

# 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

JUAN MARÍA MARTÍNEZ OTERO<sup>1</sup>  
Universidad de Valencia  
juan.maria.martinez@uv.es

## *Cómo citar/Citation*

Martínez Otero, J. M.<sup>o</sup> (2019).

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.

*Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63, 537-571.

<https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.63.05>

## **Resumen**

En noviembre de 2018 se publicó la Directiva 2018/1808, que modifica sustancialmente el marco normativo aplicable al ámbito de la comunicación audiovisual en la UE. Dicha reforma, motivada por la convergencia mediática, se enmarca dentro de la Estrategia para el Mercado Único Digital, impulsada por la Comisión Juncker desde el año 2015. Las presentes páginas analizan cuáles son las principales novedades de esta reforma: nivelación de las exigencias legales para los servicios lineales y a la carta, inclusión de las plataformas de compartición de vídeo en el ámbito material de la directiva y flexibilización de las exigencias que se imponen a las comunicaciones comerciales. Además, se subrayan otras líneas maestras de la nueva directiva, como la apuesta decidida por la corregulación, el fortalecimiento del papel del Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA), la preocupación por la independencia de las autoridades reguladoras nacionales y la

---

<sup>1</sup> Profesor ayudante doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia.

profundización en las exigencias sobre accesibilidad. A lo largo del estudio se ofrecen pautas y valoraciones sobre cómo transponer al ordenamiento jurídico interno las nuevas exigencias incluidas en la directiva.

### **Palabras clave**

Regulación audiovisual; medios de comunicación; Mercado Único Digital; plataformas de compartición de vídeo (VSP); Directiva 2018/1808.

### **A NEW LEGAL FRAMEWORK FOR THE AUDIOVISUAL IN EUROPE. DIRECTIVE 2018/1808 IN THE BROAD CONTEXT OF MEDIA CONVERGENCE AND THE DIGITAL SINGLE MARKET**

### **Abstract**

Published in November 2018, Directive 2018/1808 substantially modifies the regulatory framework applicable to the audiovisual media services in the EU. This reform, motivated by media convergence, takes place in the broad context of the Digital Single Market Strategy, promoted by the Juncker Commission since 2015. This paper analyzes the main novelties of this reform: leveling the playfield for linear and on-demand services; extending the scope of the Directive to Internet video sharing platforms; and a certain liberalization of the demands imposed on commercial communications. In addition, other master lines of the new Directive are underlined, such as the reinforcement of the commitment with forms of *soft law*; the strengthening of the role of the European Regulators Group for Audiovisual Media Services (ERGA); the concern for the independence of national regulatory authorities; and the deepening in the demands on accessibility. Throughout the study, guidelines are offered on how to transpose the new requirements included in the Directive into the Spanish legal framework.

### **Keywords**

Audiovisual regulation; audiovisual media services; Digital Single Market; Video Sharing Platforms (VSP); Directive 2018/1808.

### **UN NOUVEAU CADRE RÉGLEMENTAIRE POUR LE SECTEUR AUDIOVISUEL EN EUROPE. DIRECTIVE 2018/1808 DANS LE CONTEXTE DE LA CONVERGENCE DES MÉDIAS ET DU MARCHÉ UNIQUE NUMÉRIQUE**

### **Résumé**

La Directive 2018/1808 a été publiée en novembre 2018. Elle modifie substantiellement le cadre réglementaire applicable au domaine de la communication

audiovisuelle dans l'Union européenne. Cette réforme ayant le but de faire converger les médias, s'encadre dans la Stratégie pour le Marché unique numérique, mise en œuvre par la Commission Juncker depuis 2015. Ces pages analysent les principales nouveautés de cette réforme: homogénéisation des exigences légales pour les services linéaires et à la demande; inclusion des plateformes de partage vidéo dans le domaine matériel de la directive; et relâchement des exigences imposées aux communications commerciales. Par ailleurs, d'autres grands axes de la nouvelle Directive sont mis en évidence, tels que l'engagement ferme en faveur de la corégulation, le renforcement du rôle du Groupe des régulateurs européens pour les services de médias audiovisuels (ERGA), le souci de l'indépendance des autorités réglementaires nationales et le renforcement des exigences d'accessibilité. Tout au long de cette étude, des lignes directrices et des évaluations sont fournies sur la manière de transposer en droit national les nouvelles exigences comprises dans la directive.

### **Mots clés**

Réglementation audiovisuelle; médias; Marché unique numérique; plateformes de partage vidéo (VSP); Directive 2018/1808.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO DE LA REFORMA AUDIOVISUAL DE 2018. II. NIVELACIÓN DEL TERRENO ENTRE LOS MEDIOS LINEALES Y A LA CARTA. III. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA A LAS PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS (VSP). IV. FLEXIBILIZACIÓN EN MATERIA PUBLICITARIA. V. OTROS ASPECTOS RELEVANTES DE LA NUEVA DIRECTIVA: 1. Afianzamiento de la apuesta por la corregulación y la autorregulación. 2. Fortalecimiento del papel de ERGA. 3. Mayor atención a las autoridades reguladoras nacionales y a su independencia. 4. Profundización en las exigencias de accesibilidad. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

### I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO DE LA REFORMA AUDIOVISUAL DE 2018

El 20 de noviembre de 2018 se publicó la Directiva 2018/1808, que modifica sustancialmente el marco normativo aplicable al ámbito de la comunicación audiovisual en la UE<sup>2</sup>.

Esta directiva constituye el último jalón de la política audiovisual europea, surgida en los años ochenta del siglo pasado y que ha tenido como principales hitos la llamada «resolución Hahn»<sup>3</sup>, la Directiva Televisión sin Fronteras

---

<sup>2</sup> Directiva 2018/1808/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado (DO L 303 de 28.11.2018). En adelante, nos referiremos a ella como la Directiva 2018/1808.

<sup>3</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 1982, relativa a la televisión y a la radiodifusión en la Comunidad Económica Europea (DO C 87 de 5.04.1982). Junto con las cuestiones técnicas que pretendía resolver, en el fondo de dicha resolución latía la necesidad de forjar una identidad europea común a través de los medios de comunicación.

de 1989 (en adelante, DTSF)<sup>4</sup>, la Directiva 97/36/CE<sup>5</sup> y la Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales de 2007 (en adelante, DSMA)<sup>6</sup>.

El sector de la comunicación audiovisual es una realidad poliédrica, con vertientes de carácter tanto económico como cultural, y con un importante impacto en el ejercicio de derechos fundamentales y en intereses públicos de carácter constitucional (Crusafón Baqués, 1999). A lo largo de su singladura, la política audiovisual europea ha prestado atención a cada una de estas dimensiones<sup>7</sup>.

Atendiendo a su dimensión económica, la «emisión de mensajes televisados, incluidos aquellos que tengan carácter publicitario» se ha concebido desde la sentencia *Sacchi* como una prestación de servicios en el sentido de lo dispuesto en los arts. 56 y siguientes del TFUE<sup>8</sup>. Esta caracterización

<sup>4</sup> Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298 de 17.10.1989).

<sup>5</sup> Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 por la que se modifica la DTSF (DO L 202 de 30.7.1997).

<sup>6</sup> Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 que modifica la DTSF (DO L 332 de 18.12.2007). La Directiva fue modificada en 2010, mediante la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 (DO L 95 de 15.04.2010). Estas normas fueron traspuestas al ordenamiento jurídico interno mediante la LGCA.

<sup>7</sup> Como indica Pérez Chuliá (2002: 11-12), la inexistencia de disposiciones específicas referidas al audiovisual en los tratados constitutivos no fue óbice para que la CEE asumiera competencias en dicha materia, «gracias a cláusulas residuales del TCEE [...], a la teoría de los poderes implícitos, y a la propia labor jurisprudencial del TJCE». Existen abundantes estudios en nuestra doctrina doméstica que analizan en profundidad la política audiovisual europea y su impacto en nuestra normativa nacional. Sin ánimo de exhaustividad, valga mencionar los valiosos trabajos de Gay Fuentes (1994); Freixes Sanjuán (1996); Crusafón Baqués (2000); Pérez Chuliá (2002); Linde Panigua (2006), o Vidal Beltrán (2015).

<sup>8</sup> Sentencia de 30 de abril de 1974, *Sacchi*, 155/73, EU:C:1974:40. La jurisprudencia posterior ha ratificado esta calificación. En este sentido, y entre otras, véase las sentencias de 18 de marzo de 1980, *Debauve*, 52/79, EU:C:1980:83; y de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque/FNCF*, 60-61/84, EU:C:1985:329. En algunos casos, el Tribunal de Justicia ha entendido afectadas por la regulación audiovisual otras libertades comunitarias, como la libre circulación de mercancías —Sentencia de 25 de julio de 1991, *Comisión/Países Bajos*, 353/89, EU:C:1991:325—, o la libre circulación de capitales —Sentencia de 3 de febrero de 1993, *Vereiniging Veronica Omroep Organisatie*, 148/91, EU:C:1993:45—.

ha permitido un amplio margen de actuación a la UE en la regulación del sector audiovisual, como consecuencia de las competencias comunitarias en el mercado interior<sup>9</sup>. Bajo este prisma económico, la normativa europea ha establecido prohibiciones en materia de concentración de medios, ha proscrito abusos de posición dominante y ha impuesto condiciones a las ayudas públicas, a fin de preservar la libre competencia<sup>10</sup>. También se ha ocupado de establecer un marco normativo aplicable a la publicidad, así como a salvaguardar los intereses de los consumidores y usuarios de los medios de comunicación, lo que conecta la regulación audiovisual con los arts. 169 TFUE y 38 de la CDFUE<sup>11</sup>.

La faceta cultural del sector audiovisual es reconocida expresamente por el art. 167.2º del TFUE, que, dentro del capítulo XIII, bajo el título «Cultura», señala que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de la «creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual»<sup>12</sup>. El TFUE reconoce así la íntima conexión entre el sector audiovisual y el florecimiento de las culturas de los Estados miembros, verdadero objetivo de la Unión a tenor de lo dispuesto en el art. 3.3º TUE. Diferentes disposiciones normativas y políticas comunitarias ponen el acento en esta dimensión cultural del fenómeno audiovisual, como las relativas a las ayudas a la producción de obra europea, o a la diversidad cultural y las cuotas de pantalla<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Para un estudio detenido sobre la aplicación de las libertades económicas en el sector audiovisual, véase Vidal Beltrán (2015: 77 y ss.). Martín y Pérez de Nanclares (1995: 45 y ss.) consigna el debate doctrinal acerca de la conveniencia de extender las competencias comunitarias al sector audiovisual.

<sup>10</sup> Sobre la posibilidad de monopolios públicos en el sector audiovisual, en relación con la libertad de establecimiento, resulta de interés la Sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, 260/89, EU:C:1991:254. En relación con abusos de posición dominante, puede consultarse la Sentencia de 28 de marzo de 1985, 298/83, CICCE, EU:C:1985:150.

