

Cómo citar este texto:

Cano Montejano, J.C. (2022). Análisis de algunos elementos del Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, *Derecom*, 33, 185-202, <http://www.derecom.com/derecom/>

ANÁLISIS DE ALGUNOS ELEMENTOS DEL PROYECTO DE LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

ANALYSING SOME ASPECTS OF THE SPANISH DRAFT LAW ON AUDIOVISUAL COMMUNICATION

© José Carlos Cano Montejano
Universidad Complutense de Madrid (España)
jc.cano@der.ucm.es

Resumen

En este artículo el autor trata de poner de manifiesto algunas cuestiones relacionadas con el procedimiento de transposición de la Directiva de Servicios Audiovisuales, que ha sido compleja debido no sólo a la situación pandémica, sino también por causa de los retos que implicaba su incorporación a las jurisdicciones nacionales. De este modo, la Directiva afecta a cuestiones importantes de la regulación anterior, algo que ha implicado retos relevantes para el legislador nacional, que se ha visto confrontado con unas exigencias derivadas de la norma europea, que podían afectar y tener trascendencia respecto de derechos fundamentales que acrecen el estatuto jurídico no sólo de la ciudadanía, sino también de los operadores jurídicos afectados; por esta razón –y, aunque el texto de este artículo se terminó de escribir antes de la aprobación parlamentaria del Proyecto de ley que ha culminado en la nueva Ley de Comunicación Audiovisual-, lo expuesto a lo largo de estas páginas no pierde vigencia alguna, porque se refiere y vuelca consideraciones que hacen referencia a la transposición en general de cualquier norma europea, concretadas en las exigencias de esta trascendental Directiva, que va a incidir decisivamente en este sector tan relevante, por supuesto –en primer término- por la afectación de derechos fundamentales básicos para el estatuto ciudadano.

Summary

In this paper the author tries to arise some questions regarding the Spanish procedure of transposition of the Audiovisual Media Services Directive, which is deemed to change major elements and key points in the former regulation, specially through the adaption and update process which has accompanied the implementation of the Directive in our jurisdiction. In this paper we focus on some of the items which have arisen more discussion along the legislative procedure due to finish with the approval of the Audiovisual Services Law, which happened and took place just after finishing this text. Most of the issues which are tackled with along this pages,

Recibido: 29/05/2022 Revisado: 13/08/2022

Aceptado: 29/09/2022 Publicado:15/10/2022

have had a translation in the final text approved; others have taken into consideration some of the points which had been underlined by the author through these pages. In the end, the difficult transposition procedure –not only for Spain but as well in many other EU countries- has been an opportunity to analyze, check and ponder the needs of an audiovisual market, highly regulated, and which should take into account the peculiarities and singularities of this relevant manifestation of the fundamental right to free speech and communication altogether.

Palabras clave: Directiva. Servicios audiovisuales. Unión Europea. Procedimiento de transposición

Keywords: Directive. Audiovisual services. Europea Union. Transposition procedure.

1.Introducción¹

Ya con anterioridad hemos dedicado un trabajo al análisis de la transposición en España de la Directiva de Servicios Audiovisuales,² y de sus eventuales repercusiones para nuestro país respecto de determinados productos y servicios, con la inequívoca intención de participar desde una perspectiva académica en el debate público que se ha suscitado en relación con esa labor de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno, y que ha resultado en la publicación –en primer término- del Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, cuyo plazo de audiencia pública y alegaciones fue prorrogado, de manera que se pudieron presentar al mismo contribuciones, consideraciones y opiniones hasta el 12 de julio del 2021; y seguidamente con la publicación en el BOCG³ el 21 de diciembre del Proyecto de Ley que recoge algunas modificaciones respecto del primero, pero que sustancialmente mantiene el espíritu inicial de la transposición.

La realidad es que la incorporación de la norma europea a nuestro ordenamiento ha pasado por ciertos avatares, ya que, recordemos, debería haberse culminado cuando la mayoría de los Estados obligados estaban en situación de pandemia sanitaria –incluida España-, y con diversos estados excepcionales declarados –en el caso de nuestro país, el estado de alarma-. De aquí que haya sido todo menos un camino fácil, habiéndose puesto a prueba la flexibilidad del que, se puede afirmar, ha supuesto un auténtico reto jurídico-constitucional.

Hay que recordar que la Ley General de Comunicación Audiovisual⁴ es una norma que ya había sido reformada en nueve ocasiones previas, casi en su totalidad consecuencia de la adaptación de su texto a imperativos derivados de la UE.

Este Proyecto de Ley -como ya indicamos en su momento respecto del Anteproyecto- introduce determinados elementos que van en línea con la letra y el espíritu de la Directiva, y, por lo tanto, implican una correcta labor de transposición que se desarrolla dentro de los márgenes de apreciación y de discrecionalidad que corresponden tanto al Gobierno como al legislador que articule la iniciativa legislativa de aquel.

Sin embargo, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y -en concreto- la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, han llevado a cabo una singular interpretación de algunos de los postulados de la Directiva

2018/1808, en la medida en que el Proyecto de Ley recoge elementos que pueden tener una trascendencia radical en la comercialización, *marketing* y publicidad de determinados productos, y que además implica una actividad que en Derecho de la Unión se califica como de *gold-plating*, es decir, de inclusión de elementos no originarios en la norma europea, y que -sin embargo- se añaden en el procedimiento de transposición, provocando una distorsión que puede ser grave tanto respecto de la forma cuanto del espíritu de la Directiva -ya que el llamado *gold-plating* suele tener lugar respecto de esta categoría normativa de Derecho derivado de la Unión, al permitir a través de la transposición al Derecho interno la incorporación de esos añadidos, en el mejor de los casos tergiversadores-. Esta no es una declaración hiperbólica, exorbitante y sin fundamento: se basa en la crasa constatación del articulado y texto de la norma de referencia -la Directiva- con el Proyecto de Ley que llega a Las Cortes españolas desde el Gobierno.

A continuación, pasaremos a llevar a cabo un análisis tanto de las novedades que se incorporan en el nuevo texto del Proyecto de Ley aprobado, como de algunas de las cuestiones de fondo que se mantienen en el mismo, y que -en nuestra opinión- sólo han sido modificadas de forma nominal, superficial, ya que conservan los caracteres ya ínsitos en el Anteproyecto.

