una realidad que muchas veces en las campañas institucionales subyace una marcada ideología política, -piénsese en alguna de las más recientes y polémicas-. Y entonces, cuando la publicidad institucional se convierte en publicidad política y gubernamental, quizás haya canales que no estén dispuestos a comprar sus principios -el auténtico sello de dignidad-. En cualquier caso, la realidad es que, por unas u otras razones, en materia de publicidad institucional los elegidos son unos pocos, y el privilegio de ser escogido, prueba de un pacto ideológico que hoy domina el Sector Audiovisual.

No obstante, aprovechando esta alusión a la publicidad institucional, lo cierto es que cabe preguntarse en qué medida es lógico, razonable, que siendo ésta teóricamente -pues así lo dispone la *Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional*-, una publicidad de interés general subordinada al servicio público tenga el Estado que pagar a los operadores por su emisión. Cumpliéndose los requerimientos de tipo cualitativo impuestos por la mencionada Ley, y de acuerdo con los cuales su contenido no puede, bajo ningún concepto, servir de propaganda de la acción del Gobierno, no sería en absoluto

⁸⁰ GOBIERNO DE ESPAÑA, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria democrática (Comisión de Publicidad y Comunicación Institucional): “Plan 2023 de Publicidad y Comunicación Institucional”, Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/cpci/Documents/Plan%202023.pdf>.

*Hay que decir que el gasto de publicidad institucional se reduce en un 7,8% respecto del año pasado, pero en cualquier caso, las cifras de estos dos últimos años son las más altas desde el año 2010.

⁸¹ Última intervención en 7nn: <https://youtu.be/EeH-VU1z3Q>

descabellado que, como apuntaba JULIO ARIZA durante su intervención en el Campus ECR celebrado en Navacerrada⁸², se impusiera a la totalidad de los operadores -en aras a evitar discriminaciones- la obligación de dedicar dos minutos diarios a la difusión de estos anuncios. Y es que, como se ha señalado, el coste de la publicidad institucional es elevadísimo, y, no se olvide, son en última instancia nuestros bolsillos quienes soportan dicho coste. Ahora bien, una sugerencia de este tipo resulta hoy día peligrosa, pues la publicidad institucional es en muchas ocasiones, propaganda ideológica y una oda a la acción del Gobierno, cuyos versos escribe este mismo.

Por último, apuntar que, pese al elevado coste de la publicidad institucional, le

Cerrando este paréntesis, y retomando el hilo de la exposición, el derecho a la realización de comunicaciones comerciales, más allá de las críticas señaladas en materia de publicidad institucional, debe superar también otra serie de obstáculos. Y es que, para emitir publicidad, debe uno ganarse a la audiencia. Esto es, la realización de comunicaciones comerciales, y el poder participar del millonario pastel de publicidad, se hace depender de que los operadores logren hacerse con una cuota mínima de mercado. Ahora bien, resulta que no todas las audiencias valen lo mismo, pero es que, además, no solamente tienes que conseguir ese nivel de audiencia suficiente para conseguir una participación en la cuota de la publicidad -imprescindible para que la prestación del servicio sea sostenible- sino que un certificador de audiencias tiene que reconocerte esa audiencia. Es decir, no basta que tengas la audiencia, sino que hay una empresa que mide la audiencia, y ¿cuál es la compañía que mide las audiencias en España? en Kantar Media. ¿Su dueño? El mismo que el de la Sexta.

Por otro lado, si nos referimos a la Televisión pública, en cambio, la concepción es otra. Y es que la supervivencia de los operadores públicos no depende de esta bomba de oxígeno que para los privados es la publicidad. La prestación del servicio público de comunicación audiovisual responde a un sistema de financiación distinto. El artículo 62 de la LGCA distingue entre la financiación del servicio de ámbito estatal y de ámbito autonómico, remitiendo esta última a la normativa regional correspondiente. Nosotros, por su relevancia, centraremos la atención en RTVE.

En cualquier caso, hay que decir que el modelo de financiación de las televisiones públicas en España ha sido objeto de una importante evolución. Originalmente, pese a la

⁸² <https://youtu.be/jZaLQtrV5ZQ>

liberalización del sector pero como consecuencia del régimen de servicio público a que este hubiese estado sometido durante los primeros capítulos de su historia, la Televisión pública añadía a los ingresos por publicidad, la garantía de un incondicional apoyo presupuestario. Pero este sistema pronto se convirtió en un problema para la libre competencia del mercado, pues la Televisión pública contaba con una fuente doble de financiación que le otorgaba generosas pagas extra con cargo a los presupuestos del Estado mediante las cuales mejoraba sus audiencias, atrayendo así a los anunciantes, y disminuyendo, al crecer su fama en el mercado de la publicidad, el soporte vital de los privados. Así, tras la denuncia de esta situación y a la vista de la jurisprudencia europea, se abogó por un sistema que, en líneas generales, impide a los prestadores del servicio público acceder a la difusión de anuncios publicitarios⁸³.

No obstante, aunque se ha puesto fin a la doble vía, la Televisión pública sigue beneficiándose de un medio de financiación privilegiado, pues frente a una Televisión privada a la que los niveles de audiencia quitan el sueño porque de ello depende ganarse la confianza de los anunciantes, la pública puede olvidarse de esa caza mayor porque tiene asegurados los ingresos. Pero es que, es precisamente esta la razón del privilegio: que la Televisión pública pueda dedicarse en cuerpo y alma al cumplimiento de la misión de servicio público, o en palabras de BORJA TERÁN, que “*sin renunciar a cosechar buenas audiencias, no aspire a la cuota de audiencia a toda costa con programas vulgares como los de la telebasura privada*”⁸⁴. Esto es lo único que justifica una financiación privilegiada, que, en última instancia, costeamos entre todos. No existiendo tal vocación de servicio al interés general, lo justo sería que la Televisión pública, como la privada, tuviera que ganarse la atención de los anunciantes. En este sentido, recuérdese que, aunque la Unión Europea nada tiene en contra de la participación de las empresas públicas en el mercado, la excepción a las reglas de la competencia y el cauce para el privilegio deben concebirse como una medida excepcional y subordinada a la satisfacción del interés general (art.106 TFUE). En este sentido, se exige a los prestadores del servicio público que separen en sus cuentas las actividades de servicio público de las restantes (art.63 LGCA). Dicho sea de paso, cabe pensar que, siendo así esta separación, podría plantearse un sistema de doble financiación

⁸³ ANDRÉS SEGOVIA, Belén; “La financiación del servicio público de Televisión a través de la publicidad. La falta de previsión estatal frente a la autonómica”; en *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, N.º. 3, 2015, págs. 679-692;

⁸⁴ TERÁN, Borja; “Ocho medidas para salvar RTVE”; *La Información*; 25/07/2012; Consultado el 4 de abril de 2023; Disponible en: <https://www.lainformacion.com/opinion/borja-teran/ocho-medidas-para-salvar-rtve/10326/>

donde las misiones de servicio público se financien vía presupuestos, y las restantes actividades audiovisuales de la Televisión pública, mediante publicidad; pero lo cierto es que esto no es más que una utopía, pues la realidad es que la distinción no es clara, el control del uso que se hiciera de cada recurso una tarea complicada, y en cualquier caso, se obtengan el dinero por una u otra vía, todo repercute en el conjunto, y es la imagen, prestigio o impresión general del operador público la que compite con los privados.

En cualquier caso, este es el modelo hoy vigente. Si analizamos el entorno europeo los modelos son diversos. La BBC es considerada un referente en cuanto a la calidad de sus contenidos televisivos y su buen funcionamiento. ¿Su modelo de financiación? El pago de un canon anual por cada ciudadano de Reino Unido que disponga de “*equipamiento capaz de reproducir o grabar contenidos*”. Son varios los países europeos que acogen esta fórmula, aunque en la mayoría de los casos lo hacen combinada con otras formas de financiación. Así, por ejemplo, Alemania e Italia siguen un sistema mixto a base de canon y publicidad. Pero hay quienes lo consideran algo “*anticuado, en la medida en que cada vez hay más hogares que no tienen un televisor, sino que la actividad audiovisual se realiza a través de otro tipo de dispositivos*.” Esta era la opinión de la primera ministra francesa ELIZABETH BORNE que se pronunciaba con motivo de la supresión del “*Redevance Audiovisuelle*” (canon audiovisual) -aportación que ahora se obtendrá a partir de la recaudación del IVA- el pasado verano⁸⁵. Ahora bien, el coste anual que a cada ciudadano español le supone la financiación de RTVE se constituye claramente por debajo del canon televisivo en los principales países europeos⁸⁶, pero cabe preguntarse en qué medida este ahorro lo es a costa de la independencia del sistema audiovisual.

Con todo, centrándonos en RTVE, acudimos a la *Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*, y en concreto a su artículo segundo. Según reza éste, la Corporación se financiará con los siguientes recursos: los Presupuestos Generales del Estado, un porcentaje o importe sobre el rendimiento de la tasa por reserva de dominio público radioeléctrico, y las aportaciones de los prestadores [privados] del servicio de comunicación audiovisual y VSP de ámbito estatal aun cuando no estén

⁸⁵ *France 24*: “Diputados franceses aprobaron la supresión del sistema de financiación de la televisión pública”, 24/07/2022; Consultado el 4 de abril de 2023; Disponible en: <https://www.france24.com/es/francia/20220724-diputados-franceses-aprobaron-la-supresi%C3%B3n-del-sistema-de-financiaci%C3%B3n-de-la-televisi%C3%B3n-p%C3%ABlica>

⁸⁶ MUÑOZ FERNANDEZ, Alfonso, “RTVE cuesta 19,8 euros al año a cada español, el importe más bajo de los grandes medios públicos europeos”, *El Español*, 5/09/2022; Consultado el 4 de abril de 2022; Disponible en: https://www.elespanol.com/invertia/medios/20220905/rtve-cuesta-espanol-importe-grandes-publicos-europeos/699430421_0.html

establecidas en España, siempre y cuando “*ofrezcan servicios específicamente dirigidos al territorio nacional*” (art.6.3 de la Ley 8/2009) -excepcionando así el principio del país de origen-. Esto además de donaciones, rentas de su patrimonio y actividad etc. Como ya se dijo, con la nueva LGCA se excluye del deber de contribución directa a los operadores de telecomunicaciones.

No obstante, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 7, sí podrá RTVE realizar las comunicaciones comerciales excluidas del cómputo del límite cuantitativo recogidas en el artículo 137 de la LGCA: “*a) Marcos neutrales presentes entre el contenido editorial y los anuncios publicitarios o de telementa, y entre los propios anuncios publicitarios; b) Autopromoción; c) Patrocinio; d) Emplazamiento de producto; e) Espacios de promoción de apoyo a la cultura europea; f) Anuncios de servicio público o de carácter benéfico; g) Espacios de telementa; h) Publicidad híbrida, interactiva o prestada mediante televisión conectada; i) Sobreimpresiones que formen parte indivisible de la retransmisión de acontecimientos deportivos y por las que el prestador del servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal no perciba contraprestación alguna.* Además, se añade por el apartado tercero del mismo artículo que ciertas comunicaciones tales como la publicidad institucional, actividades electorales, las relativas a campañas de carácter social o benéfico o las concernientes a la promoción del deporte paraolímpico, no tendrán la consideración de comunicaciones comerciales, pudiendo realizarse por RTVE aunque sin que den lugar a contraprestación económica.

En cualquier caso, como todo derecho, el derecho a la realización de comunicaciones comerciales no es ilimitado. Precisamente por ello el Capítulo destinado a la publicidad audiovisual se enmarca en el Título VI, que lleva por rúbrica “*Obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual*”. Título que a su vez se desglosa en cuatro capítulos destinados, por orden de numeración, a la “*Protección de los menores*”, “*Accesibilidad*”, “*Promoción de la obra audiovisual europea y de la diversidad lingüística*”, y “*Comunicaciones comerciales*”. Esto nos lleva a plantear el sentido y alcance de las limitaciones de que es objeto este derecho, pero antes veamos los tipos de comunicaciones comerciales existentes.

1.3.Limitaciones en la realización de comunicaciones comerciales.

“*La publicidad es vista [a ojos del legislador] como el demonio*” comentaba en abril del año pasado REYES JUSTRIBÓ, directora general de IAB Spain⁸⁷ en un Foro de Comunicación sobre el entonces Anteproyecto de la LGCA de 2022, criticando la regulación prevista en

⁸⁷ La Asociación IAB Spain es el representante y promotor del sector de la publicidad y la comunicación digital en España. IAB Spain, <https://iabspain.es/quienes-somos-iab-spain/#iab-spain-misin>.

este campo⁸⁸. Arranco con esta intervención porque la considero reflejo del conflicto de intereses a partir del cual se ha gestado la normativa en esta materia. De un lado, dirigentes europeos y nacionales partidarios de restringir el contenido y proyección de los comerciales. De otro, los anunciantes y operadores privados, para cuyos negocios la publicidad es lo que a la Sagrada Familia de Gaudí, las limosnas de los turistas y fieles que atraviesan el pórtico de la fachada de la Gloria; esto es, su fuente de financiación -pues aun cuando el anunciante tiene que pagar por ella, si el coste se asume es porque previsiblemente va a impulsar sus ventas arrojando unos ingresos superiores a dicho coste-. Pero ¿por qué las restricciones? ¿pueden estas considerarse justificadas?

Ya en 1989 la Directiva “*Televisión sin Fronteras*” entendió la regulación de las emisiones publicitarias como uno de los flancos de mayor importancia en el Sector Audiovisual. Desde entonces, la normativa, ya hablemos de las directrices generales que marca Europa o del modo en que nuestro legislador las ha aterrizado en nuestra península, se ha vuelto más precisa y restrictiva. La protección a los consumidores, y de modo especial a los menores, es la idea latente bajo cada una de las limitaciones publicitarias -así se declara en los correspondientes preámbulos y disposiciones legales-, y al amparo de dicha justificación se limitan los tiempos destinados a las pantallas publicitarias, se prohíben determinadas formas de publicidad, se establecen restricciones en relación con la promoción de determinados productos tales como el tabaco y alcohol, etc.

CARMEN RODRÍGUEZ da voz a una amplia mayoría al manifestar su opinión al respecto. La que fuera Directora de Asuntos Regulatorios y Relaciones Institucionales del entonces Grupo Antena 3, considera, en la línea de REYES JUSTRIBÓ, que la proyección de mensajes publicitarios es dibujada por el legislador como una violenta agresión contra los telespectadores, que lleva a imaginar una relación de enfrentamiento entre Audiencia y Televisión, en que los telespectadores -niños y jóvenes pero también adultos y ancianos-, se presentan como “*débiles mentales*” incapaces de “*rechazar la invasión publicitaria*” por sí mismos y necesitados del intervencionismo público. Además, añade que en el caso concreto de los menores deben ser los padres, y no los operadores del servicio audiovisual, quienes se responsabilicen del consumo televisivo de sus hijos. Igualmente, considera que por lo que respecta a los límites publicitarios, ha de ser el propio mercado quien imponga su

⁸⁸ *Dircomfidencial*: “La Industria publicitaria denuncia que la futura Ley Audiovisual “no está aprobada pero nace vieja”, 5/04/2022; Consultado el 3 de abril de 2023; Disponible en: <https://dircomfidencial.com/marketing/la-industria-publicitaria-denuncia-que-la-futura-ley-audiovisual-no-esta-aprobada-pero-nace-vieja-20220404-0405/>

modulación; esto es, ya se cuidarán los propios operadores privados de no aburrir a sus telespectadores con publicidad, pues de lo contrario perderán audiencia y con ello el interés de los anunciantes.⁸⁹

Con todo, lo que no puede perderse de vista, es la legítima y necesaria presencia, en el ámbito de los Sectores regulados, de obligaciones de servicio público en garantía del interés general, que debe ser el criterio de acuerdo con el cual se regule la materia. La pregunta que entonces debería formularse es la de en qué medida las limitaciones publicitarias responden efectivamente a esta intención.

Por motivos de interés general no puede permitirse que la publicidad infeste la televisión, por motivos de interés general hay una serie de derechos e intereses que, por si los padres no se muestran atentos, deben protegerse. Pero insisto, la pregunta que debe hacerse es ¿efectivamente es este el objetivo perseguido por la normativa? Y es que resulta que la LGCA exige reducir la exposición de los menores a mensajes publicitarios relativos a alimentos o bebidas con alto contenido en sal, azúcares etc. -destiérrese al “*leche, cacao, avellanas y azúcar: ¡nocilla!*”- (art.124.3 LGCA) cuando, sin embargo, están o han estado al alcance de dichos menores, programas tales como “*La isla de las Tentaciones*”, “*Gran Hermano*”, “*Supervivientes*” y tantos otros ejemplos de televisión basura nada edificante, así como anuncios catalogados como “publicidad institucional”, con un contenido y mensajes de connotación sexual que, en mi opinión, son completamente inapropiados para los niños. El poder público no puede sólo ver la paja en el ojo ajeno.