<sup>11</sup> Un análisis detallado sobre la conexión entre la regulación del audiovisual europea y la protección de los consumidores puede consultarse en Linde Paniagua (2006). En relación con la regulación de la publicidad, resulta de interés la Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Comisión/España, 281/09, EU:C:2011:767, en la que se declara que España incumplía sus obligaciones en materia de supervisión de los tiempos máximos de emisión de publicidad en televisión.

<sup>12</sup> Esta mención a la cultura y al sector audiovisual fue introducida en el derecho originario en el Tratado de Maastricht, en 1992.

<sup>13</sup> Sobre la obligación de los prestadores de servicios de destinar parte de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas, resulta de interés la Sentencia de 5 de marzo de 2009, UTECA, 222/07, EU:C:2009:124.

Finalmente, la conexión de la comunicación audiovisual con derechos fundamentales e intereses públicos ha propiciado disposiciones normativas tendentes a garantizar el libre establecimiento en relación con el derecho a la información, a proteger o promocionar los derechos de ciertos colectivos vulnerables en el entorno audiovisual (menores, personas con discapacidad), así como a prohibir determinados contenidos particularmente nocivos, como el llamado discurso del odio<sup>14</sup>.

Como no podía ser de otro modo, la política audiovisual europea se ha ido adaptando a los vertiginosos cambios que el sector comunicativo ha experimentado en las cuatro últimas décadas. La DTSF de 1989 culminó un proceso lento de reflexión sobre el sector radiotelevisivo, ofreciendo la primera respuesta normativa comunitaria a la cuestión. En 1997 se aprobó la primera gran reforma de la DTSF, que adaptaba sus previsiones a un nuevo contexto donde ya coexistían con naturalidad medios públicos y privados, abiertos y de pago, así como nuevas formas de prestación de servicios audiovisuales, como la televisión por cable o por satélite. Diez años después, la DSMA adaptó el marco normativo precedente, concebido para un contexto televisivo fundamentalmente lineal, a la realidad comunicativa de la primera década del siglo XXI, marcada por la aparición de nuevas formas de comunicación audiovisual a la carta y en movilidad. A tal fin, extendió a los medios no lineales algunas de las obligaciones que venían siendo exigidas a la televisión lineal.

Una década después de la última gran reforma, el avance tecnológico y los consiguientes cambios en los hábitos de consumo audiovisual de los ciudadanos europeos han hecho precisa una nueva revisión en profundidad de la regulación europea del sector audiovisual<sup>15</sup>. ¿A qué nueva situación mediática pretende dar respuesta la directiva de 2018?

Probablemente la palabra que mejor resuma el conjunto de cambios acaecidos en el panorama mediático desde la directiva de 2007 sea la palabra «convergencia». Frente a un paradigma comunicativo en el cual los canales, los contenidos y los prestadores estaban nítidamente diferenciados,

---

<sup>14</sup> Este conjunto de previsiones encuentra una conexión directa con algunas disposiciones de la CDFUE, como el art. 11 (libertad de expresión e información), el 21 (no discriminación), el 24 (derechos del menor), el 26 (integración de las personas discapacitadas) o el 38 (protección de los consumidores). También cabe subrayar su íntima relación con el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el acendrado acervo jurisprudencial del TEDH sobre los derechos comunicativos.

<sup>15</sup> Analizando los motivos que hacen imprescindible una actualización de la normativa audiovisual europea, Huguenot-Noël (2018: 1) señala que las nuevas tecnologías han modificado de forma «dramática» los hábitos de consumo de la audiencia, lo que ha supuesto un cambio «drástico» en la estructura del mercado de servicios audiovisuales.

la segunda década del siglo XXI ha sido testigo de una creciente convergencia entre los mismos, auspiciada por la tecnología digital y por internet, que han difuminado enormemente las fronteras preexistentes (Bondebjerg *et al.*, 2017: 50-53)<sup>16</sup>. Para dar respuesta a esta nueva realidad convergente, la reforma de 2018 ha procurado unificar al máximo el marco normativo aplicable a cualquier forma de comunicación audiovisual televisiva —ya sea lineal o a la carta—, al tiempo que ha extendido algunas de sus previsiones a otras formas de comunicación audiovisual tradicionalmente excluidas de la regulación comunitaria audiovisual, como son las plataformas de compartición de vídeos en internet. El legislador europeo trata así de «nivelar el terreno de juego» para todos los prestadores que ofrecen contenido audiovisual y compiten por la misma audiencia y los mismos anunciantes<sup>17</sup>.

Para cerrar esta breve introducción, es oportuno subrayar que la reforma del régimen jurídico audiovisual operada por la Directiva 2018/1808 no constituye una acción aislada en la política comunitaria, sino que se encuadra en la Estrategia para el Mercado Único Digital, promovida por la Comisión Juncker desde mayo de 2015<sup>18</sup>. En el marco de esta estrategia, la UE está revisando su normativa aplicable a diferentes sectores del ámbito digital —tales como la propiedad intelectual, las comunicaciones comerciales o la protección de datos—, a fin de hacerla más acorde con las peculiaridades y necesidades actuales del sector, caracterizado por su naturaleza global, dinámica y cambiante<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> La convergencia mediática se manifiesta en una triple dirección. En primer lugar, las creaciones audiovisuales son reproducidas indistintamente en las más diversas pantallas: televisión, ordenador, tablet, teléfono móvil... En segundo lugar, los perfiles de los formatos audiovisuales se diluyen, de forma que en ocasiones resulta difícil distinguir un anuncio de una opinión, un videojuego de un vídeo, una película de una serie, una creación profesional de una doméstica, etc. Finalmente, los prestadores de servicios audiovisuales ofrecen servicios y contenido de diferente naturaleza y en distintos formatos.

<sup>17</sup> Sobre la competencia entre los diferentes servicios, Kenny y Suter (2016: 3) hacen notar con acierto que las plataformas no lineales normalmente no compiten por los anunciantes, ya que prestan sus servicios mediante suscripción.

<sup>18</sup> El documento programático de esta Estrategia es la Comunicación de la Comisión, «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa», Bruselas, 6.05.2015, COM/2015/192 final.

<sup>19</sup> Un reciente resumen de las principales iniciativas de la Comisión en relación con la Estrategia para el Mercado Único Digital puede consultarse en Elam (2018).

Hecha esta breve contextualización sobre la trayectoria de la política audiovisual europea, y los cambios sociológicos a los que la reforma de 2018 pretende dar respuesta, estamos en mejor posición para analizar ordenadamente las principales novedades de la Directiva 2018/1808.

## II. NIVELACIÓN DEL TERRENO ENTRE LOS MEDIOS LINEALES Y A LA CARTA

Como se ha apuntado anteriormente, la DSMA de 2007 estableció diferentes exigencias para los medios audiovisuales lineales y los medios a la carta. Dicha opción se fundamentaba en distintas razones: la mayor penetración de la televisión lineal, el menor margen de elección de los telespectadores en estos servicios, la presencia de una dirección editorial fuerte que decide sobre las emisiones cuando las mismas se organizan en torno a una parrilla o las mayores expectativas de protección de la audiencia<sup>20</sup>. De este modo, y junto a un capítulo que recogía obligaciones comunes (capítulo III), la DSMA contenía sendos capítulos específicos para la televisión lineal y para la televisión a la carta (capítulos IV y VIII, respectivamente).

Las principales diferencias en el régimen jurídico aplicable a ambas formas de prestación del servicio eran las siguientes. En relación con la protección de los menores, la emisión en abierto de los contenidos más perjudiciales para los niños quedaba prohibida en la televisión lineal, no así en la televisión a la carta<sup>21</sup>. En cuanto a la diversidad cultural, mientras que los prestadores lineales quedaban sujetos a una estricta cuota de pantalla (el 51 % de las emisiones debían ser europeas), los prestadores a la carta podían ser obligados a incorporar a sus catálogos obras europeas, si bien dicha decisión quedaba en manos de los Estados miembros<sup>22</sup>. Finalmente, los prestadores lineales eran obligados a contribuir económicamente a la producción de obra europea, al

<sup>20</sup> Bondebjerg *et al.* (2017: 60-61) encuentran la principal diferencia entre ambos servicios en el poder intrusivo de los mismos, que se corresponden con los modelos de acceso a los contenidos *push* y *pull*.

<sup>21</sup> Arts. 12 y 27.1º.

<sup>22</sup> Arts. 13.1º y 16.1º. Las respuestas nacionales sobre el particular han sido de lo más variado, oscilando desde el 10% de cuota de pantalla exigida en Chequia, pasando por el 30% en España o el 50% en Austria, hasta el 60% en Francia. Véase Comisión Europea, «Primer informe sobre la aplicación de los arts. 13, 16 y 17 de la Directiva 2010/13/UE en el periodo de 2009-2010 - Promoción de obras europeas en los servicios de comunicación audiovisual a petición y programados de la UE», Bruselas, 24.09.2012, COM/2012/522 final.

tiempo que los prestadores no lineales no quedaban necesariamente sujetos a dicha obligación de financiación<sup>23</sup>.

La progresiva convergencia mediática de la que hemos hablado, así como el sustancial crecimiento del volumen de negocio de los servicios no lineales, ha hecho que estas diferencias de trato resulten difícilmente justificables<sup>24</sup>. Junto con ello, la efectiva defensa de los intereses públicos protegidos por la normativa audiovisual —protección de los menores, pluralismo, diversidad cultural— también ha recomendado imponer a los servicios no lineales ciertas exigencias en relación con los citados intereses<sup>25</sup>.

La «nivelación del terreno de juego» entre prestadores lineales y no lineales en la nueva directiva se lleva a cabo a un doble nivel.

A nivel formal, se reestructura el texto de la directiva, suprimiendo los dos capítulos de la DSMA específicos para la televisión lineal y la no lineal, y unificando las previsiones aplicables a ambas formas de prestación de servicios en un único capítulo, titulado «Disposiciones aplicables a los servicios de comunicación audiovisual».

A nivel material, la directiva incluye cambios sustantivos respecto de dos materias con la intención de uniformizar el marco normativo aplicable a los medios lineales y no lineales.

En primer lugar, el art. 6 bis unifica las previsiones respecto de la protección de los menores, previamente contenidas en los arts. 12 y 27, que quedan suprimidos. En este caso, la nivelación se produce a la baja, ya que se elimina la

<sup>23</sup> Arts. 13.1º y 17.

<sup>24</sup> Algunos autores, como Kenny y Suter (2016: 14 y ss.), niegan categóricamente que entre los servicios lineales y a la carta exista una competencia directa, con lo que rechazan la «nivelación del terreno de juego». Bondebjerg *et al.* (2017) ofrecen argumentos sólidos defendiendo que sí se produce una competencia «por la atención del espectador» entre ambos tipos de servicios. Sobre la penetración de la televisión a la carta en nuestro país, resulta de interés el «Panel de hogares» que trimestralmente publica la CNMC. Conforme a los datos correspondientes al cuarto trimestre de 2017, Movistar+ es la plataforma de televisión a la carta más extendida en nuestro país, con 2,16 millones de clientes, seguida de Netflix (1,45 millones), Orange (944.000) y Amazon (566.000). Respecto de las empresas americanas —Netflix y Amazon— conviene subrayar que en los dos últimos años han triplicado su audiencia. Véase «Panel de hogares CNMC: Netflix roza el millón y medio de hogares en España», *CNMC blog*, 25.05.2018. Disponible en: <https://bit.ly/2LvVVTI> (última visita: 15.10.2018).