2. Consideraciones respecto del Proyecto de Ley

En primer lugar, no es objeto de este trabajo el realizar un análisis exhaustivo y pormenorizado de todos los elementos y extremos que configuran el Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, ya que excedería nuestro objetivo, que sí es el de ofrecer una visión de conjunto respecto de algunas de las cuestiones que se incorporan, siendo que algunas ya estaban en la primera versión de aquel, y algunas han sido modificadas; a continuación, veremos con qué alcance y trascendencia.

2.1 Mantenimiento de las restricciones publicitarias

El Proyecto de Ley mantiene en su nueva versión un elemento que ya fue polémico en el texto previo recogido en el Anteproyecto, y que se puso de manifiesto en la consulta pública por parte de numerosos agentes, empresas y operadores: la propuesta normativa parte -de manera congruente con lo establecido en la Directiva a transponer- de un principio que distingue las prohibiciones absolutas de determinadas comunicaciones comerciales audiovisuales, entre las que se encontrarían aquellas que ataquen la dignidad de la persona humana o las que utilicen de manera inapropiada la imagen de la mujer -especialmente con carácter vejatorio y discriminatorio-, de las que promuevan la publicidad encubierta o de carácter subliminal.

Pero también se recogen una serie de restricciones en la publicidad comercial audiovisual respecto de comportamientos que -con carácter genérico- fomenten o promuevan comportamientos nocivos para la salud: entre estos quedarían englobados los anuncios del tabaco, del alcohol, de medicamentos, esoterismo o de las denominadas paraciencias, así como los juegos de azar y apuestas.

En lo que se refiere en concreto a las bebidas alcohólicas, el Proyecto establece una serie de reglas y limitaciones cualitativas aplicables a cualquier comunicación comercial de bebidas alcohólicas, con independencia de su graduación o contenido alcohólico- de forma que se suprime la prohibición absoluta de comunicaciones comerciales de bebidas con un contenido alcohólico superior a 20 grados, algo que sí se recogía en la versión última del Anteproyecto, y

que supuestamente ya pretendía reflejar una ajustada trasposición de la Directiva. La nueva dicción evita las restricciones absolutas en función del tipo o graduación alcohólica de la bebida correspondiente -de acuerdo con lo establecido en los artículos 9 y 22 de aquella-.⁵ A continuación analizaremos por qué -en nuestra opinión- esta modificación textual queda en parte desvirtuada por el mantenimiento de determinadas trabas publicitarias que siguen tomando como referencia única y exclusivamente el contenido alcohólico.

Un elemento básico de interpretación del Anteproyecto -y, por lo tanto, del Proyecto de Ley aprobado- viene representado por el MAIN del Ministerio -que se encuentra publicado en el sitio web del mismo, junto con la redacción actual del Proyecto-. En el mismo se incorpora un razonamiento relativo a la modificación de la prohibición absoluta y taxativa que se establecía en la versión anterior del artículo 121.3 -dedicado a las *Comunicaciones comerciales audiovisuales que fomenten comportamientos nocivos para la salud*-, y que ha sido sustituida por una restricción de comunicación comercial de las bebidas alcohólicas con una graduación superior a 20 grados, pero sólo en determinados espacios horarios -entre la 1:00 y las 5:00 h.-.

Conforme al MAIN del Anteproyecto publicado por el Ministerio, el bien jurídico protegido es la salud pública, y en relación con el mismo se citan una serie de estudios publicados por el Ministerio de Sanidad y por otros organismos en los que se incide en *la necesidad de revisar, reforzar y mejorar los mecanismos de protección, pero sin diferenciar entre los tipos de bebidas alcohólicas (...)*. Es decir, el Ministerio ha interiorizado un mensaje básico que se había puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones en las contribuciones y aportaciones realizadas en la consulta pública abierta en relación con el Anteproyecto, según las cuales, no hay estudios científicos concluyentes que puedan legitimar una diferenciación entre las bebidas alcohólicas según su graduación, de manera que la posición más correcta -y también quizás lógica- hubiese sido la de partir de un tratamiento igualitario de las mismas en relación con eventuales restricciones o condicionamientos publicitarios. Sobre todo, en la medida en que la previsión recogida en el artículo 121.3 ya unívocamente contenía una interdicción de la publicidad genérica para bebidas alcohólicas en la medida en que pudiesen suscitarse mensajes explícitos, periféricos o subliminales que llevasen al espectador o receptor de la comunicación audiovisual a conclusiones erróneas, engañosas o crasamente falsas.⁶

De esta forma, el artículo 121.4 del Proyecto -como ya se había anticipado en la versión final del Anteproyecto, y conforme a los matices expuestos con anterioridad, adopta una redacción que -supuestamente- sería congruente con los postulados de la Directiva, y que también debería eventualmente contar con algún aval científico contrastado que la justificase y legitimase; siendo que la redacción aprobada es la siguiente: *4. Se prohíbe la comunicación comercial audiovisual de bebidas alcohólicas con un nivel superior a veinte grados, excepto cuando sea emitida entre la 01.00 y las 05:00 horas.*

A su vez, la distinción entre bebidas alcohólicas con una graduación superior o inferior a 20 grados también se plasma en el siguiente apartado, que establece que:

5. Se prohíbe la comunicación comercial audiovisual de bebidas alcohólicas con un nivel igual o inferior a veinte grados, excepto cuando sea emitida entre las 20:30 horas y las 5:00 horas y⁷ fuera de ese horario cuando dichas comunicaciones comerciales audiovisuales formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.

De este modo, el Proyecto de Ley consagra y legitima la distinción de trato que se adoptó en la versión última del Anteproyecto, es decir, un tratamiento diferenciado basado única y exclusivamente en la graduación alcohólica del producto, y que -en nuestra opinión- puede constituir una discriminación radical y frontal, en la medida en que distingue de manera arbitraria, extemporánea e ilegítima entre bebidas alcohólicas basándose sólo en la graduación de las mismas, ya que ese trato diferente debería -para ser aceptable y admisible- acompañarse del aval científico correspondiente, que se erigiría en auténtico elemento y pieza de convicción, que permitiese desmontar la presunción de discriminación por trato desigual injustificado, sospecha y suposición -esta sí- frontal, primigenia, evidente, radical y constatable.

