

LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE LA TELEVISIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

SUMARIO: 1. Algunas consideraciones introductorias sobre el significado de la protección de los consumidores y usuarios en el Derecho de la Unión Europea. 2. La Protección de los consumidores en el Tratado de la Comunidad Europea y en la Constitución Europea: líneas introductorias. 2.1. Tipo de competencia de acuerdo con el Título III, de la Parte I. 2.2. Objetivos. 2.3. Competencia atribuida e instrumentos jurídicos. 3. La protección de los usuarios en el sector audiovisual. 3.1. Antecedentes. 3.2. El sistema de protección 25/1994 de transposición de la Directiva 89/552/CEE. Objetivos y ámbito de aplicación. 3.3. Las modalidades de protección: 3.3.1. La protección de los usuarios mediante la regulación de determinados aspectos de las emisiones de publicidad, televenta y patrocinio. 3.3.2. Mediante la protección de los menores. 3.3.3. El derecho de los espectadores a la información. 3.3.4. La acción de cesación. 3.3.5. El régimen sancionador. 3.4. La necesidad de crear una autoridad audiovisual independiente. 4. La televisión como servicio público integral: 4.1. Introducción. 4.2. La regulación de la televisión como servicio público. 4.3. El contenido del servicio público de la televisión. 4.4. Las modificaciones en el contenido del servicio público como consecuencia del sistema de financiación de la radiotelevisión pública. 4.5. Líneas para una legislación futura: el servicio integral de televisión.

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Ser consumidor y usuario es una condición implícita de las personas físicas o jurídicas de las sociedades occidentales. Y ello porque éstas se caracterizan porque el mercado tiene en las mismas una posición central, difícilmente comparable a la que ocupaba hace poco más de medio siglo.

Los seres humanos hemos intercambiado, consumido y usado bienes y servicios desde tiempos remotos. Sin embargo, no es casual que la conciencia social y política

de la necesidad de proteger expresa y directamente a los consumidores y usuarios sólo tenga lugar en la segunda mitad del siglo XX. Y esto ha sido así porque el mercado ha sido el gran instrumento democratizador en el mundo occidental; particularmente en la Unión Europea. Instrumento que no ha hecho sino cobrar cada vez mayores dimensiones: del mercado común al mercado interior, de éste al mercado único y finalmente el mercado global o universal. Ninguna frontera se resiste al expansionismo de la que podría calificarse como la nueva ideología contemporánea: la ideología del mercado. Pero, bajo la apariencia de identidad se pueden señalar diferencias sustanciales en las concepciones del mercado y en el papel de la economía en las sociedades de nuestro tiempo. En particular, me interesa destacar que, aunque la historia de la Unión Europea esté llena de altibajos y de contradicciones, un hilo conductor permanente se descubre a lo largo del tiempo, este es que: *el mercado y la economía son instrumentos democratizadores de nuestras sociedades; no son una finalidad en sí mismos*. Y en esta peculiar posición del mercado y la economía se encuentra una de las claves para comprender la Unión Europea y el tema que nos ocupa.

Sin embargo, como antes decía, la historia de la Unión no es lineal y a veces resulta difícil verificar la línea de pensamiento fuerte que consideraría al mercado y a la economía como meros instrumentos para la realización de la democracia. Justamente, esa dificultad se encuentra cuando enfrentamos el tema de la protección de los ciudadanos y, más concretamente, el tema de la protección de los consumidores y usuarios. En efecto, en las Comunidades Europeas, desde su origen, se concibieron toda una serie de instrumentos y técnicas jurídicas internas con objeto de perfeccionar el funcionamiento del mercado comunitario, y para favorecer su proyección exterior a través de numerosos instrumentos (acuerdos bilaterales y multilaterales, potenciación de organismos internacionales, entre los que destaca, finalmente, la Organización Mundial del Comercio, etc.). Y en este largo proceso, que se inicia en 1951 con el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, los consumidores y usuarios, singularmente considerados, fueron los grandes olvidados de los poderes públicos nacionales y europeos¹. Éstos, tan sólo parecen conmoverse cuando se producen tragedias de grandes dimensiones: la colza en España, las vacas locas en la Unión Europea, la gripe aviaria en el mundo, y otros tantos ejemplos de mayor o igual trascendencia. Pero, al lado de las macro tragedias, en la vida cotidiana los ciudadanos, los ciudadanos-consumidores siguen sufriendo una desprotección alarmante: La protección de los consumidores, no obstante los avances producidos en los últimos años, sigue siendo deficiente en la Unión Europea y en numerosas ocasiones no deja de ser un mero eufemismo.

Las causas del olvido de los consumidores en las primeras décadas de existencia de las Comunidades Europeas no es un tema que haya sido objeto de estudio sufi-

¹ Téngase en cuenta que la primera manifestación explícita de la Comunidad Económica Europea, en materia de protección de los consumidores será la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para la política de protección e información de los consumidores (DOCE C 92 de 25/4/1975).

cient², aunque considero que es posible apuntar alguna hipótesis de trabajo que explique dicho olvido. A mi juicio los liberales y neoliberales de la economía habrían considerado que el proteccionismo público de los consumidores hubiera supuesto una rémora para los operadores económicos y, en definitiva, para el mercado. Y, a esta concepción se uniría el conservadurismo que todavía domina nuestro derecho, el derecho occidental, en el que sigue pesando su origen burgués, un derecho de propietarios y para los propietarios en que no habría penetrado todavía la idea del ciudadano-consumidor. Así, en particular, nuestro sistema de protección jurisdiccional, salvo algunas excepciones novedosas (como, por ejemplo, la acción de cesación), sigue anclado en el siglo XIX; incapaz de garantizar un tráfico jurídico masivo que resulta imposible casar con unos procedimientos rígidos, lentos, caros e inhábiles para combatir las irregularidades que se producen en el mercado en que tienen lugar, todos los días, cientos de millones de operaciones de uso y consumo de bienes y servicios.

Probablemente, por las razones apuntadas, la Unión Europea no es todavía un ejemplo paradigmático de ordenamiento protector de los consumidores. En efecto, durante las tres primeras décadas de existencia de las Comunidades se plasmó en la normativa europea la idea de que la mejor protección del consumidor pasaba por el fomento de la competencia empresarial; una posición liberal que se consideró incontestable. Esto es, la mejor defensa de los consumidores se llevaba a cabo propiciando un mercado común en que estuviera garantizada la libre competencia. Desde dicha posición ideológica se pensaba que las empresas considerarían como un factor competitivo la potenciación de los derechos de los consumidores. De manera que, por ingenuidad o por error de cálculo, se consideró que la libre competencia desataría una carrera de las empresas con la finalidad de conceder mayores derechos a sus consumidores. Pero lo cierto es que dicho objetivo no dejó ni ha dejado de ser un objetivo marginal para las empresas. Sólo en casos excepcionales se puede verificar que las empresas consideren que los derechos de los consumidores son un elemento de distinción que les reporte prestigio y ganancias.

La consecuencia de dicha ideología fue la exclusión durante décadas en la Unión Europea de la protección directa de los consumidores, y posteriormente la metodología de la regulación del caso a caso que hace inevitable las lagunas, las contradicciones y la insuficiencia del sistema de protección³. En el caso español, el calificativo

² No obstante puede verse: M.J. MORILLAS JARILLO, «La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea», en *Actualidad Civil*, 1994-111; A. MARTÍN LÓPEZ, «La protección del consumidor en la Unión Europea», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 150, 1997; D. RUBIO GARCÍA, «La acción comunitaria a favor de los consumidores europeos», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 13, 1966.

³ Sirva como ejemplo del casuismo que preside la regulación de la protección de los consumidores en la Unión Europea, la reducida muestra que se adjunta de actos comunitarios que tienen por objeto la protección de los mismos:

Garantías de los bienes de consumo: Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo (DO L 171 de 7/7/1999).

común a las sociedades occidentales de *sociedades de consumo*, no se aplicará hasta la década de los años setenta del siglo XX. El consumo masivo de bienes y servicios se corresponde al inicio de una etapa de nuestra historia caracterizada por la existencia de una extensa clase media que accede a bienes y servicios antes reservados a la burguesía que se corresponde, fundamentalmente, a la era constitucional. El consumo masivo ha sido también en España uno de los instrumentos fundamentales para la liquidación de las barreras entre clases sociales que hemos conocido hasta hace pocas décadas, lo que no significa, sin embargo, que no se estén creando nuevas barreras entre grupos sociales en que el consumo de bienes y servicios cobre, de nue-

Acceso a la justicia: Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia (DO C 176, de 4/7/1987).

Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166 de 11/6/1998).

Cláusulas abusivas de los contratos: Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95 de 21/4/1993).

Sobre publicidad: Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DO L 250 de 19/9/1984), modificada posteriormente.

Etiquetado e indicación de precios: Resolución del Consejo, de 19 de junio de 1979, relativa a la indicación de los precios de los productos no alimentarios de consumo corriente preenvasados en cantidades preestablecidas (DO C 163 de 30/6/1979)

Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DO L 80 de 18/3/1998).

Responsabilidad por daños: Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (DO L 210, de 7/8/1985).

Agricultura ecológica: Reglamento (CE) 746/2004 de la Comisión, de 2 de abril de 2004, por el que se adaptan algunos Reglamentos relativos a la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios con motivo de la adhesión a la Unión Europea de la república Checa, de Estonia, de Chipre, de Letonia, de Lituania, de Hungría, de Malta, de Polonia, de Eslovenia y de Eslovaquia (DO L 122, de 26/4/2004).

Transporte aéreo: Reglamento (CEE) 295/91 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular (DO L 36/8/1991).

Reglamento (CE) 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) 295/91 (DO L 46 de 17/2/2004).

Tarjetas de crédito: Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997 relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos (DO L 208 de 2/8/1997).

Garantías jurisdiccionales: Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Información de los consumidores: Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para la política de protección e información de los consumidores (DOCE C 92 de 25/4/1975).

vo, un papel fundamental, lo que ha sido determinante de la legislación protectora de los consumidores⁴.

La intervención protectora de los poderes públicos puede tener diferentes modalidades e intensidades. La regulación de una determinada relación jurídica puede entenderse, en sí misma considerada, como una modalidad interventora. No obstante, la regulación puede tener diferentes intensidades y finalidades. Así, por ejemplo, puede servir para consagrar la autonomía absoluta de la voluntad de las partes en una relación jurídica, de manera que tal regulación suponga la más absoluta desprotección pública de los consumidores. Y, en el otro extremo, la regulación puede excluir por completo la autonomía de la voluntad de las partes imponiendo contenidos protectores para los consumidores y usuarios. Entre ambos extremos caben muchas posibilidades en que se combinen autonomía de la voluntad, prohibiciones y limitaciones, en un equilibrio que sea satisfactorio para los consumidores y que, a la vez, no suponga una rémora para el incremento de la productividad y la expansión del mercado.

⁴ No obstante transcurrierán cerca de seis años desde entrada en vigor de la Constitución y la Ley de desarrollo del artículo 51 de la misma, la Ley 267/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios como indica su nombre constituye la norma de carácter general aplicable a la protección de los consumidores. El elenco de normativa estatal en la materia es cada vez más extenso, a imagen de lo que sucede en el Derecho de la Unión Europea, sirva de ejemplo la siguiente relación sucinta de normas: Ley 267/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios; Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes; Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico; Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas; Real Decreto 820/1990, de 22 de junio, por el que se prohíbe la fabricación y comercialización de productos de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud o seguridad de los consumidores; Real Decreto 880/1990, de 29 de junio, sobre seguridad de los Juguetes; Ley 25/1990, de 20 de noviembre, del Medicamento; Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos; Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; Ley 7/1995, de 23 de marzo, del Crédito al Consumo; Real Decreto 2207/1995, de 28 de diciembre, de normas de higiene en productos alimenticios; Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de contratación; Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios; Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen normas relativas a los manipuladores de alimentos; Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, sobre los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera; Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios; Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo; Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos; Real Decreto 303/2004, de 209 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

En todo caso, cuando nos referimos a proteccionismo público de los consumidores nos referimos a la exclusión o limitación de la autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones jurídicas privadas; nos referimos a un derecho público del consumo que está alumbrando en los últimos tiempos⁵.