<sup>25</sup> Desde ciertos sectores doctrinales se ha criticado la uniformización de la normativa. Para una visión particularmente crítica con la «nivelación del terreno de juego» auspiciada por la Comisión en el marco de la Estrategia para el Mercado Único Digital, véase Savin (2018: 1223 y ss.).

prohibición que pesaba sobre los prestadores lineales de ofrecer en abierto contenido gravemente perjudicial para los menores, fundamentalmente violencia gratuita y pornografía. En el nuevo texto, dicho contenido no es vetado, sino que se somete a las «medidas más estrictas» para garantizar que normalmente los menores «no los verán ni oirán»<sup>26</sup>. Todavía en relación con el art. 6 bis, merece una valoración positiva la introducción de ciertas disposiciones tendentes a hacer más efectiva la protección de los menores. Así, el apdo. 2º señala que los datos de los menores de edad recogidos a fin de hacer efectiva la protección prevista en la norma no podrán «ser tratados con fines comerciales, como la mercadotecnia directa, la elaboración de perfiles o la publicidad personalizada basada en el comportamiento»<sup>27</sup>. Dicha previsión, en plena sintonía con disposiciones análogas del Reglamento General de Protección de Datos, resulta en todo punto oportuna para evitar que, so capa de proteger a los menores, se recaben sus datos para fines comerciales y espurios<sup>28</sup>. Por su parte, el apdo. 3º indica que los espectadores deberán contar con información suficiente respecto de los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo de los menores, a través de sistemas que describan la naturaleza de los contenidos. Dicha previsión mejora la contenida en la versión anterior de la directiva (art. 27.3º), que si bien hablaba de la implementación de mecanismos de advertencia a los espectadores de carácter visual o acústico, no especificaba que los mismos debían resultar descriptivos de los contenidos. La nueva redacción es más garantista con los derechos de la audiencia, que teniendo un mejor conocimiento de la naturaleza de un contenido, podrá tomar decisiones educativas y de consumo más informadas<sup>29</sup>. Además, y aquí se produce una nivelación al alza, las exigencias de señalización

---

<sup>26</sup> Art. 6 bis 1º.

<sup>27</sup> En relación con la creación de perfiles y el uso de datos de los menores de edad con finalidades publicitarias, resulta de interés la lectura de los considerandos 38 y 71 *in fine* del Reglamento General de Protección de Datos.

<sup>28</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DO L 119 de 4.05.2016, en adelante, RGPD). Sobre la creación de perfiles de menores de edad con finalidades comerciales resulta particularmente elocuente el considerando 38 del RGPD.

<sup>29</sup> En nuestro país, diferentes autores venían propugnando desde hace años un sistema de señalización más descriptivo, como el que incluye la nueva directiva —entre muchos, Fuente y Martínez (2015: 11)—. Un sistema de referencia a este respecto puede ser el Código PEGI, aplicable a los videojuegos, que junto con indicaciones acerca de la edad, incluye otros descriptores en función del contenido: violencia, sexo, mal lenguaje, consumo de drogas, etc.

se extienden ahora también a los prestadores de servicios no lineales, de los cuales nada se decía en el derogado art. 12 de la normativa anterior.

Un segundo ámbito en el que se realiza una importante homogeneización del marco regulador es en lo relativo a la promoción de la diversidad cultural, mediante la imposición de obligaciones de cuota de pantalla y la obligación de financiación de obra europea.

La DSMA recoge en su art. 16 la obligación de los servicios lineales de reservar la mayoría de su tiempo de difusión a obra europea, es decir, al menos el 51 % del tiempo de emisión, excluyendo del cálculo algunos contenidos como las informaciones o la publicidad<sup>30</sup>. Respecto de los servicios no lineales, la redacción anterior del art. 13 era mucho más genérica, invitando a los Estados a velar por que dichos servicios fomentaran el acceso a la obra europea mediante la inclusión y prominencia de obras europeas en sus catálogos, sin descender a mayores detalles<sup>31</sup>. Este contraste entre los arts. 16 y 13 ha sido muy atemperado mediante el nuevo art. 13.1º, que incluye una obligación muy concreta de cuota de pantalla para los prestadores a la carta: al menos el 30 % de las obras de sus catálogos, que además deben contar con la debida prominencia. Más allá de equilibrar el terreno de juego para todos los prestadores audiovisuales, esta disposición supone una garantía ciertamente oportuna para la diversidad cultural, habida cuenta del creciente protagonismo de plataformas norteamericanas de vídeo a la carta en el mercado audiovisual, como Netflix, Amazon Prime Video o HBO. La redacción del artículo es particularmente acertada al incorporar el concepto de «prominencia» que deben tener las producciones europeas. Y ello porque de poco serviría respetar la cuota de pantalla del 30 % si las obras europeas fueran relegadas a rincones oscuros de los menús de las plataformas, lo que supondría un claro menoscabo para la diversidad cultural y mermaría enormemente la efectividad de las previsiones legales tendentes a garantizarla<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Dicha obligación fue traspuesta a nuestro ordenamiento mediante el art. 5.2º LGCA.

<sup>31</sup> En nuestro país, dicha previsión ha sido traspuesta de forma muy concreta en el art. 5.2º *in fine* LGCA.

<sup>32</sup> Desde una posición muy crítica con la reforma, Kenny y Suter (2016: 27-28) apuntan a una posible consecuencia indeseada de esta previsión: el hecho de que los servicios a la carta, en lugar de aumentar su oferta de obra europea, reduzcan su oferta de producciones no europeas muy minoritarias —dirigidas a nichos de mercado muy concretos— con el fin de alcanzar el mínimo legal previsto. Otra posible manera de cumplir formalmente con la cuota del 30 %, sin incurrir en gastos adicionales ni contribuir a promocionar las obras europeas consistiría en adquirir derechos sobre producciones europeas baratas y de baja calidad (Bondebjerg *et al.*, 2017: 63).

Por lo que se refiere a la obligación de financiar la producción de obra europea, la nueva redacción del art. 13 ofrece una regulación más detallada que la contenida en la versión anterior de dicho artículo, que se limitaba a señalar que los Estados fomentarían la producción de obras europeas, pudiendo imponer a los servicios no lineales una contribución financiera para dicha producción. La redacción actual del art. 13.2º —que ya no es de aplicación exclusiva a los servicios no lineales— da por supuesto que las contribuciones financieras deben exigirse por igual a cualquier servicio de comunicación audiovisual, independientemente de que sea lineal o a la carta<sup>33</sup>. Se produce así, de nuevo, una nivelación al alza de las exigencias legales impuestas a los prestadores lineales y no lineales, consistente en equiparar sus obligaciones en relación con la financiación anticipada de obra europea. Junto con ello, el apdo. 2º del art. 13 incluye una novedad muy importante en el contexto globalizado propio del sector audiovisual, indicando que los Estados miembros podrán «exigir a los prestadores de servicios de comunicación dirigidos a audiencias situadas en sus territorios, pero establecidos en otros Estados miembros que realicen dichas contribuciones, que deberán ser proporcionadas y no discriminatorias». De este modo, con la intención de servir mejor a la diversidad cultural, el art. 13.2º del nuevo texto abre la opción a que grandes grupos de comunicación sean obligados a fragmentar sus aportaciones a la producción de obra europea entre aquellos Estados a cuya audiencia dirijan sus contenidos. Como han subrayado Bondebjerg *et al.* (2017: 64), bajo el art. 13.2º subyace también la voluntad de evitar que los prestadores de servicios a la carta se establezcan en aquellos países con regulaciones menos exigentes, lo que previsiblemente produciría una competencia a la baja entre los ordenamientos internos a fin de atraer a las empresas y un descenso de la inversión en obra europea<sup>34</sup>.

En cualquier caso, la posibilidad de imponer obligaciones de financiación en el país de recepción constituye una excepción muy relevante a uno de los principios nucleares de la regulación audiovisual europea, el principio del país de origen, y puede implicar una cierta fragmentación del mercado europeo contraria a la propia filosofía de la Estrategia para el Mercado Único Digital. En efecto, si los países de recepción optan por imponer aportaciones a prestadores sitios en terceros Estados miembros, estos se verán obligados a satisfacer las exigencias legales y burocráticas de hasta veintisiete Estados diferentes, lo que supondrá innegables inconvenientes de gestión que les hará menos

<sup>33</sup> En nuestro país, la obligación de financiación de obra europea se aplica desde el año 2010 a la televisión a la carta, conforme al art. 5.3º LGCA.

<sup>34</sup> Sobre el principio del país de origen y el riesgo del conocido como *forum shopping* alertó de forma temprana Herold (2008: 7-8).

competitivos<sup>35</sup>. Quizá con esta dificultad a la vista, la propia directiva excluye de estas contribuciones en los países de destino a los «prestadores de servicios de comunicación con un bajo volumen de negocios o una baja audiencia», lo que apunta a que el legislador europeo, al establecer esta media, está pensando fundamentalmente en aquellos prestadores con amplias cuotas de mercado, como pueden ser Netflix o HBO<sup>36</sup>. Asimismo, «los Estados miembros también podrán dejar de exigir dichas obligaciones o requisitos en los casos en que resulten impracticables o injustificados en razón de la naturaleza o del tema de los servicios de comunicación audiovisual»<sup>37</sup>.

De cara a adaptar la LGCA a la «nivelación del terreno» entre prestadores lineales y a la carta contenida en la Directiva 2018/1808, las principales modificaciones que habría que aprobar son las siguientes. En primer lugar, en relación con la protección de los menores, será necesario reformular el art. 7 LGCA, a fin de eliminar las diferencias que el mismo contiene en relación con los medios lineales y no lineales<sup>38</sup>. Además, habrá que incluir la previsión de señalar los contenidos potencialmente nocivos con iconos de carácter descriptivo, complementarios a la calificación por edades. En cuanto a la cuota de pantalla, el art. 5.2º LGCA ya impone a los prestadores cuotas de pantalla idénticas a las establecidas en la nueva directiva, de modo que solo será preciso añadir que los servicios no lineales deberán dar a las producciones europeas «la debida prominencia» en su catálogo. Por último, mayor debate puede suscitar la trasposición de las disposiciones relativas a la financiación de obra europea. El art. 5.3º LGCA en su redacción actual ya extiende dicha obligación a los prestadores a la carta radicados en nuestro país. La cuestión que habrá que decidir es si se quiere acoger la posibilidad abierta por la nueva directiva e imponer obligaciones de

---

<sup>35</sup> Para una contestación abierta a la excepción al principio de país de origen, que se ha establecido en materia de aportaciones a la obra europea, véase Kenny y Suter (2016, 24 y ss.).