Además, no deja de sorprender que esta distinción se mantenga en la medida en que - como hemos podido constatar- el Ministerio, en el análisis normativo recogido en el MAIN del Anteproyecto, intenta justificar un aparente cambio de criterio, pero que más bien debemos lamentablemente calificar de nominal o aparente, ya que mantiene la distinción en la comunicación publicitaria entre las bebidas alcohólicas atendiendo a su graduación, sólo matizando en cuestiones de franjas horarias respecto de su publicidad.

2.2 Consecuencias de la diferenciación entre bebidas alcohólicas a efectos publicitarios

En nuestra opinión, la diferencia de trato que hemos expuesto con anterioridad no sólo tiene repercusiones comerciales evidentes y explícitas, sino que también -como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo- puede constituir una preterición inconstitucional de las empresas productoras de las bebidas alcohólicas que superen el umbral de los 20 grados, ya que afectaría a los derechos fundamentales de libertad de expresión -en su faceta de comunicación publicitaria-, a la libertad de empresa como principio inviolable de la economía de mercado, y también al principio de unidad de mercado.⁸

Respecto a este último, entendemos que el matiz mantenido en el texto del Proyecto de Ley puede resultar a su vez en un incumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de España al Mercado Único Europeo, en la medida en que una interdicción publicitaria con el cariz de la expuesta podría suponer una gravosa transgresión de sus principios, siendo que otros productores radicados en territorio de la UE sólo podrían llevar a cabo una publicidad de sus productos conforme a los condicionamientos expresados en el Proyecto de Ley y, por lo tanto, no podrían eventualmente prevalerse de las ventajas derivadas del mercado sin fronteras dentro de la Unión, en la medida en que otros Estados miembros sí permitan este tipo de publicidad, sin esas distinciones y matizaciones de dudosa legitimidad.

En este sentido, conviene recordar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza, en su artículo 11, la libertad de expresión a nivel comunitario,⁹ con la explícita referencia a que la misma deberá desenvolverse *sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*. Del mismo modo, el artículo 16 protege la libertad de empresa¹⁰.

Otro derecho recogido en la Carta Europea y que podría tener relevancia a los efectos de la interpretación de lo recogido en el Proyecto de Ley -y, por lo tanto, en la eventual Ley que asumiese la redacción actual del mismo- es el referente a la no discriminación¹¹ -artículo 21-, ya que la distinción relativa a la graduación alcohólica podría -como ya hemos indicado- encubrir un trato distinto con posible contenido discriminatorio por razón del origen del producto, al eventualmente poderse acreditar y evidenciar que ese trato diferente podría tener

trascendencia respecto a determinados productos -bebidas alcohólicas- procedentes de otros Estados miembros, como es el caso de los licores y bebidas alcohólicas de graduación superior a veinte grados producidas en otros Estados miembros en los que la fabricación de este tipo de productos sea más relevante que en España. De esta forma, la distinción publicitaria española podría ser constitutiva, respecto de este supuesto, de una auténtica y efectiva medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, algo que está explícitamente prohibido por los Tratados europeos, y por la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ese principio de igualdad de trato -que se manifiesta en el de reconocimiento mutuo o recíproco- es uno de los elementos constitutivos de la Unión Europea, ya no sólo del Mercado Interior -también llamado Mercado Único Europeo-, pudiéndosele calificar de elemento configurador del núcleo esencial que hace reconocible la integración económica que supone la UE. Además este principio tiene una evidente componente *ad extra*, en la medida en que la publicidad y, por lo tanto, la comunicación publicitaria en cualquiera de sus facetas, es básica para el despliegue de esa correcta comercialización en los Estados miembros de los productos producidos en territorio de la UE, de aquí que no sólo resulte pertinente, sino también obligado y necesario proceder a un análisis pormenorizado de las legislaciones vigentes en los demás países miembros de la Unión, para poder comprobar en qué medida las restricciones que se aplican en la propuesta de legislación -que se manifiesta en el Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual-, encuentran, en su caso, un aval en la legislación comparada, o en las propuestas regulatorias que acomoden y pretendan dar transposición al texto de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual 1808/2018 en el resto de los Estados miembros de la UE, porque supondría reconocer que la opción diferenciada en la publicidad es aceptable por otras jurisdicciones, y por lo tanto, digna de consideración también a nuestros efectos, como opción legislativa legítima.

En este sentido, ya resulta bastante significativo que el propio texto del MAIN -que acompañaba a la última versión del Anteproyecto de Ley- reconoce que en lo que hace referencia *al tratamiento legislativo en esta materia en países de nuestro entorno, a nivel UE (y Reino Unido), la mayor parte de ellos establecen criterios y principios cualitativos aplicables a todo tipo de bebida, sin basarse en la graduación alcohólica.*¹² De hecho, explícitamente indica que las restricciones derivadas de la distinta graduación alcohólica sólo se puede encontrar en tres países: Finlandia, Polonia y Letonia -siendo que en estos países, la justificación deriva de la protección de la salud del consumidor, por la elevada tasa de alcoholismo que tienen en sus respectivas poblaciones.

De este modo, se puede afirmar que las restricciones horarias en la publicidad de bebidas alcohólicas, distinguiendo y erigiendo como baremo única y exclusivamente la graduación alcohólica, no se manifiestan casi en ningún país de nuestro entorno, algo que -en primer término- no deja de llamar la atención; siendo que ya desde el Anteproyecto y su documentación aneja, el Gobierno no ha aportado ninguna base o argumentación que permita justificar esta distinción. En concreto, no se aporta evidencia respecto al hecho de que la permisividad en horario más amplio de la publicidad de bebidas alcohólicas con un contenido alcohólico inferior a 20 grados -recordemos que estas pueden publicitarse entre las 20:30 y las 5:00 horas- pueda conllevar unas consecuencias menos perjudiciales que las que se producirían respecto de la publicidad de las bebidas con un contenido alcohólico superior al umbral arbitrariamente establecido.

La realidad crasa y palmaria es que simplemente el hecho de la distinta graduación permite que haya bebidas alcohólicas que disfruten de cuatro horas y media más de publicidad -además, en horario denominado *prime* para el público objetivo destinatario de este tipo de

productos- algo que, sin género alguno de duda, las coloca en una situación de evidente ventaja competitiva respecto de las que tienen una mayor graduación alcohólica, cuya publicidad es restringida de forma más gravosa, e inequívocamente diferenciada. Hay que recordar que el trato diferenciado en identidad de supuestos sólo es aceptable si consta una justificación razonable que la sustente, en este caso, sólo podría derivar de la doctrina científica que así lo afirmase en estudios solventes y contrastados. En otro caso estaríamos ante una discriminación legal derivada de la exclusiva voluntad del legislador, y sometible a revisión tanto ante la jurisdicción interna como ante la europea.