Aunque el proteccionismo explícito de los consumidores es un fenómeno de nuestros días, es posible poner ejemplos aislados de proteccionismo público muy sobresalientes en el pasado, ejemplos de protección extrema que han sobrevivido hasta nuestros días, sin duda por su excelencia. Así, los usuarios del transporte público están obligados a contratar un seguro obligatorio de viajeros que, realmente, es un seguro forzoso, en la medida en que no es susceptible de ser incumplida la obligación de contratar dicho seguro que está unido de modo indisoluble al contrato de transporte. Se trataría de un ejemplo límite de protección contra el riesgo de accidentes, en que se excluye la voluntad del transportista y del transportado, pues al margen de la voluntad de uno y otro al adquirir un billete en un servicio público de transporte suscribimos unido al mismo un seguro obligatorio de accidentes. La técnica es ya antigua y de una gran eficacia.

Finalmente, haremos algunas aclaraciones terminológicas, antes de entrar en analizar la regulación de los consumidores en el Tratado de la Comunidad Europea y en la Constitución Europea y, posteriormente, el proteccionismo público de los usuarios de la televisión.

La Constitución española se refiere a consumidores y usuarios, mientras que la Constitución Europea lo hace tan solo a consumidores (también su precedente el Tratado de la Comunidad Europea). Pero esta disparidad terminológica es semántica, no afectando al objeto de ambos textos fundamentales. Así, es más correcta la doble mención a consumidores y usuarios que luce en la Constitución española, en la medida en que los bienes pueden consumirse o usarse, mientras que los servicios

⁵ AGUILAR RUIZ, L., *La protección legal del consumidor de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; ALCOVER GARAU, G., *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español*, Civitas. Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1990; BELLO PAREDES, S.A., *El mercado cautivo de ascensores: una reflexión en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999*, Estudios sobre Consumo, 2000; BERCOVITZ, R., *La transposición de la Directiva Comunitaria al Derecho español*, en U. Nieto Carol (dir), *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *La posible eficacia directa horizontal de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores- A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 20 de noviembre de 1996*. Estudios sobre Consumo, 1997; CUENCA ANTOLÍN, D., *Del fenómeno económico-social de la «multipropiedad» a la regulación legal en España de los derechos de aprovechamiento por turno*, Noticias de la Unión Europea, 2002; ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003; GÓMEZ CALERO, J., *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Dykinson, Madrid, 1996; GUILLÉN CARAMÉS, J., *El estatuto jurídico del consumidor (política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración)*, Civitas, Madrid, 2002; IZQUIERDO PERIS, J. J., *La responsabilidad civil por productos defectuosos en la Unión Europea: actualidad y perspectivas*, Estudios sobre Consumo, 1999; PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998; RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., *La responsabilidad civil por daños causados por los productos defectuosos*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

sólo son susceptibles de uso y en caso alguno de consumo. Pero, en todo caso, cuando la Constitución Europea se refiere a consumidores lo que hace es incluir en el concepto de consumidor el de usuario.

El concepto consumidor-usuario, tiene una gran capacidad expansiva hasta el punto de que en el lenguaje corriente se aplica en todos los órdenes de un modo indiscriminado que finalmente produce gran confusión. Por nuestra parte nos referiremos al concepto técnico-jurídico, esto es, «las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden», de manera que no son considerados consumidores o usuarios los que no sean destinatarios finales de dichos bienes y servicios aunque los adquieran, almacenen utilicen o consuman con el fin de integrarlos en los correspondientes procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art. 1, apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de junio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

2. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: LÍNEAS INTRODUCTORIAS

El artículo 100A introducido por el Acta Única Europea en el Tratado de la Comunidad Económica Europea es el primer precepto comunitario que se refiere de modo explícito a la protección de los consumidores⁶, artículo renumerado por el Tratado de Amsterdam como artículo 95. Pero será el Tratado de la Unión Europea el que introducirá en el Tratado de la Comunidad Europea un precepto completo dedicado a la protección de los consumidores, el artículo 129A reformado posteriormente por el Tratado de Amsterdam que le añadirá dos apartados y lo renumerará como artículo 153.

La Constitución Europea ha dedicado tres preceptos a la protección de los consumidores, los artículos II-98, III-120 y III-235. El artículo II-98 de la Parte segunda, dedicada a los derechos fundamentales, establece (en el marco del Título IV «solidaridad»), que: «En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores». Este precepto se reproduce prácticamente en el III-120 (del Título I «Disposiciones de aplicación general», de la Parte tercera), que

⁶ Dicho artículo 100A dice así : La Comisión en sus propuestas previstas en el apartado 1 referente a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado». El Tratado de Amsterdam añadirá al texto del precepto «teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo.»

expresa: «Las exigencias de la protección de los consumidores se tendrán en cuenta en la definición y ejecución de otras políticas y acciones de la Unión». Y, finalmente, está dedicado a los consumidores el artículo III-235 «Protección de los consumidores» que constituye la sección 6 del Capítulo III del Título III «políticas y acciones internas» de la Parte III. Los artículos III-120 y III-235 tienen su precedente, respectivamente, en los artículos 95 y 153 del Tratado de la Comunidad Europea⁷.

2.1. Tipo de competencia de acuerdo con el Título III de la Parte I

La política de protección de los consumidores, de acuerdo con el artículo I-14.2. f) de la Constitución Europea, es un ámbito de competencia compartida, regulada en el artículo III-235 (que integra la Sección 6 «Protección de los consumidores», del Capítulo III «Políticas en otros ámbitos», del Título III de la Parte III), que tiene su precedente en el artículo 153 del TCE. Por otra parte, como antes señalamos, a la protección de los consumidores prestan también atención los artículos II-98 y III-120. Así, la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores en las políticas de la Unión sería un derecho fundamental, lo que se modula en el artículo III-120, disposición de aplicación general, como una «exigencia». Debe tenerse en cuenta que la garantía del artículo II-98 se ejercerá de acuerdo con lo previsto en los artículos III-120 y III-235, tema este sobre el que volveremos.

2.2. Objetivos

Los objetivos de la política de protección de los consumidores se confunden con el contenido material de la competencia de la Unión y se concretan en dos diferentes niveles, de acuerdo con el artículo III-235.1: Los *objetivos específicos* principales son la *promoción* de los intereses de los consumidores y la *garantía* de un nivel elevado de protección de los mismos. Y, por otra parte, para alcanzar los anteriores objetivos se fijan como *objetivos específicos* complementarios: la contribución de la Unión a la protección de la salud, la seguridad, los intereses económicos de los consumidores y la promoción del derecho de los mismos a la información, a la educación y a organizarse para defender sus intereses. Se trata de una enumeración prolija pero clara de los objetivos de la Unión, susceptibles de actuar eficazmente como límites positivos y negativos de las competencias de la Unión en la materia. Objetivos que coinciden sustancialmente con los que se enuncian en el artículo 51 de la Constitución española de 1978 y en la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que los denomina derechos básicos (art. 2).

⁷ Los artículos el 153 del TCE y el III-235 son semejantes, salvo que a partir de la Constitución será la ley europea o la ley marco europea el instrumento formal que se utilice para la adopción de medidas de protección, que de acuerdo con el TCE adoptaba el Consejo mediante el procedimiento de co-decisión y tras consulta del Comité Económico y Social. Por otra parte, el punto 2 del artículo III-153 se ha trasladado como precepto independiente al II-98 de la Parte II de la Constitución.

2.3. Competencia atribuida e instrumentos jurídicos

Las competencias materiales de la Unión en esta materia son de dos tipos, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo III-235. Por una parte, la Unión, mediante leyes o leyes marco europeas (ahora «medidas» del artículo 153 TCE), puede aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en el marco del mercado interior, de acuerdo con lo previsto en el artículo III-172 (art. III-235. 2 a), lo que convierte a la protección de los consumidores en uno de los instrumentos para la realización de los objetivos del mercado interior. Y, por otra parte, podrán adoptarse leyes o leyes marco europeas para la adopción de medidas de apoyo, complemento o supervisión de las políticas de los Estados miembros (art. III-235. 2. b y 3), siempre que estén de acuerdo con los objetivos, un tanto generales, a que se refiere el apartado 1 del artículo III-235.

De manera que la Unión puede combinar tipos diferenciados de medidas a través de leyes europeas y leyes marco europeas, que hacen posible diferentes escenarios competenciales (a cuyo efecto hay que tener en cuenta los apartados 2 y 3 del artículo III-235). Así, es posible: A) La exclusión de los Estados miembros (mediante leyes europeas del apartado 2º del artículo III-235), convirtiendo la competencia inicialmente compartida en competencia exclusiva de la Unión; B) La compartición por la Unión de esta política con los Estados miembros (mediante leyes marco europeas, en aplicación del apartado 2 a) del artículo III-235); y C) Adopción por la Unión de leyes europeas y leyes marco europeas que apoyen, complementen y supervisen las políticas de los Estados miembros (mediante el apartado 2.b y 3 del artículo III-235), que no pueden excluir la competencia de los Estados miembros en la materia, manteniendo o adoptando disposiciones que otorguen niveles mayores de protección a los consumidores. De modo que, así como no puede descartarse la competencia de los Estados miembros cuando la Unión ejerza competencias de apoyo, complemento y supervisión de las políticas de aquellos (apartado 2.b en relación con el apartado 4 del artículo III-235), el ejercicio por la Unión de la competencia prevista en el apartado 2.a) del artículo III-235 puede suponer la exclusión de la competencia de los Estados miembros, salvo que las leyes europeas o leyes marco europeas den entrada a los Estados miembros para que completen o transpongan aquéllas.

El apartado 4 del artículo III-235 pone de evidencia la inaplicabilidad a la política de protección de los consumidores de lo previsto en el artículo I-12.2, cuando la Unión ejerza su competencia de acuerdo con lo previsto en el citado apartado. En efecto, dicho apartado 4 configura a las medidas que se adopten por la Unión Europea como *estándar mínimo de protección de los consumidores* que puede ser incrementado por los Estados miembros, siempre que las medidas que éstos adopten sean compatibles con la Constitución. Es decir, la competencia de la Unión en la materia no es renunciable ni tampoco es renunciable la competencia de los Estados miembros que pueden elevar el nivel de protección a los consumidores establecido por la Unión.

Por otra parte, la circunstancia de que el artículo III-120 de la Constitución Europea haya establecido que: «Las exigencias de la protección de los consumidores se tendrán en cuenta en la definición y ejecución de otras políticas y acciones de la Unión»⁸, tiene una importancia capital en la configuración jurídica de la competencia que analizamos y, en cierto modo, explica la evolución misma del tratamiento de esta materia por la Unión Europea. Así, la Unión puede adoptar las medidas a que se refiere el artículo III-235, pero, además, en el marco de cualquiera de las políticas y acciones de la Unión deberá tenerse en consideración la exigencia de protección de los consumidores.

Debemos aclarar por último el significado que debe atribuirse a que la protección de los consumidores aparezca entre los derechos fundamentales que consagra la Constitución Europea (art. II-98) y la comparación de este tratamiento con el que otorga la Constitución española a la protección de los consumidores. Esta última ha dedicado a los consumidores su artículo 51, situado en el Capítulo III «De los principios rectores de la política social y económica», del Título I «De los derechos y deberes fundamentales», que dice: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Si se observa atentamente las redacciones del artículo 51 de la Constitución española y del artículo II-98 de la Constitución Europea se concluirá que son similares. En efecto, aunque en apariencia la Constitución Europea habría situado en un nivel superior la protección de los consumidores, la lectura del artículo II-98 nos desvela que la densidad del derecho es escasa. Lo que el artículo II-98 garantiza es lo mismo que garantiza la Constitución española, solo que ésta última ha sido mucho más precisa ubicando su artículo 51 entre los principios rectores de la política social y económica que, como dice el artículo 53.3, deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, lo que equivale a la naturaleza transversal que la Constitución Europea atribuye a los principios protectores de los consumidores que se deducen de los artículos II-98 y III-120.