En cualquier caso, veamos cuáles son las obligaciones y limitaciones que en la realización de comunicaciones comerciales pesan sobre los operadores.

Siguiendo la estructura de la ley, en lo que a obligaciones publicitarias se refiere, cabe diferenciar entre la Sección 1ª y las 3ª y 4ª del Capítulo IV, Título VI; ya que mientras la primera se aplica a cualesquiera prestadores del servicio de comunicación audiovisual, incluidas las VSP, la tercera y cuarta se refieren al régimen específico de la Televisión lineal y servicios a petición respectivamente.

Las disposiciones generales se centran fundamentalmente en las limitaciones de tipo cualitativo. El artículo 122 recoge las prohibiciones absolutas por vulneración de la

⁸⁹ RODRÍGUEZ, Carmen, “La publicidad en la nueva Ley General de la Comunicación Audiovisual”, en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.) Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp.353-399 (353-357).

dignidad humana, mensajes discriminatorios, uso de la figura femenina con carácter vejatorio, promoción de comportamientos nocivos para la seguridad o el medio ambiente, así como la prohibición de las formas de publicidad subliminal o encubierta. El 123 se centra en las restricciones a ciertos productos como son, en concreto, el tabaco -así como cigarrillos electrónicos, envases de recarga etc.-, medicamentos o productos sanitarios que no se ajusten a la normativa correspondiente, bebidas alcohólicas que no respeten los requisitos legales que acto seguido la LGCA establece, esoterismo, paraciencias y juegos de apuestas y azar. Hay que decir que a juicio de algunos, con estas restricciones parciales el legislador español ha ido bastante más allá de las restricciones mínimas impuestas por las Directivas europeas. Y es que, de un lado, nada dice la normativa europea sobre las comunicaciones comerciales de juegos de apuestas y azar, esoterismos etc., mientras que el legislador español las ha limitado horaria y cualitativamente; de otro, en materia de bebidas alcohólicas, mientras que las directivas se limitan a requerir que esta publicidad no se dirija específicamente a menores, ni se promocio el consumo como más favorable que la abstinencia, la normativa española establece toda una serie de restricciones horarias que toman como criterio que la gradación de las bebidas sea menor o mayor que 20°, lo que implícitamente vincula el legislador a un menor o mayor perjuicio para la salud, diferenciación que carece de aval científico⁹⁰. Por último el artículo 124 se centra en la protección a los menores.

Por lo que respecta a la Sección 3ª sobre publicidad en la Televisión lineal, hay que comenzar apuntando que, antes de nada, el artículo 136 exige la debida identificación de las comunicaciones comerciales -con la expresa indicación de “*publicidad*” cuando pudiera haber dudas sobre el carácter del mensaje-, su diferenciación respecto del resto del programa -salvo en el caso, por ejemplo, del patrocinio o telepromoción- y el respeto a la integridad del mismo. El artículo 137 establece los límites cuantitativos a la proyección de comerciales. Como ya sabemos, esta materia se ha visto modificada respecto de la anterior regulación debido a los cambios introducidos por la *Directiva 2018/1808*. Así, si el límite máximo para las pantallas publicitarias se situaba antes en el 20% por hora, el sistema ahora es otro: 20% entre las 6:00 -18:00 y 20% entre las 18:00-24:00. No obstante, puede decirse que estos límites cuantitativos no afectan más que a los que se ha calificado de anuncios publicitarios audiovisuales, pues la autopromoción, patrocinio, emplazamiento del

⁹⁰ CANO MONTEJANO, José Carlos; “Análisis de algunos elementos del proyecto de ley general de comunicación audiovisual”, en *Revista Internacional de Derecho de la Comunicación y de las Nuevas Tecnologías (Derecom)*, ISSN-e 1988-2629, N° 33, 2022, pp. 185-202.

producto, teletexto, y los anuncios de servicio público o carácter benéfico se excluyen del cómputo. Además, las disposiciones siguientes regulan los cortes publicitarios en función del tipo de programas en que se produzcan (art.138 LGCA), y de modo especial, la publicidad durante la retransmisión de acontecimientos deportivos (art.139 LGCA). Por último, en coherencia con las novedades incorporadas por la Directiva de 2018, se regulan las consecuencias del actual entorno tecnológico multipantalla, tales como las sobreimpresiones, pantallas divididas, etc.

Finalmente, la normativa específica para el servicio televisivo a petición remite a la Sección 3ª con exclusión de los límites cuantitativos del artículo 137 que no se aplican a este campo.

2. Anuncios de servicio público y de carácter benéfico (art.134 LGCA).

2.1. Evolución de la naturaleza de los anuncios de servicio público y de carácter benéfico.

Aunque no sea esta la forma más poética y optimista con que introducir el estudio de estos anuncios, conviene poner al lector sobre aviso de la ambigüedad que los empapa y el vacío legal al que se enfrentan.

Comenzamos preguntándonos lo siguiente: ¿Cuál es la naturaleza de esta especie tan discreta del Sector Audiovisual que apenas menciona el legislador en su discurso? ¿Se consideran una forma más de publicidad? ¿Por qué entonces su agrupación bajo esta particular categoría?

Tras la incorporación de España a la Unión Europea en el año 1986, el Derecho interno español se ve obligado a compartir espacio en nuestro Ordenamiento Jurídico con el Derecho comunitario. En lo sucesivo, el Derecho emanando de las instituciones europeas en aquellas materias cuya competencia se hubiera cedido en mayor o menor medida al Macroente europeo, pasaría a vincularnos integrándose de modo más o menos directo en nuestro Ordenamiento. Es por esto, que no podemos perder de vista la actividad normativa que en materia de Telecomunicaciones, Audiovisual y Publicidad se ha llevado a cabo desde Bruselas, siendo precisamente una Directiva del Parlamento y Consejo Europeo, la que tome como punto de arranque en este apartado.

1989. 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 fue la primera de las denominadas Directivas comunitarias sobre “*Televisión sin fronteras*”, a las que hemos hecho referencia páginas arriba al esbozar el contenido del Código de Derecho audiovisual. Esta Directiva era transpuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico mediante la *Ley 25/1994, de 12 de julio*, que nada decía, como tampoco lo hacía la norma europea, sobre anuncios de carácter benéfico, limitándose, en materia de publicidad, a regular una “*publicidad por televisión*” en todo caso emitida a cambio de la correspondiente remuneración⁹¹ -no existía entonces el genérico concepto de comunicaciones comerciales-, y siguiendo así el criterio de la Directiva.⁹²

1997. La piedra angular de la política comunitaria en el Sector audiovisual era modificada por la *Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997*.

El artículo 18⁹³ de la que había sido la primera de las Directivas europeas de Televisión sin Fronteras, establecía los límites cuantitativos del tiempo destinado a la emisión de anuncios publicitarios. Este artículo fue uno de los blancos en que la reforma de 1997 puso el ojo. Así, la nueva Directiva precisaba que, a los efectos del artículo señalado, no se considerarían incluidos bajo la denominación “*publicidad*” los anuncios de servicios público ni los llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente⁹⁴. Desde Europa

⁹¹ Art.3. de la Ley 25/1994, de 12 de julio: “*A los efectos de esta Ley, se entenderá por: b) <Publicidad por televisión>, cualquier forma de mensaje televisado emitido a cambio de una remuneración de cualquier naturaleza, realizado por orden de una persona física o jurídica, pública o privada, y relativo a una actividad comercial, industrial, artesanal o a una profesión liberal, con el fin de promover la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*” Los espacios dedicados a la promoción de la propia programación no se consideran publicidad televisiva,

⁹² Art.1. de la Directiva del Consejo, de 3 de octubre de 1989: “*A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:: b) « publicidad televisiva », cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, la prestación de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones*”

⁹³ Art.18. de 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: “*El tiempo de transmisión dedicado a la publicidad (...se señalan los tiempos de transmisión diarios, así como el límite previsto para los espacios publicitarios dentro del período determinado de una hora...)*”.

⁹⁴ Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997:
El artículo 18 se sustituirá por el texto siguiente: «Artículo 181. El tiempo de transmisión dedicado a anuncios publicitarios, de teletexto o a otras formas de publicidad, con excepción de los bloques de teletexto a que se refiere el artículo 18 bis, no rebasará (...se señalan los correspondientes límites cuantitativos...). A efectos del presente artículo, no estarán incluidos en la publicidad: los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas ni los productos conexos directamente

la normativa relativa al Audiovisual reparaba por vez primera en este tipo de comunicaciones audiovisuales.

Ahora bien, se detectaban pequeñas incoherencias, pues si estamos al tenor literal del artículo 18, parece que estos mensajes gratuitos sólo se excluyeran del concepto de publicidad a los efectos del cómputo temporal indicado. Interpretada sensu contrario, esta disposición lleva a entender que en lo que a otras cuestiones se refiera, tales mensajes sí se considerarían formas de publicidad, y, sin embargo, la definición de publicidad televisiva dada por la Directiva entendía la contraprestación como requisito indispensable, lo que necesariamente excluiría a los anuncios que nos ocupan⁹⁵.

En cualquier caso, para garantizar una regulación coherente con el nuevo marco normativo, modificar la Directiva de 1989, implicaba la consecuente modificación de aquellas disposiciones en virtud de las cuales la norma comunitaria se hubiera grabado en el cuerpo legal de cada uno de los Estados miembros de la Unión. Por este motivo, la *Ley 25/1994, de 12 de julio* fue modificada por la *Ley 22/1999, de 7 de junio*. Esto, en lo que a nosotros nos interesa, supuso que el artículo 14 de aquella, regulador de los tiempos de proyección publicitaria, se transformaba en el artículo número 13 e incorporaba la retahíla de la *Directiva 97/36/CE*: “*A efectos del presente artículo, no tendrán la consideración de publicidad los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, ni los realizados por el operador de televisión en relación con sus propios programas.*”

Ahora bien, hay que destacar la precisión de nuestro legislador que, mucho más agudo que el europeo, añadía a la definición legal de “*publicidad por televisión*” la siguiente matización en coherencia con el cambio que se había producido: “*También se considerará*

derivados de dichos programas; los anuncios de servicio público ni los llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente.»

Esta pretensión se adelantaba en la consideración número 34 de la Directiva: “Considerando que el tiempo diario de difusión asignado a los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de los mismos o asignado a anuncios de servicio público y a llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente no debe incluirse en los límites máximos del tiempo de difusión diario u horario que puede asignarse a la publicidad y a la televenta”

⁹⁵ Artículo 1 de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997: La Directiva 89/552/CEE quedará modificada de la siguiente forma: “1) El artículo 1 se modificará de la siguiente forma: b) la antigua letra b) pasará a ser letra y rezará así: «c) “publicidad televisiva”, cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar o bien para fines de autopromoción por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones;»”

publicidad, cualquier forma de mensaje emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores”⁹⁶; de este modo, se evitaba la exclusión antes referida.

Con todo, hemos visto cómo la entrada en escena de los operadores privados desde finales de los años 80 produjo una paralela y abundante proliferación de leyes que derivó en un complejo e insostenible panorama normativo dada la multiplicidad y dispersión de sus disposiciones, las cuales, con el paso de los años, iban resultando obsoletas e insuficientes, incapaces de seguir el ritmo a los avances tecnológicos. La unificación en el sector se escuchaba como un llanto desesperado, y, como ya sabemos, la *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual* (LGCA) fue la piruleta con que lograron callar al niño⁹⁷.

La LGCA de 2010 derogaba así, muchas de aquellas normas que la habían precedido, entre ellas, la *Ley 25/1994, de 12 de julio*, por la que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la denominada Directiva sobre Televisión sin Fronteras.

¿El problema? Que esta Ley modificaba las definiciones antes dadas en materia publicitaria y nacía omitiendo cualquier alusión a la exclusión en la consideración publicitaria, o cuanto menos, exclusión en el cómputo de las limitaciones temporales, de los anuncios de carácter benéfico difundidos gratuitamente. Sencillamente, ni se les mencionaba. En consecuencia, surge la pregunta siguiente: ¿Qué tratamiento merecen estos a la vista de la nueva regulación?

La respuesta, o los indicios para deducir esta, quizás los encontremos en la reforma operada por la *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*.

La Directiva de 2007, distinguía por vez primera entre anuncios publicitarios (publicidad televisiva) y comunicaciones comerciales;⁹⁸ este último, concepto más amplio

⁹⁶ GAY FUENTES, Celeste, “La modificación de la ley de Televisión sin Fronteras” en *Quaderns del CAC*, ISSN-e: 2014-2242, ISSN: 1138-9761, N° 5, 1999, pp. 2-10

⁹⁷ JEREZ CALDERÓN, José Joaquín y CODES CALATRAVA, José María, “La regulación administrativa de los medios de comunicación social”, en Antonio J. ALONSO TIMÓN (cord.) *Sectores regulados: sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2014, pp.167-208

⁹⁸ Art.1. de la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007: “La Directiva 89/552/CEE queda modificada como sigue: 2) El artículo 1 se sustituye por el texto siguiente: «Artículo 1: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

que el primero, y ambos requeridos de contraprestación salvo en los supuestos de mensajes para fines de autopromoción. En este sentido, en su consideración previa número 26, disponía que: “Además de la publicidad y la televenta en televisión, debe introducirse en la presente Directiva la definición más amplia de comunicación comercial audiovisual, que, no obstante, no incluye los anuncios de servicio público ni de los llamamientos de organizaciones benéficas cuya emisión sea gratuita.”.

Véase cómo la norma europea deja claro que los anuncios genéricamente denominados como “de interés general” no tienen la consideración de comunicación comercial, y por ende, tampoco pueden considerarse publicidad televisiva.

Entre las modificaciones operadas también se observaba cómo la reforma hacía desaparecer la precisión por la que en 1997 se había advertido de la exclusión de los anuncios benéficos del cómputo de los límites máximos del tiempo de difusión diario u horario asignado a la publicidad. Como consecuencia de este cambio de redacción, no parece que la exclusión siga teniendo reconocimiento, pero en la medida en que este tipo de anuncios no tenían ya encaje dentro de las definiciones de publicidad televisiva ni comunicación comercial, quizás es que tal precisión no se entendía necesaria.

En cualquier caso, la ambigüedad e indiferencia de la Directiva para con este tipo de comunicaciones, contagió a nuestra LGCA y es por ello que CARMEN RODRIGUEZ apuntaba: “la Ley General ha dado la espalda a la expresa exclusión de la consideración publicitaria, y por ende del cómputo, de los anuncios de servicio público o carácter benéfico difundidos gratuitamente, prevista en la legislación anterior, aunque cabe confiar en que el buen juicio de las autoridades audiovisuales permita mantener idéntico criterio y salvaguardar el acceso de asociaciones u organizaciones humanitarias que no deben o no pueden destinar los fondos de ayuda al pago de mensajes promocionales”⁹⁹

Desde Bruselas se revisó la política audiovisual europea nuevamente en 2010, y más recientemente en 2018, y aunque en ambas ocasiones en el preámbulo de las Directivas a

h) “comunicación comercial audiovisual”: las imágenes con o sin sonido destinadas a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción. La publicidad televisiva, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto son, entre otras, formas de comunicación comercial audiovisual;

i) “publicidad televisiva”: toda forma de mensaje que se televisa a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones”

⁹⁹ RODRÍGUEZ, Carmen, “La publicidad en la nueva Ley General de la Comunicación Audiovisual”, en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.) Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp.353-399 (353-376).

que estos exámenes dieron pie se hacía constar la intención de que el tiempo dedicado a esta tipología tan particular de anuncios no se incluyera en los límites máximos del tiempo de difusión diario u horario previstos para la publicidad¹⁰⁰, hasta la fecha, no ha vuelto a incluirse la cantinela famosa que tan expresamente nos confirmaba aquella exclusión en el año 1997.

Como antes reflexionábamos, quizás es porque a la vista de la definición de comunicación comercial, requerida del pago de los anunciantes en favor de los operadores de servicios que se presten a la difusión de sus mensajes, no se entiende necesario, pero dada la evolución ciertamente confusa de la normativa europea, resultó de agradecer que nuestro legislador nacional se tomara la molestia de arrojar algo de luz a este debate. Y así, aprovechando la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible* introdujo en la LGCA la Disposición adicional séptima. La claridad se hacía presente: *“Carácter no publicitario de anuncios de servicio público o de carácter benéfico: No tienen la consideración de publicidad los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de esta Ley. A los efectos del cómputo previsto en el apartado 1 del artículo 14, la autoridad audiovisual competente podrá resolver, a solicitud de los interesados y previamente a su emisión, sobre la no consideración como mensajes publicitarios de estas comunicaciones.”* Las dudas quedaban disipadas. Con esta previsión teníamos la certeza de que esta tipología de anuncios no tendría carácter publicitario. Por ende, se debían entender excluidos de los cómputos temporales, pero se exigía como requisito que la CNMC, con carácter previo a su difusión, así lo reconociera.