2.3 Requisitos de afectación de un derecho fundamental

Además, y ya en el plano de la afectación del derecho fundamental, cabe señalar y recordar -como ya lo hicimos en artículo precedente-, que las restricciones sobre un derecho fundamental -en este caso, sobre la libertad de empresa en su manifestación de derecho a la publicidad o comunicación audiovisual, como parte insoslayable e irrenunciable de la misma-, en el caso de que se produzcan y se amparen por una norma de carácter general, sólo pueden justificarse en la medida en que no afecten al núcleo esencial del derecho afectado, de manera que la ponderación de la injerencia, intervención y, en este caso, de la interdicción, debe llevarse a cabo a través de un análisis de los principios de proporcionalidad y de necesidad. En este sentido, resulta oportuno señalar que el texto de la propia Directiva exige que las restricciones que se pretendan imponer en el marco de la misma, y derivadas de un supuesto interés general, deberán estar claramente justificadas, ser proporcionadas y necesarias.¹³

Esta apelación a la proporcionalidad como principio modulador de la acción del poder público sobre un determinado derecho fundamental -reconocido no sólo por la jurisprudencia de los tribunales internos, sino por la jurisdicción europea a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en los propios Tratados Constitutivos (artículo 5)¹⁴- necesita de una argumentación convincente, avalada -en el caso de la apelación a la salud pública como justificación última- a través de informes y estudios solventes emitidos por organismos independientes; de este modo, parece que puede afirmarse que el mantenimiento de la restricción que manifiesta una discriminación entre bebidas alcohólicas en función de la graduación en las mismas, no está suficientemente legitimada por elementos de convicción externos a la propia decisión arbitraria y unilateral de legislador -en este caso, del Ministerio que promovió el Anteproyecto-.

Por este motivo, nos parece claramente exorbitante la mención que se hace en el capítulo del MAIN dedicado a la adecuación del Anteproyecto a los principios de buena regulación -que derivan de los que se han puesto de manifiesto por la *Better Regulation* -la Normativa Inteligente-) a nivel comunitario-,¹⁵ explicitando y alegando la necesidad y eficiencia como principios rectores de la legislación propuesta, de conformidad -en su criterio- con el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas,¹⁶ con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. Nos parece que sería positivo recordar al legislador que la obligación de incorporar estas perspectivas derivadas de los principios reseñados no es una mera opción legislativa, sino que se ha convertido en algo imperativo desde la aprobación de la Ley 39/2015 y, por lo tanto, su alegación no puede tener efectos meramente declarativos, sino que debe impregnar el texto y el espíritu de cada propuesta legislativa en concreto.

2.4 Medios y canales de comunicación afectados por la distinción

En otro orden de cosas, también se deben analizar los canales de comunicación que quedan afectados por las restricciones puestas de manifiesto, y que se expresan en el texto del Proyecto de Ley: es evidente que no pueden ser tratadas del mismo modo las comunicaciones audiovisuales difundidas a través de formas tradicionales de emisión -en concreto, la televisión y la radio, es decir, los medios audiovisuales convencionales-, que las nuevas formas de comunicación basadas en las plataformas digitales, que tienen su implantación en internet, se despliegan en la red, y -por lo tanto- se expresan por canales distintos, más dinámicos, versátiles, y -sobre todo- de difícil sometimiento a restricciones derivadas de horarios, ya que se basan en muchas ocasiones en la respuesta a la concreta demanda del usuario, independiente por su propia naturaleza del momento en que se produzca la misma, y, por lo tanto, desligándose del horario. Entendemos que esto también necesariamente afectará al contenido publicitario que eventualmente lleve anejo o aparejado ese servicio bajo demanda.

Por esta razón -que hemos intentado enunciar en términos tecnológicamente asequibles- no deja de sorprender que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital -explícitamente citamos la denominación completa del mismo, ya que se debería presuponer su evidente conocimiento y *expertise* respecto del ámbito digital, y de las nuevas plataformas y virtualidades que se despliegan en el mismo- cuando distingue entre medios de comunicación convencionales y los prestadores de servicios de intercambio de videos a través de plataforma mantenga distinciones que claramente inciden en lo que -en nuestra opinión- debe calificarse de errónea comprensión de la cuestión subyacente, es decir, de la comunicación publicitaria de bebidas alcohólicas en ámbitos que son muy distintos, y por lo tanto, de imposible equiparación.

Y sorprende efectivamente en la medida en que el Ministerio en el propio MAIN que acompañó al Anteproyecto afirmó que se pretendían reforzar *los derechos de los usuarios de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en tanto que dichos servicios quedan incluidos en el ámbito del APL, ampliando la norma proyectada su aplicación más allá del servicio de comunicación audiovisual televisivo.*¹⁷ Sin embargo, esta *prima facie* loable intención no se refleja de forma efectiva ni en el tenor ni en el articulado de la norma propuesta.

En primer término, el texto del Proyecto de Ley se esfuerza por determinar el ámbito de aplicación del mismo, es decir, de los destinatarios efectivos de su regulación; de esta forma el apartado 3 del artículo 3 del Título Preliminar, inequívocamente expresa que:

El prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma está sujeto a lo dispuesto en esta Ley siempre que se encuentre establecido en España, de conformidad con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Por su parte, el apartado 4 del mismo artículo determina que

El prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma que no esté establecido en un Estado miembro se considerará establecido en España a efectos de la presente Ley cuando dicho prestador: a) Tenga una empresa matriz o una empresa filial

establecida en España, o b) Forme parte de un grupo y otra empresa de ese grupo esté establecida en España.

A estos efectos, el regulador lleva a cabo a continuación una extensiva enumeración de qué deba entenderse a través de los conceptos básicos expresados, es decir, qué hay que considerar como *sociedad matriz, empresa filial y grupo*.