Así, la relación entre el artículo II-98 y los artículos III-120 y III-235 viene determinada por una parte por lo dispuesto en el artículo II-111 que establece, en su apartado 1 que los derechos fundamentales se respetarán «dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás partes de la Constitución», por otra parte por lo dispuesto en el apartado 2 del artículo II-111 que establece que los derechos de la Carta ni crean competencias o misiones nuevas en la Unión ni modifican las competencias y misiones que se definen en las demás Partes de la Constitución y, finalmente, por el apartado 2 del artículo 112 que establece que los derechos que se reconocen en la Carta y se mencionan en otras partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por otras partes de la Constitución. Esto no significa otra cosa, en el caso que nos ocupa, que los artículos III-120 y III-235 tienen preferencia sobre el artículo II-98,

⁸ Esta determinación se encuentra sustancialmente en el apartado 3 del artículo 95 del TCE.

hasta el punto de que el artículo II-98 se convierte en un mero referente simbólico que ni limita ni influye en los artículos III-120 y III-235. Esta desnaturalización del derecho fundamental sólo viene atenuada por la circunstancia de que el artículo III-120 se produzca en los mismos términos que el artículo II-98.

De manera que, aunque la protección de los consumidores figure en la Constitución Europea entre los derechos fundamentales, más bien se habría consagrado un *principio de protección de carácter horizontal*, esto es, lo que se garantiza es «un nivel elevado de protección de los consumidores» en el entramado de relaciones jurídicas de consumo o de uso competencia de la Unión Europea.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS EN EL SECTOR AUDIOVISUAL

3.1. Antecedentes

Aunque la regulación del audiovisual se remonta en España a la Ley de 26 de octubre de 1907 sobre radiotelegrafía, cables y teléfonos⁹, la legislación más significativa en el sector tendrá lugar a partir de la transición a la democracia, tras la muerte del general Franco. En lo relativo a la radio la nueva etapa se iniciará con una norma preconstitucional de naturaleza reglamentaria, el Real Decreto 2648/1978, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora¹⁰, y por lo que se refiere a la televisión con la Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprueba el Estatuto de la Radio y la Televisión¹¹.

Tanto en las normas citadas anteriormente como en otras posteriores brillará por su ausencia cualquier rastro de protección directa de los usuarios de la radio y la televisión. Podría entenderse que, indirectamente, los Consejos Asesores previstos por la Ley 4/1980 (art. 9) pudieran tener entre sus fines la protección de los consumidores. Pero, la circunstancia de que los referidos consejos no se hayan constituido hasta la fecha, en ninguna de las radiotelevisiónes públicas, impide verificar esta hipótesis. Por otra parte, la normativa general en la materia (en particular la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), resulta difícilmente aplicable a los servicios en general (a excepción del derecho a la información), y en particular a la radio y la televisión.

La protección directa a los usuarios de la radio y la televisión en España tiene su origen en normas internacionales. Por una parte, en el *Convenio Europeo de Televisión Transfronteriza, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1989*¹², que no sería rati-

⁹ Ver para los antecedentes del audiovisual en España, E. LINDE y J.M. VIDAL, *Derecho Audiovisual*, Madrid, 2003, págs. 91 y sigs.

¹⁰ BOE 9/11/1978.

¹¹ BOE de 12/1/1980.

¹² Ratificado por instrumento de 19 de enero de 1998 (BOE de 24/4/1998).

ficado por España hasta 1998, y que nunca ha sido aplicado, y por otra parte en la *Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre, del Consejo, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*, comúnmente conocida como la directiva de la *televisión sin fronteras*, que fue transpuesta al derecho interno español por la *Ley 25/1994, de 12 de julio*¹³, es decir cerca de cinco años después de la aprobación de aquella y cerca de tres años después del vencimiento del plazo establecido en la misma para su transposición. Por paradójico que pueda parecer una de las razones de la tardía transposición de la *Directiva 89/552/CEE* tiene su origen en su contenido protector de los derechos de los usuarios que, sin embargo, no es ni el único ni el más sobresaliente de la misma. La *Directiva 552 de 1989* se dictó después de que el *Acta Única Europea* otorgara a la *Comunidad Económica Europea* competencias transversales explícitas en materia de protección de los consumidores, pero antes de que el *Tratado de la Unión Europea* introdujera en el *Tratado de la Comunidad Europea* el artículo 129 A, convertido por el *Tratado de Amsterdam* en artículo 153, que otorga competencias sustantivas a la *Comunidad* en lo concerniente a la protección de los consumidores. Por ello, no deja de ser sorprendente transcurridos 17 años desde que se dictara la citada directiva que siga siendo la norma comunitaria más relevante para la protección de los usuarios de la televisión¹⁴.

3.2. El sistema de protección de la *Ley 25/1994* de transposición de la *Directiva 89/552/CEE*. Objetivos y ámbito de aplicación

La *Ley 25/1994, de 12 de julio*¹⁵, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la *Directiva 89/552/CEE*, tiene al menos 5 objetivos expresos, de acuerdo con su artículo 1, que expresan de modo sintético los objetivos de diferente índole que persigue la citada *Directiva* que transpone. Dichos objetivos se pueden clasificar en tres grupos. Por una parte, la regulación del espacio televisivo único, por otra, los objetivos relacionados con la protección de la producción europea y, finalmente, los que tienen por objeto la protección de los usuarios. De entre los terceros, que son los que ahora nos interesan, destaca la mención expresa que en el apartado 5 del artículo 1, se hace al objetivo de: «*Defender los intereses legítimos de los usuarios y, en es-*

¹³ BOE de 13/7/1994.

¹⁴ La *Directiva 89/552/CEE* fue modificada ligeramente por la *Directiva 97/36/CE* y en la actualidad se tramita en la *Comunidad* una nueva modificación de mayor profundidad.

¹⁵ La *Ley 25/1994, de 12 de julio*, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la *Directiva 89/552/CEE*, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva ha sido modificada por la *Ley 22/1999 de 7 de junio* que tiene su causa en la *Directiva 97/36/CE* de reforma de la *Directiva 89/552/CEE*, así como por la *Ley 39/2002, de 28 de octubre* que tiene su causa en la transposición de varias directivas comunitarias.

pecial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral». Además, la regulación de la publicidad en la Ley 25/1994 tiene una vertiente claramente proteccionista para los usuarios.

La Ley 25/1994 incluiría en su ámbito: a) La totalidad de las emisiones de televisión realizadas por los operadores de televisión establecidos en España, salvo el capítulo II de la Ley que no se aplica a las televisiones locales¹⁶ cuyo contenido es ajeno a la protección de los consumidores¹⁷; y b) Las emisiones de televisión realizadas por operadores que aunque no estén establecidos ni en España ni en ningún otro Estado de la Unión, cuando utilicen frecuencias concedidas por la Administración española, o bien satélites o enlaces bajo jurisdicción española¹⁸.

Así, sólo se excluyen de la aplicación parcial de la Ley las emisiones destinadas exclusivamente a ser captadas en territorios de Estados que no pertenezcan y que no puedan ser recibidas por uno o varios Estados miembros de la Unión ni directa ni indirectamente. Exclusión que es parcial en la medida en que en todo caso son de aplicación los artículos 8, 9 y 10 del capítulo III de la citada ley dedicados a la publicidad, televenta y patrocinio y el capítulo IV dedicado a la protección de los menores.

3.3. Las modalidades de protección

El objeto de este epígrafe es ordenar el conjunto de modalidades de protección de los usuarios de la televisión que se deducen fundamentalmente de la Ley 25/1994, modalidades de protección *ex lege* que crean en los usuarios de la televisión derechos colectivos y difusos diferenciados de los derechos fundamentales de los ciudadanos que pueden verse concernidos por la actividad de los operadores audiovisuales (derecho al honor, derecho de rectificación, etc.), que tienen su fundamento en la Constitución española, que no son objeto de nuestra atención en este lugar¹⁹. De la misma manera tampoco serán objeto de estudio en este lugar los derechos que pueden derivar (fundamentales, colectivos y difusos) para los ciudadanos usuarios del servicio de televisión de los principios que rigen la actividad televisiva a que se refieren, entre otros, los artículos 4 y 5 de la Ley 4/1980 del Estatuto de la Radio y la Televisión, de los artículos 2 y 3 de la Ley 17/2006 de la Radio y la Tele-

¹⁶ Ver el apartado 5 del artículo 2 en relación con el apartado 2 del mismo artículo de la Ley 25/1994.

¹⁷ Dicho apartado excluye de la aplicación el capítulo II a la «Promoción, difusión y producción de determinados programas televisivos».

¹⁸ Ver el apartado 3 del artículo 2 que describe los supuestos en que se consideran bajo la jurisdicción española las emisiones de televisión realizadas por operadores no establecidos en la Unión Europea.

¹⁹ Una aproximación a los derechos fundamentales de los ciudadanos concernidos por la actividad televisiva puede verse en E. LINDE y J.M. VIDAL, *Derecho Audiovisual*, Capítulo X, «Ejercicio de los derechos y libertades públicas en las emisiones audiovisuales», Colex, Madrid, 2003, págs. 413 a 463 y la bibliografía que se cita.

visión de Titularidad Estatal, el artículo 5 de la Ley 46/83, reguladora del Tercer Canal de Televisión y el artículo 3 de la Ley 10/1988, de Televisión Privada.

De manera que por razones de espacio nos limitaremos en este lugar a ordenar los derechos colectivos y difusos de los usuarios de la televisión regulados en la Ley 25/1994²⁰.

A mi juicio la protección a los usuarios se lleva a cabo a través de diferentes modalidades y técnicas, a saber:

- A) Mediante la regulación de determinados aspectos de las emisiones de publicidad, televenta y patrocinio,
- B) Mediante la protección expresa de los menores,
- C) Creando el derecho de los espectadores a la información,
- D) Instituyendo la acción de cesación de modo específico, y
- E) Mediante un sistema sancionador específico de las infracciones de las obligaciones y prohibiciones que se establecen.

3.3.1. La protección de los usuarios mediante la regulación de determinados aspectos de las emisiones de publicidad, televenta y patrocinio

Es posible, en lo que concierne a la publicidad, televenta y patrocinio diferenciar tres tipos de intervención. Por una parte se limitan los contenidos de la publicidad, por otra parte se limita el modo de emisión de la publicidad y en tercer lugar se limita el tiempo de emisión de la publicidad.

A) Las limitaciones a las emisiones de publicidad, televenta y patrocinio

Dentro de este grupo primero, la limitación del contenido de la publicidad, es posible diferenciar varios tipos. Así, por una parte, se establecen prohibiciones absolutas de publicitar determinados productos, por otra parte, se establecen limitaciones sobre el contenido publicitario de una serie de productos, en tercer lugar se prohíben determinados contenidos ideológicos y, finalmente se amplían los tipos de publicidad ilícita.

- a) Limitaciones sobre el contenido de la publicidad. Prohibiciones absolutas de productos (arts. 9 y 10)

La Ley ha introducido lo que podríamos denominar prohibiciones absolutas, que se añaden a las que establece el artículo 8 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que no se prestan a dudas interpretativas, a saber:

²⁰ Una aproximación al estudio de los derechos de los usuarios de la televisión en España puede verse en E. LINDE y J. M^o VIDAL, *Derecho Audiovisual*, Colex, Madrid, 2003, capítulos XI «Principios y normas de programación», págs. 465 a 530 y XII «Principios y normas sobre publicidad», págs. 531 a 556.