Ahora bien, hace menos de un año se aprobaba la *Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual*. Esta, en lo que a los anuncios de servicio público o de carácter benéfico respecta, no es tan clara y contundente como la anterior, pero tampoco merece que seamos especialmente críticos con ella, dado que sigue reconociendo de manera expresa la exclusión de los mismos respecto del cómputo previsto para los límites cuantitativos de las comunicaciones comerciales, y aunque el artículo 134, reconecedor de

¹⁰⁰ Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007. Consideración previa nº 97: *“El tiempo diario de difusión asignado a los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de los mismos o asignado a anuncios de servicio público y a llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente no debe incluirse en los límites máximos del tiempo de difusión diario u horario que puede asignarse a la publicidad y a la televenta.”*

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. Consideración previa nº 43. *“El tiempo de difusión asignado a los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de esos programas, o asignado a anuncios de servicio público y a llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente, exceptuando los costes generados por la transmisión de dichos llamamientos, no debe incluirse en los límites máximos del tiempo de transmisión que puede asignarse a la publicidad televisiva y a la televenta”*

esta tipología de mensajes audiovisuales¹⁰¹ se incluye en la Sección 2ª (Tipos de comunicaciones comerciales), el enmarque de la misma en el Capítulo IV (Comunicaciones comerciales audiovisuales) -capítulo que introduce el artículo 21 en que las comunicaciones comerciales se vinculan a la necesaria existencia de remuneración por parte de los promotores de tales comunicaciones salvo en los casos de autopromoción-, nos permite deducir con facilidad que los anuncios de interés general no son comunicaciones comerciales, pues precisamente el artículo 134 lo que subraya es la emisión gratuita de los mismos, así como su particular promoción del interés general, falto de pretensión comercial alguna: *“Se considera anuncio de servicio público o de carácter benéfico el que se difunde gratuitamente por un prestador del servicio de comunicación audiovisual con un objetivo de interés general, por afectar a un bien público que requiera especial protección o promoción”*.

Esto es, podemos sostener que este tipo de anuncios no son una forma particular de anuncios publicitarios, tampoco responden a una modalidad alternativa de comunicación comercial audiovisual, y que en coherencia con lo dicho, no computarán en los tiempos previstos para pantallas publicitarias. Cabe entonces preguntarse por qué su enmarque en el Capítulo relativo a las comunicaciones comerciales. ¿La respuesta? Porque si atendemos a la estructura del articulado es su lugar más pertinente, ya que no quita que no tengan carácter de comunicación comercial para que, como luego veremos, les sean de aplicación algunas de las disposiciones generales en materia publicitaria, pues lo cierto es que no deja de ser esta una publicidad entendida en el sentido más genérico al que nos referíamos páginas arriba.

2.2.1. Una posible consideración y dos figuras afines.

Para concluir, puede añadirse que, es más, contra la concepción de derecho que se atribuye a la realización de comunicaciones comerciales audiovisuales, no sería descabellado considerar la difusión gratuita de este tipo de anuncios como una manifestación de las obligaciones de servicio público; de manera que, mereciendo tal reconocimiento un anuncio, y siendo significativo o relevante el alcance de las asociaciones anunciantes, no pueda a estas impedirse injustificadamente la difusión en Televisión de sus anuncios. Esta hipótesis se podría ver avalada por la analogía que *“en espíritu”* presentan estas proyecciones

¹⁰¹ Art.134. de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual: *“Anuncios de servicio público o de carácter benéfico. Se considera anuncio de servicio público o de carácter benéfico el que se difunde gratuitamente por un prestador del servicio de comunicación audiovisual con un objetivo de interés general, por afectar a un bien público que requiera especial protección o promoción”*.

con el derecho de acceso y los denominados medios comunitarios sin ánimo de lucro. Me referiré brevemente a estas dos figuras.

Comenzando por el derecho de acceso, cabe decir de este que supone una manifestación de la misión de servicio público, que lleva a la pantalla y hace realidad el mandato constitucional del artículo 20.3: “*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*”. Esta previsión constitucional que en el caso de la RTVE encuentra su reconocimiento en la *Ley 17/2006* y su desarrollo en el *Reglamento del Derecho de acceso*¹⁰² y las *Directrices básicas* aprobadas por el Consejo de Administración de la Corporación¹⁰³, se encuentra al servicio de la pluralidad ideológica, social, política y cultural, y puede garantizarse de modo indirecto, mediante el reconocimiento de los sujetos titulares de este derecho como fuentes de información, o directamente mediante la concesión a los mismos de espacios televisivos específicos con asunción de los costes que ello suponga por parte de los poderes públicos¹⁰⁴.

En cualquier caso, la titularidad de este derecho se atribuye a grupos sociales y políticos *significativos* -atributo que resulta de la imposibilidad material de darles acceso a todos-, los cuales habrán de solicitar de RTVE una autorización previa que los habilite en el ejercicio de este; a estos efectos, la Corporación establece en el mencionado Reglamento el procedimiento de solicitud de este acceso. Pues bien, si atendemos a lo dispuesto en las *Directrices* de RTVE, entre estos sujetos legitimados se encontrarían asociaciones y entidades de interés social sin ánimo de lucro. Es aquí donde puede encontrarse el paralelismo con los anuncios de servicio público. Si bien es cierto que, por la propia naturaleza de esta figura, los accesos que esta vía habilita van a poder revestir, al menos en el plano teórico -pues lo cierto es que la Corporación se reserva el derecho de control *ex-ante* y no difusión-, unos aires políticos que no son propios de los anuncios de servicio público.

¹⁰² Reglamento del derecho de acceso (Consejo de Administración Corporación RTVE); Disponible en:

http://www.rtve.es/contenidos/corporacion/acceso/REGLAMENTO_DERECHO_DE_ACCESO.pdf

¹⁰³ Directrices básicas del derecho de acceso (Consejo de Administración Corporación RTVE); Disponible en: http://www.rtve.es/contenidos/corporacion/acceso/DIRECTRICES_BASICAS_DERECHO_DE_ACCE SO.pdf

¹⁰⁴ MELÓN PARDO, Carlos, “Comunicación Audiovisual”, en José Ignacio VEGA LABELLA y Alfonso MELÓN MUÑOZ (coords.), *Colección Sectores regulados*, Francis Lefebvre, Madrid, 2012, pp. 1123-176.

Por otro lado, se encuentran los medios comunitarios sin ánimo de lucro. Quizás a alguno le resulte más familiar la expresión “*radios piratas*”; y es que, durante mucho tiempo, a pesar de los requerimientos europeos e internacionales, se han visto abocados a la ilegalidad. Estos espacios audiovisuales están pensados para ser encomendados a operadores no comerciales; esto es, entidades privadas sin ánimo de lucro, tales como asociaciones, fundaciones, Universidades etc., quienes asumirían la propiedad del medio, administración de los canales, responsabilidad financiera y diseño de una programación con que ejercitar sus derechos a la libertad de expresión y comunicación. Por tratarse de medios sin ánimo de lucro, y dada la naturaleza de esta figura, sus emisiones habrán de serlo en abierto, su fin social y la financiación ajena al mercado publicitario.

Estamos ante una medida de participación ciudadana en el Audiovisual de una relevancia tal que el conjunto de estos medios se conoce como “*Tercer Sector de Comunicación*”, entendiéndose que estos determinarían, junto al servicio público de las televisiones públicas y el mercado privado comercial, la división tripartita de este campo. De hecho, así lo reconoce el Consejo de Europa en su *Declaración de 11 de febrero de 2009*¹⁰⁵.

Ahora bien, todo esto pasa por la necesaria reserva,¹⁰⁶ por parte del poder público, de las suficientes frecuencias en el conjunto del dominio público radioeléctrico -sin perjuicio de que pueda también emplearse el cable o Internet-, en favor de los medios comunitarios. He aquí que pueda esta figura considerarse una manifestación de las obligaciones de servicio público del Audiovisual.

Con todo, el reconocimiento legal a los medios comunitarios llegaría por primera vez de la mano de la LGCA de 2010. Hoy, dado que se entiende que éstos deben ser, fundamentalmente, radios y televisiones de proximidad, está previsto que la prestación del servicio se realice en el ámbito local y que sea la legislación autonómica la que se encargue de regular el procedimiento de licencia previa, pero en 2010 se dispuso que las entidades interesadas optarían a licencias “*en el ámbito de cobertura en el que venían prestando su actividad*”. En cualquier caso, la concesión de licencias -que llevaría aparejada la concesión de uso privativo del dominio público- exigía de una planificación del espacio radioeléctrico que los

¹⁰⁵ LEMA BLANCO, Isabel; “La deficiente regulación en España de los medios de comunicación comunitarios: el caso de Cuac FM” en *Quaderns del CAC*, ISSN-e: 2014-2242, ISSN: 1138-9761, N° 46, vol. XXIII, 2020, pp. 57-64.

¹⁰⁶ Hoy la LGCA establece expresamente la obligación de reserva de una parte del dominio público radioeléctrico para estos fines, por parte de la autoridad estatal competente (arts. 49 y 81 de la LGCA 2022). No obstante, la normativa del 2010 se expresaba en términos más ambiguos, apuntando que “*La Administración General del Estado debe garantizar en todo caso la disponibilidad del dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de estos servicios*” (art.32 de la LGCA 2010).

tuviera en cuenta, y, de acuerdo con la Disposición transitoria decimocuarta de la LGCA de 2010¹⁰⁷, de un desarrollo reglamentario que regulara este procedimiento y el marco de actuación de estos medios. Los años pasaron y veintiún años después, ni planificación del espacio radioeléctrico, ni aprobación de Reglamento. Igualmente, las CCAA se escudaban en la falta de las directrices estatales apuntadas para no efectuar desarrollo alguno en la normativa autonómica¹⁰⁸ ni conceder licencias; y así, en 2021, la gran mayoría de los prestadores, pese a sus solicitudes, seguían sin el amparo administrativo. De manera que la falta de licencias por parte de estos medios entonces vigentes se tradujo en la incoación de expedientes sancionadores por parte de las Administraciones autonómicas contra las emisoras en funcionamiento.¹⁰⁹ En este orden de cosas, en 2017, la Junta de Galicia sancionó a CUAC FM, llegando ambas partes a enfrentarse en vía judicial, mediante procedimiento especial para la protección de los DDFF, pues la Junta de Galicia terminó prohibiendo a la emisora de A Coruña que emitiera a través de las frecuencias moduladas, lo que el medio comunitario consideró una vulneración a la libertad de expresión. Finalmente el Tribunal Superior de Galicia estimó las pretensiones de CUAC FM entendiendo que se había ido en contra del art.20.1. CE, y le reconoció una garantía temporal de funcionamiento con base en la citada Disposición que disponía que “*Los servicios de comunicación comunitarios sin ánimo de lucro que estuvieran en funcionamiento con anterioridad al 1 de enero de 2009, al amparo de la disposición adicional decimoctava de la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (LISI), optarán a licencias o autorizaciones en el ámbito de cobertura en el que venían prestando su actividad*”. Una decisión que como apunta ISABEL LEMA BLANCO “*por extensión se extiende a todos los servicios de comunicación comunitarios sin ánimo de lucro del Estado, por la vía jurisprudencial*”.¹¹⁰

¹⁰⁷ Disposición transitoria decimocuarta de la LGCA 2010. Servicios de comunicación comunitarios sin ánimo de lucro existentes:” (...) 2. *Respetando los ámbitos competenciales existentes, tanto el procedimiento de concesión de la licencia como la concreción del marco de actuación de los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro se desarrollarán reglamentariamente en un plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de la presente Ley.*”

¹⁰⁸ Este fue el proceder general de la mayoría de regiones; si bien, en alguna Comunidad Autónoma sí que hubo además de impulsar el desarrollo de una normativa específica que regulara la concesión de licencias. Fue el caso, por ejemplo, de la Generalitat de Cataluña y el Parlamento Andaluz.

¹⁰⁹ ReMC; “España ignora a los medios comunitarios; Europa, apoya”; Consultado el 9 de abril de 2023; Disponible en: <https://medioscomunitarios.net/2019/02/europa-fomenta-los-medios-comunitarios-mientas-espana-los-margina/>

¹¹⁰ LEMA BLANCO, Isabel y FERNÁNDEZ CABARCOS, Mariano; “Legislación en medios comunitarios, situación actual, limitaciones y cambios en el horizonte”; *Observatorio ciudadano de comunicación de la Universidad de Santiago de Compostela*, 22/04/2019; Consultado en el 11 de abril de 2023; Disponible en: <https://observatoriodecomunicacion.wordpress.com/2019/04/22/legislacion-nos-medios-comunitarios-situacion-actual-limitacions-e-cambios-no-horizonte/>

En cualquier caso, con la LGCA de 2022 se ha dispuesto que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma, puedan optar a la solicitud del título habilitante pertinente, aquellas emisoras que acrediten un funcionamiento ininterrumpido en el marco de los cinco años anteriores y que no hayan causado problemas de interferencias (Disposición transitoria tercera de la LGCA de 2022). Una previsión que, no obstante, sigue enfrentando los problemas denunciados durante la vigencia de la anterior normativa.

Hay que decir que el escenario de los medios comunitarios en nuestro país es bastante lamentable. Desde nuestro Consejo de Estado hasta las Naciones Unidas, han advertido a España de la anomalía e irregularidad de nuestra situación¹¹¹. Mientras que en otros países de la Unión Europea, estas emisoras cuentan con un claro reconocimiento¹¹², financiación pública, y programas formativos que los poderes públicos ofertan a su favor, en España, el desarrollo normativo sigue pendiente, deben hacer frente a situaciones de desigualdad y vulnerabilidad y se ven abocados al amateurismo¹¹³. Finalmente apuntar que, en nuestro país, ReMC (Red de Medios Comunitarios) se constituye como federación protectora de estos medios. Las conquistas en favor de estos falsos piratas no han sido muchas ni grandes, pero, aunque pequeños, los pasos dados se le deben fundamentalmente a ReMC¹¹⁴.

2.2. Régimen de los anuncios de servicio público y de carácter benéfico. Cambios introducidos por la nueva LGCA.

Al margen de las cuestiones planteadas en el punto anterior, la aprobación de la nueva Ley General del Audiovisual ha supuesto la liberalización de la emisión de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico; y es que la reforma ha suprimido el régimen de autorización previa por parte de la CNMC.

¹¹¹ ReMC: “La ONU investiga a España por no asignar licencias a las TV comunitarias”; Consultado el 11 de abril de 2023; Disponible en: <https://medioscomunitarios.net/2018/03/onu-investiga-espana-licencias-tv-comunitarias/>

¹¹² Hay en países como en Holanda o Austria donde este reconocimiento se da de facto y aun a falta de una específica regulación. Esto es, en estos países los medios comunitarios aun a falta de una previsión normativa que lo ampare se ven ampliamente desarrollados.

¹¹³ LEMA BLANCO, Isabel; “La deficiente regulación en España de los medios de comunicación comunitarios: el caso de Cuac FM” en *Quaderns del CAC*, ISSN-e: 2014-2242, ISSN: 1138-9761, N° 46, vol. XXIII, 2020, pp. 57-64.

¹¹⁴ ReMC: “¿Qué es la ReMC?”; Consultado el 9 de abril de 2023; Disponible en: <https://medioscomunitarios.net/que-es-la-remc/>

En este sentido, recuérdese la disposición adicional séptima de la LGCA 2010: “(...) *la autoridad audiovisual competente podrá resolver, a solicitud de los interesados y previamente a su emisión, sobre la no consideración como mensajes publicitarios de estas comunicaciones*”. Así, cuando en el año 2013 la CNMC se constituyó como la gran autoridad audiovisual en el ámbito estatal, el apartado 11 del artículo 9 de la *Ley 3/2013 de creación de la CNMC*, le encomendó la referida competencia¹¹⁵. Desde entonces, los datos registrados hasta 2018 revelaban más de 283 expedientes de exención de cómputo publicitario y una desestimación del 3% de las solicitudes¹¹⁶.

Ahora bien, como se ha visto, apenas cuatro líneas dedicaba el legislador a la delimitación del régimen previsto en relación con este tipo de mensajes benéficos o de servicio público. En consecuencia, la CNMC se veía, con frecuencia, obligada a resolver diversas dudas de interpretación y procedimiento por parte de los interesados en la proyección de este tipo de comunicaciones. Esto llevó a la Sala de Supervisión Regulatoria de este órgano a elaborar un acuerdo en que se desarrollan los requisitos para la calificación y difusión de estos anuncios; una tarea meritoria vista la sobrecarga de la institución, y ciertamente necesaria, ya que las directrices legales resultaban bastante escuetas.