Conviene señalar que el afán de ampliar el radio de acción de la norma por parte del Ministerio le lleva a incluir elementos en las definiciones que, como mínimo, pueden calificarse de conceptos jurídicos indeterminados, en los que cabe casi cualquier prestador de servicios online en la medida en que *mantenga una relación estable y efectiva con la economía de España* -apartado 6 del artículo 3-.¹⁸

Es evidente que el esfuerzo definitorio que lleva a cabo el regulador no tiene otro objetivo que someter a su propuesta legislativa al mayor número posible de empresas, con independencia de su radicación, del emplazamiento de su matriz o filial, ya que esa genérica relación estable con España y su economía hace que prácticamente cualquier prestador de servicios digitales, ya sea como plataforma de intercambio de contenidos con o sin control editorial, quedarían sometidos al radio de acción de la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual. Como se verá en el siguiente apartado, este modelo de transposición no se ha seguido en otras jurisdicciones europeas a la hora de adoptar la Directiva europea a su legislación interna.

A pesar de todo, el Proyecto de Ley mantiene la dicción adoptada en la última versión del Anteproyecto al establecer que las limitaciones horarias que se recogían en relación con la comunicación audiovisual de bebidas alcohólicas con un contenido igual o inferior a 20 grados quedan sin efecto cuando se realicen a través de este tipo de plataformas de intercambio de videos.¹⁹ *Sensu contrario*, parece que hay que interpretar que esta cautela horaria se mantendría respecto de los productores que incluyesen comunicaciones publicitarias en estas plataformas cuando superasen esa graduación alcohólica.

De nuevo, apreciando este matiz y las consecuencias que tiene sobre la publicidad de estos productos en ese tipo de plataformas, cobra todo su sentido el análisis respecto a la proporcionalidad, la necesidad y la oportunidad de la restricción sobre la publicidad de las bebidas alcohólicas basada única y exclusivamente en el contenido y graduación de alcohol de las mismas, ya que la distinción en la comunicación publicitaria de unas y otras es todavía más importante que la que se produce en los medios de comunicación tradicionales. Siendo que hay estudios solventes a nivel internacional que afirman, sin género de dudas, que las plataformas digitales hoy en día disponen de la tecnología que permite filtrar los contenidos publicitarios para poder dirigirlos exclusivamente a las audiencias aptas para su recepción, es decir, existe la posibilidad de distinguir o filtrar según el destinatario –algo que en los medios tradicionales no es factible actualmente. De aquí la congruencia de la inclusión de las distinciones horarias.

Este tipo de medidas se denominan *age-gating*, y discriminan por edad entre los eventuales destinatarios,²⁰ de forma que son congruentes con el objetivo de la protección del menor y de determinadas categorías de consumidores.

Por otra parte, también conviene indicar que plataformas como Facebook, Snapchat y YouTube ya impiden que se pueda dirigir publicidad de bebidas alcohólicas a menores, de forma

que cuando detectan que un determinado anuncio publicitario incluye contenido de este tipo, la propia plataforma dispone de técnicas para evitar que el mismo se muestre a menores.

De aquí que la consideración pausada y sosegada de la distinción en la publicidad entre las bebidas alcohólicas en las plataformas de intercambio de videos –sometiendo a restricciones horarias a unas y a otras no- permite afirmar que la previsión normativa recogida en el Proyecto de Ley es exorbitante, casi paradójica, carece de lógica y también de justificación subyacente. Por otra parte, este matiz respecto de las bebidas alcohólicas también en el ámbito de las plataformas digitales tendría como resultado la eventual interdicción de la comunicación publicitaria de algunas de ellas –ya que deberían excluirse plenamente y respecto de cualquier horario-, y todo ello para poder dar efectivo cumplimiento a lo exigido por el regulador en España.

De nuevo, las distorsiones respecto del mercado europeo audiovisual online y bajo demanda serían imprevisibles, y ya no sólo respecto de los meros anunciantes y operadores internos, sino respecto de cualquier medio o plataforma, con independencia de su ubicación efectiva, en la medida en que se pretende someterles a exigencias que les obligarían a distinguir entre jurisdicciones, productos, nivel alcohólico en los mismos, y franjas horarias distintas según el país, cuando –por su propia naturaleza- la oferta online es difícilmente subsumible a esos requerimientos, que pueden calificarse de exorbitantes.

Por ello, parece muy conveniente -a la vez que plausible y razonable- revisar la matización que consagra el artículo 90.1; en este sentido, sería digna de encomio una modificación que supusiese una extensión de esa excepción para que también abarcase a las bebidas alcohólicas con un contenido superior a veinte grados, permitiendo su publicidad en las plataformas online con capacidad de discriminar conforme a los destinatarios de la misma.

3. Análisis normativo por países del estado de la transposición

En coherencia con lo expuesto hasta el momento, parece necesario dedicar un apartado a contemplar la evolución de la transposición de la nueva Directiva de Servicios Audiovisuales a nivel europeo, es decir, en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, porque puede permitir otorgar una correcta perspectiva respecto de las cuestiones que se han ido suscitando hasta el momento, de forma que ese cotejo pueda enriquecer los puntos destacados respecto de las opciones que se han terminado asumiendo por el texto publicado del Proyecto de Ley, y que quizá puedan encontrar determinados elementos de apoyo en esa perspectiva comparada, o contribuir a afirmar la singularidad o excepcionalidad de esas mismas opciones regulatorias, respecto de las que nos hemos ampliamente posicionado en las páginas precedentes.

Como ya indicamos en la introducción, la situación de pandemia y las distintas opciones constitucionales desde las que se ha ofrecido una respuesta jurídica en cada país a la misma hacen que esta transposición pueda calificarse de extraordinaria: la consulta pública en los distintos países pone de manifiesto esta situación de excepcionalidad, y también el hecho de que la mayoría de los Estados miembros de la Unión -incluso ya con el plazo de transposición claramente superado-, todavía no hayan podido dar por concluido la misma, de forma que efectivamente habrían incurrido en una situación de incumplimiento por falta de transposición, algo que en Derecho Comunitario tiene trascendencias gravosas.

De este modo, la Directiva 1808/2018 ha sido transpuesta en el Reino Unido -país que ya no forma parte de la Unión, pero que a todos los efectos ha optado por su implementación para poder seguir participando plenamente del mercado de las telecomunicaciones a nivel

européo-, en Hungría, Luxemburgo, Dinamarca y en Suecia, estando pendiente de transposición en el resto de los Estados miembros de la UE.