- la prohibición de publicidad o televenta directa o indirecta de cigarrillos y demás productos del tabaco;
- la prohibición de publicidad directa o indirecta de la publicidad de medicamentos y tratamientos médicos que sólo puedan obtenerse por prescripción facultativa en el territorio nacional (lo que indirectamente ha servido para amparar la publicidad de la denominada parafarmacia y de los tratamientos paramédicos);
- la prohibición de televenta de medicamentos, tratamientos médicos y productos sanitarios;
- la prohibición de publicidad y televenta de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales;
- la publicidad y televenta encubiertas.

b) Limitaciones en la publicidad de productos

En relación con las bebidas alcohólicas de graduación inferior a los veinte grados centesimales²¹, cuya publicidad está permitida, se establecen algunas limitaciones en el artículo 10 de la Ley con objeto de proteger en particular los menores (no pueden dirigirse específicamente a menores ni presentar a los mismos consumiéndolas) y a las personas en general, de manera que no se induzca al consumo por la supuesta excelencia de las mismas sea cual sea su versión (éxito social o sexual, propiedades terapéuticas, efecto estimulante o sedante, medio para la resolución de conflictos), o el éxito de los efectos de dicho consumo.

c) Prohibición que afecta al contenido político e ideológico de las emisiones (art. 9.c)

Por lo que se refiere al contenido se prohíbe la publicidad de contenido esencial o primordialmente político, o la dirigida a conseguir objetivos políticos, a lo que se añaden las limitaciones impuestas por la legislación electoral que regula lo concerniente a esta materia.

d) Publicidad ilícita (art. 8)

Se añaden a los tipos de publicidad ilícita del artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad tres nuevos supuestos, y se reitera que se considerará publicidad ilícita la que utilice técnicas subliminales, a saber:

- Los contenidos publicitarios (publicidad en televisión y televenta) que fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la

²¹ Ver el apartado 2 del artículo 10, que afecta tanto a la publicidad como a la televenta.

protección del medio ambiente; atenten al debido respeto a la dignidad de las personas o a sus convicciones religiosas y políticas o las discriminen por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social;

– Los contenidos que inciten a la violencia o a comportamientos antisociales, que apelen al miedo o a la superstición o que puedan fomentar abusos, imprudencias, negligencias o conductas agresivas;

– En tercer lugar se considera publicidad y televenta ilícitas las que inciten a la crueldad o al maltrato a las personas o a los animales o a la destrucción de bienes de la naturaleza y culturales.

B) Limitaciones relativas al modo de emisión de la publicidad (arts. 11 y 12)

A la Ley 25/1994 no le son indiferentes los modos de emisión de la publicidad, dedicando dos de sus preceptos a introducir prescripciones y limitaciones que se pueden agrupar en cuatro grupos diferenciados. Veamos.

a) Se exige que se identifique con claridad la publicidad, de manera que se diferencie claramente cuando se emite publicidad y cuando programas, utilizando para ello medios ópticos o acústicos.

b) La emisión de publicidad y televenta debe hacerse de modo agrupado, si bien se admite que de modo excepcional se emitan anuncios aislados de publicidad y televenta, aunque no se señala parámetro alguno para la medición de la excepcionalidad.

c) Con carácter general la publicidad y televenta debe emitirse entre programas, si bien se permiten excepciones a esta regla. Así, con carácter general pueden interrumpirse los programas en la medida en que no se perjudique la unidad, ni se desmerezca el valor o la calidad de los mismos y se respeten las pautas naturales del programa, duración y naturaleza, de manera que no se perjudiquen los derechos de los titulares de los programas. Pero, además, el artículo 12 establece reglas especiales para los programas compuestos, las emisiones o programas deportivos y de naturaleza similar, las obras audiovisuales, los programas informativos, documentales, religiosos e infantiles, de manera que la regla general se convierte en un puro eufemismo en la propia Ley.

d) Los *publirreportajes*, *telepromociones* y otras modalidades publicitarias diferentes a los anuncios televisivos deben identificarse con una transparencia que indique su carácter publicitario, de modo permanente durante su emisión, de manera que el usuario de la televisión no pueda confundirlos con programas.

e) Durante las emisiones deportivas pueden insertarse mensajes de publicidad y de televenta guardando ciertos requisitos. Se pueden utilizar transparencias u otras modalidades siempre que el acontecimiento se encuentre detenido, siempre que no se perturbe la visión del acontecimiento, siempre que las transparencias o demás modalidades no ocupen más de una sexta parte de la pantalla y siempre que los mensajes sean exclusivamente textos escritos.

f) Se regulan y establecen limitaciones en el artículo 14 a los canales de televenta y a la autopromoción, excepcionando las reglas del artículo 13 de la Ley, referido al tiempo de emisión de la publicidad.

g) Finalmente el artículo 15 regula y establece ciertas limitaciones para los programas de patrocinio televisivo, que giran en torno a la identificación del patrocinador, la preservación de la independencia editorial del operador de televisión, o la prohibición de determinados patrocinadores y productos, o la exclusión de determinados tipos de programas (noticias y actualidad política, entre otros). Por otro lado, se excluye el cómputo de los programas de patrocinio del tiempo máximo de emisión de publicidad.

C) Limitaciones en cuanto al tiempo y frecuencia de emisión de publicidad y televenta

El último grupo de regulaciones y limitaciones de la publicidad y televenta tiene por objeto el tiempo y frecuencia de las mismas. La regla general, que tiene excepciones, es la del límite máximo de emisión de publicidad del 15% y de televenta del 5% del tiempo diario de emisión de cada cadena de televisión. Por otra parte, la regla general de aplicación de dichos porcentajes en cada hora natural no puede ser superior a 16 minutos en todas las modalidades de publicidad y televenta. Además, como regla general cada bloque de publicidad y televenta no podrá superar dentro de cada hora los 12 minutos.

Dicho lo anterior las excepciones son numerosas. Antes nos hemos referido a las excepciones que rigen los canales de televenta y autopromoción (art. 14) y para el patrocinio (art. 15). Pero, además, los que la Ley denomina «programas de televenta» que diferencia de la televenta, pese a lo expresado en los apartados 1 y 2 del artículo 13, quedan excluidos del límite general del 5% del tiempo total de emisión diaria de cada canal de televisión. De manera que se podrán emitir hasta tres horas al día de programas de televenta, divididos hasta en un máximo de 8 programas, de una duración mínima cada programa de 15 minutos. En todo caso dichos programas deberán identificarse con claridad por medios ópticos o acústicos. Finalmente, no se computará como tiempo de emisión de publicidad y televenta ni los anuncios de servicio público, ni los de carácter benéfico difundidos gratuitamente, ni los programas de autopromoción de los propios programas del operador.

De la sucinta descripción de las normas que regulan la publicidad, televenta y patrocinio televisivo en el capítulo III de la Ley 25/1994, se desprenden varias conclusiones relevantes. Por una parte, resulta evidente que las limitaciones de toda índole que se establecen en la ley tienen por objeto la protección de los usuarios de la televisión. Ahora bien, las necesarias modulaciones, conceptos jurídicos indeterminados y excepciones que contienen los referidos preceptos, junto con la proliferación de canales, legales e ilegales, hacen que el control por la Administración del cumplimiento de la Ley sea en extremo difícil. Por lo demás, el usuario menos avisado podría comprobar que la mayoría de los días los canales de televisión vulneran

con claridad o subrepticamente los límites que establece la Ley 25/1994 o bien explotan los operadores cualquier resquicio de normativa para dificultar su aplicación. Sin embargo, las Administraciones competentes sólo excepcionalmente sancionan a los incumplidores, lo que sin duda no genera sino mayores incumplimientos.

3.4.2. Mediante la protección de los menores

La Ley 25/1994 dedica su capítulo IV, integrado por los artículos 16 y 17, a la protección de los menores, a los que también presta atención directa en el artículo 10.2 a) dedicado a la publicidad y televenta de bebidas alcohólicas. La protección de los menores se lleva en los citados artículos introduciendo prohibiciones y limitaciones en relación con la emisión de publicidad, con la televenta y con la programación.

A) Limitaciones en relación con la publicidad (art. 16)

La Ley prohíbe la emisión de imágenes o mensajes publicitarios que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores, prohibición que la ley extiende a la televenta. A tal efecto, se establecen una serie de principios o parámetros que pueden permitir determinar qué imágenes o mensajes pueden producir los referidos perjuicios. Pero, la operación intelectual que propone el artículo 16 es en extremo compleja. Esto es, presenta dificultades considerables aplicar dichos principios a las imágenes o mensajes publicitarios para establecer si perjudican o no moral o físicamente a los menores. Así, el primero de los principios establece que la imagen o mensaje publicitario: «No deberá incitar directamente a tales menores a la compra de un producto o de un servicio explotando su inexperiencia o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate». En la formulación de este principio, como en la de los demás previstos en el artículo 16²², se advierten las enormes dificultades a que antes nos referíamos, a cuya solución poco han ayudado los mecanismos de autorregulación establecidos por los operadores (televisivos y publicitarios) con la anuencia de las Administraciones Públicas. El caso es que, finalmente, la virtualidad de la protección de los menores dependerá del rigor con el que se apliquen dichos principios por las Administraciones competentes que, dicho sea de paso, es escaso, lo que ha propiciado una publicidad sumamente perjudicial para los menores indefensos.

²² Los otros principios que establece el artículo 16.1 son los siguientes: «b) En ningún caso, deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres, en profesores o en otras personas, tales como profesionales de programas infantiles o, eventualmente, en personajes de ficción; c) No podrá, sin motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas; d) En el caso de publicidad o de televenta de juguetes, éstas no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producir daño para sí o a terceros.»

B) Limitaciones en relación con la programación (art. 17)

Por lo que se refiere a la programación se contienen limitaciones considerables. La prohibición que establece el artículo 17 de la Ley alcanza a los programas, las escenas o los mensajes de cualquier tipo, así como a las emisiones dedicadas a la publicidad, a la televenta y a la promoción de la propia programación «que puedan perjudicar al desarrollo físico y mental o moral de los menores, así como los programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social». Sin embargo, la mencionada prohibición no es absoluta sino que se circunscribe a un determinado horario de emisión, esto es entre las seis de la madrugada y las veintidós horas, y a la exigencia de que los referidos programas adviertan de su contenido por medios acústicos y ópticos. Pues, entre las veintidós horas y las seis horas se podrían emitir programas susceptibles de perjudicar a los menores.

Por otra parte, con objeto de proteger a los menores, el apartado 3 del artículo 17 exige que al comienzo de los programas, a los que no afecten las prohibiciones antes señaladas, así como antes de la reanudación de los mismos, tras la publicidad o la televenta, por medios acústicos u ópticos se advertirá a los usuarios calificando el programa e informando de la mayor o menor idoneidad de los mismos para los menores. Dicha calificación, en el caso de las películas cinematográficas será la que se deduzca de la normativa específica cinematográfica, lo que sin embargo no impide que los operadores televisivos completen la calificación en cuestión con indicaciones más detalladas.

A la aplicación de las prohibiciones y limitaciones previstas en la Ley 25/1994 se puede hacer extensivo nuestro comentario final al apartado anterior A) de este epígrafe.

3.3.3. El derecho de los espectadores a la información

La Ley 25/1994 crea en los usuarios, en el artículo 18, el derecho a la información en su modalidad de derecho de los teleespectadores a conocer «con antelación suficiente, la programación de televisión, incluidas las películas cinematográficas y la retransmisión de espectáculos». Este derecho se corresponde al derecho a la información genérica a que se refiere el artículo 2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 18 las modificaciones de la programación anunciada sólo pueden tener lugar cuando sea consecuencia de «sucesos ajenos a la voluntad del operador de televisión y que no hubieran podido ser razonablemente previstas, en el momento de hacerse pública su programación».

Sin embargo, las prescripciones del citado artículo 18 contienen cláusulas tan poco precisas que son de difícil aplicación como, por ejemplo, «antelación suficiente» o «razonablemente previstas». Por esta razón la ley previó expresamente el desarrollo reglamentario de dichas prescripciones por el Gobierno y las Comunidades

Autónomas, en sus respectivos ámbitos competenciales nacional y autonómico. Así, cinco años después, el Gobierno mediante el Real Decreto 1462/1999, de 17 de septiembre, aprobó el reglamento que regula el derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados de la programación a emitir, y se desarrollan otros artículos de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio²³.

El Real Decreto 1462/1999 dedica dos de sus preceptos al derecho de información que resuelven parcialmente las imprecisiones del artículo 18 de la Ley 25/1994. Por una parte, en cuanto a lo que debe entenderse por *antelación suficiente* se cifró en once días, que se han reducido a tres días mediante la reforma introducida por el Real Decreto 920/2006. Por otra parte, el citado Real Decreto 1462/99 ha regulado también otros extremos de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 25/1994, pero lo ha hecho con cierta ambigüedad que dificultará su cumplimiento.

También debe citarse el Real Decreto 410/2002, de 3 de mayo por el que se establecen criterios uniformes de clasificación y señalización de los programas de televisión, cuya calidad es similar al referido Real Decreto 1462/99.

Sin embargo, el reglamento no se ha pronunciado sobre lo que debe entenderse por «sucesos ajenos a la voluntad del operador de televisión y que no hubieran podido ser razonablemente previstas, en el momento de hacerse pública su programación». Y lo que resulta más grave el Real Decreto 1462/1999, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 25/1994, no ha regulado el procedimiento para hacer efectivo este derecho, lo que resulta inexplicable. De manera que puede decirse que el citado Real Decreto 1462/1999 es una norma incompleta o insuficiente para que desplieguen todos sus efectos las previsiones del artículo 18 de la Ley 25/1994.