El acuerdo¹¹⁷ se estructura a partir de la distinción entre tres tipos de criterios a aplicar en los procedimientos de exención del cómputo publicitario: criterios procedimentales, formales y materiales. Los primeros exigían de los anunciantes interesados la previa presentación de solicitud ante la CNMC para que su Sala de Supervisión Regulatoria resolviera sobre el carácter publicitario o no de los anuncios. En caso de que la Comisión desestimara la solicitud presentada, estos computarían como contenido publicitario, y, se entiende que los operadores requerirían para su difusión de la correspondiente contraprestación. Pero, como acabamos de apuntar, estos requisitos se han visto derogados por la LGCA de 2022. Los restantes criterios, en cambio, siguen teniendo plena vigencia, ya que suponen la delimitación conceptual de estos anuncios; por

¹¹⁵ Art.9.11 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, “*resolver sobre el carácter no publicitario de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, previa solicitud de los interesados (...)*”

¹¹⁶ *CNMC blog*: “¿Qué anuncios de la tele no se consideran publicidad?”; 23/04/2018; Consultado el 7 de abril de 2023; Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2018/04/23/que-anuncios-estan-exentos-de-computo-publicitario/>

¹¹⁷ Acuerdo de la CNMC por el que se definen los criterios a aplicar en los procedimientos de exención de cómputo publicitario; EC/D TSA/041/15/CRITERIOS EXENCIÓN CÓMPUTO; Madrid a 9 de julio de 2015; Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1530655_8.pdf

ello nos referiremos a ellos a continuación, pero antes cabe preguntarse el porqué de esta liberalización que tan positivamente ha valorado la CNMC¹¹⁸.

Es la misma Comisión quien expresamente responde a esta cuestión en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, elaborado en diciembre de 2020 en ejercicio de sus labores consultivas. “*Se trata de una función anacrónica del regulador audiovisual que no tiene parangón en ningún otro Estado miembro*” opina la CNMC. ¿Los motivos? La carga burocrática que ello le supone a un cefalópodo sin tentáculos suficientes para abarcar el vasto y heterogéneo campo de funciones que le han sido encomendadas, el perjuicio que la previsible demora en la tramitación de estos asuntos pudiera suponer a aquellos anuncios previstos en respuesta a crisis o emergencias de urgente atención, y la pérdida de importancia de esta solicitud a la vista de la flexibilización horaria que en materia publicitaria ha previsto la nueva LGCA.¹¹⁹

Ahora bien, la Autoridad audiovisual apunta que la supresión de este control previo no impide un control *ex-post* por exceso de los límites de tiempo previstos en materia publicitaria -si es que los anuncios divulgados no tienen la efectiva consideración de benéficos-. Igualmente, el Pleno de la Comisión aprovecha el Informe para advertir que, no obstante, en rigor, la Ley no recoge más que la definición de anuncio de servicio público sin que pueda equipararse a esta la delimitación conceptual de los anuncios benéficos cuyo rasgo distintivo lo sería la promoción de actividades sin ánimo de lucro y al servicio de colectivos vulnerables o necesitados de ayuda. Advertencia, ésta, que no surtió efecto alguno, pues la redacción del artículo que regula este tipo de mensajes audiovisuales, quedó igual.

Con todo, volvamos ahora sobre aquellos requisitos formales y materiales referidos por el acuerdo de la CNMC, y de acuerdo con los cuales debe juzgarse el carácter de servicio público o benéfico de los anuncios que aleguen tal condición.

Desde la perspectiva formal las exigencias son dos: De un lado, la emisión habrá de efectuarse sin contraprestación de por medio. En este sentido, con el régimen anterior se requería que, junto a la solicitud de exención del cómputo publicitario, se presentara el

¹¹⁸ Acuerdo de la CNMC por el que se emite informe relativo a la segunda audiencia del anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual; IPN/CNMC/026/21; Madrid a 28 de julio de 2021; Disponible en: [3649810_2.pdf \(cnmc.es\)](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3649810_2.pdf)

¹¹⁹ Acuerdo de la CNMC por el que se emite informe relativo al Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual; IPN/CNMC/042/20 Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual; Madrid; 18 de diciembre de 2020; Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3309300_9.pdf

debido certificado de gratuidad expedido por el operador responsable de la proyección; hoy, pese a los cambios, cabe imaginar que tal certificado sigue siendo necesario con vistas a probar esta falta de remuneración en caso de un supuesto control a posteriori¹²⁰. De otro lado, se ha comentado antes que el hecho de que este tipo de anuncios no tenga carácter de comunicación comercial no impide que les sean de aplicación varias de las disposiciones generales en materia publicitaria. En este sentido, el acuerdo de la CNMC prevé expresamente la no superación de interrupciones máximas previstas, y el respeto a los principios de separación e integridad de los programas en que se inserten. Cierto es que nada se dice de otros principios más generales, tales como las prohibiciones en materia de contenido, pero es evidente que la naturaleza misma de los anuncios de servicio público y carácter benéfico excluye cualquier ánimo ilícito en esa línea. Ahora bien, merece reflexión la coherencia requerida para con la integridad del programa. ¿Acaso puede un anuncio considerado de interés general resultar incompatible o contrario a la integridad de programa alguno? ¿No podría esta excusa servir de justificación a la no difusión de ciertos mensajes cuya causa no quiera un promotor apoyar? ¿pueden con esto quedar desatendidas ciertas iniciativas? Considero que la respuesta a estos interrogantes pasa por la valoración de dos aspectos: cómo se garantice la atención por parte de la Comisión ante la hipotética búsqueda de posada por parte de aquellas iniciativas que ven rechazadas sus producciones cadena tras cadena, y cómo se entienda o interprete el concepto interés general o servicio público al que sirven estos anuncios; extremo, éste, que plantearé más adelante.

Si atendemos a los requerimientos materiales, lo que se requiere es ausencia de cualquier ánimo comercial y finalidad de servicio público o carácter benéfico. Así, por ejemplo, en uno de los casos en que la CNMC desestimó la solicitud de exención del cómputo, el motivo de la desestimación lo fue el hecho de que, aunque se trataba de un anuncio para alentar al ahorro en el consumo de agua, la campaña estaba copatrocinada por la marca “*Finisb*”, lo que llevó a la Comisión a considerar que implícitamente -en la medida en que sus electrodomésticos se publicitan sobre la base del ahorro que su elección supone en el uso del agua-, se estaría produciendo la promoción de sus productos¹²¹. Además, hay que decir que a la hora de calificar el anuncio, la CNMC establece que dicha calificación no

¹²⁰ En todo caso, es desesperante la falta de precisión por parte de los textos que regulan esta figura, pues uno se ve obligado a operar a base de interpretaciones y deducciones.

¹²¹ Resolución de la CNMC sobre la exención de cómputo publicitario presentada por Mediaset en relación con a la campaña “*Por un futuro con agua*”; EC/DTSA/021/20/MEDIASET/POR UN FUTURO CON AGUA; Madrid; 15 de abril de 2020; Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2927877_0.pdf

se verá condicionada por la naturaleza de la organización anunciante. Esto es, no porque se trate de una ONG, en todo caso sus producciones podrán aprovecharse de esta calificación; si bien, es cierto que la gran mayoría de las solicitudes han sido tramitadas por Asociaciones, Fundaciones, ONGs y Federaciones, entre las que la Comisión menciona a Aspace, *Save the children*, Cáritas española, Manos Unidas, Unicef, la Federación española del Parkinson, etc.¹²² Igualmente, debe diferenciarse entre la finalidad benéfica, orientada a la ayuda a colectivos vulnerables, y la de servicio público, subordinada a la promoción del interés general o protección de bienes públicos.

Con todo, y en resumidas cuentas, la consideración de un anuncio como benéfico o de servicio público se hace depender de dos cuestiones: fin promocional del interés general y ausencia de elementos comerciales, y transmisión gratuita. Esto es, aunque la denominación de esta tipología (“*anuncios de servicio público o carácter benéfico*”) alude únicamente al primero de los requisitos (fin promocional del interés general y ausencia de elementos comerciales), si su proyección entraña contraprestación, decae tal consideración. Una consecuencia que podría considerarse absurda puesto que, entonces, si se diera el caso de un anuncio al servicio del interés general, que no proporciona a su anunciante beneficio económico alguno, pero por cuya difusión ha pagado el anunciante al operador audiovisual que lo inserta en sus retransmisiones, de acuerdo con lo visto, habría que considerar que estamos ante una comunicación comercial que computa a los efectos del artículo 137. ¿El problema? Que se estaría considerando comunicación comercial un anuncio que carece de tal ánimo comercial de promoción de bienes o servicios. Además, si se considera comunicación comercial, ¿a qué modalidad responde? ¿A la de los anuncios publicitarios del 126?

Es verdad que, en el fondo, la consideración de un anuncio como propio del artículo 134, hoy en día no tiene más consecuencia que la exención del cómputo publicitario -lo que, y esto es fundamental, interesa especialmente al operador audiovisual-, y, en consecuencia, podría pensarse que, al fin y al cabo, todo este debate no tiene especial trascendencia. Sin embargo, es precisamente esa falta de trascendencia lo que tiene especial interés. Es la perspectiva desde la que se trata la regulación de esta particular tipología de comunicaciones audiovisuales lo que merece nuestra reflexión, pues, quizás, la atención debía ponerse, no tanto en la cuestión de exención del cómputo, no tanto en los

¹²² CNMC blog: “¿Qué anuncios de la tele no se consideran publicidad?”; 23 /04/2018; Consultado el 7 de abril de 2023; Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2018/04/23/que-anuncios-estan-exentos-de-computo-publicitario/>

operadores audiovisuales, como en el hecho de que, existiendo una efectiva y sincera vocación de promoción del servicio público o actividades benéficas y siendo notorio el alcance o impacto que puedan tener las organizaciones o asociaciones promotoras de los anuncios, ninguna asociación vea vetado el acceso a las pantallas publicitarias. De ahí, la consideración que arriba se planteaba: ¿no debiera considerarse esta una obligación de servicio público?

A la vista del sentido que toma la regulación, el interés general que subyace a estos mensajes queda desprotegido, pasa a un segundo plano. La regulación atiende principal y fundamentalmente a los intereses de los operadores, de manera que si estos tienen el nobilísimo y grandioso gesto -nótese la ironía- de ceder un minuto de sus pantallas a la difusión de estos mensajes, les sea garantizado que tal minuto no va a computar en los límites publicitarios; en definitiva: que si ceden un minuto para la difusión gratuita de mensajes benéficos o de servicio público, se les prometa que no van a perder un minuto de ingresos por publicidad.

Pero es que, además, la última palabra la tienen los operadores. La difusión de estos mensajes se hace depender de que estos consientan la proyección gratuita del mensaje sin que, en este primer momento, exista una obligación a tal consentimiento. Y he aquí lo problemático, pues sería inadmisibles que algunas asociaciones, pretendiendo la difusión de anuncios cuyo contenido merezca la consideración de “*de servicio público o interés general*”, se vean abocadas a pagar a los operadores porque de otro modo nadie se ofrecería a difundir sus mensajes, o lo que es peor, que se termine dando la espalda a dichos mensajes. Me explico: según se articula la ley, en caso de que se proyecten este tipo de comunicaciones, los ingresos que durante dicho tiempo de proyección se hayan perdido, se recuperan en la medida en que tal proyección no va a computar en el marco publicitario, pudiendo compensarse entonces ese tiempo con efectiva publicidad generadora de ingresos; esto es, en la medida en que se prevé tal compensación, al operador igual el da difundir un mensaje de este tipo, que no hacerlo. ¿Por qué entonces iba a oponer su negativa? Por rechazo al mensaje mismo, por rechazo a su contenido. Pero, tratándose de mensajes de interés general ¿cómo puede ser que se rechacen? Todo esto tiene mucho que ver con qué entendamos por “interés general”. Así pues, ¿qué es el interés general? ¿puede el interés general ser susceptible de rechazo o controversia?

Abordaremos esta cuestión mediante la exposición de la reciente polémica acontecida en torno al anuncio francés “*Chère future maman*”, que la Administración francesa no

considera merecedor de tal naturaleza. La reflexión que este caso plantea tiene una relevancia capital, pues la cuestión del interés general no solo atañe a los anuncios del artículo 134 de la LGCA. El interés general, es como diría GUILLERMO MUÑOZ, el alma del derecho administrativo. Damos paso así a la tercera parte del trabajo.

III. “Chère future maman”. El “interés general” en juego.

1. “Chère future maman”. Una exposición del caso.

“Ser madre de dos niños con Síndrome de Down es lo mejor que me ha pasado”. Son las palabras de Mariana de Ugarte, mamá de Mariana y Jaime -que como dice su madre “no quiso ser menos que su hermana”-, autora de “2x21, la felicidad no entiende de cromosomas” e influencer -pero de esas cuya cuenta de *Instagram* no le dejan a uno indiferente, pues no son *hauls* compulsivos de ropa y un top 5 restaurantes estrella Michelin lo que comparte en sus *stories*-. Pero rebobinemos seis años atrás, cuando Mariana descubría el diagnóstico de su primera hija. “Lloramos varios días” nos cuenta. Hoy, no pueden más que dar gracias por lo afortunados que se sienten. Pero esto es algo que han descubierto después, al aceptar la realidad con que la vida los sorprendía. Entonces, a ella y a su marido, les invadió el shock, miedo y desconcierto.¹²³

Precisamente porque un niño no es un juguete, porque un hijo es para toda la vida, y porque ser madre es la mayor de las responsabilidades que puede asumir una mujer -como ser padre lo es para el hombre-, la maternidad a veces puede asustar. Si a ello se añade que el bebé viene con alguna patología grave, el temor se multiplica. Y es que una se pregunta si podrá ser feliz, pero, también, si ese niño que espera no se verá privado, por su condición, de la alegría de vivir.

“Chère future maman” se grabó en 2014 con motivo del 21 de marzo, día Internacional del Síndrome de Down, y respondía, precisamente, a la carta que una mujer dirigía a CoorDown, plataforma italiana de asociaciones para la ayuda a personas con discapacidad por la Trisomía 21, entre las que destaca la Fundación Jérôme-Lejeune. “Estoy esperando un bebe. He descubierto que tiene Síndrome de Down. Tengo miedo. ¿Qué clase de vida le espera?”, preguntaba la remitente. En esta breve cinta de 2,28 minutos de duración, varios niños y jóvenes contestan. “No te asustes” “Tu niño podrá hacer muchas cosas” “Podrá ir al colegio ¡como todos!” “Podrá trabajar y ganar su dinero” “A veces será difícil, casi imposible, pero ¿no es igual para todas las madres?” “Querida futura mamá, tu niño podrá ser feliz y tú también podrás ser feliz” son algunas de sus respuestas¹²⁴.

¹²³ DE UGARTE, Mariana., *2x21: La felicidad no entiende de cromosomas*, Ciudadela libros, Madrid, 2022

¹²⁴ Vídeo disponible en: https://youtu.be/Z11IpiDzN_k

Lo que no esperaba nadie es que a esta carta fuera a responder, en cierto modo, el mismísimo Tribunal de Estrasburgo. Pero esto es partir del final de la historia; vayamos pues, paso a paso.

En menos de una semana, la referida campaña alcanzaba más de 1,6 millones de reproducciones, convirtiéndose en el vídeo que en el plazo de 24 horas se había compartido más veces en el mundo, y en nuestro país vecino, Francia, tres cadenas: M6, Canal+ y D8 (M6, canal de Televisión en abierto; y Canal+ y C8, propiedad, ambos, de Groupe Canal+, grupo audiovisual francés por suscripción) proyectaban en el marco de sus pantallas publicitarias un pequeño spot de 30 segundos, elaborado a partir del corto original.¹²⁵

En el marco de sus pantallas publicitarias. El spot de 30 segundos “*Chère future maman*” se había emitido como parte de las secuencias publicitarias. Fue este aspecto lo que dio pie a todo un litigio que no se ha resuelto hasta hace unos meses (si es que puede considerarse resuelto, pues veremos como los pronunciamientos de los órganos que han participado de su enjuiciamiento resultan algo ambiguos).

El debate jurídico en torno a la polémica suscitada por el corto “*Chère future maman*” descansa sobre la base de la regulación que de esta materia hace el *Decreto n° 92-280 del 27 de marzo de 1992* adoptado para la aplicación de los artículos 27¹²⁶ y 33¹²⁷ de la Ley n° 86-1067 del 30 de septiembre de 1986 y que fija los principios generales que definen las obligaciones de los editores de servicios en materia de publicidad, patrocinio y televenta.

Como antes adelantábamos, el problema se plantea al reproducir el vídeo representativo de la campaña promovida por CoordDown como parte de las pantallas publicitarias. Pero ¿qué se entiende por pantallas publicitarias? y ¿Qué dice al respecto el *Decreto 92-280*?