Haremos a continuación un breve recorrido por aquellos Estados miembros cuya normativa haya recogido singularidades respecto de la regulación aplicable a la comunicación publicitaria de bebidas alcohólicas, que -como hemos visto- es uno de los elementos que más particulariza a nuestro país en el procedimiento de transposición.

- **Austria:** En este país el Consejo de la Publicidad va a tener que emitir unos nuevos criterios relacionados con la publicidad del alcohol, partiendo de la premisa de la involucración de los distintos círculos empresariales afectados, así como de la AGES - Agencia para la Seguridad Alimentaria- y conforme a las directrices reconocidas a nivel internacional relacionadas con la protección del consumidor.
- **Chequia:** el proyecto de ley presentado por el Gobierno al Parlamento propone ampliar los requisitos de publicidad en radio y televisión respecto del alcohol a los servicios digitales bajo demanda, pero quedarían excluidos de los mismos el patrocinio y el emplazamiento de producto, que sí serían exigibles para la televenta y la publicidad. También enfatiza respecto de la promoción de la autorregulación para situaciones más constringentes; las agencias competentes podrán imponer un código ético en relación con la exposición de menores a la comunicación comercial de bebidas alcohólicas; también se está barajando la posibilidad de imponer restricciones más gravosas que incluirían advertencias sanitarias en los envases y publicidad.
- **Finlandia:** Todavía se encuentra en período de deliberación parlamentaria la propuesta de ley planteada por el Gobierno. Respecto de la publicidad de las bebidas alcohólicas, Finlandia exige que las plataformas de intercambio de videos tengan que cumplir con las exigencias aplicables a la comunicación publicitaria de estos productos -regulada por la Ley del Alcohol de 2018-, que incluye la prohibición de los anuncios de bebidas espirituosas. Pero se introduce un relevante matiz en la medida en que solamente quedan sujetas a estas obligaciones las plataformas que estén efectivamente radicadas y establecidas en Finlandia.
- **Hungría:** La publicidad de bebidas alcohólicas tiene un cierto margen de maniobra en la medida en que su regulación debe ser acordada a través de técnicas de autorregulación. Por lo demás, la incorporación al Derecho interno se ha llevado a cabo a través de la modificación de tres leyes: la de Propiedad Intelectual, la de Libertad de Prensa y la Ley de Servicios de Comunicación de Masas.
- **Irlanda:** En este país, explícitamente, el Departamento de Comunicaciones -*Department of Communications*- ha declarado que no tiene intención alguna de incluir en la transposición ninguna referencia explícita a la publicidad de bebidas alcohólicas dentro de la propuesta normativa que la encauce. Por lo tanto, la extensión de sus efectos a las plataformas digitales con soporte *online* quedará en cierto modo minimizado respecto a las bebidas alcohólicas y su publicidad.
- **Luxemburgo:** la reforma legislativa que ha sido aprobada en relación con la incorporación de la Directiva parte de la mínima armonización, con un bajo impacto

sobre la publicidad de bebidas alcohólicas, y se restringe eminentemente a imponer restricciones cuantitativas respecto de anuncios.

- **Letonia:** En la propuesta de regulación se está ponderando la oportunidad de imponer una absoluta prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas, y esto en cualquier tipo de soporte, plataforma o medio de comunicación o difusión. De este modo, se seguiría el ejemplo de Francia -a través de *la Loi Évin*-, y de Dinamarca, que ya lo tienen recogido en su legislación, aunque este país pasó de una prohibición absoluta hasta 2003, a prohibiciones parciales relacionadas con la protección de la infancia y la juventud, y basadas en códigos de autocondución.
- **Países Bajos:** Se ha optado en la reforma legislativa, que ya prácticamente ha sido aprobada, por la autorregulación respecto de la publicidad de bebidas alcohólicas, de manera que los códigos que se adopten puedan ser revisados con cierta frecuencia.
- **Portugal:** respecto de esta jurisdicción, es importante señalar que las plataformas de intercambio de videos se someten a la prohibición de que la publicidad de bebidas alcohólicas vaya dirigida a los menores; se promueven tanto la autorregulación como la correulación.
- **Eslovenia:** La norma de transposición propone que la comunicación comercial de bebidas alcohólicas deba ser regulada de forma separada; se prohíben las comunicaciones publicitarias de las mismas en la televisión. También se permite la restricción del emplazamiento de producto respecto de ese tipo de bebidas.
- **Suecia:** la Ley de transposición entró en vigor el 1 de diciembre de 2020: respecto de la publicidad de las bebidas alcohólicas en las plataformas de intercambio de videos, sólo quedan afectadas las que tienen su razón social en ese país, de manera que no se establecen franjas horarias que maten el concepto genérico de comunicación publicitaria.

Después de esta somera referencia a las propuestas regulatorias referidas a la publicidad de las bebidas alcohólicas en el ámbito del Derecho comparado europeo,²¹ y que se producen en el marco de la transposición de la nueva Directiva, cabría reseñar algunas cuestiones que pueden calificarse de pertinentes.

No hay ningún país de la Unión Europea que haya introducido las restricciones horarias de contenidos publicitarios relacionados con la comunicación comercial de este tipo de productos, vinculándolos simultáneamente a exigencias periféricas, como son la graduación alcohólica en los mismos. Hay prohibiciones absolutas -Dinamarca o Francia-, relativas o parciales, pero no hay ejemplos de propuestas o de leyes aprobadas que distingan entre porcentajes o graduación de alcohol. De este modo, España, con este Proyecto de Ley, se singulariza, pero en un sentido negativo, algo que puede ser objeto de consideración en un eventual control judicial a nivel europeo de la transposición que se lleve a cabo respecto de la ley que finalmente resulte aprobada.

Además, aunque es cierto que la Directiva busca la ampliación a las plataformas digitales de intercambio de videos y contenidos de algunos de sus postulados, la práctica totalidad de los países han optado por un concepto restrictivo de esa extensión, en la medida en que vinculan la eficacia de su propia regulación a las que, en efecto, sean técnicamente exigibles y factibles, sin pretensiones de universalidad.

De esta forma, España se singulariza de manera muy notable, ya que parte de propuestas maximalistas en el Proyecto de Ley, al pretender extender su regulación al mayor número posible de operadores, introduciendo además las particularidades indicadas relativas a la publicidad de bebidas alcohólicas en horarios distintos dependiendo de su graduación, convirtiendo así en ardua labor el hecho de poder determinar o identificar la *ratio* que ha inspirado la opción legislativa asumida en la propuesta regulatoria examinada.