3.3.4. La acción de cesación

La acción de cesación en el sector audiovisual fue introducida por el artículo 8 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios²⁴, que añadió a la Ley 25/1994 el capítulo VII integrado por los artículos 21 y 22.

No haremos aquí otra cosa que referir algunos de los rasgos generales de dicha acción, pues un análisis pormenorizado de la misma desbordaría el objetivo de este trabajo²⁵.

De lo dicho anteriormente se deduce que la protección de los usuarios de la televisión, en lo relativo a los derechos colectivos y difusos, que se deducen de las pres-

²³ BOE de 29/9/1999.

²⁴ BOE de 29/10/2002.

²⁵ Ver, al respecto: L. Montón García, *Acciones colectivas y acciones de cesación*, Ministerio de Sanidad y Consumo/Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004.

cripciones de la Ley 25/1994 en materia de publicidad, programación y menores, se atribuye en exclusiva, implícitamente, a las Administraciones públicas a través del régimen sancionador que se deduce de la Ley 25/1994. De manera que la acción de cesación complementa el sistema sancionador de protección con la posibilidad de que un amplio abanico de organismos, personas jurídicas y físicas puedan solicitar en un trámite preprocesal o en un proceso judicial el cese de comportamientos contrarios a la Ley 25/1994, esto es, la cesación de comportamientos o actividades de los operadores televisivos contrarios a las prescripciones de la citada ley en materia de publicidad, programación y menores.

A) El trámite pre-procesal o solicitud previa al ejercicio de la acción de cesación

La Ley bajo el epígrafe «acción de cesación» prevé un sencillo trámite pre-procesal para la defensa de los intereses colectivos o difusos de los usuarios, consistente en que los legitimados pueden solicitar a los operadores audiovisuales el cese de un determinado comportamiento ilícito o, lo que es lo mismo, contrario a las prescripciones de la Ley 25/1994, mientras dicho comportamiento se produzca. A tal efecto, el artículo 21 de la Ley legitima a diferentes tipos de sujetos, desde el Instituto Nacional de Consumo hasta los titulares de derechos o intereses legítimos²⁶.

La solicitud de cesación que podrá formularse durante el tiempo que dure la realización del comportamiento ilícito, debe tener la forma escrita, de forma que tanto el solicitante como el destinatario puedan tener constancia fehaciente de su fecha, recepción y contenido. El operador audiovisual podrá acceder o negarse al cese de la actividad ilícita, o no contestar a la misma. En todo caso la Ley le otorga al destinatario de la solicitud de cesación el plazo de quince días tras los cuales, en caso de no acceder el requerido a la cesación, el requirente podrá ejercitar la acción de cesación.

B) La acción de cesación

La Ley prescribe, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 21 de la Ley, que iniciado el trámite pre-procesal, para poder interponer la acción de cesación es preciso el transcurso del plazo de quince días sin que el requerido se avenga al cese solicitado (rechazo de la solicitud o transcurso del plazo sin respuesta del requerido).

²⁶ Los legitimados, de acuerdo con el artículo 21.1 son los siguientes: a) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos de entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores; b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores; c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea a las que alude el artículo 22; d) Los titulares de un derecho o de un interés legítimo.»

Sin embargo, los legitimados para presentar la solicitud pre-procesal²⁷ de cese de una actividad ilícita, a los que el artículo 19 de la Ley añade al Ministerio Fiscal, pueden ejercer la acción de cesación sin necesidad de iniciar el referido procedimiento pre-procesal (tal y como sucede en la relación del recurso de reposición y el contencioso administrativo), con la particularidad de que promovido un procedimiento de cesación por una de las entidades legitimadas las demás podrán personarse en el procedimiento correspondiente.

El objeto de la acción de cesación es doble, para la obtención de una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la Ley 25/1994, o para, una vez finalizada una determinada conducta, prohibir la reiteración de la misma si existen indicios suficientes que permitan sostener que la conducta ilícita se va a reiterar de inmediato.

La introducción de la acción de cesación como remedio procesal puesto a disposición de la protección de los consumidores tiene, sobre todo, valor simbólico pues su efectividad no parece probada. Debemos insistir, una vez más, que los procedimientos judiciales previstos en nuestra legislación no son susceptibles de afrontar los retos del consumo masivo y, en particular, los retos del consumo relacionado con las nuevas tecnologías como es el caso de la televisión.

3.3.5. El régimen sancionador

La Ley 25/1994 dedica su capítulo VI, artículos 19 y 20, al régimen sancionador de las conductas contrarias a dicha ley que cometan los operadores públicos o privados de televisión. La circunstancia de que los operadores públicos puedan ser sancionados por la vulneración de las prescripciones de la Ley 25/1994 constituye un auténtico hito, pues debe recordarse que así como la Ley de Televisión Privada contiene un sucinto régimen sancionador, tanto la Ley 4/1980 del Estatuto de la Radio y la Televisión como la Ley 46/83 del Tercer canal de Televisión no prevén régimen sancionador alguno para las televisiones públicas. Y, todavía sorprende más que la reciente Ley 17/2006 de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal no haya previsto un régimen sancionador específico que parece, aunque no resulta del todo claro, se ha pospuesto a la creación de una autoridad audiovisual supervisora.

De manera que el régimen sancionador de la Ley 25/1994 es el único que rige para las televisiones públicas, mientras que para las televisiones privadas y locales regiría tanto la Ley 25/1994 como los regímenes sancionadores que prevén de modo

²⁷ El artículo 22, en su apartado 3 d), precisa, completando el apartado 1 c) del artículo 21: «La entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitados mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción».

específico sus respectivas legislaciones, en particular la Ley 10/1988 de Televisión Privada y la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.

La potestad sancionadora (control, inspección y sanción) se otorga por la Ley 25/1994 a las Comunidades Autónomas, en relación con los operadores públicos o privados que operen en sus respectivos ámbitos territoriales, y al Estado, a través del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo²⁸ o del Consejo de Ministros, según los casos, en relación con los demás operadores públicos y privados (de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la Ley).

La Ley 25/1994 ha clasificado las infracciones de lo dispuesto en la misma, y por tanto de la materia que nos ocupa (publicidad, derecho a la información y protección de menores), en infracciones muy graves e infracciones graves, excluyendo el tipo infracción leve. Así, todas las infracciones de lo dispuesto en la Ley 25/1994 son graves, a excepción de la infracción de los apartados 1 y 4 del artículo 17, es decir: las emisiones de televisión que incluyan programas, escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, así como los programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social (ap. 1); las emisiones de programas que no respeten los preceptos constitucionales (ap. 4); y la acumulación de dos o más sanciones definitivas por la comisión de infracciones graves en el plazo de un año (art. 20.2, apartado 3º).

Las sanciones graves, en el caso del Estado, son impuestas por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y consisten en multas pecuniarias de hasta 50 millones de pesetas, y las infracciones muy graves, en el caso del Estado, son impuestas por el Consejo de Ministros y pueden llevar aparejadas multas pecuniarias de hasta 100 millones de pesetas y, en un solo caso, el de la vulneración de lo previsto en el apartado 1 del artículo 17, podrá dar lugar a la suspensión de eficacia del título habilitante para la prestación del servicio de televisión y, en caso de reiteración, a la revocación del título en cuestión.

Para facilitar el ejercicio de la potestad sancionadora la Ley, que por lo demás se remite a los principios del Título IX «De la potestad sancionadora» de la Ley 30/1992, prevé expresamente: por un lado, la posibilidad de requerir de los operadores públicos o privados cuantos datos consideren oportunos para el ejercicio de la potestad sancionadora; y, por otra parte, la exigencia de que los operadores registren y conserven archivados durante un plazo de seis meses desde su emisión todos los programas emitidos, incluyendo la publicidad y la televenta.

La iniciación del procedimiento sancionador procede de oficio, admitiéndose la denuncia de terceros, nacionales españoles o de los demás Estados miembros de la Unión, que se consideren perjudicados por el incumplimiento de la Ley 25/1994 por un operador de televisión público o privado. Por lo demás, la cuantía de las sanciones deberá tener en cuenta, acumulativamente, las circunstancias previstas en el

²⁸ La Ley se refiere al Ministerio de Fomento, que era el competente en materia audiovisual en 1994.

apartado 3 del artículo 131.3 y las del último párrafo del apartado 3 del artículo 20 de la Ley 25/1994, esto es: existencia de intencionalidad o reiteración; naturaleza de los perjuicios causados, reincidencia en el plazo de un año; repercusión social de la infracción; beneficio que haya reportado al infractor la conducta sancionada; y gravedad del incumplimiento.

La bondad de un régimen sancionador debe medirse por las virtudes intrínsecas del mismo y por su eficacia. En relación a lo primero, puede decirse que el régimen sancionador cumple con creces los requerimientos del Estado de Derecho. Sin embargo, en lo que atañe a la necesaria determinación de las Administraciones con potestad sancionadora para hacer cumplir la Ley y en caso contrario sancionar, las Administraciones públicas españolas merecen un rotundo reproche porque son ejemplo paradigmático de dejación de funciones, lo que no ha hecho sino incrementar el clima de ilegalidad que reina en el sector desde hace décadas.

3.4. La necesidad de crear una autoridad audiovisual independiente

Antes hemos visto de un modo sintético los derechos que se deducen para los usuarios de la televisión en nuestro ordenamiento, consecuencia del Derecho de la Unión Europea en la materia. Procede ahora apuntar uno de los conflictos más interesantes que se dan en la actualidad; el posible conflicto entre libertad y protección de los usuarios de los servicios audiovisuales.

Cuando parecía existir una coincidencia muy generalizada en la necesidad de creación de un Consejo audiovisual como autoridad independiente, al que el actual Ministerio de Industria, Comercio y Turismo traspasase todas sus competencias de control, supervisión y sanción del sector audiovisual han surgido opiniones discrepantes. El suceso detonante fue el conflicto que tuvo lugar en el primer semestre de 2006 entre el Consejo Audiovisual de Cataluña y la cadena de radio COPE²⁹. Las consecuencias de dicho conflicto fallido, pues del mismo no se dedujo consecuencia alguna para la citada radio, han sido varias, así por ejemplo: la Comunidad de Madrid suprimiría el Consejo Audiovisual de Madrid aludiendo a que el mismo supone una rémora para la libertad, pese a que dicho consejo carecía de competencias ejecutivas; y, probablemente, el retraso del Gobierno en aprobar un proyecto de ley regulador del Consejo Audiovisual se deba al citado conflicto. Sin embargo, como ha sucedido a lo largo de nuestra historia audiovisual, la reforma que se tramita en la

²⁹ El conflicto se suscitó en relación con la posible colisión entre el ejercicio de las competencias del Consejo Audiovisual de Cataluña y de la Comunidad Autónoma y el ejercicio de derechos fundamental a la libertad de información. Sobre este tema, manteniendo la incompatibilidad de las competencias sancionadoras que se atribuyen al Consejo catalán con el derecho fundamental a la información que consagra la Constitución puede verse E. GIMBERNAT ORDEIG, «El Consejo del Audiovisual de Cataluña y la Constitución», en el diario *El Mundo*, 8 de septiembre de 2006, págs. 4 y 5. No obstante el interés del artículo, la tesis que se mantiene olvida, entre otras cosas, la naturaleza concesional de la actividad radiofónica.

Unión Europea de la Directiva 89/552/CEE se adelanta de nuevo a nuestros legisladores al apuntar en la dirección de exigir a los Estados miembros la creación de consejos audiovisuales como organismos independientes reguladores del sector audiovisual.

Los Consejos audiovisuales existen en la mayoría de Estados miembros de la Unión, configurados como agencias o autoridades independientes. Y la razón, a mi juicio, de la necesidad de su existencia en el caso español, que ha sido el determinante en los ordenamientos de nuestros vecinos, no presenta dudas. El control del cumplimiento de la legislación audiovisual por los departamentos ministeriales competentes, en cualquier Estado miembro, ha sido muy deficiente: el ejemplo español es paradigmático en este sentido. Sin duda, la gran presión que ejercen los grupos audiovisuales sobre los gobiernos democráticos de turno, que sin excepción cifran en la televisión un porcentaje muy elevado del éxito electoral, ha sido la causa en España de la deficiente supervisión que han llevado a cabo los sucesivos ministerios sobre los operadores audiovisuales.