¹²⁵ *Fondation Jérôme Lejeune*. “Vídeo “*Querida futura madre*”: ¡la campaña europea que está causando furor!”; 20/03/2014; Consultado el 1 de marzo de 2023; Disponible en: <https://www.fondationlejeune.org/video-chere-future-maman-la-campagne-europeenne-qui-fait-le-buzzzz/>

¹²⁶ Art.27 de la Ley N° 86-1067, de 30 de septiembre de 1986, sobre la libertad de comunicación: “*Teniendo en cuenta las misiones de interés general de los organismos del sector público y las diferentes categorías de servicios de comunicación audiovisual difundidos por hertzian terrestre, los decretos del Consejo de Estado establecen los principios generales que definen las obligaciones relativas a: 1° Publicidad, televenta y patrocinio; (...)*”

¹²⁷ Art.33 de la Ley N° 86-1067, de 30 de septiembre de 1986, sobre la libertad de comunicación: “*Un decreto del Consejo de Estado, adoptado previa consulta a la Autoridad Reguladora de la Comunicación Audiovisual y Digital, establece, para cada categoría de servicios de radio o televisión distribuidos por redes que no utilizan frecuencias asignadas por la Autoridad Reguladora de la Comunicación Audiovisual y Digital: (...)* 3° *Las normas aplicables a la publicidad, la televenta y el patrocinio; (...)*”

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14 del mencionado decreto,¹²⁸ toda comunicación comercial emitida por los proveedores de los servicios de comunicación audiovisual debe distinguirse de manera precisa del resto de las proyecciones audiovisuales del proveedor; esto es, del resto del programa. Una idea que debería resultarnos familiar, pues en términos, si no exactos, muy similares, se expresa el legislador español. En este sentido, los mensajes publicitarios se han de concentrar en secuencias calificadas como “secuencias publicitarias” o “pantallas publicitarias”, en contraposición al resto de las secuencias audiovisuales del correspondiente canal. Por ello, se dice, expresamente, que la publicidad aislada debe considerarse como algo excepcional.

Así pues, estas secuencias publicitarias tienen un contenido particular y exclusivo, debiendo limitarse a la reproducción de mensajes con fines publicitarios; y entendiéndose por tales, según el artículo 2 del mismo cuerpo normativo,¹²⁹ toda comunicación televisiva que a cambio de una remuneración pretenda la promoción de bienes, servicios o empresas.

Además de exclusivo, este contenido también tiene un carácter excluyente. Ahora bien, se prevé una excepción en virtud de la cual podrá darse cabida en estos espacios a los mensajes de interés general; categoría que comprende aquellos anuncios emitidos gratuitamente en el marco de campañas benéficas y de información administrativa, y que, pese a no tener la consideración de comunicaciones publicitarias, sin embargo, van a poder insertarse en estos espacios.

Con esto claro, estaríamos en disposición de entender el conflicto jurídico que se derivó de la difusión por los canales de televisión M6, D8 y Canal+ del mensaje de sensibilización sobre el Síndrome de Down. Y es que, invocando el artículo 14, se denunció ante el Consejo Superior del Audiovisual (CSA) la proyección de dicho mensaje como parte de las pantallas audiovisuales, pues se entendía que aquello no era conforme con la normativa.

¹²⁸ Art.14 del Decreto N° 92-280, de 27 de marzo de 1992: *“Los mensajes publicitarios o las secuencias de mensajes publicitarios deberán ser fácilmente reconocibles como tales y estar claramente separados del resto del programa, tanto antes como después de su emisión, mediante pantallas reconocibles por sus características ópticas y acústicas”. (...) Los mensajes no publicitarios de interés general, como los emitidos en el marco de campañas benéficas y de campañas de información administrativa, podrán insertarse, en su caso, en secuencias publicitarias (...)*

¹²⁹ Art.2 del Decreto N° 92-280, de 27 de marzo de 1992: *“Para la aplicación del presente decreto, constituye publicidad toda forma de mensaje televisado difundido a cambio de una remuneración o de otra contrapartida con el fin de promover el suministro de bienes o servicios, incluidos los presentados bajo su nombre genérico, en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o para asegurar la promoción comercial de una empresa pública o privada”. Esta definición no incluye las ofertas directas al público para la venta, compra o alquiler de bienes o para la prestación de servicios a cambio de una remuneración”*

El Consejo Superior del Audiovisual (CSA) era una autoridad administrativa independiente, derivada de la Alta Autoridad de la Comunicación Audiovisual. Entre sus funciones estaba la de velar por el cumplimiento de la normativa en el Sector Audiovisual, y procurar desde su independencia, y con la garantía que ello se entiende que supone, la convivencia armoniosa de la libertad de expresión, el interés general, la transparencia y la equidad, en un espacio que se caracteriza -aunque no guste reconocerlo- por un pluralismo ciertamente influenciado por codiciosas disputas de poder¹³⁰.

Empleo conscientemente el pasado imperfecto, porque desde el 1 de enero de 2022, el Consejo Superior del Audiovisual se ha fusionado con la Alta Autoridad para la Difusión de Obras y la Protección de los derechos de Internet (HADOPI), dando lugar a la Autoridad Reguladora de la Comunicación Audiovisual y Digital: Arcom, que hoy asume las competencias en su día atribuidas al CSA¹³¹.

Pero volviendo a la cuestión que nos ocupa, ¿cuál fue el pronunciamiento del CSA? El órgano francés dispuso, dando la razón a quienes habían formulado las quejas, que el corto de sensibilización sobre la Trisomía 21 no podía considerarse ni mensaje publicitario, ni de interés general, y que, por consiguiente, no podía proyectarse en el marco de las pantallas publicitarias. Se trata de una brevísima decisión:

“Le Conseil a été saisi de plaintes à la suite de la diffusion, dans les écrans publicitaires de M6, Canal+ et D8 entre le 21 mars et le 21 avril 2014, d’un message de sensibilisation à la trisomie 21. Intitulé « Chère future maman », il était soutenu par les associations Coordown, Les amis d’Éléonore et la fondation Jérôme-Lejeune, fondation dont la vocation est notamment la lutte contre l’avortement.

Le Conseil considère que ce message ne relève pas de la publicité au sens de l’article 2 du décret du 27 mars 1992. Bien qu’ayant été diffusé à titre gracieux, il ne peut pas non plus être regardé comme un message d’intérêt général, au sens de l’article 14 de ce même décret, puisqu’en s’adressant à une future mère, sa finalité peut paraître ambiguë et ne pas susciter une adhésion spontanée et consensuelle. En conséquence, le Conseil considère qu’il ne pouvait être inséré au sein des écrans publicitaires.

S’inscrivant dans une démarche de lutte contre la stigmatisation des personnes handicapées, ce message aurait pu être valorisé, à l’occasion de la Journée mondiale de la trisomie 21, par une diffusion mieux encadrée et contextualisée, par exemple au sein d’émissions.

Le Conseil est intervenu auprès des chaînes afin de leur demander, à l’avenir, de veiller aux modalités de diffusion des messages susceptibles de porter à controverse.

*Il a répondu en ce sens aux plaignants”.*¹³²

¹³⁰ *Conseil Supérieur de l’Audiovisuel*: “Las misiones de la regulación audiovisual”; Consultado el 3 de marzo de 2023; Disponible en: <https://www.csa.fr/Informer/Qu-est-ce-que-le-CSA/Les-missions-de-la-regulation-audiovisuelle>

¹³¹ La constitución de esta nueva autoridad audiovisual se recoge en la Ley N° 2021-1382 de 25 de octubre de 2021 sobre la regulación y protección del acceso a las obras culturales en la era digital.

¹³² *Conseil Supérieur de l’Audiovisuel* [Asamblea Plenaria del 25 de junio de 2014]: “Décision du CSA. Message de sensibilisation sur la trisomie 21 : intervention auprès de M6 et de Canal+”; 25/07/2014 ;

El CSA considera que no es mensaje publicitario porque se emitió de manera gratuita; y que no es mensaje de interés general, porque se trata de un mensaje capaz de generar controversia, y “*al dirigirse a una futura madre, su finalidad puede parecer ambigua y no suscitar un apoyo espontáneo y consensuado*”.

El Consejo añade que en el marco de la lucha contra la estigmatización de las personas discapacitadas, este mensaje podría haberse proyectado el Día Mundial del Síndrome de Down, con una difusión mejor supervisada y contextualizada dentro de los programas; de modo que, solo insertándose en programas previstos específicamente con motivo del Día Mundial del Síndrome de Down y vinculándose a tal proyecto, entendería la Autoridad audiovisual admisible su emisión. No obstante, ante esta última apreciación, cabe preguntarse si ha visto el Consejo el spot completo. Y es que, si estamos a los minutos 2:12 a 2:16, presenciamos la proyección del siguiente pantallazo: “*21 World Down Syndrome Day. Everyone has the right to be happy #DearFutureMom*”.

En cualquier caso, como consecuencia de lo dicho, el CSA advirtió a los servicios de televisión de que, en lo sucesivo, habrían de tener mayor cuidado, y abstenerse de la difusión de mensajes como el litigioso u otros similares capaces de generar controversia.¹³³ La decisión del Consejo no tenía carácter sancionador, no era tanto una resolución inmediatamente vinculante como una recomendación, pero que, sin embargo, tenían por objeto *influir significativamente* en el comportamiento de los operadores audiovisuales. Pretensión que, a la vista de la potestad sancionadora que en última instancia puede llegar a ejercer la autoridad audiovisual, no es difícil que fuera acatada.¹³⁴ De hecho, en 2017, se volvería a solicitar la proyección del vídeo “*Chère future maman*” con ocasión del Día Mundial del Síndrome de Down, y ¿la respuesta de los medios? Se abstuvieron de

Consultado el 3 de marzo de 2023; Disponible en : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Message-de-sensibilisation-sur-la-trisomie-21-intervention-aupres-de-M6-et-de-Canal>

¹³³ *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* [Asamblea Plenaria del 25 de junio de 2014] : “*Décision du CSA. Message de sensibilisation sur la trisomie 21 : intervention auprès de M6 et de Canal+*”; 25/07/2014; Consultado el 3 de marzo de 2023; Disponible en : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Message-de-sensibilisation-sur-la-trisomie-21-intervention-aupres-de-M6-et-de-Canal>

¹³⁴ En relación con el modo en que el CSA, hoy Arcom, lleva a cabo su potestad sancionadora, hay que decir que, generalmente, ante las irregularidades en el ejercicio de las obligaciones que competen a los medios audiovisuales, Arcom no responde de manera inmediata con la imposición de sanciones, sino que remite a los operadores correspondientes una notificación con el fin de advertirlos del carácter desviado de sus conductas. Esto es, hay un aviso previo por parte de la autoridad audiovisual, y, únicamente, cuando después de recibirse esta notificación el prestador del servicio audiovisual persista en la ilicitud de su conducta, se procederá a la incoación del debido procedimiento sancionador. Véase: *Arcom*: “*Comment l'Arcom réagit à vos alertes?*”; Consultado el 3 de marzo de 2022; Disponible en : <https://www.arcom.fr/alertez-nous/comment-larcom-reagit-vos-alertes>

responder -y por tanto también de emitir el clip-, con la salvedad de una de las cadenas que, habiendo difundido el vídeo en 2014, esta vez alegó que “no había espacio para anuncios gratuitos durante los periodos solicitados”.

Ahora bien, el CSA estaba lejos de tener la última palabra. Escasos meses después de que este se hubiera pronunciado, el caso era impugnado ante el Consejo de Estado¹³⁵. Los recurrentes, entre los que se encontraba la Fundación Jérôme Lejeune, solicitaban que se anulara la decisión de la autoridad audiovisual mediante interposición de recurso por exceso de poder.¹³⁶

¹³⁵ Hay que decir que, propiamente, de un lado, el 23 de septiembre de 2014, varias personas, entre ellas Inès De Pracomtal, una de las jóvenes que aparece en el vídeo, interpusieron ante el Conseil d'État un recurso por exceso de poder contra la decisión y comunicados de prensa del CSA. De otro lado, el 15 de diciembre del mismo año, la Fundación Jérôme Lejeune presentaba una solicitud de indemnización ante el CSA. Pero ante la falta de respuesta de la Autoridad audiovisual, la Fundación decide interponer un recurso ante el Tribunal Administrativo de París. Con todo, finalmente, mediante auto de 12 de octubre de 2015, el Tribunal Administrativo de París, remitió el recurso al Consejo de Estado, que resolvió ambos recursos, el de Inès y la Fundación, conjuntamente.

¹³⁶ Resulta de interés, aunque sea a pie de página, llamar la atención sobre la cuestión siguiente: Como se ha señalado, contra la decisión del Consejo Superior del Audiovisual, se interpuso recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado. El recurso por exceso de poder (de *recours pour excès de pouvoir* o REP) es un recurso administrativo típico del derecho francés -que, dicho sea de paso, nuestro Ordenamiento Jurídico no contempla-, “*tendante a la nulidad de una decisión administrativa y fundado en la violación por esta decisión de una norma de derecho, (...) que tiene por efecto asegurar, de conformidad con los principios generales del derecho, el respeto a la legalidad*” (Conseil d'État, Assemblée, 11/05/2004, 255886, Publié au recueil Lebon; ECLI:FR:CEASS:2004:255886.20040511). El recurso por extralimitación de facultades se constituyó como derecho en beneficio de los litigantes y principio general del derecho administrativo respecto de los actos administrativos, en virtud de la Sentencia del Consejo de Estado, de 17 de febrero de 1950, Dame Lamotte. Es además posible la impugnación de decisiones administrativas aun sin texto. Lo interesante, y lo que vemos que aquí se plantea, es que el REP puede oponerse contra actos normativos o decisorios, pero también contra ciertos actos no normativos o decisorios. El derecho administrativo francés es eminentemente jurisprudencial, y así se reconoció claramente en dos sentencias del 21 de marzo de 2016: “4. *Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative*” (Conseil d'État, Assemblée, 21/03/2016, 368082, Publié au recueil Lebon ; ECLI:FR:CEASS:2016:368082.20160321). Igualmente vemos confirmada esta jurisprudencia en la reciente sentencia GISTI 2020: “1. *Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en oeuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices*” (Conseil d'État, Section, 12/06/2020, 418142, Publié au recueil Lebon ; ECLI:FR:CESEC:2020:418142.20200612). Y, como apunto, esto resulta de enorme interés porque en España no son impugnables los actos sin efectos jurídicos; sin embargo, vemos que en Francia basta con que se pretenda, por medio de los mismos, “influir significativamente”, para que pueda la decisión de cualquier órgano público atacarse con este relevante recurso ante el juez administrativo.

Estudiado el caso, la máxima instancia administrativa resolvió no haberse producido error alguno en la calificación jurídica del CSA. Así, comparte con este órgano que, en la medida en que el clip “*Chère future maman*” puede apelar a la conciencia de aquellas madres que, hallándose en la misma situación que la recurrente de la carta que motiva el vídeo, tomaron una decisión distinta, ello impide calificar este mensaje como de interés general¹³⁷. Tampoco aprecia motivos para estimar error de derecho en el ejercicio de su potestad reglamentaria -pues se había alegado también la irregularidad de la firma del acta resultante de la reunión de deliberación del asunto por parte del CSA el 25 de junio de 2014, que había sido firmada por el director general del CSA, previa delegación por parte del presidente del Consejo-. Por consiguiente, desestima las solicitudes presentadas y se reafirma en el parecer del Consejo del Audiovisual.¹³⁸

Es interesante destacar -pues volveremos luego sobre ello- que, no obstante, el Consejo de Estado francés llega a sostener la siguiente apreciación: “*le moyen tiré de ce que le CSA aurait porté à la liberté d'expression une atteinte disproportionnée, en violation de l'article 1er de la loi du 30 septembre 1986 et de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit être écarté*”. Si la máxima instancia administrativa niega que se haya producido una violación *desproporcionada* a la libertad de expresión, puede concluirse entonces que, sin embargo, aunque la libertad de expresión de los litigantes no fue, a juicio del Consejo de Estado, violada de un modo desproporcionado, sí resultó -y así lo reconoce implícitamente el propio Consejo-, cuanto menos, afectada por el comunicado del CSA.

Los litigantes no se darán por vencidos, y así, Inès De Pracomtal, una de las jóvenes que aparecen en el vídeo, y la Fundación Jérôme Lejeune, personándose contra el Estado Francés en mayo de 2017, acuden ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocando el artículo diez del Convenio Europeo de DDHH, reconocedor de la libertad de expresión. Esto es, se plantea si la interpretación que las autoridades administrativas francesas habían hecho del concepto de interés general no suponía un ataque a la libertad

¹³⁷ “*Considérant que la présentation d'un point de vue positif sur la vie personnelle et sociale des jeunes atteints de trisomie répond à un objectif d'intérêt général ; que, toutefois, en estimant qu'en raison de l'"ambiguïté" qu'il avait relevée, le message litigieux était "susceptible de troubler en conscience des femmes qui, dans le respect de la loi, avaient fait des choix de vie personnelle différents" et ne pouvait être regardé comme un "message d'intérêt général" au sens des dispositions précitées de l'article 14 du décret du 27 mars 1992 et que, s'il n'entendait nullement gêner sa diffusion à la télévision, le choix d'une insertion au sein d'écrans publicitaires était inapproprié, le CSA n'a, dans l'exercice de son pouvoir de régulation, commis aucune erreur de qualification juridique ni aucune erreur de droit* » (Conseil d'État, 5ème - 4ème chambres réunies, 10/11/2016, 384691, Publié au recueil Lebon ; ECLI:FR:CECHR:2016:384691.20161110)

¹³⁸ Conseil d'État, N° 384691 ECLI:FR:CECHR:2016:384691.20161110

de expresión por parte de los promotores de la campaña “*Chère future maman*”, en cuanto que dicha interpretación llevaba a la cancelación de su mensaje”.