<sup>36</sup> Art. 17.6º

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> En la medida en que los países pueden establecer pautas más estrictas que las contenidas en la directiva, podría plantearse la posibilidad de mantener la prohibición de emisión en abierto de pornografía y violencia extrema, como han defendido algunas de las principales asociaciones de consumidores y usuarios del audiovisual en nuestro país (por ejemplo, ICMedia). Dicho mantenimiento sería fundamentalmente testimonial, ya que no parece previsible que la programación de dicho contenido esté entre las prioridades de los principales prestadores de servicios en abierto. El Tribunal de Justicia ha avalado la imposición de medidas domésticas más estrictas a las previstas en la directiva en diferentes ocasiones, como en su Sentencia de 28 de octubre de 1999, ARD, 6/98, EU:C:1999:532.

financiación a prestadores domiciliados en otros Estados miembros, con una cuota de mercado importante en nuestro país. Habida cuenta de la amplitud del mercado audiovisual español, de la creciente penetración de estos servicios en España y de nuestra posición estratégica en relación con otros mercados de habla hispana, consideramos que incorporar dicha exigencia de financiación a la LGCA no tendrá efectos disuasorios importantes en la oferta de servicios a la carta en nuestro país. Por ello, somos partidarios de introducir dicha obligación de financiación para prestadores alojados en terceros países de la Unión, como ya se exige en Francia, Italia o Alemania<sup>39</sup>.

### III. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA A LAS PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS (VSP)

La Estrategia para el Mercado Único Digital ha tenido como uno de sus ejes el principio de «nivelación del terreno de juego», con la intención de garantizar una competencia leal<sup>40</sup>. Este principio pretende uniformizar la normativa aplicable a diferentes sectores y servicios, en los casos en que la convergencia mediática ha difuminado sustancialmente las fronteras entre los mismos y los ha convertido en servicios comparables. De alguna manera, se trata de desarrollar una convergencia normativa que siga a la convergencia mediática.

En el epígrafe anterior hemos analizado en detalle cómo este principio de «nivelación» ha supuesto la unificación del marco normativo aplicable a los servicios lineales y a la carta. Pues bien, la nueva directiva audiovisual europea no se detiene ahí, sino que pretende nivelar también el terreno —al menos en cierta medida— para otra forma de comunicación audiovisual: las plataformas de intercambio de vídeos de internet (en adelante, VSP, por su acrónimo en inglés)<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> En el año 2018 tan solo estos tres países imponían obligaciones de financiación a servicios no lineales alojados en el extranjero. A lo largo de 2019 obligaciones similares entrarán en vigor en Bélgica y Dinamarca. Véase Donders *et al.* (2018: 14-15).

<sup>40</sup> La idea de que es necesario «nivelar el terreno de juego» (*leveling the playfield*) para los prestadores de servicios comparables es expuesta en detalle en la Comunicación de la Comisión «Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa», Bruselas, 25.05.2016, COM/2016/0288 final, puntos 4 y 5. En similar sentido se pronunció el Parlamento Europeo en su Resolución, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2016/2276/INI) (DO C 331 de 18.09.2018).

<sup>41</sup> El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en una ocasión sobre la inaplicabilidad de la DSMA a ciertos vídeos promocionales publicados en Youtube. Véase la Sentencia de 21 de febrero de 2018, Peugeot, 132/17, EU:C:2018:85.

En efecto, la segunda de las novedades importantes de la Directiva 2018/1808 es la extensión de su ámbito material de aplicación a «los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma» o «plataformas de intercambio de vídeos». Parafraseando el nuevo art. 1.1º.a bis, podemos definir dichos servicios como aquellos cuya finalidad consiste en ofrecer al público programas o vídeos generados por usuarios, sobre los que no tienen responsabilidad editorial, a través de redes de comunicaciones electrónicas, y cuya organización determina el prestador de la plataforma, normalmente mediante algoritmos automáticos. Youtube o Dailymotion son ejemplos de plataformas que pueden quedar comprendidas en la definición legal.

La regulación de las VSP se contiene en un nuevo capítulo, el IX bis, compuesto de dos artículos: el 28 bis y el 28 ter.

El art. 28 bis se ocupa de la cuestión de la jurisdicción aplicable a las VSP, desarrollando el ya asentado principio de país de origen. Su redacción es bastante detallada, lo que se justifica por la complejidad que reviste aplicar dicho principio a ciertas plataformas digitales, ya sea por estar compuestas por diferentes empresas —matriz y filiales—, ya sea por tener su sede social fuera del territorio de la Unión<sup>42</sup>. A fin de clarificar qué Estado miembro tiene jurisdicción sobre una determinada VSP, la directiva dispone que los Estados mantendrán una lista actualizada de VSP establecidas en su territorio, al tiempo que invita a la Comisión a velar por que dichas listas estén disponibles en una base de datos centralizada<sup>43</sup>. Estas disposiciones al servicio de la transparencia y de la seguridad jurídica merecen una valoración positiva.

El art. 28 ter ha sido, probablemente, uno de los más controvertidos en toda la tramitación de la directiva, ya que en él se contienen las nuevas exigencias que se imponen a las VSP. Veamos detenidamente su contenido.

El apdo. 1º señala que los Estados velarán por que las VSP sujetas a su jurisdicción adopten las medidas necesarias para proteger: a) a los menores de aquel contenido que pueda perjudicar su desarrollo físico, mental o moral; (b) al público en general del contenido que incite a la violencia o al odio por razones de raza, sexo, religión, etc.; y (c) al público en general de contenidos de naturaleza delictiva, tales como la incitación al terrorismo o la pornografía infantil.

La redacción de este apartado da pie a algunas reflexiones. En primer lugar, cabe preguntarse hasta qué punto esta obligación de proteger ciertos intereses es compatible con la exención de responsabilidad de los intermediarios

<sup>42</sup> Sobre el particular, puede consultarse un análisis más extenso en Mendoza Losana (2016: 169 y ss.).

<sup>43</sup> Art. 28 bis 6º.

prevista en los arts. 12 a 15 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico<sup>44</sup>. Esta tensión no se le ha ocultado al legislador europeo, quien arranca el apdo. 1º señalando: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE, los Estados...». En cualquier caso, diga lo que diga el tenor literal del artículo, no resulta sencillo cohonestar la exención de responsabilidad por los contenidos ajenos consagrada en la directiva del 2000 con las obligaciones de protección de ciertos intereses que impone la directiva de 2018, que muy probablemente pasarán por un cierto control de los contenidos compartidos por terceras personas en las plataformas<sup>45</sup>. En principio, la directiva de 2018 únicamente impone obligaciones en relación con los mecanismos de alerta y retirada de los contenidos, lo que supone mejorar el sistema de *notice and take down*, plenamente coherente con la Directiva sobre el Comercio Electrónico. No obstante, la línea que separa la mejora de los sistemas de alerta y retirada de la implementación de controles previos —mediante el uso de algoritmos de detección de contenido— es extremadamente fina, y la tentación de los prestadores de cruzarla a fin de evitar tanto la gestión de las quejas como ulteriores responsabilidades jurídicas puede resultar atractiva<sup>46</sup>.

Una segunda reflexión gira en torno a la naturaleza de los contenidos que deberán ser más atentamente controlados por las plataformas: los que

---

<sup>44</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO L 178 de 17.07.2000, en adelante, Directiva sobre el Comercio Electrónico). Dicha norma fue traspuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI).

<sup>45</sup> Se trata esta de una de las cuestiones más polémicas de la línea reformista abierta por la Estrategia para el Mercado Único Digital, cuya complejidad no podemos abordar aquí. Entre muchos estudios sobre el particular, resultan particularmente ilustrativos: Frosio (2017) y Ulrich (2017). El Tribunal de Justicia se ha ocupado de esta espinosa cuestión de la responsabilidad de los intermediarios de internet en diferentes ocasiones, entre las que destacamos las sentencias de 23 de marzo de 2010, *Google France/Louis Vuitton*, 236-238/08, EU:C:2010:159; de 12 de julio de 2011, *L'Oréal*, 324/09, EU:C:2011:474; de 16 de febrero de 2012, *SABAM/Netlog*, 360/10, EU:C:2012:85; y de 13 de mayo de 2014, *Google/AEPD y Mario Costeja*, 131/12, EU:C:2014:317.

<sup>46</sup> Como apunta con acierto Boix Palop (2016: 72-74), en relación con contenidos sensibles las empresas suelen «pecar de prudentes», adoptando aquellas decisiones que les generan menos inseguridad jurídica, aunque ello suponga restringir manifestaciones legítimas de los derechos comunicativos.

perjudican a los menores, los que fomentan el odio y los constitutivos de ciertos delitos. *A priori*, hay que remarcar que la protección de los menores y la lucha contra contenido particularmente odioso en las VSP es una necesidad real. Su configuración como entornos abiertos y muy desregulados ha propiciado que las mismas se conviertan en un canal privilegiado para la difusión y el acceso a contenido pornográfico, inadecuado, violento o delictivo, realidad que es preciso afrontar y atajar. Sea de ello lo que fuere, implicar legalmente a las plataformas en la lucha contra este contenido no está exento de dificultades. La protección exigida por la nueva directiva implica que la VSP realice juicios valorativos sobre dichos contenidos y proceda a eliminar o restringir el acceso a los mismos. En algunos casos, dichas valoraciones no revestirán gran complejidad, por el carácter intuitivamente odioso e ilegal de los contenidos<sup>47</sup>. Será el caso, habitualmente, de la pornografía infantil o la incitación al terrorismo. Sin embargo, respecto de otros contenidos, el juicio acerca de su admisibilidad resulta mucho más espinoso: ¿qué contenido es recomendable para un menor y cuál no? ¿Dónde acaba la libertad de expresión y empiezan los delitos de odio? ¿Son admisibles los chistes machistas o racistas, o deben ser restringidos? ¿Qué es, exactamente, un chiste? ¿Ampara el *animus iocandi* cualquier manifestación comunicativa? Encomendar estos juicios a los responsables de las VSP, como hace la nueva directiva, supone otorgarles un protagonismo y una responsabilidad sustanciales en relación con el ejercicio de los derechos comunicativos por parte de terceros, lo que puede redundar en un entorno *online* más seguro, pero también, y como contrapartida, más opaco y menos libre (Frosio, 2017: 43-46).

Avanzando en el análisis del art. 28 ter, su apdo. 2º se ocupa de la publicidad en las VSP, extendiendo a las mismas las obligaciones sobre comunicaciones comerciales impuestas en el art. 9.1º a los prestadores lineales y no lineales<sup>48</sup>. Sobre el particular, la directiva realiza una distinción adecuada en función de si las comunicaciones comerciales son «comercializadas, vendidas u organizadas» por la VSP o por los usuarios de las mismas sin intervención de la plataforma. En el primer caso, las exigencias entre los prestadores lineales y a la carta y las VSP se homologan; respecto de las segundas, la directiva se limita

<sup>47</sup> En aplicación del régimen de responsabilidad de la LSSI, y en conexión con el concepto legal de «conocimiento efectivo», la jurisprudencia ha elaborado el criterio de la «ilegalidad manifiesta» de un contenido, que sería aquella que resulta patente y evidente por sí sola. Sobre el particular, véanse las SSTs, Sala 1ª, de 9 de diciembre de 2009, caso *putasgae.org*; de 10 de febrero de 2011, caso *alabarricadas.com*; y de 4 de marzo de 2013. Desde un punto de vista doctrinal, véase Plaza Penadés (2014).