Así, la historia de los incumplimientos de la legislación audiovisual por los operadores audiovisuales, con título habilitante y sin él, ha sido una constante desde la instauración de la democracia. Es difícil imaginar un panorama tan lleno de irregularidades: las televisiones locales han emitido sin autorización antes, después de la ley y ahora; y las leyes se hacen a medida de los operadores, de uno u otro signo, según sea el color político del gobierno. En fin, los usuarios se pierden en la polvareda generada por una legislación cada vez más dispersa en la que lo único que brilla es la ausencia de criterio.

Los incidentes del Consejo audiovisual de Cataluña con la COPE han sido el detonante que ha servido para que los grandes operadores de televisión hayan presionado al Gobierno para que no presente el proyecto de ley del Consejo Audiovisual de España. La pretensión de dichos grupos tiene un objeto claro, a saber: excluir la posibilidad de que exista una autoridad audiovisual independiente que haga cumplir la ley. Pues, resulta obvio, los sucesivos ministerios competentes en la materia han sido hasta la fecha manejados por los grandes grupos mediáticos.

Así, aunque en nuestro país es improbable o utópico que una autoridad concebida como independiente se comporte con independencia de los partidos políticos, de los gobiernos y a la postre de los grupos de presión, éstos deben pensar que, por si acaso, es mejor que no exista la posibilidad de su existencia, de la existencia de una autoridad realmente independiente, no vaya a ser que por casualidad ejerza con independencia sus funciones y finalmente los operadores tengan que cumplir las leyes (los ejemplos que tenemos evidencian la dificultad de que las autoridades independientes actúen como tales, sirvan de ejemplo la Comisión Nacional de Energía y el Tribunal de Defensa de la Competencia en el caso de las opas dirigidas contra ENDESA por Gas Natural y E. ON)

De lo que llevo dicho se deduce con claridad que un consejo audiovisual con competencias en todo el territorio nacional podría tener una primera utilidad, a saber, el cumplimiento de la legalidad que en la actualidad no es que esté debilitado sino que no existe. Sirva como muestra de la situación actual el que podemos deno-

minar «Caso Telemadrid». Recuérdese que la Comunidad de Madrid solicitó hace ya más de un año una nueva frecuencia para un segundo canal para Telemadrid, solicitud que le fue denegada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. No obstante, la Comunidad de Madrid en clara vulneración de la Ley puso en funcionamiento dicho Canal, que tras varios intentos fallidos ha sido clausurado por el mencionado ministerio. En lo sucedido se advierte una cadena de despropósitos: primero la denegación de un segundo canal, a todas luces arbitraria; después el del incumplimiento de la legalidad por la Comunidad de Madrid, encargada de hacerla cumplir en relación con las televisiones en el ámbito de su comunidad, lo que tampoco hace³⁰; y finalmente, las dificultades del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo para hacer cumplir la Ley.

Una autoridad audiovisual independiente resulta necesaria como un mero requerimiento democrático; para que deje de ser el audiovisual un sector asilvestrado jurídicamente, y en otros sentidos, y, en definitiva, para la protección de los usuarios de la televisión.

4. LA TELEVISIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO INTEGRAL

4.1. Introducción

Las transformaciones del panorama audiovisual en la Unión Europea permiten sostener que se está produciendo un tránsito, particularmente en este sector, desde la concepción del servicio público esencial, con la que se configuraba a los servicios audiovisuales en la derogada Ley 4/1980 del Estatuto de la Radio y la Televisión, a los que denominaremos *servicios públicos integrales*, como trataré de acreditar en las páginas que siguen.

En el mundo globalizado, no obstante las apariencias contradictorias, afortunadamente, existen formas diferentes de concebir y practicar la organización de nuestras sociedades, lo que permite sostener que seguiremos resistiéndonos a la uniformidad cultural; ansiada por las multinacionales todopoderosas que imaginan una única dimensión de lo humano; que rechazan la diversidad.

La Unión Europea se caracteriza por la abundancia de servicios públicos. Los ciudadanos europeos, los españoles, estamos acostumbrados a recibir un considerable número de servicios públicos prestados por Entes locales, Administraciones autonómicas y por la Administración General del Estado. Desde el alumbrado público hasta la sanidad y la educación generalizadas, pasando por la radiotelevisión, las manifestaciones de lo público en nuestra sociedad son innumerables.

³⁰ Para colmo de vulneraciones la Comunidad de Madrid ocupó una frecuencia radioeléctrica en que emitía legalmente una televisión local sin licencia, ocupación que llevó a cabo la Comunidad vulnerando la legalidad por lo que ha sido recientemente condenada por los tribunales.

Si a los europeos se nos dijera que el mercado tiene que suministrar íntegramente el servicio sanitario o la educación, u otros tantos servicios, no sólo nos sorprenderíamos sino que, a buen seguro, rechazaríamos la propuesta. Los europeos estamos acostumbrados a pagar impuestos, sobre todo los europeos del norte, pues los españoles seguimos siendo unos de los ciudadanos europeos que soportamos menor presión fiscal. No obstante, pese a la circunstancia indicada, los partidos políticos de todos los signos no dejan de ofrecer rebajas de impuestos como medida paradigmática para que nuestra economía siga creciendo y en, definitiva para el bienestar de los ciudadanos en general. La experiencia, sin embargo, enseña que la presión fiscal en España no ha hecho sino aumentar desde la instauración de la democracia, incluso en las dos legislaturas en que ha gobernado el Partido Popular; pese a que dicho partido político alardeara de bajar los impuestos³¹.

En todo caso, y aunque la presión fiscal en España esté cercana al 37% del PIB, la presión fiscal media europea es de alrededor del 40% del PIB. Por el contrario, la presión fiscal en EEUU es de 10 puntos menos que la europea, y en Latinoamérica la presión fiscal en caso alguno sobrepasa el 20% del PIB. Estas cifras reflejan concepciones diferenciadas del papel del Estado en la sociedad que se materializan, entre otros ejemplos, en la mayor o menor abundancia de servicios públicos o, dicho a la inversa, en la menor o mayor presencia del mercado como proveedor de servicios. Las diferencias entre las concepciones de la presencia del Estado en la sociedad en la Unión Europea y en USA podrían representarse diciendo que, mientras que en la Unión Europea la igualdad está en un mismo plano que la libertad (o lo asociativo, la igualdad, está al nivel de lo competitivo, la libertad), en los Estados Unidos de América la libertad prevalece sobre la igualdad (lo competitivo es primero que lo asociativo). Y, en este caso, puede afirmarse que el orden de los factores afecta al resultado, a la concepción misma de la sociedad y de la función de los poderes públicos. La Unión Europea supone una concepción de la sociedad más solidaria, objetivo este que, sin duda, es secundario en EEUU, a la vista de las decenas de millones de personas que no tienen asegurada asistencia sanitaria y de los millones de ciudadanos que pueblan sus cárceles; entre otros extremos que podrían mencionarse en esta línea.

4.2. La regulación de la televisión como servicio público

La noción de servicio público es de carácter doctrinal. En nuestra legislación (con la excepción relativa de la legislación local) brilla la ausencia de definición del mismo³². Pero, además de su perspectiva estrictamente jurídica, el servicio público

³¹ Sobre este tema puede verse mi trabajo «La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2º semestre, págs. 31 y sigs.

³² Interesantes aportaciones sobre el servicio público pueden verse en el núm. 7 de la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)*, dedicada monográficamente a «Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea».

tiene una dimensión sociológica del todo relevante que pone de evidencia que las Administraciones del Estado, en sus manifestaciones general, regional y local, afrontan la satisfacción de las necesidades de carácter general de un modo organizado y de un modo más eficaz que el que resultaría de su prestación por el mercado.

La Constitución española, en su artículo 128.2, ha previsto la posibilidad de que las Administraciones públicas no sólo puedan prestar servicios en competencia con operadores privados, sino que, además, puedan reservarse, en exclusiva, la prestación de un determinado servicio. La denominación servicio público esencial debiera poner de manifiesto la relevancia que el legislador atribuye a un determinado servicio y, en consecuencia, su reserva exclusiva al Estado. Aunque se dé la paradoja de que se califique como servicios públicos esenciales los que son prestados mediante formas organizativas privadas en competencia con operadores privados.

En virtud de la habilitación que introdujo la Constitución en su artículo 128.2 el legislador decidió calificar a la televisión como servicio público esencial en la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, que en su artículo 1.2 establece: «*La radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado*». Esta caracterización de la televisión rige también para las televisiones autonómicas, en virtud del artículo 2.2 de la Ley 4/1980 y del artículo 1 de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión, y, como consecuencia de las anteriores, en las leyes autonómicas de creación de los organismos o empresas públicas autonómicas de radio y televisión. Paradójicamente, la nueva Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, sigue calificando en su artículo 2 a dicha modalidad como servicio público esencial. Y esto sucede cuando la legislación ha excluido la caracterización de servicio público cuando la actividad audiovisual se presta mediante satélite y cable y cuando la actividad audiovisual, el servicio audiovisual, se presta por un conjunto cada vez más numeroso de operadores públicos y privados. De manera que, el calificativo de esencial sólo puede considerarse como un eufemismo inútil, innecesario y desconcertante.

Volvamos un poco atrás en el tiempo. Obsérvese que la gestión indirecta del servicio público esencial de televisión no estaba prevista en la Ley 4/1980, por lo que fue necesario aprobar, con dicha finalidad, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, sin que la gestión indirecta del servicio hiciera que el legislador rectificara la calificación del servicio público como esencial que lucía en la Ley 4/1980.

Desde que se aprobara la Ley de Televisión privada transcurrirá más de un lustro hasta la aprobación de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, que, aunque sigue caracterizando esta modalidad televisiva como «*servicio público*» ni lo adjetivaría ni aclararía la titularidad de la misma.

Por lo que se refiere a los servicios de televisión por cable su caracterización ha sufrido variaciones notables desde que se regulara por primera vez por la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, que los calificaba en su artículo 1 de servicios públicos. Así, esta calificación se mantuvo en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, no obstante el giro importante que dicha ley iba a imprimir en el régimen jurídico de las telecomunicaciones

que calificaría como: *«servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia»*. La excepción del cable continuó hasta la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones que, en su Disposición adicional décima, estableció un nuevo régimen para los servicios de difusión de radio y televisión por cable que: *«se prestarán en régimen de libre competencia, en las condiciones que se establezcan por el Gobierno mediante reglamento»*, liquidando su caracterización como servicio público en una asimilación más que dudosa a los servicios de telecomunicaciones.

La Ley 35/1993 de Televisión por satélite caracterizó a las emisiones televisivas a través de dicha tecnología como servicio público, sin embargo, dos años después la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, reguladora de las Telecomunicaciones por Satélite, excluyó expresamente dicha calificación al expresar que: *«Los servicios de telecomunicaciones para cuya prestación se utilicen de forma principal redes de satélites de comunicaciones no tendrán la consideración de servicio público»*. Esto es, el sistema de transporte por satélite de las emisiones de televisión producía como efecto la modificación de su naturaleza, lo que no dejaba de ser insólito, ya que el cambio de la técnica de transmisión de las señales no suponía, en principio, alteración alguna de los contenidos.

En lo relativo a la utilización de la tecnología digital aplicada a la señal de televisión, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social al regular en su artículo 44 la radiodifusión sonora digital terrenal y la televisión digital terrenal transmitidas a través de repetidores terrestres las siguió caracterizando como servicio público. Es decir, en este caso, la introducción de una nueva tecnología en la señal de televisión no produjo efecto alguno en su naturaleza jurídica, situación que no ha sido alterada por la Ley 10/2005, de 14 de junio.

Finalmente, como antes se dijo, la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, establece en su artículo 2 que el servicio de público de radio y televisión de titularidad del Estado es un servicio esencial.