¿La respuesta de Estrasburgo? Aunque el 21 de septiembre de 2020 había admitido el examen del fondo del caso, obligando al gobierno francés a responder a las cuestiones relativas a la libertad de expresión, el 1 de septiembre de 2022 declaró las demandas inadmisibles, por entender que los recurrentes carecían de legitimidad para constituirse como demandantes. Hay que decir que, propiamente, fueron dos los recursos interpuestos ante el TEDH -uno por cada uno de los recurrentes mencionados-, si bien, por la semejanza de los recursos, el Tribunal estimó procedente examinarlos conjuntamente en una resolución única.

El TEDH alega tener competencia propia para interpretar de oficio, autónomamente, y al margen de los derechos estatales y de la condición de parte que se haya podido reconocer a los recurrentes en los procedimientos internos, la condición de víctima que, de acuerdo con el artículo 34 del Convenio¹³⁹, se requiere para poder constituirse como demandante ante el Tribunal de Estrasburgo; y, este sentido, resuelve que no puede de los sujetos personados predicarse tal cualidad, dado que el comunicado del CSA para que los medios audiovisuales se abstuvieran en el futuro de emitir mensajes similares, se produjo con posterioridad a la proyección del spot originalmente prevista (del 22 de marzo al 21 de abril de 2014). Esto es, considera entonces el TEDH que no puede constatarse la existencia de efectos directa y personalmente sufridos por las partes.

El Tribunal añade que aunque en 2017 se quiso repetir la difusión de la campaña y uno de los canales respondió no haber ya espacio para ello, negando pues la posibilidad de proyección del vídeo (recuérdese que las restantes emisoras requeridas para la promoción de la campaña, sencillamente se abstuvieron de contestar), tal negativa provenía de una entidad jurídica distinta del CSA y además no fue impugnado ante los medios internos¹⁴⁰. Ahora bien, en caso de impugnación, ¿a quién correspondía conocer del asunto? Al CSA de nuevo. El mismo que tres años atrás había considerado inapropiada la inclusión del spot en las pantallas publicitarias. Parece razonable imaginar, entonces, que no se quisiera abrir fuego, de nuevo, en una batalla que ya se podía adivinar perdida. Es cierto que el art.35.1.

¹³⁹ Art.34. del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “[Demandas individuales] *El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*”

¹⁴⁰ STEDH de 1 de septiembre de 2022, caso Ines de Pracomtal v. Francia y Fundación Jérôme Lejeune v. Francia, recurso núm. 34701/17 y 35133/17

del Convenio¹⁴¹ requiere que antes de recurrir ante el Tribunal de Estrasburgo se hayan agotado las vías de recursos internos. Desde un punto de vista estrictamente procesalista y de acuerdo con el citado artículo, pudiera parecer necesario aceptar el argumento del TEDH. Ahora bien, se pierde de vista que el recurso interpuesto por la Fundación no trae causa tanto en la negativa de 2017, como en los hechos acaecidos en 2014, los cuales sí agotaron las vías internas, pues la decisión del CSA fue llevada hasta el Consejo de Estado francés. Hechos, los de 2014, frente a los que la respuesta obtenida tres años después, opera a modo de prueba, pues el mismo Tribunal reconoce que *“pueda admitirse razonablemente que existe un vínculo entre esta negativa y las decisiones del CSA”*

Pero, en cualquier caso, la oposición o reticencias del Tribunal a la hora de reconocer la condición de víctimas de los recurrentes, resultan de todo punto criticables por otros motivos.¹⁴² No se pierda de vista, a estos efectos, que los recurrentes son dos: Inès De Pracomtal y la Fundación Jérôme Lejeune. El motivo de inadmisión expuesto en el párrafo anterior, aunque cuestionable, si acaso no debiera afectar más que al segundo de los recursos; esto es, al recurso interpuesto por la Fundación, pues fue esta quien volvió a solicitar en 2017 la difusión del vídeo. Ahora bien, ¿resulta apropiado negar la condición de víctima a Inès? DARANAS PELÁEZ hace al respecto un estudio muy interesante. En este sentido, señala que debe rechazarse que el TEDH pueda interpretar de modo completamente autónomo e independiente la noción de víctima del artículo 34, pero además añade que no debe perderse de vista el tenor literal del citado precepto: *“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación (...)”*. El artículo 34 no requiere probar previamente haber soportado o padecido los efectos de la decisión o acto impugnado, sino que entiende suficiente que el demandante se considere, se crea afectado

¹⁴¹ Art.35 del Convenio Europeo de DDHH: “Condiciones de admisibilidad: 1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva. 2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34 cuando: a) sea anónima; o b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de acuerdo, y no contenga hechos nuevos. 3. El Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda. 4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento”

¹⁴² DARANAS PELÁEZ, MARIANO, “Una virtual denegación de justicia: STEDH de 1 de septiembre de 2022, caso Ines de Pracomtal v. Francia y Fundación Jérôme Lejeune v. Francia, recurso núm. 34701/17 y 35133/17”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, ISSN: 1575-5312, ISSNc: 2951-665X, N° 43, Madrid, 2022, pp. 257-270.

por la presunta infracción alegada. Ello no quita para que pueda requerirse la constatación de ciertos indicios razonables y mínimamente convincentes, pero ¿caso no debieran considerarse tal, el que el Consejo de Estado admitiera el recurso por exceso de poder *ratione materiae* interpuesto por Inès (además, recuérdese que al negar una violación *desproporcionada* contra la libertad de expresión, pareciera que implícitamente sí reconociera el Consejo que esta se hubiera visto, cuanto menos, afectada), y la negativa de 2017 por parte de una de las cadenas que tres años del pronunciamiento del CSA sí hubo difundido el vídeo? El TEDH no lo considera así, pues señala que “*a falta de cualquier otra prueba aportada por los demandantes de los efectos sufridos directa y personalmente como consecuencia de la decisión y del comunicado de prensa controvertidos sobre su derecho a la libertad de expresión, esta circunstancia no puede bastar para acreditar la condición de víctimas*”; pero, sin embargo, reconoce que “*pueda admitirse razonablemente que existe un vínculo entre esta negativa y las decisiones de la CSA*”. Resulta incomprensible. De hecho, cabe considerar que al rechazar el TEDH la condición de víctima de Inès, está abordando de lleno la cuestión de fondo, pues sencillamente la idea que subyace en su planteamiento es la de que las consecuencias derivadas del comunicado del CSA no son efectos suficientes por los que atribuir o reconocer a los recurrentes la condición de víctima, y esto solo puede entenderse así si se considera que la libertad de expresión no se ha visto afectada, puesto que de lo contrario, como indica el citado autor, incluso “*en caso de duda el Tribunal puede, más aún debe, fallar que sí ha existido violación, siquiera en pequeña escala, de la libertad de expresión de la parte actora*”. Pero no, el Tribunal se lava las manos en este asunto, y silencia con ello no solo las pretensiones de los litigantes, sino también las voces de quienes no tienen voz, las voces de tantos niños que diagnosticados con Síndrome de Down no han llegado a nacer. Cabe preguntarse, como sugiere DARANAS PELÁEZ, en qué medida no incurre el TEDH en un supuesto de denegación de la justicia.

2. “Chère future maman”. La interpretación del interés general subyacente en el caso.

¿Cuál es el concepto de interés general que subyace en la decisión del Consejo Audiovisual francés, y que apoya después el Consejo de Estado con su resolución?

Se ha visto cómo el CSA francés descartó que el mensaje “*Chère future maman*” fuera de interés general al entender que “*al dirigirse a una futura madre, su finalidad puede parecer ambigua y no suscitar un apoyo espontáneo y consensuado*”. Esta apreciación, unida a la

consideración de este mensaje como polémico o capaz de suscitar controversia, como se ha apuntado antes, merecen ser analizadas.

“...al dirigirse a una futura madre, su finalidad [la del vídeo] puede parecer ambigua y no suscitar un apoyo espontáneo y consensuado.” ¿por qué iba a resultar ambigua la finalidad del mensaje? ¿cuál entiende el Consejo Audiovisual francés que es el fin perseguido por la campaña? ¿es su interpretación justa?

Quizás tales declaraciones se entiendan mejor si se ponen en relación con la apreciación que el CSA hace de la Fundación Jérôme-Lejeune, una de las asociaciones promotoras de la campaña; y es que, la autoridad audiovisual francesa sostiene que la vocación de esta fundación “*es la lucha contra el aborto*”. Ahora bien, si acudimos a su objeto social, se establece como tal: “*proseguir la obra a la que el Profesor Lejeune consagró su vida: la investigación médica sobre las enfermedades del espíritu y las enfermedades genéticas; la acogida y el cuidado de las personas, en particular de las que padecen la trisomía 21 u otras anomalías genéticas, cuya vida y dignidad deben ser respetadas desde la concepción hasta la muerte*”. La vocación de la fundación no es la lucha contra el aborto, sino la lucha por el derecho a la vida y el respeto a la dignidad de que los niños con Síndrome de Down son merecedores desde el instante mismo de la concepción. El aborto no realiza, sino que destruye dicho derecho a la vida; por lo que es deducción evidente sostener que la Fundación no apoye el aborto. Pero que el Consejo Superior del Audiovisual reduzca, en una resolución pública, el fin de la Fundación a la “*lucha contra el aborto*” tergiversa grosera, peligrosa e injustamente el mensaje que se pretendía lanzar con la campaña; pues es fácil adivinar que con el clima social que se respira, tal propósito [el de la “*lucha contra el aborto*”] va a ser por muchos, y, sobre todo, por muchas, interpretado como una amenaza y oposición contra la mujer embarazada que por razón de unas u otras circunstancias se plantea si seguir adelante o no con su embarazo.

Con su consideración el Consejo induce a la idea siguiente: que el vídeo “*Chère future maman*” pretende la lucha contra el aborto de los niños con Síndrome de Down y se opone a las mujeres que deciden poner fin a -que no interrumpir- su embarazo. Efectivamente la defensa de la vida y el rechazo al aborto, que no a la mujer que aborta, es una de las consecuencias de la postura adoptada por la Fundación; pero el planteamiento de su campaña y de su misión como tal Fundación, es otro. Por encima de todo, lo que se busca, lo que se pretende, y lo que se quiere transmitir, es el apoyo a la mujer embarazada con miedos o dificultades ante el embarazo. En este sentido, recordemos que el anuncio que venimos analizando, se presenta como respuesta de aliento a una madre que acaba de

descubrir que el niño que lleva en su vientre tiene Síndrome de Down, una madre a la que invade el miedo porque no sabe qué vida le espera a su hijo. La actitud de la Fundación es de servicio y ánimo a todas aquellas madres -pues, aunque el CSA se empeñe en hablar de “*futuras madres*”, madres son desde el instante mismo de la concepción-, que se encuentren invadidas por los miedos e incertidumbres ante un diagnóstico prenatal de este tipo. Una actitud que solo puede entenderse si se parte de la conciencia de la valía y dignidad de estos niños. Y este es, precisamente, el mensaje que se quiere transmitir: que los niños con Síndrome de Down pueden ser felices, que los niños con Síndrome de Down merecen tener la oportunidad de vivir, porque sus vidas son un regalo, porque sus vidas merecen la pena, o mejor dicho, merecen la vida.

Pero, en cualquier caso, sobre la base de la tergiversadora relación apuntada, el Consejo sostiene que tal campaña puede *no suscitar un apoyo espontáneo y consensuado*, o, dicho con otras palabras, que es “*susceptible de generar controversia*”. En este mismo sentido, el Consejo de Estado alega que “*el mensaje controvertido era capaz de perturbar la conciencia de las mujeres que, en cumplimiento de la ley, habían tomado opciones personales de vida diferentes*”. Con todo, de este modo justifican ambos órganos que no pueda considerarse el vídeo “*Chère future maman*” de interés general.

El planteamiento de la Administración francesa, referente en el campo del Derecho administrativo, puede tener consecuencias gravísimas. Y es que, la decisión finalmente confirmada por el Consejo de Estado resulta paradójica e incoherente. Si bien se mira, el mensaje subyacente a sus declaraciones es el de considerar que, mientras que la lucha por la no discriminación y estigmatización hacia las personas con Síndrome de Down ya nacidas es cuestión de interés general, no lo es, en cambio, la lucha en favor de la no discriminación -porque esto es lo que verdaderamente supone el aborto de estos niños- hacia el concebido no nacido que porta un cromosoma de más. Esto es, con su postura la Administración francesa estaría considerando que la defensa de la vida no es cuestión de interés general. Y no solo eso. Igualmente, su exposición lleva a la conclusión de que tampoco el apoyo a las personas con discapacidad es cuestión de interés general. O por lo menos, no siempre, no en todo caso; depende de que el discapacitado se halle dentro o fuera del vientre materno.

Pero es que, además, con carácter mucho más general la Administración francesa estaría apuntando que, si un mensaje, una idea, es capaz de generar controversia, no puede esta considerarse objeto de “interés general”. Ahora bien, ¿de acuerdo con qué criterio mide dicha capacidad de generar controversia? Si bien se mira, el conflicto o controversia a

la que se remiten el Consejo Superior del Audiovisual y el Consejo de Estado es de naturaleza político-ideológica. Es una contraposición de ideologías -a favor de la vida o del aborto- la que se plantea en el caso. Al fin y al cabo, quizás tenga razón JEREMÍAS BENTHAM cuando dice que “*el interés público [o interés general] es, uno, por no decir, el más peligrosos de los sofismas políticos*”¹⁴³

Con todo, la conclusión que extraemos vuelve a ser la misma: la importancia de delimitar cuál es el sentido y fin del “*interés general*”.

GARCÍA DE ENTERRÍA no se anda con rodeos. “*sobre la naturaleza del concepto legal de interés público (...) que se trata de un concepto legal (o jurídico) indeterminado. No hay necesidad de más especulaciones*”.¹⁴⁴ El interés general es un concepto jurídicamente indeterminado. Podría decirse que es precisamente esa indeterminación la que convierte este concepto en objeto de debate doctrinal, la que, como en el caso que venimos apuntando, da pie al conflicto. Ahora bien, que estemos ante un concepto jurídicamente indeterminado no significa que no pueda este de ningún modo acotarse. Es más, el citado autor apunta que, frente a la discrecionalidad en sentido estricto, los conceptos jurídicos indeterminados, aun indeterminados tienen una “*inequívoca finalidad delimitadora*”.

Se pretende pues, con el punto siguiente, una aproximación a diversos aspectos que, a la luz de la doctrina, pudieran considerarse criterio auxiliar en la delimitación o configuración del interés general, una exposición de diversas notas que pudieran ser tenidas en cuenta en la caracterización de esta piedra angular del derecho administrativo, para luego contrastar estas con el planteamiento seguido por la Administración francesa en el caso “*Chère future maman*”.

3. Intento de aproximación al “interés general” y estudio del caso francés.

Art. 103.1 de la Constitución española: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales*” En un tono más poético se expresa RODRÍGUEZ-ARANA cuando escribe que “*La Administración sirve al interés general. Es su grandeza y su servidumbre*”¹⁴⁵. Dicho

¹⁴³ BENTHAM JEREMÍAS, *Tratado de los sofismas políticos*, Ed. Leviatán, España, 1998, pág.186, citado por LÓPEZ PEÑA, EDMER LEANDRO, *Dilema del interés público en el Derecho Administrativo*; Thomson Reuters Aranzadi; Navarra; 2018; pág. 45.

¹⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado” en *Revista española de Derecho administrativo*, ISSN 0210-8461, N° 89, 1996, págs. 69-89.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME; *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*; Syntagma, Iustel, Centro de Estudios Estratégicos, Madrid, 2012, pág. 49.

con más o menos gracia, la idea es la misma: el interés general, o mejor dicho, el servicio al interés general es la causa y fin del Derecho administrativo, el fundamento y límite de la actuación administrativa.

“*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales*”. Objetividad y servicio -pues la Administración no es titular sino gestora de los intereses de la comunidad, del pueblo, que es quien es titular de la soberanía, y, por tanto del poder público, de ahí que las autoridades administrativas deben atender y servir a sus intereses-. Estos son los pilares sobre los que debe sustentarse el quehacer de una Administración teleológicamente orientada al interés general. Pilares que deben mantenerse firmes, porque de ellos depende que el intervencionismo no se convierta en un fin en sí mismo, que el interés general no se delimite unilateralmente, al margen de la razón humana y al servicio de un pensamiento único; pilares que deben mantenerse firmes, porque, en definitiva, de ellos depende evitar la desnaturalización del Derecho administrativo y la vuelta al totalitarismo.