<sup>48</sup> El art. 9.1º contiene un largo listado de requisitos que las comunicaciones comerciales deben cumplir, relacionados con los principios de legalidad y honestidad publicitaria.

a señalar que las VSP tomarán las medidas que estén en su mano, teniendo en cuenta el control limitado que ejercen sobre dichas manifestaciones publicitarias<sup>49</sup>. A modo de ejemplo, una VSP responderá de la legalidad de los anuncios que ofrezca en su interfaz antes o durante la reproducción de un vídeo; por el contrario, no será responsable de un emplazamiento de producto que aparezca en un contenido compartido por un usuario<sup>50</sup>. Todavía respecto de la publicidad, el apdo. 2º incluye previsiones tendentes a garantizar el principio de honestidad publicitaria en las VSP, así como a promover la aprobación de códigos de autorregulación y corregulación para proteger a los menores frente a la publicidad de alimentos y bebidas poco saludables.

Una vez determinados los ámbitos en los que las VSP deben tomar medidas para proteger a los usuarios, el apdo. 3º del art. 28 ter se centra en describir cuáles deben ser esas medidas. En primer lugar, la directiva subraya que las medidas serán proporcionadas y viables, y apunta una serie de criterios a tener en cuenta para determinar las medidas adecuadas en cada caso, tales como la naturaleza del contenido en cuestión, las características de las personas que deben protegerse o el tamaño de la VSP.

Junto con ello, y para esclarecer cualquier género de duda, se reitera expresamente que dichas «medidas no derivarán en medidas de control previo, ni en el filtrado de los contenidos subidos que no se ajusten al artículo 15» de la Directiva sobre el Comercio Electrónico.

A renglón seguido, la directiva ofrece un listado —entendemos que de *numerus apertus*— de diez posibles medidas para conseguir los objetivos fijados en los apdos. 1º y 2º. En pro de la brevedad y a título ejemplificativo, nos limitamos a mencionar algunas de ellas: incluir en sus condiciones de uso los requisitos del art. 28 ter 1º y 2º; habilitar mecanismos para que quienes compartan un vídeo señalen si el mismo contiene comunicaciones comerciales; disponer de sistemas para que los usuarios puedan denunciar contenidos inadecuados, así como cauces para informar a los usuarios sobre

---

<sup>49</sup> Art. 28 ter 2º. La regulación de las comunicaciones publicitarias realizadas por los propios usuarios es uno de los desafíos más complejos en el nuevo entorno audiovisual, marcadamente colaborativo. Y ello porque dichas formas de comunicación comercial desbordan el tradicional concepto de anuncio —mensaje comercial producido por una marca y difundido por un canal a cambio de un precio— y adoptan las más diversas formas de comunicación, como expresar un *like* o recomendar un producto. Dunlop *et al.* (2016) han abordado en detalle esta interesante cuestión.

<sup>50</sup> Sobre el particular, resulta de interés Lambrecht *et al.* (2018: 62 y ss.). Discutiendo la responsabilidad de las VSP acerca de los contenidos y la publicidad ofrecida por sus usuarios, dichos autores se cuestionan de forma sugerente si la VSP es un tan solo un «mirón inocente» de dichos mensajes, o más bien un «cómplice oportunista».

el curso que se ha dado a su denuncia; establecer sistemas de control parental y verificación de la edad<sup>51</sup>. La lectura de las medidas propuestas no aporta sorpresas, consistiendo todas ellas en formas de autorregulación ampliamente conocidas y ensayadas en diferentes entornos de internet. En cualquier caso, la incorporación de este listado —si no exhaustivo, bastante completo— a la directiva resulta positivo, ya que clarifica qué tipo de medidas pueden ser exigidas a partir de ahora por los Estados.

Consciente de los posibles conflictos de intereses que las medidas adoptadas por las VSP pueden suscitar, la directiva exige que los Estados establezcan sistemas de resolución de conflictos tanto extrajudiciales como judiciales<sup>52</sup>. Estos cauces imparciales de resolución de conflictos están llamados a evitar que la innegable posición de dominio de la plataforma le permita adoptar decisiones que perjudiquen injustamente los derechos o intereses legítimos de sus usuarios, como la libertad de empresa o los derechos comunicativos.

Como hemos señalado, este título IX bis es probablemente la novedad más importante de la reforma que estamos estudiando, en la medida en que supone ampliar el ámbito material de la directiva a un tipo de servicios que hasta la fecha no quedaba sujeto a la normativa audiovisual. Su objetivo, reforzar la protección de intereses públicos particularmente importantes en el entorno de las VSP, es plenamente coherente con la filosofía de la directiva; los medios para conseguirlo previstos en el art. 28 ter, basados en la autorregulación y la corregulación, aunque en principio y sobre el papel son legítimos y proporcionados, presentan sin embargo mayores dudas en cuanto a su efectiva implementación, abriendo la puerta a un control de los contenidos por parte de agentes privados que puede ser peligroso para el ejercicio de los derechos comunicativos.

La incorporación del título IX bis a la LGCA no tiene por qué presentar mayores dificultades. Será oportuno que el legislador doméstico establezca los sistemas de resolución de conflictos extrajudiciales, así como los cauces procesales de resolución de los conflictos judiciales, previstos respectivamente en los apdos. 7º y 8º del art. 28 ter<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> El art. 28 ter 3º *in fine* recoge una precaución similar a la expuesta anteriormente en relación con el art. 6 bis 2º, disponiendo que los datos personales de menores que se recojan para hacer efectiva su protección en las VSP no podrán ser empleados posteriormente con fines comerciales.

<sup>52</sup> Arts. 28 ter 7º y 8º, respectivamente.

<sup>53</sup> Aunque no es este el lugar para hacer una propuesta detallada al respecto, nos decantamos por la creación de una Comisión Audiovisual de Corregulación, integrada por representantes de la autoridad audiovisual, los prestadores de servicios y la sociedad civil, que —entre otros cometidos— podría encargarse de resolver estos conflictos.

No queremos seguir adelante sin apuntar, siquiera brevemente, un debate que puede plantearse en relación con la nivelación de las exigencias legales entre los distintos prestadores de contenido audiovisual. ¿Es razonable elevar las exigencias legales sobre los medios de comunicación no lineales y sobre las VSP de internet, a fin de homologar su régimen jurídico al de los prestadores lineales?

Es conocido que el régimen jurídico diseñado para regular el fenómeno televisivo se fundamentó, en buena medida, en la concepción de la televisión como un servicio público esencial, para cuya prestación se empleaba el espectro público radioeléctrico, y que estaba dirigido a amplias audiencias sin segmentación, con muy poca capacidad de elección (García Llovet, 1991: 200-203). Este conjunto de factores determinó el establecimiento de un régimen ciertamente intervencionista, particularmente en relación con las emisiones lineales y en abierto. Sentado lo anterior, cabe plantearse razonablemente si en el nuevo panorama mediático —liberalizado, en el que muchos prestadores no ocupan dominio público, con una oferta ingente de canales y contenidos—, en lugar de incrementar las exigencias a los prestadores a la carta y las VSP, no sería más oportuno proceder a una liberalización más decidida, que se limitara a aliviar las exigencias impuestas a los prestadores lineales<sup>54</sup>.

En nuestra opinión, la respuesta a esta pregunta ha de ser negativa: los derechos e intereses públicos implicados en el ámbito de la comunicación audiovisual revisten una trascendencia tan nuclear para una democracia —en términos de pluralismo, de identidad, de defensa de los menores— que justifica una intervención decidida de los poderes públicos en orden a su efectiva salvaguardia y promoción<sup>55</sup>. Dejar al albur de las fuerzas del mercado esas

---

<sup>54</sup> Analizando la evolución de la normativa audiovisual en nuestro país, Boix Palop (2017: 342-344) expone esta paradoja: al tiempo que el régimen jurídico del audiovisual se ha liberalizado progresivamente, la regulación del sector y la intervención de la Administración, en lugar de disminuir, se han incrementado.

<sup>55</sup> En este sentido, coincidimos plenamente con las declaraciones de Günther H. Oettinger, comisario de Economía y Sociedad Digitales, quien afirmaba en la presentación del proyecto de Directiva audiovisual: “puede que haya cambiado el modo en que miramos la televisión o los vídeos, pero nuestros valores no se han modificado. Con estas nuevas normas, vamos a defender el pluralismo de los medios de comunicación y la independencia de los reguladores audiovisuales y vamos a cerciorarnos de que la incitación al odio no tenga cabida en las plataformas de intercambio de vídeos”. Cfr. Comisión Europea: “La Comisión actualiza las normas audiovisuales de la UE y presenta un enfoque selectivo para las plataformas en línea”, *Comunicado de prensa de 25 de mayo de 2016*. Disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1873\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1873_es.htm) (última visita: 11.02.2018).

cuestiones puede generar —está generando— unas externalidades que afectan sustancialmente a aspectos básicos e importantes de nuestra convivencia: desprotección de los menores, extensión e impunidad de discursos del odio, *network effect* y debilitamiento del pluralismo, colonización cultural...<sup>56</sup>. En consecuencia, junto con ciertas medidas liberalizadoras razonables y prudentes —como las que procedemos a exponer a continuación—, consideramos que los poderes públicos no deben mostrar complejos a la hora de intervenir en el sector audiovisual, tan íntimamente conectado con el mantenimiento de un espacio público abierto, plural y respetuoso con los derechos de todos, presupuesto básico para la existencia de una sociedad verdaderamente democrática<sup>57</sup>.

#### IV. FLEXIBILIZACIÓN EN MATERIA PUBLICITARIA

La Directiva 2018/1808 realiza importantes modificaciones en la regulación de las comunicaciones comerciales. La mayoría de sus previsiones se orienta a flexibilizar el régimen jurídico precedente, aunque también pueden encontrarse en su texto algunas disposiciones de carácter más restrictivo.

Tres son las principales novedades en materia publicitaria contenidas en la nueva directiva.

En primer lugar, el nuevo art. 11 incorpora una regulación más permisiva del emplazamiento de producto. Si el texto anterior de la DSMA recogía una prohibición general del emplazamiento de producto, al tiempo que admitía algunas excepciones, la nueva redacción hace exactamente lo contrario: autoriza como regla general el emplazamiento de producto, y establece una serie de excepciones en las que el mismo quedará prohibido<sup>58</sup>. Los programas en los que el art. 11.2º excluye el recurso al emplazamiento de producto son: los programas de noticias y actualidad, los que versan sobre asuntos del consumidor,

---

<sup>56</sup> Sobre el impacto de los medios a la carta y las VSP en relación con el pluralismo y el llamado *network effect*, resultan de interés Ibrus y Rohn (2016: 4 y ss.) y Helberger *et al.* (2018).