De lo dicho se extraen algunas conclusiones relevantes. Por una parte se aprecia la existencia de una legislación abundante, dispersa y, sobre todo, falta de homogeneidad, que regula los diferentes operadores públicos y privados, los diferentes sistemas de transmisión de las emisiones y las diferentes tecnologías de la señal televisiva³³. Por otra parte, la rotunda afirmación de la Ley 4/1980 que califica a la televisión como un servicio público esencial, incluso antes de que dicha ley fuera derogada³⁴, no es aplicable a la generalidad de emisiones televisivas. Así, dicha calificación pudiera ser válida para la RTVE, para las televisiones públicas autonómicas y, acaso, para algunas de las televisiones privadas, en la medida en que los operadores mencionados en sus emisiones utilicen el sistema terrestre de transporte de las

³³ Para corroborar esta afirmación puede verse el *Código básico de Derecho Audiovisual*, 2ª edición, editado por COLEX del que son autores E. LINDE y J.M. VIDAL.

³⁴ No obstante la Ley 4/1980 sigue estando vigente en lo que es aplicable a las televisiones públicas autonómicas, a las televisiones privadas y demás modalidades televisivas.

señales, sea cual fuere la tecnología de la señal analógica o digital. Pero, ni siquiera valdría la calificación de servicio público para las emisiones de los operadores antes mencionados, incluso los públicos, cuando emitieran mediante cable y satélite. Y, lo que es más relevante, tampoco sería predicable la caracterización de servicio público para las actividades televisivas de los operadores exclusivos de satélite y de cable. Así, no deja de resultar curioso que el sistema de transporte de la señal haya sido el determinante en la caracterización formal de la actividad televisiva que, en sí misma considerada, es irrelevante a estos efectos. Es decir, la misma actividad puede ser o no un servicio público dependiendo del sistema de transporte de la señal.

Aunque el legislador tenga un amplio margen para calificar una actividad como servicio público, es posible preguntarse si puede calificar a una misma actividad, la televisiva, como servicio público esencial, como servicio público, o como actividad libre en el mercado sujeta a ciertas obligaciones de servicio público, dependiendo de que el producto de la actividad se transmita desde un operador al destinatario de las imágenes y sonidos por uno u otro medio tecnológico; particularmente cuando dicho medio de transmisión de la señal televisiva no afecte a los contenidos y, en definitiva, a la actividad.

Pues bien, a mi juicio el legislador ha franqueado los límites que se deducen de la Constitución al proceder de este modo. Ha procedido de un modo que pudiera calificarse de caprichoso, aunque no es este el lugar para extendernos sobre este tema.

En todo caso, si la finalidad perseguida por los poderes públicos era la de desconcertar a los usuarios del audiovisual el sistema elegido cumple a la perfección dicho objetivo. Denominar del mismo modo a lo diferente o es producto de la ignorancia o de la mala fe. No creo que deba perseguirse ninguno de estos objetivos por los poderes públicos.

4.3. El contenido del servicio público de la televisión

La sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982, que resuelve un recurso de amparo presentado por Antena 3, S.A., es capital para entender cabalmente cuál debiera ser el contenido de servicio público de televisión. A finales de 1980 «Antena 3, S.A.» presentó en el Ministerio de Cultura una solicitud para gestionar y explotar la transmisión de imágenes y sonidos a través de televisión en todo el territorio nacional, solicitud que se fundamentaba en la consideración de que la Constitución amparaba su derecho a emitir. La denegación de dicha autorización, reiterada en los Tribunales ordinarios, llegó al Tribunal Constitucional que desestimó el amparo solicitado en la sentencia antes citada de 31 de marzo de 1982.

El Tribunal Constitucional invocó en la citada sentencia el preámbulo de la Ley 4/1980, de 10 de enero en que se dice por el legislador que: *«tanto la televisión como la radiodifusión son un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efecti-*

vas» y esta caracterización de la radiodifusión y la televisión le permitirá concluir: «*Todo ello permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador*».

En definitiva, el Tribunal Constitucional entiende que los fines que cumple la televisión están incluidos en lo que podríamos denominar *canon de razonabilidad* que debe darse en una actividad servicial para que pueda merecer la calificación de *servicio público*. La cuestión tiene cierta trascendencia en la medida que, a partir de dicha jurisprudencia, no se puede aceptar la calificación por los poderes públicos de una actividad como servicio público cuando no se acredite que la misma atienda necesidades de carácter general. Si bien, el citado Tribunal es concluyente al determinar que la circunstancia de que concurren en una actividad los requisitos materiales para que sea calificada de servicio público no significa que necesariamente deba ser calificada como tal. En efecto, del artículo 128.2 de la Constitución, único que trata este tema, no se desprende para los poderes públicos la obligación sino la facultad de constituirlos, que exigirá la ley cuando suponga la reserva de la actividad al sector público. Pudiendo concluirse que el Tribunal Constitucional no ha objetado la caracterización de la radiodifusión y la televisión como servicios públicos, si bien admite otras posibilidades de futuro a disposición del legislador.

De la citada sentencia del Tribunal Constitucional se deducen algunos caracteres básicos del contenido de servicio público, al considerar que la televisión es un: «*vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas*». Caracterización contenida en el preámbulo de la Ley 4/1980, que el Tribunal considera que alcanza a todas las televisiones públicas o privadas, aunque en 1982 sólo operasen las primeras. El Tribunal Constitucional establecía de este modo, en sintonía con lo que había expresado el legislador en el preámbulo de la Ley 4/1980, los grandes principios que deben presidir la actividad en general y la programación en particular de las televisiones, que son reproducidos por la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal.

Pero, no debe olvidarse que la doctrina constitucional estaba profundamente condicionada por una realidad caracterizada por la escasez tecnológica que impedía la proliferación de operadores, de manera que teniendo en cuenta la trascendencia política, social y cultural del audiovisual era razonable que la Administración controlara dicha actividad. Pero, no me cabe duda de que el Tribunal Constitucional en la actualidad no hubiera razonado como lo hizo entonces. En una época de abundancia tecnológica la trascendencia del audiovisual se disuelve en un mar de operadores. Cuando el TC razonó en el modo en que lo hizo hablar de televisión era hacerlo de una televisión singular. Ver la televisión era ver una televisión, con una capacidad de influencia extraordinaria sobre los ciudadanos. Sin embargo, en la actualidad la audiencia está extraordinariamente dividida, hablar de televisión es hacerlo de una de las numerosas cadenas. Cada vez más, ver la televisión es ver un determinado

programa entre decenas o centenares de programas emitidos en un mismo tiempo por decenas o centenares de cadenas. Además, la fidelidad de la audiencia a las cadenas es cada vez menor, los usuarios siguen los programas sin fidelidad alguna a las cadenas. Y en estas circunstancias, es utópico atribuir a una televisión los objetivos que se señalan por el TC.

4.4. Las modificaciones en el contenido de servicio público como consecuencia del sistema de financiación de la radiotelevisión pública³⁵

La implantación de la televisión privada y de las televisiones autonómicas, entre finales de los años 80 y principios de los años 90, supondrá un escenario desconocido hasta la fecha. La RTVE sin competidores en el mercado de la publicidad hasta finales de los años 80 tenía saneadas sus cuentas, pero con la implantación de las televisiones privadas y autonómicas comenzó a arrastrar problemas de financiación que se han ido incrementando hasta nuestros días. De otra parte, las televisiones privadas no conseguirán en la primera década de su funcionamiento desplazar a RTVE de su liderazgo, como probablemente habían previsto, lo que determinó que sus resultados económicos en la primera década de su existencia fueran deficitarios. La tarta publicitaria no creció al ritmo de la implantación de las televisiones privadas y autonómicas lo que trajo consigo malos resultados para todos. Ahora bien, las televisiones públicas encontraron remedio a esa situación con subvenciones directas en los presupuestos públicos o con endeudamiento avalado por los poderes públicos. Esta situación provocaría el conflicto suscitado por las televisiones privadas que denunciaron internamente y ante la Comisión Europea dicha doble financiación de las televisiones públicas. Este conflicto ha afectado directamente a la concepción misma del servicio público televisivo.

La doble financiación de las televisiones públicas, a través de los presupuestos generales del Estado y de las Comunidades Autónomas, de la publicidad y de otras operaciones comerciales, era a simple vista incompatible con las normas comunitarias sobre la competencia y, especialmente, con el artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea, que, salvo excepciones, prohíbe las ayudas públicas que falseen la competencia o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas (prohibición que igualmente se contiene en la futura Constitución Europea)³⁶. Y no es dudoso que tanto las televisiones públicas como las privadas gestionen un mismo servicio público (a excepción de la televisión vía satélite desde 1995 y la televisión por cable desde 2003), razón por la que deben cumplir los mismos objetivos

³⁵ En este apartado se sigue tanto lo expuesto previamente en E. LINDE y J. M^a VIDAL, *Derecho audiovisual*, Colex, Madrid, 2003, como el trabajo de J. M^a VIDAL, «El servicio público de televisión y la privatización de la gestión directa», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2º semestre de 2004.

³⁶ Ver para este tema el excelente trabajo: S. MEDINA GONZÁLEZ, *Ayudas públicas y libre competencia en el sector audiovisual*, M. Pons, Madrid, 2006.

y seguir los mismos principios en su actividad y su programación. La única diferencia relevante entre las televisiones públicas y privadas, a los efectos que ahora nos interesan, es que unas gestionan directamente el servicio público de televisión mientras que las otras lo gestionan indirectamente; lo que a los efectos del derecho de la competencia no es un dato relevante. La cuestión que debía resolverse, por tanto, era si estaba o no justificado un trato desigual a operadores del servicio público esencial de televisión en razón a la naturaleza pública o privada del prestador del servicio.

Hay que significar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hizo durante un largo período de tiempo una aplicación en extremo rigurosa de la normativa en materia de ayudas públicas, sin duda fundada tanto en los textos de los Tratados comunitarios como en la ola neoliberal que invadiera la Unión Europea en la década de los años 90. Sin embargo, no se haría esperar una reacción clara de los líderes europeos acorde al principio asociativo que se expresa a través de los servicios públicos. Así, el *Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros* anexo al Tratado de Amsterdam de 1997 estableció que el: «sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación», y más adelante: *Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal y como ha sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público.* Además el Tratado de Amsterdam introdujo el artículo 16 en el Tratado de la Comunidad Europea que establece: *Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 97, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a los principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido*». Sin duda alguna, el Derecho comunitario estaba, con estas dos normas, amparando la financiación mixta o doble financiación de las radiotelevisiones públicas.

En consecuencia con las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo el 25 de enero de 1999, adoptaron una Resolución en la que se resaltaba la importancia de los organismos públicos de radiodifusión en el marco de la sociedad de la información, y, a la vez, de un modo claro se respaldaba la doble financiación de dichos organismos. En la misma línea la Comisión Europea, en la *Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión* fechada en noviembre de 2001, reguló las pautas que debían

seguir los organismos públicos de televisión en aplicación y cumplimiento del protocolo antes citado, así como de los artículos 86.2 y 87 del TCE.

La Unión Europea, de modo explícito, autoriza la doble financiación previo cumplimiento de dos requisitos: que dicha financiación debe concederse para llevar a cabo *la función de servicio público*; y que dicha financiación no debe afectar a las *condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común*. La definición de función de servicio público se deja a los Estados miembros, no obstante establecer toda una serie de criterios de carácter general en lo relativo a la supervisión del servicio público encomendado, la elección de los mecanismos de financiación, la transparencia requerida en la evaluación de las ayudas estatales y la aplicación de la proporcionalidad.

Pero, no todos los obstáculos para la doble financiación se habían superado en nuestro derecho interno, ya que de acuerdo con la Ley 4/1980 y la Ley 10/1988 de Televisión privada, tanto los organismos públicos de televisión como los operadores privados gestionan el servicio público esencial de televisión, unos directamente y otros indirectamente. De modo que, no existiendo diferencias sustanciales en las funciones de servicio público de las televisiones públicas y de las televisiones privadas, los cambios operados en el Derecho de la Unión Europea corrían el riesgo de no producir el efecto perseguido: la legalización de la doble financiación. Ya que la financiación pública de los organismos públicos televisivos seguiría afectando «a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado... contrario al interés común».