Conclusiones

1. El Proyecto de Ley aprobado por Consejo de Ministros y publicado en el BOCG para iniciar su tramitación parlamentaria mantiene algunos de los elementos más opinables que ya se recogían en la versión final del Anteproyecto. De este modo, sigue distinguiendo en la comunicación publicitaria entre determinados productos, en concreto, respecto de las bebidas alcohólicas según su graduación.

2. Las restricciones publicitarias horarias que prevé tienen su única y exclusiva justificación en la diferente graduación alcohólica de los productos considerados; de tal manera que las consideraciones relativas a la proporcionalidad y a la necesidad que exige la Directiva para que sean admisibles las restricciones que afecten a derechos fundamentales decaen en gran medida, pudiéndose calificar los postulados de la propuesta regulatoria de exorbitantes.

3. El Anteproyecto también extiende su ámbito de aplicación a una serie de operadores, los prestadores de servicios de intercambio de videos en línea y a las plataformas digitales que las soportan, y los somete a las mismas obligaciones que impone a los demás operadores del espacio audiovisual convencional.

4. Esta determinación y extensión de la aplicación de la norma puede tener consecuencias de difícil ponderación, en la medida en que sujeta a las prescripciones relativas a horarios publicitarios a unos prestadores –y a unos servicios- que por su propia naturaleza pueden llevarse a cabo y actualizarse en cualquier momento, ya que al ser bajo demanda en su gran mayoría, no dependen de una parrilla de programación fija, predefinida y unívoca.

5. Además, esta interpretación extensiva de lo expuesto en la Directiva puede afectar a la libre realización del mercado interior de servicios digitales, al tener la capacidad de dificultar la prestación de estos a aquellos operadores que no estén sometidos a la jurisdicción interna española, pero que quieran prevalerse de las ventajas anejas de apertura a ese mercado cuando hubieran optado por establecerse en otro país miembro de la UE, en el que se haya aprobado una norma de transposición más liberal y menos intervencionista.

6. No deja de resultar significativo que la única jurisdicción que ha optado por la extensión de las restricciones publicitarias horarias a las plataformas digitales sea la española, dándose la circunstancia de que la Directiva busca la extensión de su aplicabilidad a las mismas. Pero sólo respecto de aquellos elementos que sean plausibles, factibles y realizables en el plano práctico, es importante recordar el aforismo *ad impossibilia nemo tenetur*, es decir, a nadie se le puede obligar a lo imposible. En cualquier caso –como hemos visto- la tecnología actual disponible permite el *age-gating*, pudiéndose discriminar conforme a las cualidades del receptor de la eventual publicidad.

7. De esta forma, la transposición española puede singularizarse negativamente, al reflejar una eventual decisión del legislador que no encuentra parangón en el Derecho Comparado de los demás Estados miembros de la Unión, de manera que podrían producirse distorsiones o alteraciones relevantes en el funcionamiento transnacional en la prestación de servicios por parte de las plataformas online.

8. De hecho, la perspectiva comparada ofrece soluciones alternativas plausibles y razonables, coherentes con el espíritu de la Directiva, y que permitirían sujetar a los mandatos derivados del interés general a este tipo de servicios, pero sin tener que someterlos a exigencias exorbitantes y cuasi leoninas que –de facto- dificultarían el patrocinio y el emplazamiento de marca, y no sólo del que se lleve a cabo por los productores de bebidas alcohólicas, sino también de aquellas empresas y prestadores que puedan quedar sujetos a algún tipo de restricción publicitaria horaria contemplado en el Proyecto de Ley.

9. De esta manera, parece muy conveniente –a la vez que plausible y razonable- que *de lege ferenda*, se pudiese, en la tramitación del Proyecto de Ley en Las Cortes, revisar la matización que consagra el artículo 90.1, promoviéndose por la vía de enmiendas una modificación que supusiese una extensión de la excepción para que también abarcase a las bebidas alcohólicas con un contenido superior a veinte grados, permitiendo su publicidad en las plataformas online con capacidad de discriminar conforme a los destinatarios de la misma.

10. De nuevo, la experiencia comparada puede ofrecer al legislador interno experiencias relevantes, que pasan por la autorregulación, la corregulación, la promoción de códigos éticos y de conducta; es decir, optar por técnicas menos invasivas, más coherentes con los principios derivados de la Normativa Inteligente y de mejora regulatoria –algo que, además, se propugna explícitamente por la Directiva- para poder cohonstar el imperativo legal con la proporcionalidad y la libertad de empresa, lográndose una igualdad de trato material, no meramente formal o nominal, entre los operadores afectados.

¹ Este artículo se redactó durante el proceso de transposición, y, por lo tanto, de articulación legislativa de la Directiva de Servicios Audiovisuales, que exigió tanto de España como del resto de los Estados miembros de la UE las modificaciones de la legislación vigente en cada país para adaptarla a los diversos elementos que se recogen en esa Directiva. El Proyecto de Ley estudiado a lo largo de estas páginas ha culminado en la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual -BOE núm. 163, de 08/07/2022-. El texto final aprobado en sede parlamentaria ha modificado algunas de las propuestas de regulación que se incluían tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Ley. Entendemos que el artículo mantiene su actualidad en la medida en que hace referencia a cuestiones sustantivas, que afectan a derechos fundamentales, y que –aunque sólo fuese restringible su actualidad respecto de la propuesta de transposición previa a la aprobación definitiva de la Ley- manifiesta la dificultad que implica, conlleva y acarrea la incorporación al ordenamiento jurídico interno de una norma trascendental para la regulación audiovisual, expresando además un mensaje claro y unívoco: el margen de apreciación de los Estados miembros es una manifestación de soberanía legislativa, que puede asumir matices y caracteres muy diversos y complejos, y que a veces se compadece mal con los compromisos de la propia norma originaria –la Directiva de Servicios Audiovisuales-.

²CANO MONTEJANO, J.C. (2021). “La Transposición en España de la nueva Directiva de Servicios Audiovisuales: varias consideraciones desde el Derecho Europeo”, www.derecom.com, nº 30, marzo 2021-septiembre 2021, pág. 91-116.

³ Proyecto de Ley 121/000076, General de Comunicación Audiovisual, BOCG de 17 de diciembre de 2021, serie A, núm. 77-1, págs. 1-85.