<sup>57</sup> La conexión entre los derechos comunicativos, la existencia de una opinión pública libre y la pervivencia del Estado democrático han sido recordadas con frecuencia por el Tribunal Constitucional. Sobre el particular, y entre muchas, véanse las SSTC 6/1981, de 14 de abril y 159/1986, de 31 de diciembre.

<sup>58</sup> La trasposición de aquella previsión a nuestro ordenamiento doméstico fue curiosa, ya que en la LGCA el emplazamiento de producto se concibe como un derecho de los prestadores con algunas excepciones (art.17), y no como una práctica generalmente prohibida, como establecía la DSMA. Véase Gay Fuentes (2012: 49).

los religiosos y los infantiles<sup>59</sup>. Otra novedad en relación con el *product placement* es la supresión de referencia alguna al suministro gratuito de bienes o servicios —como las ayudas a la producción o premios—, de modo que se restringe el concepto de emplazamiento de producto a aquellas presentaciones o menciones que se realicen a cambio de una remuneración económica o prestación similar.

La segunda novedad en materia publicitaria, incluida en el nuevo art. 23, atañe exclusivamente a los prestadores lineales, modificando el límite máximo de emisión de publicidad. Frente al anterior límite del 20 % por hora, la nueva directiva circunscribe el límite máximo del 20 % a dos franjas horarias, de 6:00 a 18:00 horas, y de 18:00 a 24:00, excluyendo de dicho límite el resto de tiempo de programación. Además, los prestadores podrán decidir libremente dentro de dichas franjas cómo reparten el tiempo entre programación y publicidad, sin estar obligados a respetar el límite máximo en cada período acotado de una hora. Se produce así una importante liberalización del régimen aplicable, que permitirá a cada prestador lineal adoptar sus propias decisiones sobre cuánta publicidad quiere emitir, y cómo repartirla dentro de las franjas legalmente establecidas.

En tercer lugar, y como ya hemos comentado, la directiva extiende el ámbito de aplicación de la directiva a las VSP en relación con las comunicaciones comerciales que se produzcan en el ámbito de su plataforma<sup>60</sup>.

Junto con las tres modificaciones apuntadas, el texto de la directiva incluye otras reformas de menor entidad.

En la línea de uniformizar el régimen normativo para todos los servicios, se actualizan las definiciones de patrocinio y emplazamiento de producto, a fin de incluir en las mismas los servicios a la carta, las VSP y los vídeos

---

<sup>59</sup> Para una exposición de los motivos que justifican la exclusión del emplazamiento de producto en estas categorías de programas, véase Sánchez Ruiz (2017: 526-527).

<sup>60</sup> Art. 28 ter 2º. Es oportuno no perder de vista que la publicidad realizada a través de las VSP puede ser dirigida a sus destinatarios de una forma mucho más personalizada, lo que multiplica su eficacia respecto de la publicidad presentada a través de otros canales más tradicionales, como la prensa o la televisión lineal. Este mayor potencial de impacto recomienda la adopción de medidas legales y de autorregulación tendentes a proteger a la audiencia y a garantizar que la publicidad cumple los principios de legalidad, honestidad, veracidad y lealtad. Particular preocupación ha suscitado la publicidad de ciertos productos como alimentos poco saludables, alcohol, tabaco o medicamentos, que pueden encontrar en las redes sociales en general y en las VSP en particular, un potente canal de promoción, con audiencias particularmente receptivas y sensibles muy bien segmentadas. Sobre el particular, resultan de interés Mackey (2016) y Dunlop *et al.* (2016).

generados por los usuarios, cuando corresponda<sup>61</sup>. Con un propósito similar, el art. 9.2º aclara que la publicidad de bebidas alcohólicas en los servicios a petición —con exclusión del patrocinio y del emplazamiento de producto— queda sujeta a lo establecido en el art. 22 de la directiva, que incluye una serie de criterios y condiciones para su licitud, tales como no estar dirigida específicamente a menores o no asociar el consumo de alcohol a una mejora del rendimiento físico o a la conducción de vehículos.

Los apdos. 3º, 4º y 5º del art. 9 versan sobre la conveniencia de establecer sistemas de correulación y autorregulación que contribuyan a proteger diferentes intereses públicos en el ámbito de la publicidad. A la mención contenida en el anterior art. 9.2º en relación con los menores y las bebidas y alimentos que pueden resultar poco saludables, se añade ahora una mención a las bebidas alcohólicas, así como la posibilidad de fomentar códigos de conducta a escala de la UE<sup>62</sup>.

En relación con la protección de los menores, y consciente de la creciente exposición de este público más maleable a las más variadas formas de publicidad, el legislador europeo establece dos previsiones novedosas de carácter restrictivo. Conforme al art. 10.4º, «los Estados miembros podrán prohibir el patrocinio de los programas infantiles». Además, en el nuevo art. 20.2º prohíbe «la transmisión de televenta durante los programas infantiles».

Una última novedad en materia publicitaria se incluye en el art. 7 ter, que, en defensa de los derechos de los prestadores de servicios, prohíbe las superposiciones con fines comerciales y las modificaciones de sus contenidos. Esta previsión resulta pertinente en un entorno tecnológico multipantalla, en el que diferentes agentes pueden alterar los contenidos o realizar superposiciones con fines publicitarios que parasiten o afecten a la calidad de los servicios audiovisuales ofrecidos por los prestadores.

La adaptación de la LGCA a las previsiones de la directiva no resulta compleja. Las novedades referidas al emplazamiento de producto, al patrocinio, a la protección de los menores y a la correulación y autorregulación requerirán pequeños ajustes en los arts. 2 —definiciones—, 12 —correulación— y 13 y siguientes —derecho a realizar comunicaciones comerciales—.

---

<sup>61</sup> Art. 1.k y m.

<sup>62</sup> En nuestro país, la correulación y la autorregulación publicitaria en relación con estos productos están muy desarrolladas. Entre los códigos vigentes, supervisados desde la Asociación Autocontrol, destacamos el Código PAOS (Código de Correulación de la Publicidad de Alimentos y Bebidas dirigida a Menores, Prevención de la Obesidad y Salud, 2013), el Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España (2009) y el Código de Autorregulación Publicitaria de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (2013).

La modificación en cuanto al límite máximo de emisiones publicitarias en los servicios lineales deberá ser incluida en el art. 14. La prohibición incluida en el art. 7 ter de la directiva podría ser añadida al actual art. 10 LGCA, que reconoce la libertad de prestación del servicio de comunicación audiovisual, incidiendo en el derecho a establecer la propia línea editorial. Finalmente, lo relativo a la publicidad en las VSP deberá incluirse en el nuevo capítulo o título de la LGCA que se dedique específicamente a este tipo de servicios.

## V. OTROS ASPECTOS RELEVANTES DE LA NUEVA DIRECTIVA

### 1. AFIANZAMIENTO DE LA APUESTA POR LA CORREGULACIÓN Y LA AUTORREGULACIÓN

Como ya hiciera de forma germinal la DSMA en 2007, la Directiva 2018/1808 subraya la importancia de la corregulación y la autorregulación en el sector audiovisual. La búsqueda de formas de corregulación y autorregulación para proteger los intereses públicos en el ámbito audiovisual obedece a distintos motivos, cuyo análisis en detalle excede del objeto de las presentes páginas<sup>63</sup>. Baste con recordar aquí dos razones que han propiciado esta apuesta por formas de *soft law* como herramientas idóneas para determinar el marco de actuación de los prestadores de servicios. De un lado, la progresiva liberalización del sector televisivo, que en pocas décadas ha pasado en la mayoría de los países europeos de contar con un único prestador de carácter estatal a considerar los servicios audiovisuales como servicios de interés general que compiten en un mercado abiertamente liberalizado (Vidal y Boix, 2014). Este cambio de paradigma hace menos justificable el tradicional intervencionismo estatal, e invita al establecimiento de formas de auto y corregulación. De otro lado, la innegable conexión de los servicios audiovisuales con el ejercicio de los derechos comunicativos también recomienda que la actuación reguladora, controladora y sancionadora de los poderes públicos —particularmente del ejecutivo— se limite a los aspectos esenciales, respetando en lo demás la libertad de los prestadores de servicios.

<sup>63</sup> La apuesta de la UE por estas formas de *soft law* para regular determinados sectores tiene su origen en Libro Blanco sobre la Gobernanza (Comunicación de la Comisión «La gobernanza europea - Un Libro Blanco», Bruselas, 25.07.2001, COM/2001/428 final) y en la Comunicación de la Comisión «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea», Bruselas, 16.03.2005, COM/2005/97 final.

En este contexto, la Directiva 2018/1808 profundiza en la apuesta por la corregulación y la autorregulación, desarrollando en detalle sus disposiciones al respecto. Así, el anterior párr. 7º del art. 4, ciertamente exiguo, se convierte en el nuevo texto en un artículo independiente, el 4 bis, dedicado específicamente a la corregulación y la autorregulación. Resulta elocuente que la directiva dedique un artículo específico a la cuestión, y que lo sitúe en el pórtico de la norma, junto a preceptos tan relevantes como los que incluyen las definiciones, las cuestiones sobre jurisdicción o la regulación de la libertad de recepción. Si al hecho de merecer un artículo específico añadimos la inclusión en la directiva de otras trece menciones expresas a la autorregulación y la corregulación, resulta patente la importancia que el legislador europeo confiere a estas formas de establecimiento de límites y buenas prácticas de los prestadores de servicios audiovisuales<sup>64</sup>.

A las previsiones genéricas contenidas en el anterior art. 4.7º añade el nuevo art. 4 bis algunas disposiciones interesantes. En primer lugar, el apdo. 1º señala que los códigos deberán gozar de amplia aceptación entre los principales interesados; exponer de manera clara sus objetivos; prever un seguimiento y evaluación periódicos, transparentes e independientes; y prever los medios para una aplicación efectiva, incluidas unas sanciones efectivas y proporcionadas. Entre estos requisitos, puede destacarse positivamente la necesidad de que los códigos expliquen sus objetivos y establezcan mecanismos de seguimiento, lo que contribuirá a evitar la práctica no poco extendida de firmar códigos de conducta sin un compromiso decidido de respeto por sus previsiones, más como una estrategia de marketing que como una manifestación sincera de respeto por la audiencia<sup>65</sup>. También merece un juicio positivo la novedosa mención a posibles sanciones por incumplimiento, que se siguen demostrando como la mejor forma de hacer efectivas las previsiones de los códigos.

El apartado 2º señala que los Estados miembros y la Comisión «podrán fomentar la autorregulación mediante códigos de conducta de la Unión», con un alcance supranacional. Interesante previsión habida cuenta del carácter transnacional de muchos servicios audiovisuales, y plenamente coherente con

<sup>64</sup> Dichas referencias se encuentran en los arts. 6 bis 4º, 9.3º, 9.4º, 9.5º, 28 ter 2º y 28 ter 10º, y en los considerandos 12, 13, 14, 28, 29, 31 y 58.