Para sortear el problema planteado el legislador español modificó en 2001 la Ley 4/1980, de 10 de enero de Estatuto de la Radio y la Televisión mediante la Disposición adicional decimosexta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Es decir, en vez de afrontar una reforma a fondo del prolijo y desordenado ordenamiento audiovisual español, acometió una reforma puntual con objeto de encomendar la función de servicio público a RTVE y de definir en que consiste dicha función. Así, modificó el apartado 1 del artículo 5 de la Ley 4/1980, definiendo el contenido de lo que debe ser la función de servicio público a lo que dedica los apartados 1.a), 1.c) y 1.d), para expresar en su apartado 1.b): *«El conjunto de las producciones y emisiones de radio y televisión efectuadas por RTVE deberán cumplir con las obligaciones integradas en la función de servicio público definida en el presente artículo, tanto en sus programaciones de ámbito nacional, como aquellas otras que se dirigen a los ámbitos territoriales de las correspondientes Comunidades y Ciudades Autónomas, que estarán orientadas al fomento, promoción y conocimiento de las diversidades culturales, lingüísticas y sociales de cada una de ellas»*. El citado precepto debe considerarse aplicable a las televisiones autonómicas, ya que en virtud del art. 2.3 de la Ley 4/1980 les será de aplicación este precepto en cuanto a *«la definición de la función de servicio público»*. Por otra parte, debe señalarse que el apartado 1 del artículo 5 de la Ley 4/1980 no ha hecho otra cosa que desarrollar el artículo 4 de la misma Ley 4/1980, que contiene los principios que deben regir la actividad de los medios de comunicación social del Estado, así como los que rigen la actividad de las televisiones privadas de ámbito estatal, en

la medida que a las mismas se les aplica el citado artículo 4 de la Ley 4/1980, por virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. El contenido del artículo 5 de la Ley 4/1980, por otra parte, se ha reproducido en el artículo 3 de la Ley 17/2006, con algunas modificaciones que no afectan al contenido fundamental de su precedente.

La definición de la función de servicio público pretendida por el artículo 5.1 de la Ley 4/1980 y por el artículo 3 de la Ley 17/2006 contiene deficiencias notables. En la misma abunda la retórica, las frases huecas, la falta de claridad y concisión, los conceptos jurídicos indeterminados, etc. Es decir, seguimos sin saber cuál es la función de servicio público de la radio y la televisión que se deduce de la Constitución, del Estatuto de la Radio y la Televisión y de la Ley de la Radio y la Televisión de titularidad Estatal. Tampoco es posible deducir con claridad qué funciones de RTVE, en la actualidad, no serían de servicio público. Por el contrario, de la citada disposición se podría obtener la conclusión de que toda la actividad de RTVE sería función de servicio público, conclusión a la que llega el «Informe Anual sobre el Cumplimiento de la Función de Servicio Público del Grupo Radio Televisión Española en 2002».

No obstante, pese a todas sus deficiencias, la reforma del artículo 5 de la Ley 4/1980 lleva implícita la diferenciación de dos tipos de servicios públicos televisivos; el de las televisiones públicas; y el de las concesionarias de la gestión indirecta del servicio público televisivo, conocidas como televisiones privadas, separación de funciones incipiente que anunciaba cambios más sustanciales en la concepción de la actividad televisiva.

4.5. Líneas para una legislación futura: El servicio integral de televisión

Puede afirmarse de modo rotundo que la legislación en materia de televisión es considerada, con rara unanimidad, como una selva normativa plagada de lagunas y contradicciones, situación que lejos de cambiar se ha incrementado en la última legislatura en que siguen las reformas parciales de la leyes en vigor y el abuso de los reglamentos. Se ha legislado sin orden alguno y el resultado es una legislación de alubión falta de coherencia. Por ello, es general la opinión de que resulta imprescindible dictar una legislación del audiovisual integral que clarifique el confuso panorama actual, resolviendo contradicciones y llenando lagunas. No obstante, por paradójico que pudiera parecer, en la selva legislativa actual del audiovisual se encuentran las piezas con las que se puede reconstruir de un modo sistemático el maltrecho régimen jurídico de la televisión en España. Muchas son las cuestiones que deberán afrontarse, interesando a los efectos de este trabajo dos de ellas que están entrelazadas: El sistema de acceso a la actividad televisiva, y los contenidos de la actividad misma.

En la normativa vigente la actividad televisiva se caracteriza unas veces como servicio público (en que se pueden diferenciar varios niveles) y otras como actividad libre. La contradicción que es clara, ya lo hemos mencionado más atrás, ha sido re-

sultado de la identificación entre la televisión como sistema o sistemas de comunicación y determinados contenidos televisivos. De modo que la calificación de la televisión como servicio público esencial resulta superflua, porque el propio legislador a lo largo del tiempo se ha encargado de negarla no sólo al permitir la gestión indirecta del servicio público por operadores privados, sino también por la propia despublificación expresa de algunas modalidades de televisión.

No sería incoherente, a mi juicio, la identificación entre sistema de difusión y contenidos reformulando el que se denomina en la actualidad «servicio público esencial» como *servicio público integral de televisión*. No creo que sea coherente la calificación de esencial de un servicio en razón a que se preste el servicio por operadores públicos y, de modo inmediato, excluir la esencialidad del servicio cuando la misma actividad se presta por operadores privados. La esencialidad pudiera ser una consecuencia de la escasez de la tecnología cuando la televisión se implantó en España hace cincuenta años, escasez que llevó aparejada una prestación monopolista. Pero dicha esencialidad dejó de estar plenamente justificada cuando se autorizaron las televisiones privadas, y carece de toda justificación cuando algunos tipos de actividad televisiva se declararon en libre competencia.

La esencialidad de un servicio carece de toda justificación cuando la tecnología permite un número indefinido de prestadores del mismo. Ahora bien, del mismo modo que el servicio público de transporte de viajeros por carretera no puede considerarse esencial para nuestra sociedad, pues resulta obvio que el desarrollo de otras modalidades de transporte público y privado son susceptibles de lograr el objetivo de garantizar las comunicaciones en un determinado territorio, eso no significa que los poderes públicos no deban de garantizar un transporte público, gestionado directamente por el Estado o indirectamente por otros operadores, que se convierta en emblemático para una determinada sociedad. Así, la televisión pública podría ser una manifestación modélica en un sector en que proporcionar a los ciudadanos información veraz, así como ocio y cultura de calidad, resulta del todo necesario: Aunque, en la actualidad no se pueda poner a la televisión pública como paradigma del cumplimiento de dichos objetivos.

Dicho servicio público integral debería prestarse exclusivamente por las radiotelevisiones públicas (RTVE, y autonómicas). Las emisiones de los operadores del servicio público integral de televisión, fuera cual fuera la técnica de la señal utilizada (analógica, digital u otra u otras técnicas futuras), el sistema de transmisión (terrestre, cable, satélite u otros sistemas de transmisión futuros), o el número de canales o plataformas por los que emitieran debieran cumplir los objetivos del servicio público integral, ya fuera en el ámbito nacional o en el autonómico. De este modo la aplicación a estos operadores del Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros y del artículo 16 del Tratado de la Comunidad Europea no ofrecería ni dudas ni problemas. Así, se trataría de reconocer en la ley lo que sucede en la realidad. Esto es, las televisiones privadas se parecen cada vez más a la prensa escrita, de manera que lejos de la persecución de los principios que lucen en el artículo 4 de la Ley 4/1980 trasladan visiones sesgadas de la realidad con exclusión del pluralismo interno.

El servicio público integral debiera conformar, en pocas palabras, una televisión que informa, forma, divierte e invierte en el audiovisual. Es decir, debiera afrontar todas las necesidades de los ciudadanos en un sistema abierto, alcanzando los confines del territorio español, en una programación que cubriera todas las franjas horarias. Se trataría de una televisión que necesitaría varios canales para propiciar no sólo el pluralismo en la información, sino para canalizar formación, para divertir con calidad, para invertir en el entorno audiovisual (fomento de la industria audiovisual a todos los niveles), para atender a las minorías (políticas, religiosas, etc.) y a sectores específicos (niños, jóvenes, ancianos, enfermos, discapacitados, emigrantes, etc.). Se trataría de una televisión de alto coste pero necesaria, en la medida en que el sector privado no es capaz de afrontar las citadas necesidades de nuestra sociedad, que es, cada vez más, interdependiente de los medios audiovisuales.

De hecho, la reforma introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al modificar el artículo 5 de la Ley 4/1980, estaba diferenciando dos tipos de servicio público: el que debe prestar la RTVE cuyo contenido se prevé en dicho artículo, y el contenido de servicio público que se deduce de la Ley 10/1988 de la Televisión privada, así como las obligaciones de servicio público que se deducen para los demás operadores en la medida en que les son de aplicación, entre otras, la Ley 25/1999. Un paso más en esa línea de clarificación se ha dado en la Ley 17/2006 que configura un modelo singular de servicio público (al que denomina incorrectamente esencial) para la radio y televisión de titularidad estatal. De modo que lo que habría que hacer es, en base a los materiales ya existentes, clarificar y simplificar.

Sin embargo, no creo que pueda compartirse la idea que postulan algunos operadores privados de televisión en la línea de que una futura ley general del audiovisual debiera regular tan solo de modo exhaustivo los contenidos de las radiotelevisiónes públicas. Por el contrario, sería suficiente con la enunciación clara de los objetivos y la creación de adecuados sistemas de control, dirección en la que apunta de modo claro la Ley 17/2006; mecanismos que de llevarse a cabo pueden garantizar de modo efectivo el cumplimiento de los contenidos de servicio público integral. Y, entre los mecanismos de control externos de las mismas se debería abordar necesariamente la creación de un Consejo del Audiovisual independiente de las Administraciones públicas, con importantes facultades de intervención en los contenidos televisivos, a que me he referido más atrás.

El acceso a la actividad televisiva de los demás operadores (privados o municipales), fuera cual fuere la técnica de la señal o el sistema de transmisión de la misma puede organizarse de varias formas. A mi juicio para evitar la confusión que reina en la actualidad debe excluirse la caracterización de la actividad de los citados operadores, particularmente de los privados, como servicio público y, en consecuencia, no parece ni razonable ni necesario que siga vigente, entre otras, la Ley de Televisión privada que regula la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión. Lo coherente sería que los operadores privados soportaran determinadas obligaciones de servicio público, con independencia del cumplimiento por todos los operadores de normas de naturaleza horizontal relativas al dominio público radioeléctrico, a

la información, a la publicidad, etc. Las obligaciones específicas de servicio público debieran derivarse directamente de la norma tanto en el caso de que se previera el acceso a la actividad como consecuencia de una autorización administrativa, como del acceso libre al ejercicio de la actividad.

El panorama televisivo que se deduciría de lo dicho anteriormente debiera ser el de un conjunto de televisiones generalistas, o lo que es lo mismo prestadoras del servicio público integral de televisión, gestionadas por operadores públicos y, por otra parte, televisiones especializadas gestionadas por operadores privados que soportarían obligaciones de servicio público.

La abundancia tecnológica traerá consigo grandes transformaciones que todavía están por llegar. A mi juicio, la clave de futuro está en si a la abundancia de cadenas no sucederá una concentración odiosa de las mismas, con situaciones de monopolio o de oligopolio. Lo sucedido con las plataformas digitales en España es todo un ejemplo de lo que no debe producirse, esto es: la supresión de la competencia en el sector con la fusión de las competidoras. El Gobierno permitió la fusión atendiendo a motivos económicos, olvidando que estos no son los únicos ni los más relevantes y que la competencia efectiva es fundamental para la libertad efectiva.

Por eso no creo que ni el Estado ni las Comunidades Autónomas deban retirarse a medio plazo de la actividad televisiva. Tampoco creo que deban intensificarla. Deben ser, las televisiones públicas, referente para las demás televisiones. Deben tener en cuenta los intereses de los ciudadanos y no la cuenta de resultados de sus sociedades; aunque esto no quiere decir que se gestionen inadecuadamente y que tengan por objetivo el déficit. En un tiempo futuro quizás no sea necesario que el Estado garantice y tutele el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, será un tiempo en que quizás ni siquiera el Estado sea necesario. Pero, por ahora, yo me acuesto y levanto más tranquilo, aunque no del todo, sabiendo que hay televisiones y radios públicas y televisiones y radios privadas, porque creo que de este modo se preservan mejor mis derechos y libertades públicas.