⁴ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, BOE núm. 79, de 01/04/2010.

⁵ MAIN, pág. 24: 1. Se establecen una serie de reglas y limitaciones cualitativas aplicables a toda comunicación comercial de bebidas alcohólicas, con independencia de su graduación, y se suprime la prohibición absoluta existente para la emisión televisiva de comunicaciones comerciales de bebidas con una graduación alcohólica superior a 20 grados. De este modo, se refleja una ajustada trasposición de la Directiva (arts. 9 y 22 Directiva de Servicios de la Comunicación Audiovisual), en la que, por otra parte, no se fijan restricciones o prohibiciones absolutas en función del tipo o graduación de la bebida.

⁶ Artículo 121.3.:

Se prohíbe la comunicación comercial audiovisual de bebidas alcohólicas que cumpla alguno de los siguientes requisitos: a) Se dirija específicamente a menores, o presenten a menores consumiendo dichas bebidas. b) Asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico o a la conducción de vehículos. c) Dé la impresión de que su consumo contribuye al éxito social o sexual, o lo asocie, vincule o relacione con ideas o comportamientos que expresen éxito personal, familiar, social, deportivo o profesional. d) Sugieran que las bebidas alcohólicas tienen propiedades terapéuticas, o un efecto estimulante o sedante, o que constituye un medio para resolver conflictos, o que tiene beneficios para la salud. e) Fomente el consumo inmoderado o se ofrezca una imagen negativa de la abstinencia o la sobriedad. f) Subraye como cualidad positiva de las bebidas su contenido alcohólico. g) No incluya un mensaje de consumo moderado y de bajo riesgo.

⁷ En resaltado los nuevos términos de la dicción empleada en la última versión del Anteproyecto, que supuestamente será la que se presentará al Consejo de Ministros.

⁸ Artículos 20.1 y artículo 38 de la Constitución Española de 1978.

⁹

Artículo 11 Libertad de expresión y de información 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Artículo 16 Libertad de empresa Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

11

Artículo 21 No discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

¹² MAIN del Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual: En cuanto al tratamiento legislativo en esta materia en países de nuestro entorno, a nivel UE (y Reino Unido), la mayor parte de ellos establecen criterios y principios cualitativos aplicables a todo tipo de bebida, sin basarse en la graduación alcohólica. Como excepciones, sólo tres países lo hacen: Finlandia tiene obligaciones en función de la graduación alcohólica, y Polonia y Letonia tienen prohibición general de la publicidad de alcohol para televisión y radio excepto para cerveza y vino. Y, por último, únicamente Suecia y Lituania tienen regulada una prohibición general de la publicidad de alcohol en los servicios audiovisuales (Capítulo IV.- Las comunicaciones comerciales audiovisuales. Punto 1 in fine).

¹³ Considerando (10) de la Directiva 1808/2018:

*De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia»), es posible restringir la libertad de prestación de servicios garantizada por el Tratado por razones imperiosas de interés general, como alcanzar un nivel elevado de protección de los consumidores, a condición de que dichas restricciones estén justificadas y sean proporcionadas y necesarias. Por tanto, un Estado miembro debe poder adoptar determinadas medidas para garantizar que se respete su normativa sobre protección de los consumidores que no se incluyan en los ámbitos coordinados por la Directiva 2010/13/UE. Las medidas adoptadas por un Estado miembro para aplicar su régimen nacional de protección de los consumidores, incluidas las relacionadas con la publicidad de los juegos de azar, **necesitarían estar justificadas, ser proporcionadas con respecto al objetivo perseguido y ser necesarias tal como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.** En cualquier caso, un Estado miembro receptor no puede adoptar medidas que puedan impedir la retransmisión en su territorio de*

emisiones de televisión procedentes de otro Estado miembro. [Subrayado, del autor]

¹⁴ Tratado de la Unión Europea - TÍTULO I: DISPOSICIONES COMUNES - Artículo 5 (antiguo artículo 5 TCE).

¹⁵ En este sentido, el *think tank* Europa Ciudadana tiene varios trabajos, entre los que se puede reseñar *Hiperregulación en la Unión Europea*, 2013, y que se dedica casi exclusivamente a los esfuerzos de la Comisión Europea en relación con la Normativa Inteligente, *la Smart Regulation* y *la Better Regulation*.

https://www.europaciudadana.org/wp-content/uploads/2013/06/Informe_FEC_Hiperregulacion_.pdf (consultado el 27 de septiembre de 2022).

16

Artículo 129. Principios de buena regulación. 1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios. 2. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. 3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

¹⁷ 1.4 Adecuación a los principios de buena regulación, pág. 7.

18

*6. A efectos de la aplicación del apartado quinto, cuando existan varias empresas filiales y cada una de ellas esté establecida en un Estado miembro diferente, se considerará que el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma está establecido en España si la filial establecida en España inició su actividad en primer lugar, **siempre que mantenga una relación estable y efectiva con la economía de España.** Cuando existan varias otras empresas que formen parte del grupo y cada una de ellas esté establecida en un*

Estado miembro diferente, se considerará que el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma está establecido en España si una de dichas empresas inició su actividad en España en primer lugar, siempre que mantenga una relación estable y efectiva con la economía de España. [Subrayado, del autor]

19

Art. 90.1 Los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma garantizarán que las comunicaciones comerciales audiovisuales que comercialicen, vendan u organicen cumplen con lo establecido en la Sección 1ª del Capítulo IV del Título VI, salvo la limitación horaria establecida en el apartado 5 del artículo 121, que no les será de aplicación. En todo caso las comunicaciones comerciales que fomenten comportamientos nocivos o perjudiciales para menores exigirán verificación de edad y acceso a usuarios mayores de edad.

²⁰<https://www.nielsen.com/wp-content/uploads/sites/3/2019/04/Nielsen20DAR20Benchmarks20and20Findings20Report20Europe201H202017.pdf> (consultado el 28 de septiembre 2022).

²¹ Cfr. WORLD FEDERATION OF ADVERTISERS. (2020). *AVMSD Transposition-State of play and key implications for alcohol advertisers*, <https://wfanet.org/knowledge/item/2021/08/05/AVMSD-transposition-State-of-play-and-key-implications-for-advertisers> (consultado el 28 de septiembre de 2022).