<sup>65</sup> En este sentido, el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia ha sido reiteradamente criticado por la ausencia de un compromiso sincero de sus firmantes. Esta falta de compromiso se evidencia a muchos niveles: falta de publicidad, dificultad de interponer quejas, opacidad del procedimiento de resolución de denuncias, ínfimo número de incumplimientos admitidos... Sobre el particular, véase Martínez Otero (2018a).

los objetivos de la Estrategia para el Mercado Único Digital. Además, el apdo. 2º señala acertadamente que la elaboración de estos códigos de la Unión será comunicada a la Comisión, que pondrá los mismos a disposición del público y les dará la publicidad adecuada. El legislador europeo tiene así presente la trascendencia que reviste la publicidad de los códigos para su efectiva implementación<sup>66</sup>.

Finalmente, el apdo. 3º del art. 4 bis señala que los Estados podrán establecer medidas más estrictas o ambiciosas que las apuntadas en los apartados anteriores, en particular cuando se llegue a la conclusión de que un código de conducta no ha resultado suficientemente eficaz. Esta afirmación, preñada de realismo, ha de ser también bienvenida. Si los mecanismos de autorregulación o corregulación establecidos conforme a las previsiones de la directiva no resultan eficaces en algunos casos, los Estados miembros gozarán de libertad para imponer nuevas exigencias a los códigos y sus firmantes, a fin de convertirlos en instrumentos idóneos y eficaces para cumplir sus objetivos. De este modo, los prestadores no podrán ampararse en las disposiciones de la directiva y de sus códigos para mantener situaciones o formas de hacer que perjudican los derechos de la audiencia o los intereses públicos.

## 2. FORTALECIMIENTO DEL PAPEL DE ERGA

Como cualquier otra directiva, la Directiva 2018/1808 tiene como principal objetivo la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en el ámbito que regula. Esta finalidad cobra una importancia destacada atendiendo al contexto en el que la presente directiva se aprueba, la Estrategia para el Mercado Único Digital, con la que se pretende establecer un marco regulatorio homogéneo para los diferentes prestadores de servicios en el ámbito digital.

La consecución de este objetivo en un sector tan cambiante como el audiovisual no resulta sencilla, toda vez que la tecnología evoluciona muy deprisa y los conceptos con los que se pretende definirla son, consecuentemente, muy dinámicos. Por este motivo, en los últimos lustros no ha sido

---

<sup>66</sup> Como ha señalado Aznar Gómez (1999), los códigos de autorregulación consisten en un compromiso público adquirido libremente frente a toda la sociedad por los actores de un determinado sector; por ello, el hecho de dar publicidad y difusión a un código autorregulador no constituye una mera opción o un lujo, sino una exigencia consustancial al propio código. En sentido similar, véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Autorregulación y corregulación en el marco legislativo de la Unión Europea», Bruselas, 4.09.2015, 2015/C 291/05 (DO C 291 de 4.09.2015).

infrecuente que cada Estado haya interpretado de forma diferente la normativa audiovisual europea, llegando a soluciones distintas para los mismos problemas, con la consecuente confusión e inseguridad jurídica entre los operadores (Cabrera Blázquez, 2013).

A fin de reducir al mínimo estas disonancias, la UE creó en el año 2014 el Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual, conocido por el acrónimo de sus siglas en inglés: ERGA<sup>67</sup>. Compuesto por representantes de las autoridades audiovisuales de todos los Estados miembros, ERGA tiene como principal misión contribuir a la aplicación uniforme del marco jurídico audiovisual europeo en los diferentes países. Desde su creación, y junto con el comité de contacto previsto en la DSMA, ERGA ha constituido un interlocutor cualificado de la Comisión, al tiempo que se ha erigido como un foro privilegiado de diálogo entre los reguladores independientes de los Estados miembros.

La Directiva 2018/1808 incluye en su art. 30 ter un reconocimiento formal de ERGA, al que se encomiendan las siguientes tareas:

- Prestar asesoramiento técnico a la Comisión en relación con la aplicación coherente de la directiva y otras cuestiones relacionadas con el ámbito audiovisual.
- Ser un foro de intercambio de experiencias y buenas prácticas entre las autoridades audiovisuales nacionales.
- Cooperar y facilitar a sus miembros información necesaria para la aplicación de la directiva.

Junto con estas tareas generales, la propia directiva atribuye a ERGA otras funciones de asesoramiento y consulta en diferentes aspectos de aplicación de la directiva, como en caso de discrepancias sobre la jurisdicción aplicable a un determinado prestador o en los supuestos en que un Estado miembro impone excepciones al principio de libertad de recepción<sup>68</sup>.

La inclusión de ERGA en el nuevo texto de la directiva y la determinación concreta de sus principales funciones resultan positivas. Si bien no es previsible que esta inclusión modifique sustancialmente el *statu quo* del que ERGA goza desde 2014, lo cierto es su incorporación al texto de la directiva

---

<sup>67</sup> European Regulatory Group for Audiovisual Media Services. La creación de ERGA se hizo mediante la Decisión de la Comisión por la que se establece un grupo de entidades reguladoras europeas para los servicios de los medios de comunicación audiovisuales, Bruselas, 3.02.2014, C/2014/462 final.

<sup>68</sup> Arts. 2.5º quater y 28 bis 7º, y 3.2º, respectivamente.

constituye un espaldarazo importante a su quehacer, al tiempo que un oportuno reconocimiento a la trascendencia de este cauce institucionalizado de diálogo y participación.

### 3. MAYOR ATENCIÓN A LAS AUTORIDADES REGULADORAS NACIONALES Y A SU INDEPENDENCIA

La nueva directiva presta una atención detenida a las autoridades y organismos reguladores de los Estados miembros, llamadas a ser pieza clave en el desarrollo y aplicación cotidiana de la directiva a nivel doméstico. Mientras la versión anterior de la directiva dedicaba un escueto capítulo a estas autoridades, compuesto por un único artículo en relación con la cooperación entre ellas, la Directiva 2018/1808 amplía ese capítulo de forma sustancial. El nuevo art. 30 se ocupa de las autoridades nacionales y su configuración; el art. 30 bis se refiere a la cooperación entre autoridades y al intercambio de información entre ellas y la Comisión; y el art. 30 ter —que ya hemos analizado— establece el ERGA y detalla sus funciones.

La lectura del art. 30 evidencia cuál es la principal preocupación del legislador europeo en relación con las autoridades u organismos nacionales de supervisión del sector audiovisual: su independencia, principalmente respecto de los Gobiernos, pero también respecto de cualquier otra entidad pública o privada. En efecto, la directiva insta a los Estados miembros a velar por que dichos organismos o autoridades «sean jurídicamente distintos a los órganos gubernamentales y funcionalmente independientes de sus respectivos gobiernos»<sup>69</sup>. A mayor abundamiento, la directiva señala que las autoridades reguladoras ejercerán sus competencias con imparcialidad y transparencia, que no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún otro organismo, que sus competencias y facultades estarán claramente definidas por ley, que contarán con las potestades y recursos humanos y financieros suficientes para cumplir sus funciones, y, finalmente, que el procedimiento de designación de sus responsables se establecerá de tal forma que garantice su independencia.

---

<sup>69</sup> El art. 30.1º *in fine* señala que la independencia de las autoridades reguladoras «se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros establezcan autoridades reguladoras que supervisen varios sectores distinto». Es el caso español, en el que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, además del audiovisual, supervisa numerosos sectores, como el de la energía, las telecomunicaciones o los servicios postales. Desde distintas tribunas doctrinales se ha criticado el hecho de atribuir la supervisión del sector audiovisual a una autoridad con competencias tan heterogéneas y con un perfil marcadamente económico —por todos, López Olano, (2016: 94 y ss.).

Será interesante observar si este art. 30 será la espoleta que finalmente active la creación de un consejo audiovisual en nuestro país, como viene siendo reclamado desde distintas tribunas políticas y doctrinales desde hace lustros —por todos, Tornos Mas (1999:169 y ss.) y Rallo Lombarte (2000: 324 y ss.). Sea de ello lo que fuere, y a pesar de una fuerte oposición doctrinal, es preciso convenir en que la actual CNMC cumple en cuanto a independencia los requisitos —de mínimos, si se quiere— exigidos por la nueva normativa europea<sup>70</sup>.

#### 4. PROFUNDIZACIÓN EN LAS EXIGENCIAS DE ACCESIBILIDAD

No queremos cerrar el repaso por las novedades de la nueva Directiva 2018/1808 sin referirnos, siquiera brevemente, a sus disposiciones acerca de la accesibilidad de los servicios para las personas con discapacidad visual o auditiva.

El lacónico tenor literal del anterior art. 7 —de apenas treinta palabras— es sustituido por un nuevo art. 7, más completo y ambicioso. A la obligación de mejorar de forma continua y progresiva la accesibilidad de los servicios, se añaden en la nueva directiva cuatro obligaciones específicas. En primer lugar, los prestadores deberán informar periódicamente a los Estados —y estos, a la Comisión— sobre los avances en materia de accesibilidad<sup>71</sup>. Junto con ello, los prestadores desarrollarán planes de accesibilidad para cumplir el objetivo de incrementar de forma continua la de sus servicios<sup>72</sup>. En tercer lugar, cada Estado pondrá a disposición del público un punto de contacto de fácil acceso, a fin de ofrecer información y recibir quejas sobre cuestiones de accesibilidad<sup>73</sup>. Finalmente, los Estados velarán para que las informaciones sobre situaciones de emergencia ofrecidas a través de los servicios de comunicación audiovisual se faciliten «de una manera que sea accesible a las personas con discapacidad»<sup>74</sup>.

Como puede apreciarse, el nuevo art. 7 aspira a establecer mecanismos que contribuyan a dotar de una mayor efectividad a los derechos de las personas con discapacidad en el entorno audiovisual. Su tenor literal está en plena sintonía con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos

---

<sup>70</sup> Para una aproximación ecuánime a esta cuestión puede consultarse Fernández Viso (2017).

<sup>71</sup> Art. 7.2º.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Art. 7.4º.

<sup>74</sup> Art. 7.5º.

de las Personas con Discapacidad, ratificada por España en el año 2007<sup>75</sup>. Por todo ello, esta mayor pormenorización del art. 7 ha de ser bienvenida, en el convencimiento de que la accesibilidad de los medios audiovisuales no es una cuestión «de buenos sentimientos o de solidaridad, sino ante todo una cuestión de justicia» (Martínez Otero, 2018b: 151).

## VI. CONCLUSIONES

En el contexto de la Estrategia para el Mercado Único Digital, la Directiva 2018/1808 ha realizado una necesaria actualización del marco normativo europeo aplicable a los servicios de comunicación audiovisual. Los profundos cambios experimentados por dicho sector en la última década, propiciados por la creciente convergencia de canales, formatos y prestadores, recomendaban una reforma del marco normativo anterior, que databa del año 2007.

En las páginas precedentes se han expuesto las principales líneas maestras de la reforma.