Queda claro, por tanto, que el interés general, o mejor dicho, el servicio al interés general es la razón de ser de la Administración. Pero ¿cuál es el contenido de dicho interés general? ¿cuál es el faro que debe guiar la construcción de este concepto?

RODRIGUEZ-ARANA, a lo largo de su obra “*Interés general, Derecho administrativo y Estado de Bienestar*” realiza una exposición brillante con que pone de manifiesto cómo, en el marco de cualquier Estado que se defina a sí mismo como Social y Democrático de Derecho, la cuestión del interés general no puede ser otra más que la de la garantía y promoción de las libertades y derechos fundamentales.

El catedrático explica así que, es en nuestra Constitución, y de modo especial en los Capítulos segundo y tercero del Título primero, donde encontramos los valores y principios que deben presidir el interés general, siendo luego dicho concepto proyectado sobre cada concreta realidad administrativa por medio de las normas, y en última instancia, por medio de los actos administrativos.

En este sentido, el juez WERNER dirá que “*el derecho administrativo es derecho constitucional concretado*”¹⁴⁶, y LÓPEZ PEÑA que “*el interés público constituye un elemento esencial de la justicia constitucional*”¹⁴⁷. Si bien, añade este autor una apreciación importante: “*de ahí su*

¹⁴⁶ WERNER en RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME; *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*; Syntagma, Iustel, Centro de Estudios Estratégicos, Madrid, 2012, pág. 82.

¹⁴⁷ LÓPEZ PEÑA, EDMER LEANDRO; *Dilema del interés público en el Derecho Administrativo*; Thomson Reuters Aranzadi; Navarra; 2018; pág. 41.

relevancia actual, pero también su problemática”. Y es que la Constitución es un peligroso cajón, a veces fácilmente manipulable, o mejor dicho interpretable. Proclama el derecho a la vida, y, sin embargo, hay quienes ven en ella reconocido un derecho al aborto. Por eso, la mirada tiene que alzarse más arriba, y los derechos fundamentales que recoge nuestra Constitución y de los que debe hacer promoción el interés general, interpretarse a la luz de un Derecho natural que se sustente sobre la naturaleza humana, una naturaleza humana que implica tener presente que el hombre es un ser dotado de dignidad.

Como sostuvo GARCÍA DE ENTERRÍA, el interés general está en asegurar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, y de ello se hace responsable al poder público -y por ende, a la Administración-, en virtud de los artículos 10.1 y 9.2 de nuestra Constitución¹⁴⁸. No obstante, esta última apreciación merece una puntualización; y es que, el interés general no es cosa exclusiva del poder público, no es este el único capaz y responsable de garantizarlo. Como muy bien apunta MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, toda la ciudadanía, poderes públicos y privados, deben contribuir al interés general. Ahora bien, el poder público asume frente al mismo específicas funciones de garantía y promoción; esto es, el poder público no puede pretender un interés general propio, no lo monopoliza, pero es fundamental para protegerlo¹⁴⁹.

El mismo catedrático advierte que “*situar la clave en las libertades y derechos fundamentales no comporta aceptar el individualismo y situarse en un planteamiento centrado exclusivamente en la dimensión de lo exigible por cada persona para sí, ajeno, por tanto, a la dimensión social solidaria esencial a toda persona humana*”¹⁵⁰. Ello nos lleva a tratar otra cuestión; y es que el interés general no puede desligarse de la idea de libertad solidaria. Así, el mismo interés general es muchas veces invocado a la hora de justificar la limitación o intervención de determinados derechos y libertades; lo que no supone sino sostener, en tales casos, la primacía del interés general frente al interés particular. Ahora bien, es indispensable que se pruebe que dichas limitaciones responden a una efectiva causa de interés general, siendo al mismo tiempo conscientes de que, al igual que no son absolutos los derechos fundamentales y libertades públicas, tampoco lo son sus límites. En este sentido, apunta el profesor que “*Las*

¹⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares”; en *Revista española de derecho administrativo*, ISSN 0210-8461, N° 70, 1991, págs. 255-268

¹⁴⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSE LUIS; “El interés general” en *Revista de Derecho*, ISSN 1608-1714, N° 23, Vol 1, 2022 (Ejemplar dedicado a: Revista de Derecho), págs. 15-54.

¹⁵⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSE LUIS; “El interés general” en *Revista de Derecho*, ISSN 1608-1714, N° 23, Vol 1, 2022 (Ejemplar dedicado a: Revista de Derecho), págs. 15-54.

*limitaciones por motivos sociales o de interés público, si se quiere, ayudan a reconocer la esencia de los propios derechos fundamentales. Pero el problema reside en los atentados hoy tan frecuentes que se perpetran contra el núcleo esencial de los derechos fundamentales bajo el paraguas de los límites”*¹⁵¹

Bien, con todo, ¿qué consideración merece el pronunciamiento francés? ¿es el concepto de interés general sostenido por el CSA y el Consejo de Estado francés acorde con la idea de esta realidad como orientada a la promoción de los derechos y libertades fundamentales? Me temo que no.

Se ha dicho que el interés general es delimitado escaladamente. Primero es configurado en abstracto de acuerdo con las libertades y derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona. Después es objeto de una concreción mayor por cada una de las leyes en que se plantea la consideración de este concepto. Y finalmente es aterrizado o traducido al mundo de lo fáctico, de lo real, por medio del acto administrativo. Bien, tomemos este caso y operemos a la inversa. Veamos lo que suponen estas decisiones administrativas, las del CSA y el Consejo de Estado, en el marco de las libertades y derechos fundamentales.

El pronunciamiento francés significa la cancelación de un mensaje de defensa de la vida, de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad, y de apoyo a la mujer embarazada. ¿Acaso no son todas estas, cuestiones de interés general? Derecho a la vida (Art.15 CE) y derecho a la no discriminación (art.14 CE) son rechazados. El principio de protección integral de las madres por parte de los poderes públicos (art.39.2. CE) obviado cuando se trata de acompañar a las mujeres en la continuación del embarazo. Y con todo ello, *échec et mat* (jaque mate) a la libertad de expresión.

En cambio, cabe preguntarse, ¿qué derechos se vulneraban difundiendo el vídeo? El único argumento en que basa el Consejo de Estado su recomendación es que el mensaje *“era susceptible de perturbar la conciencia de las mujeres que, en cumplimiento de la ley, habían tomado opciones personales de vida diferentes”*. A estos efectos debe tenerse presente que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de DDHH, la libertad de expresión *“(..)* vale no sólo para las *“informaciones”* o *“ideas”* acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan: así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna *“sociedad democrática”*. Ahora bien, en todo caso, considerar este un mensaje hiriente, es confundir la ofensa con el sentimiento

¹⁵¹ RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Syntagma, Iustel, Centro de Estudios Estratégicos, Madrid, 2012, pág. 172.

de culpabilidad que nace de la responsabilidad derivada de los propios actos; actos, por lo demás, “legales” según el ordenamiento jurídico francés.¹⁵²

Con todo, hecho el análisis anterior, vistos los derechos que se vulneran con el pronunciamiento de la Administración francesa, y visto que, por el contrario, difundir el mensaje no supone perjuicio alguno en términos legales -pues cosa distinta es la conciencia de cada cual-, creo que debe resolverse, entonces, que lo efectivamente respetuoso con el interés general, porque encierra un mensaje plenamente favorable al mismo, es permitir la difusión de la campaña en el marco de las secuencias publicitarias.

En cualquier caso, con sus consideraciones, la Administración francesa parece entender que el interés general decae desde el momento en que este pueda ser objeto de controversia. Así, en la medida en que el vídeo “*chère future maman*” no es acogido por todos con el mismo ánimo, no puede decirse que este sea objeto de interés general. Idea, ésta, que lleva a entender implícita la consideración de que, entonces, lo acorde con el interés general es la cancelación del mensaje litigioso. Ahora bien, esta última apreciación es de todo punto absurda, pues, ¿acaso no es también dicha cancelación motivo de controversia? La decisión de la Administración francesa no es una solución exenta de polémica, de discusión. No nos engañemos, en el fondo, subyace en el caso un debate de naturaleza político-ideológica. Atendemos a una contraposición de ideologías -a favor de la vida o del aborto-. Dos voces, dos posturas distintas. Callar a una de ellas no sería propio de una sociedad democrática, sino, por el contrario, representativo de lo que ROD DREHER llama el *totalitarismo blando* de nuestros días.

Pero, por no perder el hilo de la exposición, decíamos que el interés general no puede decaer por el hecho de que haya quienes se oponen a él. Piénsese en la expropiación forzosa. Si añade tal calificativo, el de forzosa, es precisamente porque se realiza aun en contra de la voluntad del propietario, y, sin embargo, esta figura del derecho administrativo encuentra su fundamento y justificación en el interés general al servicio del cual se ejecuta. De manera que, debe rechazarse categóricamente la interpretación del interés general que parece desprenderse de las resoluciones del CSA y Consejo de Estado.

¹⁵² Aunque ¿qué parte de esa culpa no es también nuestra por no poner todos los medios posibles en aras a evitar que mujeres en las mismas circunstancias que la remitente de la carta que motivara el vídeo, tomen una decisión de la que puedan arrepentirse? De hecho, corrijo, ¿no estaremos confundiendo ese “perturbar la conciencia” con el arrepentimiento que puedan mostrar “las mujeres que, en cumplimiento de la ley, tomaron opciones personales de vida diferentes”? Que ese arrepentimiento no lo sea porque les faltó una palabra de aliento, de apoyo.

Por otro lado, cuando el Consejo de Estado francés alega que el vídeo “*era susceptible de perturbar la conciencia de las mujeres que, en cumplimiento de la ley, habían tomado opciones personales de vida diferentes*”, parece estar justificando y revistiendo de una especial entidad y protección las quejas manifestadas por las mujeres que originalmente se opusieron a la campaña. Ello, simplemente porque la decisión que estas hubieran tomado¹⁵³ ante un supuesto de hecho como el que se relata en la carta que da pie al vídeo, estuviera avalada, permitida por ley. Ahora bien, contra ello debe sostenerse que el hecho de que no se infrinja la Ley, no significa que se esté actuando positivamente al interés general en todos sus aspectos.

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que una opción buena, y respetuosa con el interés general, como es la defensa de la vida, el reconocimiento de la valía de las personas discapacitadas, y el apoyo a la maternidad, no pueden dejar de serlo porque haya gente que tome decisiones distintas, y aun cuando estas otras alternativas estén amparadas legalmente; aunque, dicho sea de paso, de dicho amparo legal también goza, o debiera gozar el mensaje de la campaña promovida, entre otras, por la Fundación Jérôme-Lejeune, pues, insisto, si no, ¿dónde quedan el derecho a la vida, el compromiso de los poderes públicos con la maternidad y la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad? En definitiva, algo bueno no puede dejar de serlo porque haya quienes no actúen de acuerdo con ello. Una determinada medida puede ser buena para todos, aunque haya quien no quiera optar por ella. La educación pública es buena, necesaria, es, de hecho, manifestación del interés general, y, sin embargo, habrá quienes prefieran llevar a sus hijos a un colegio privado o concertado. Ahora bien, la decisión de estos padres no hace que la educación pública deje de ser cuestión de interés general.

Y antes de concluir, quisiera hacer la siguiente reflexión: dice la Administración francesa que debe evitarse la proyección del vídeo porque este puede “*perturbar la conciencia*”, puede molestar a las mujeres que no han querido continuar con su embarazo. Ahora bien, ¿qué hay de la voz de tantos niños, cuyas vidas, marcadas por un cromosoma de más no hemos sabido apreciar y no hemos aceptado? Como se les ha callado, no los escuchamos. Este vídeo hablaba por quienes no tuvieron, o puede que no tengan, la oportunidad de hacerlo. Este vídeo daba voz a quien no la tiene. No es justo silenciar su mensaje.

¹⁵³ La expresión empleada por el Consejo de Estado, y luego repetida por el TEDH es: “mujeres que, en cumplimiento de la ley, habían tomado opciones personales de vida diferentes”. “*Decisión u opción personal de vida diferente*”, no significa sino haber puesto fin al embarazo, en vez de seguir adelante con él. Esto es, haber abortado. Proclaman la legalidad de esta acción, y sin embargo, se emplea una redacción maquillada, como pretendiendo suavizarla. ¿Por qué? Resulta paradójico el falso pudor empleado por ambos órganos al expresarse...

Con todo, este caso, mediático meses atrás, tiene una relevancia fundamental, pues subyace en él una interpretación ciertamente peligrosa del interés general. Una interpretación que favorece la consideración subjetiva y arbitraria del interés general, un interés general acuñado de acuerdo con lo políticamente correcto.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. Desde que se produjera la liberalización del Audiovisual, conviven en este Sector operadores públicos y privados como manifestación de la compatibilidad existente entre la idea comunitaria de “*servicios de interés general*”, y el concepto de derecho interno de “*servicio público*”. Ahora bien, la *publificación* parcial, lo es a cambio de cumplir con la misión de servicio público que a estos sujetos les es encomendada; si no, decae la justificación de la reserva audiovisual operada en su favor. Y, sin embargo, aunque la misión de servicio público debería ser el eje vertebrador de la TV pública, se ha visto el riesgo de que quede relegada a una mera declaración de intenciones, pues atendemos a una normativa que se ve afectada de lagunas, y lo previsto en materia de servicio público e interés general, resulta desprovisto de mecanismos que permitan instar a su cumplimiento.

SEGUNDA. El interés general, debe ser el criterio que inspire la regulación y funcionamiento del Audiovisual. Pero al interés general deben contribuir todos, operadores públicos y privados, con el fin de hacer realidad la idea de una Televisión de calidad, verdaderamente garante del interés general, transparente y plural, reflejo de una sociedad efectivamente democrática, y protectora de tantos derechos y libertades constitucionales como hay en juego en este Sector. Ahora bien, de un lado, la TV privada es una Televisión comercial; de ahí que debamos ser doblemente exigente con la TV pública, requiriendo de ella un compromiso particular con los propósitos antes señalados. De otro, el pluralismo brilla por su ausencia. La TV pública se haya bajo directrices políticas, y las privadas sometidas al filtro del Gobierno, lejos de garantizar un mercado independiente y plural.

TERCERA. La publicidad es uno de los aspectos que con mayor extensión regula el legislador. La realización de comunicaciones comerciales se constituye, teóricamente, como un derecho; ahora bien, en materia de publicidad institucional los elegidos son unos pocos, y el privilegio de ser escogido manifestación de un pacto ideológico que hoy gobierna el Audiovisual. Igualmente, la acreditación de audiencias puede, también, operar como barrera para que los pequeños operadores accedan al pastel publicitario. A mayor abundamiento, el debate lo suscitan las limitaciones publicitarias cuantitativas y cualitativas. Se valora positivamente la pretensión teórica de servir al interés general con cada una de ellas, pero lo cierto es que la articulación de estas no siempre responde efectivamente a tal pretensión. No obstante, conviene tener presente que la garantía en favor del interés general no puede quedar relegada al plano publicitario, debiendo en todo caso vincular tanto a operadores privados como a operadores públicos.

CUARTA. Anuncios de servicio público o de carácter benéfico (art.134 LGCA). Concluíamos que no son estos una forma a mayores de comunicaciones comerciales. En consecuencia, se ven excluidos del cómputo del límite cuantitativo; si bien, les son de aplicación muchas de las disposiciones generales en materia publicitaria. Se reconocen las molestias que, durante la vigencia de la LGCA de 2010, se tomó la CNMC en la configuración de unas directrices básicas que permitieran su delimitación conceptual; aunque con la aprobación de la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual, se pone fin al régimen de autorización previa al que estaban sometidos. En cualquier caso, la regulación pone la atención en el operador, en que la difusión de estos mensajes no le suponga a éste pérdida alguna, pasando el interés general a un segundo plano. De manera que, sólo por rechazo al contenido del mensaje que se quiera transmitir, es posible imaginar que el operador audiovisual fuera a oponerse a la difusión de estos mensajes. Ahora bien, siendo anuncios que atañen directamente al interés general, cabe plantearse si su difusión no debiera considerarse una obligación de servicio público.

QUINTA. “*Chère future maman*”. Se cuestiona en qué medida la inadmisión de demandas por parte del TEDH no entraña un supuesto de denegación de justicia, pero, en todo caso, la conclusión más relevante pasa por tomar consciencia de que la interpretación que del interés general, y en el marco de este caso, hace la Administración francesa, resulta equivocada, contraria a la idea del Derecho administrativo como poder para las libertades, y contraria al pluralismo, pues el interés general se delimita unilateralmente, de acuerdo con lo políticamente correcto. En consecuencia, cuando una idea resulta contraria a dicho pensamiento único, se alega que es susceptible de generar controversia, y por ende, se rechaza la consideración de ésta como objeto de interés general. Contra ello se sostiene, en primer lugar, que tal planteamiento solo toma en consideración la controversia cuando se ve afectado determinado sector ideológico, lo cual no es justo ni democrático, y en segundo, que, en cualquier caso, algo bueno y positivo para el interés general no puede dejar de serlo porque haya quienes actúen de modo distinto.