En relación con la uniformización del marco normativo aplicable a los servicios lineales y a la carta, hemos subrayado cómo muchas de las novedades incluidas en la nueva directiva ya son derecho positivo en nuestro país. Sobre este particular, una de las novedades más relevantes de la Directiva 2018/1808 es la posibilidad de imponer obligaciones de financiación a los prestadores a la carta en el Estado de recepción, lo que constituye una importante excepción al principio de país de origen, sobre el que venían pivotando toda la regulación audiovisual europea. Dicha posibilidad, a cuyo desarrollo en nuestro ordenamiento nos hemos mostrado favorables, puede contribuir a robustecer la diversidad cultural, si bien constituye un innegable obstáculo al establecimiento de un mercado único digital.

En cuanto a la ampliación del ámbito material de la directiva a las VSP de internet, se ha destacado su oportunidad y conveniencia, a fin de garantizar la protección de determinados intereses públicos en el ámbito de la comunicación audiovisual, tales como la protección de los menores, la lucha contra el terrorismo o la erradicación de la discriminación o el discurso del odio en los entornos de las VSP. En cualquier caso, hemos alertado sobre la dificultad de armonizar las previsiones garantistas de la Directiva 2018/1808 con lo dispuesto en la Directiva sobre el Comercio Electrónico del año 2000, en lo que se refiere al régimen de responsabilidad de las plataformas. En efecto, la

---

<sup>75</sup> Los artículos de la Convención que se ocupan específicamente de la accesibilidad de los medios de comunicación son el 9 y el 21.

línea que separa el control *ad casum* y *a posteriori* de los contenidos del control generalizado y *a priori* es más fina de lo que pudiera parecer; y encomendar a empresas privadas el control de determinadas manifestaciones comunicativas no está exento de riesgos para los derechos comunicativos. En este sentido, será necesario orquestar formas de autorregulación y corregulación transparentes y sujetas a ulteriores controles públicos.

El resto de novedades que hemos tenido ocasión de analizar —en relación con la publicidad, la autorregulación, las exigencias de accesibilidad, etc.— resultan menos controvertidas, y su puesta en práctica no debería presentar mayores problemas. Quizá la trasposición del art. 30, sobre la independencia de las autoridades nacionales de regulación, podría resultar una buena ocasión para reabrir el debate acerca de la conveniencia de crear un consejo audiovisual a nivel estatal, como viene siendo reclamado desde hace lustros por diferentes sectores sociales, doctrinales y políticos.

La reforma operada por la Directiva 2018/1808 supone un paso decidido hacia la creación de un marco regulatorio uniforme, aplicable a la mayoría de expresiones de comunicación audiovisual independientemente de su forma de transmisión. No nos cabe duda de que su aplicación concreta no resultará sencilla, especialmente en lo relativo a las VSP de internet, cuya naturaleza y perfiles son tan cambiantes. En cualquier caso, estamos convencidos de que la presente reforma contribuye a configurar un entorno audiovisual más respetuoso con los derechos de los ciudadanos, más garantista de los intereses públicos y más claro y uniforme para los distintos prestadores de servicios. Confiamos en que la trasposición de la directiva en nuestro país se realice de forma consensuada, inteligente y puntual, lo que redundará en el reforzamiento de un sector audiovisual libre, seguro, plural y diverso, presupuesto necesario para la pervivencia de la democracia.

## Bibliografía

- Aznar Gómez, H. (1999). La autorregulación de la comunicación: entre el Estado y el mercado. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 1. Disponible en: <https://bit.ly/2K1BL4b>. [fecha de consulta: 1.02.2019].
- Boix Palop, A. (2016). La construcción de los límites de la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 55-112. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.173.02>.
- (2017). El creciente protagonismo de las administraciones públicas en el control de contenidos audiovisuales y sus formas. En A. Boix Palop, J. M. Martínez Otero y G. Montiel Roig (coords.). *Regulación y control sobre contenidos audiovisuales en España* (pp. 337-365). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

- Bondebjerg, I., Novrup Redvall, E., Helles, R., Sophus Lai, S., Søndergaard, H. y Astrupgaard, C. (2017). The Perfect Storm: European Television Policy and the Emergence of Streaming Services. En I. Bondebjerg, E. Novrup Redvall, R. Helles, S. Sophus Lai, H. Søndergaard y C. Astrupgaard. *Transnational European Television Drama* (pp. 49-77). Cham: Palgrave Macmillan. Disponible en: [https://doi.org/10.1007/978-3-319-62806-6\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-319-62806-6_3).
- Cabrera Blázquez, F. J. (2013). On-demand services: Made in the Likeness of TV? *What is an on-demand service?* (pp. 7-27). Estrasburgo: Observatorio Europeo del Audiovisual-Consejo de Europa.
- Crusafón Baqués, C. (1999). Un nuevo enfoque de la política audiovisual de la Unión Europea. *Revista Latina de Comunicación Social*, 15, 73-87.
- (2000). *El espacio audiovisual europeo: análisis de la industria audiovisual y de las políticas europeas en la década de los 90*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
- Donders, K., Raats, T., Komorowski, M., Kostovska, I., Tintel, S. y Iordache, C. (2018). *Obligations on on-demand audiovisual media services providers to financially contribute to the production of European works. An analysis of European Member States' practices*. Brusel: Vrije Universiteit Brussel. Disponible en: <https://bit.ly/2XwtqBP>. [fecha de consulta: 1.02.2019].
- Dunlop, S., Freeman, B. y Jones, S. C. (2016). Marketing to youth in the digital age: The promotion of unhealthy products and health promoting behaviours on social media. *Media and Communication*, 4 (3), 35-49. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17645/mac.v4i3.522>.
- Elam, V. (2018). Digital Single Market: a long way to go. *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, 43-58. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i26.3111>.
- Fernández Viso, A. (2017). La autoridad estatal reguladora del audiovisual: el largo camino hacia la CNMC... y su incierto futuro. En I. Fernández Alonso (ed.). *Austeridad y clientelismo: política audiovisual en España en el contexto mediterráneo y de la crisis financiera* (pp. 121-148). Barcelona: Gedisa.
- Freixes Sanjuán, T. (1996). *Libertades informativas e integración europea*. Madrid: Colex.
- Frosio, G. F. (2017). Reforming intermediary liability in the platform economy: a European Digital Single Market Strategy. *Northwestern University Law Review*, 112, 19-46. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3009155>. [fecha de consulta: 1.02.2019].
- Fuente Cobo, C. y Martínez Otero, J. M. (2015). Criterios y procedimientos de calificación de contenidos audiovisuales. En C. Fuente Cobo, B. Mora-Figueroa, M. Muñoz-Saldaña, M. A. Ortiz Sobrino, J. Otero y V. Tur (auts.). *Criterios y procedimientos de calificación de contenidos audiovisuales* (pp. 9-16). Madrid: IORTV.
- García Llovet, E. (1991). *El régimen jurídico de la radiodifusión*. Madrid: Marcial Pons.

- Gay Fuentes, C. (1994). *La televisión ante el Derecho Internacional y Comunitario*. Madrid: Marcial Pons.
- (2012). Los derechos de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. *Noticias de la Unión Europea*, 329, 41-58.
- Helberger, N., Pierson, J. y Poell, T. (2018). Governing online platforms: from contested to cooperative responsibility. *The Information Society*, 34 (1), 1-14. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/01972243.2017.1391913>.
- Herold, A. (2008). Country of Origin Principle in the EU Market for Audiovisual Media Services: Consumer's Friend or Foe? *Journal of Consumer Policy*, 31 (1), 5-24. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10603-007-9054-1>.
- Huguenot-Noël, R. (2018). Audiovisual media in the digital era: An industrial strategy needed to safeguard cultural diversity. *EPC Policy Brief*. Brussels: European Policy Centre. Disponible en: <https://bit.ly/2IeGJXM>. [fecha de consulta: 1.02.2019].
- Ibrus, I. y Rohn, U. (2016). Sharing killed the AVMSD star: the impossibility of European audiovisual media regulation in the era of the sharing economy. *Internet Policy Review*, 5 (2), 1-16. Disponible en: <https://doi.org/10.14763/2016.2.419>.
- Kenny, R. y Suter, T. (2016). *An unravelling of the Digital Single Market. A review of the proposed AVSMD*. Brussels: Communications Chambers. Disponible en: <https://bit.ly/2HUKGlt>. [fecha de consulta: 1.02.2019].
- Lambrecht, I., Verdoodt, V. y Bellon, J. (2018). Platforms and commercial communications aimed at children: a playground under legislative reform? *International Review of Law, Computers and Technology*, 32 (1), 58-79. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/13600869.2018.1443378>.
- Linde Paniagua, E. (2006). La protección de los usuarios de la televisión en el Derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 11, 157-194.
- López Olano, C. (2016). Las autoridades de regulación audiovisual en España. Panorámica y perspectivas del control de la pluralidad. *Miguel Hernández Communication Journal*, 7, 87-112. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21134/mhcj.v0i7.120>.
- Mackey, T. K. (2016). Digital Direct-to-Consumer Advertising: A Perfect Storm of Rapid Evolution and Stagnant Regulation. *International Journal of Health Policy and Management*, 5 (4), 271-274. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.15171/ijhpm.2016.11>.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (1995). *La Directiva de Televisión*. Madrid: Colex.
- Martínez Otero, J. M. (2018a). La actividad de la Administración en la construcción de un espacio mediático audiovisual accesible para las personas con discapacidad. En H. Aznar, M. Pérez Gabaldón, E. Alonso y A. Edo (eds.). *El derecho de acceso a los medios de comunicación* (vol. 1). *Legislación y Autorregulación* (pp. 149-173). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018b). La necesaria reforma del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia: una (ambiciosa) propuesta de mínimos. *Derecom*, 25, 99-116.

- Mendoza Losana, A. I. (2016). La nueva regulación europea del mercado audiovisual. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 18, 166-189.
- Pérez Chuliá, B. (2002). *El régimen jurídico del sector audiovisual y de las telecomunicaciones. Un desafío para Europa*. Granada: Comares.
- Plaza Penadés, J. (2014). Doctrina del Tribunal Supremo sobre el conocimiento efectivo en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 34, 15-19.
- Rallo Lombarte, A. (2000). *Pluralismo informativo y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Ruiz, M. (2017). La regulación europea actual sobre el emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (2), 506-529. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3884>.
- Savin, A. (2018). Regulating internet platforms in the EU - The emergence of the "Level playing field". *Computer Law & Security Review*, 34, 1215-1231. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.08.008>.
- Tornos Mas, J. (1999). *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*. Madrid: Marcial Pons.
- Ulrich, C. (2017). Standards for Duty Care: Debating Intermediary Liability from a Sectoral Perspective. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 8, 111-127. Disponible en: <https://bit.ly/2Z3WK9N>. [fecha de consulta: 1.02.2019].
- Vidal Beltrán, J. M. (2015). La incorporación del Derecho de la Unión Europea en la regulación española del audiovisual. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 29, 75-129.
- Vidal Beltrán, J. M. y Boix Palop, A. (2014). El marco constitucional y regulatorio de los medios de comunicación en España. En J. M. Vidal Beltrán y A. Boix Palop (eds.). *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades* (pp. 27-42). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.