V. BIBLIOGRAFÍA

A.- LIBROS Y REVISTAS

- ANDRÉS SEGOVIA, Belén; “La financiación del servicio público de Televisión a través de la publicidad. La falta de previsión estatal frente a la autonómica”; en *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, N.º 3, 2015, págs. 679-692;
- ANDRÉS SEGOVIA, Belén, “La regulación del audiovisual español, a prueba”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN: 2386-4567, N.º 17, 2022, pp. 1172-1205.
- ARIÑO, Mónica; “Contenido de vídeo en línea: ¿Regulación 2.0? Un análisis en el contexto de la nueva Directiva de servicios de medios audiovisuales”, en *Quaderns del CAC*, ISSN-e 2014-2242, ISSN 1138-9761, N.º 29 (septiembre-diciembre), 2007, pp. 3-16.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de los sofismas políticos*, Ed. Leviatán, España, 1998, pág.186, citado por LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro, *Dilema del interés público en el Derecho Administrativo*; Thomson Reuters Aranzadi; Navarra; 2018; pág. 45.
- BOIX, A.; DE LA SIERRA, Susana; GUICHOT, Emilio; MANFREDI, J.L., “Hacia un modelo de regulación para garantizar la independencia de las Televisiones públicas en España”, en *Cuadernos (Círculo cívico de opinión)*, ISSN-e 2254-1837, N.º 27, 2020, pp.5-31.
- CANO MONTEJANO, José Carlos; “Análisis de algunos elementos del proyecto de ley general de comunicación audiovisual”, en *Revista Internacional de Derecho de la Comunicación y de las Nuevas Tecnologías (Derecom)*, ISSN-e 1988-2629, N.º 33, 2022, pp. 185-202.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio; “Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general” en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.) Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 293-335.
- DARANAS PELÁEZ, Mariano, “Una virtual denegación de justicia: STEDH de 1 de septiembre de 2022, caso Ines de Pracomtal v. Francia y Fundación Jérôme Lejeune v. Francia, recurso núm. 34701/17 y 35133/17”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, ISSN: 1575-5312, ISSN-e: 2951-665X, N.º 43, Madrid, 2022, pp. 257-270.
- DE UGARTE, Mariana., *2x21: La felicidad no entiende de cromosomas*; Ciudadela libros, Madrid, 2022
- ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho administrativo. (Sexta edición)*; Marcial Pons, Madrid, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la "apariencia de buen derecho" para el otorgamiento de medidas cautelares”; en *Revista española de derecho administrativo*, ISSN 0210-8461, N.º 70, 1991, págs. 255-268
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado” en *Revista española de Derecho administrativo*, ISSN 0210-8461, N.º 89, 1996, págs. 69-89.
- GAY FUENTES, Celeste, “La modificación de la ley de Televisión sin Fronteras” en *Quaderns del CAC*, ISSN-e: 2014-2242, ISSN: 1138-9761, N.º 5, 1999, pp. 2-10
- JEREZ CALDERÓN, José Joaquín y CODES CALATRAVA, José María, “La regulación administrativa de los medios de comunicación social”, en Antonio J. ALONSO TIMÓN (cord.) *Sectores regulados: sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2014, pp.167-208 (198-204).
- LEMA BLANCO, Isabel; “La deficiente regulación en España de los medios de comunicación comunitarios: el caso de Cuac FM” en *Quaderns del CAC*, ISSN-e: 2014-2242, ISSN: 1138-9761, N.º 46, vol. XXIII, 2020, pp. 57-64.
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro; *Dilema del interés público en el Derecho Administrativo*; Thomson Reuters Aranzadi; Navarra; 2018; pág. 41.
- LÓPEZ CEPEDA, Ana María, “El control parlamentario de la radio televisión pública en España. Características, funcionamiento y eficacia”, en *Revista Comunicação Midiática*, V.8, ISSN 2236-8000, N.º 3, 2013, pp. 272-294.
- MARCOS PABLO, Marcos M, “Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”, en *Revista de administración pública*, ISSN: 0034-7639, N.º 143, mayo-agosto 1997, pp. 107-148.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, Jose Luis; “El interés general” en *Revista de Derecho*, ISSN 1608-1714, N.º 23, Vol 1, 2022 (Ejemplar dedicado a: Revista de Derecho), págs. 15-54.

- MARTÍNEZ OTERO, Juan María; “Un nuevo marco regulador para el Sector Audiovisual en Europa: La Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el mercado único digital”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN: 537-571, N° 63 (mayo-agosto), 2019, pp. 537-571.
- MELÓN PARDO, Carlos, “Comunicación Audiovisual”, en José Ignacio VEGA LABELLA y Alfonso MELÓN MUÑOZ (coords.), *Colección Sectores regulados*, Francis Lefebvre, Madrid, 2012.
- MONTES FERNANDEZ, Francisco José, “Historia de la televisión por cable en España. 1970-1995 (I)”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, ISSN: 1133-3677, N° 48, 2015, pp. 403-428.
- MUÑOZ GALLEGO, Almudena; “Mecanismos de control de la televisión pública en España: el cumplimiento de las obligaciones programáticas de servicio público de la CRTVE”, en *Documentación de Ciencias de la Información*, ISSN-e 1988-2890, N° 44, 2, 2021, pp. 271-277.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), “La regulación del sector Audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales” en Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp. 11-118.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Syntagma, Iustel, Centro de Estudios Estratégicos, Madrid, 2012
- RODRÍGUEZ, Carmen, “La publicidad en la nueva Ley General de la Comunicación Audiovisual”, en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.) Mario RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica V. Audiovisual*, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2012, pp.353-399.
- ROZADOS OLIVA, Manuel Jesús; *Derecho Administrativo de la Publicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia; 2009.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; *Derecho Administrativo. Parte general (Decimotercera edición)*, Tecnos, Madrid, 2017.
- WERNER en RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Syntagma, Iustel, Centro de Estudios Estratégicos, Madrid, 2012, pág. 82.
- ZALLO ELGUEZÁBAL; Ramón; “El anteproyecto de ley general de comunicación audiovisual: una guía crítica de lectura” en *CIC. Cuadernos de información y comunicación*, ISSN 1135-7991, ISSN-e 1988-4001, N° 26, 2021, pp. 149-160.

B.- RECURSOS ONLINE

- *Arcom*. “Comment l'Arcom réagit à vos alertes?”; Consultado el 3 de marzo de 2022; Disponible en: <https://www.arcom.fr/alertez-nous/comment-larcom-reagit-vos-alertes>
- *CNMC blog*. “Conceptos básicos de Telecom: Espectro radioeléctrico”; 30 de abril de 2010; Consultado el 16 de marzo de 2023; Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2010/04/30/conceptos-basicos-de-telecom-espectro-radioelectrico/>
- *CNMC blog*. “¿Qué anuncios de la tele no se consideran publicidad?”; 23/04/2018; Consultado el 7 de abril de 2023; Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2018/04/23/que-anuncios-estan-exentos-de-computo-publicitario/>
- *Dircomfidencial*. “La Industria publicitaria denuncia que la futura Ley Audiovisual “no está aprobada pero nace vieja”, 5/04/2022; Consultado el 3 de abril de 2023; Disponible en: <https://dircomfidencial.com/marketing/la-industria-publicitaria-denuncia-que-la-futura-ley-audiovisual-no-esta-aprobada-pero-nace-vieja-20220404-0405/+>
- *Fondation Jérôme Lejeune*. “Vídeo “Querida futura madre”: ¡la campaña europea que está causando furor!”, 20/03/2014; Consultado el 1 de marzo de 2023; Disponible en: <https://www.fondationlejeune.org/video-chere-future-maman-la-campagne-europeenne-qui-fait-le-buzzzz/>
- GOBIERNO DE ESPAÑA; “Componente 25: España hub audiovisual de Europa (Spain AVS Hub)”, *Plan de Recuperación, transformación y resiliencia*; Consultado el 19 de marzo de 2023; Disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-25-espana-hub-audiovisual-de-europa-spain-avs-hub>
- GOBIERNO DE ESPAÑA, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria democrática (Comisión de Publicidad y Comunicación Institucional): “Plan 2023 de Publicidad y

- Comunicación Institucional”, Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/cpci/Documents/Plan%202023.pdf>.
- France 24: “Diputados franceses aprobaron la supresión del sistema de financiación de la televisión pública”, 24/07/2022; Consultado el 4 de abril de 2023; Disponible en: <https://www.france24.com/es/francia/20220724-diputados-franceses-aprobaron-la-supresi%C3%B3n-del-sistema-de-financiaci%C3%B3n-de-la-televisi%C3%B3n-p%C3%BAblica>
 - ISKRA; K. Anna; “La política audiovisual y de los medios de comunicación”, *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo*, 04/2022; Consultado el 18 de marzo de 2023; Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/138/la-politica-audiovisual-y-de-los-medios-de-comunicacion>
 - LEMA BLANCO, Isabel y FERNÁNDEZ CABARCOS, Mariano; “Legislación en medios comunitarios, situación actual, limitaciones y cambios en el horizonte”; *Observatorio ciudadano de comunicación de la Universidad de Santiago de Compostela*, 22/04/2019; Consultado en el 11 de abril de 2023; Disponible en: <https://observatoriodecomunicacion.wordpress.com/2019/04/22/lexislacion-nos-medios-comunitarios-situacion-actual-limitacions-e-cambios-no-horizonte/>
 - MINISTERIO DE CULTURAL en colaboración con el INE, “Cuenta satélite de la cultura”, *Anuario de Estadísticas Culturales 2022*, Disponible: <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:17c40bc7-976c-4a55-a1d8-4e8f40a06c77/nota-resumen-cuenta-satelite-de-la-cultura-2020.pdf>
 - MUÑOZ FERNANDEZ, Alfonso, “RTVE cuesta 19,8 euros al año a cada español, el importe más bajo de los grandes medios públicos europeos”, *El Español*, 5/09/2022; Consultado el 4 de abril de 2022; Disponible en: https://www.elespanol.com/invertia/medios/20220905/rtve-cuesta-espanol-importe-grandes-publicos-europeos/699430421_0.html
 - ORTEGA, Alberto; “Qué es la figura del productor independiente y por qué la ley audiovisual divide al Gobierno y le enfrenta a ERC y Bildu”, *El Español*, 26/05/2022; Consultado el 20 de marzo de 2023; Disponible en: https://www.elespanol.com/invertia/medios/20220526/productor-independiente-audiovisual-gobierno-enfrenta-erc-bildu/675432853_0.html
 - PÉREZ MARCILLA, M; CONDE, P.; OYARZABAL, N., “España. Novedades introducidas por la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual”, *Cuatrecasas*, 4/07/2022; Consultado el 20 de marzo de 2023; Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/espana-novedades-introducidas-por-la-nueva-ley-general-de-comunicacion-audiovisual>
 - PINA, Carolina y MARZO, Javier; “La nueva Ley Audiovisual en 8 claves”, *Garrigues*, 22/07/2022; Consultado el 20 de marzo de 2023; Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/nueva-ley-audiovisual-8-claves
 - *ReasonWhy*: “Aprobada la nueva Ley Audiovisual en España. Estas son sus claves”, 01/12/2022; Consultado el 20 de marzo de 2023; Disponible en: <https://www.reasonwhy.es/actualidad/aprobado-anteproyecto-ley-general-comunicacion-audiovisual>
 - *ReMC*: “¿Qué es la ReMC?”; Consultado el 9 de abril de 2023; Disponible en: <https://medioscomunitarios.net/que-es-la-remc/>
 - *ReMC*: “España ignora a los medios comunitarios; Europa, apoya”; Consultado el 9 de abril de 2023; Disponible en: <https://medioscomunitarios.net/2019/02/europa-fomenta-los-medios-comunitarios-mientas-espana-los-margina/>
 - *ReMC*: “La ONU investiga a España por no asignar licencias a las TV comunitarias”; Consultado el 11 de abril de 2023; Disponible en: <https://medioscomunitarios.net/2018/03/onu-investiga-espana-licencias-tv-comunitarias/>
 - TERÁN, Borja; “Ocho medidas para salvar RTVE”; *La Información*, 25/07/2012; Consultado el 4 de abril de 2023; Disponible en: <https://www.lainformacion.com/opinion/borja-teran/ocho-medidas-para-salvar-rtve/10326/>
 - MPL
 - Vídeo “chere future maman”: https://youtu.be/ZI1IpiDzN_k
 - Vídeo intervención Julio Ariza: <https://youtu.be/jZaLQtrV5ZQ>
 - Vídeo última intervención en 7nn: <https://youtu.be/EeH-VU1z3Q>

C.- JURISPRUDENCIA

- STC 12/1982, de 31 de marzo, ECLI:ES:TC:1982:12 (BOE N.º 95, de 21 de abril de 1982:

- STC 206/1990, de 17 de diciembre ECLI:ES:TC:1990:206 (BOE núm. 9, de 10 de enero de 1991)
- STEDH de 1 de septiembre de 2022, caso Ines de Pracomtal v. Francia y Fundación Jérôme Lejeune v. Francia, recurso núm. 34701/17 y 35133/17
- Handyside c. Reino Unido, 7 de diciembre de 1976, 49, serie A nº 24, y Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia [GS], no 21279/02 y 36448/02, 45, CEDH 2007-I
- Conseil d'État, Assemblée, 11/05/2004, 255886, Publié au recueil Lebon; ECLI:FR:CEASS:2004:255886.20040511
- Conseil d'État, Assemblée, 21/03/2016, 368082, Publié au recueil Lebon ; ECLI:FR:CEASS:2016:368082.20160321
- Conseil d'État, 5ème - 4ème chambres réunies, 10/11/2016, 384691, Publié au recueil Lebon ; ECLI:FR:CECHR:2016:384691.20161110)
- Conseil d'État, Section, 12/06/2020, 418142, Publié au recueil Lebon ; ECLI:FR:CESEC:2020:418142.20200612
- *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* [Asamblea Plenaria del 25 de junio de 2014] : “Décision du CSA. Message de sensibilisation sur la trisomie 21 : intervention auprès de M6 et de Canal+” ; 25/07/2014 ; Consultado el 3 de marzo de 2023 ; Disponible en : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcorm/Les-decisions-du-CSA/Message-de-sensibilisation-sur-la-trisomie-21-intervention-aupres-de-M6-et-de-Canal>

D.- LEGISLACIÓN Y OTROS DOCUMENTOS

- Constitución española.
- Convenio Europeo de DDHH
- Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión.
- Ley 46/1983, de 26 de diciembre, de regulación del tercer canal de televisión.
- Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.
- Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de la Televisión por Satélite.
- Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva
- Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite
- Ley 42/1995, de las telecomunicaciones por cable.
- Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE.
- Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.
- Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional.
- Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal.
- Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.
- Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos.
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.
- TFUE
- 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 sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.
- Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997.
- Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007,
- Directiva 2010/13/UE.
- Directiva 2018/1808 (UE) de Servicios de Comunicación Audiovisual.
- Mandato-marco a la Corporación RTVE previsto en el artículo 4 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal.

- Ley N° 86-1067, de 30 de septiembre de 1986, sobre la libertad de comunicación.
- Decreto N° 92-280, de 27 de marzo de 1992.
- Acuerdo de la CNMC por el que se definen los criterios a aplicar en los procedimientos de exención de cómputo publicitario, EC/D TSA/041/15/CRITERIOS EXENCIÓN CÓMPUTO, Madrid a 9 de julio de 2015; Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1530655_8.pdf
- Acuerdo de la CNMC por el que se emite informe relativo a la segunda audiencia del anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual; IPN/CNMC/026/21; Madrid a 28 de julio de 2021; Disponible en: [3649810_2.pdf \(cnmc.es\)](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3649810_2.pdf)
- Acuerdo de la CNMC por el que se emite informe relativo al Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual; IPN/CNMC/042/20 Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual; Madrid; 18 de diciembre de 2020; Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3309300_9.pdf
- Comunicado oficial grupo parlamentario republicano: <https://estaticos-cdn.elperiodico.com/zeta/public/content/file/original/2021/1130/17/acuerdo-de-gobierno-y-erc-para-los-presupuestos-de-2022-d7fd12e.pdf>
- Directrices básicas del derecho de acceso (Consejo de Administración Corporación RTVE); Disponible en: http://www.rtve.es/contenidos/corporacion/acceso/DIRECTRICES_BASICAS_DERECHO_DE_ACCESO.pdf
- Reglamento del derecho de acceso (Consejo de Administración Corporación RTVE); Disponible en: https://www.rtve.es/contenidos/corporacion/acceso/REGLAMENTO_DERECHO_DE_ACCESO.pdf
- Resolución de la CNMC sobre la exención de cómputo publicitario presentada por Mediaset en relación con a la campaña “*Por un futuro con agua*”; EC/D TSA/021/20/MEDIASET/POR UN FUTURO CON AGUA; Madrid; 15 de abril de 2020; Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2927877_0.pdf