

Cómo citar este texto:

Cano Montejano, J. C. (2021). La transposición en España de la Directiva de Servicios Audiovisuales: varias consideraciones desde el Derecho Europeo, *Derecom*, 30, 63-87, <http://www.derecom.com/derecom/>

LA TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS AUDIOVISUALES: VARIAS CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO EUROPEO

THE TRANSPOSITION IN SPAIN OF AUDIOVISUAL SERVICES DIRECTIVE: SEVERAL COMMENTS FROM THE PERSPECTIVE OF EUROPEAN LAW

© José Carlos Cano Montejano
Universidad Complutense de Madrid
jccano@ucm.es

Resumen

Este artículo se centra en la transposición para España de la Directiva 2018/1808, del Parlamento y del Consejo, de 14 de diciembre de 2018; este arduo proceso ha suscitado algunas dudas relevantes en relación con las potestades del Estado miembro respecto a su incorporación al ordenamiento jurídico interno de determinados elementos recogidos en la misma. Además, esta norma tiene un carácter transversal, ya que va a afectar a todos los medios audiovisuales: publicidad y actividades comerciales, difusión, distribución de contenidos y también respecto a la disponibilidad de los programas.

De esta forma, este trabajo engloba un análisis de Derecho comparado, que va más allá de las repercusiones a nivel interno, poniendo de manifiesto aquellos elementos que han sido regulados de manera distinta en otras jurisdicciones, en particular, algunas relacionadas con elementos de la publicidad que son distintivos y básicos en la misma, y respecto de los que se han suscitado las dudas más relevantes; todo ello, desde la perspectiva de la ponderación del margen de maniobra y de discrecionalidad del que necesariamente disfruta el Estado miembro a la hora de transponer, pero buscando un equilibrio con los elementos indisponibles de la normación europea, para que no se produzca una diferenciación ilegítima en relación con otros sistemas jurídicos de otros miembros de la UE, para lograr una mejor adaptación de la Directiva al espacio nacional correspondiente

Summary

In this paper we focus on the analysis of the implementation in Spain of Directive 2018/1808 [European Parliament and Council, 14th of November, 2018], a procedure which has again arisen some concerns in relation to the power of a Member State for digesting the prescriptions included and derived from this piece of European legislation and incorporating it in its own

domestic state of law. Its relevance must be taken into account given the fact that it must be respected by all audiovisual media: advertising, commercial activities, broadcasting, distributors of content, availability of programs and last years

In this respect, the paper encompasses a thorough review of comparative law, underlying the points which have been regulated differently, in particular, some kind of advertising which have traditionally been at the core of commercial communications in audiovisual media all over the world; this effort comprises the consideration of the discretion and room for maneuvering which is awarded to every Member State in the process of implementing the European Union Law, but as well balancing the appropriateness and adequacy of the decisions made in national rules, for perfect compliance with the requirements, demands and goals of the Directive without causing any major disruption in relation to other European countries' experience.

Palabras clave: Directiva. Mercado Único Digital. Sector audiovisual. Servicios de difusión comercial. Legislación. Transposición. Derecho de la Unión Europea.

Keywords: Directive. Digital Single Market. Audiovisual Sector. Advertising. Broadcasting services. Legislation. Transposition. European Union Law.

1.Introducción

Conviene comenzar constatando que la transposición de la Directiva de Servicios Audiovisuales está generando una fundamentada polémica en la medida en que las consecuencias de la nueva regulación pueden ser muy trascendentes para sectores importantes de la economía española, como son el de la publicidad y el de los productores de bebidas alcohólicas, entre otros. Además, el proceso de transposición de esta Directiva 2018/1808¹ -como ya hemos puesto de manifiesto²- se ha complicado y entorpecido debido a las gravosas circunstancias derivadas de la pandemia. Pero, por esta misma razón, y ya desde esta introducción, quisiéramos remarcar algo que no puede dejar de señalarse: la responsabilidad de los poderes públicos se pone tanto más de manifiesto en la medida en que, a pesar de que quizá la coyuntura y las condiciones no sean las más propicias y favorables para poder llevar a cabo una transposición al uso, sí que es importante señalar que las consecuencias de la misma van a ser igual de gravosas que si se produjese en una tesitura de plena normalidad. De esta manera la obligación que incumbe al legislador ordinario y al Gobierno de articular un procedimiento que sea lo más transparente, concertado y abierto posible es –en estos momentos- todavía más trascendental, y es donde se demuestra también la calidad democrática de un Estado.

Además, la importancia de esta transposición se manifiesta también en el calado y amplitud de los derechos afectados: en la publicidad convergen dos derechos fundamentales de primer nivel, como son la libertad de empresa y la libertad de expresión, ambos colindantes y que se articulan y se manifiestan en la comunicación publicitaria. Por lo tanto, conviene comenzar indicando las limitaciones constitucionales a una regulación que podría calificarse de espuria en la medida en que no respetase o tomase en consideración esa eventual afectación de posiciones jurídicas singulares, auténticos derechos subjetivos, con dimensión constitucional, y, por lo tanto, susceptibles de amparo y tutela ante la jurisdicción no sólo nacional sino europea.

Pero, al mismo tiempo, también la ley de transposición que modifique el marco legal de la comunicación audiovisual, debería de forma obligatoria tomar en consideración las perspectivas regulatorias europeas, y particularmente respecto de aquellos puntos que permitiesen constatar el enfoque de otras jurisdicciones en relación con los elementos indicados, es decir, en qué medida se permite en otros ordenamientos jurídicos europeos la discriminación por razón de contenido alcohólico en el hecho publicitario, y –por ende- hasta qué punto puede considerarse justificada, proporcional e idónea cualquier limitación exorbitante –por dispar, arbitraria y veleidosa- que el legislador español pretendiese introducir y consolidar en la transposición de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Además, en esta incorporación al Derecho interno de la citada Directiva se dan cita importantes elementos: la mejora regulatoria a nivel europeo y nacional, y también en la calidad de los procesos de integración europea. Ambos tienen una evidente y clara manifestación en la incorporación al Derecho nacional de la legislación comunitaria, que –conviene recordarlo- no es más que la manifestación interna de una regulación que es supranacional, y donde el legislador español sólo debe limitarse a trasladar de forma eficiente, pero sin incurrir en el vicio de incorporar elementos propios que desdibujen, dañen y perjudiquen el objetivo regulatorio de la norma comunitaria.

2.La transposición de la nueva Directiva de Servicios Audiovisuales en España

Con independencia de los problemas atinentes a la transposición de la Directiva 2018/1808 derivados de la suspensión de plazos en relación con las Administraciones Públicas, y la afectación también del que hace referencia a la incorporación de esa norma europea al Derecho español –como ya pusimos de manifiesto en nuestro primer artículo sobre la cuestión-, es necesario resaltar una serie de elementos singulares de la legislación española, y que nos diferencia respecto de la mayoría de los países miembros de la Unión Europea. Intentaremos ver en qué medida esto puede considerarse compatible con el Derecho Europeo –además de con el espíritu, la redacción y la dicción de la Directiva comunitaria-.

La Ley de Comunicación Audiovisual³ es la norma de referencia en lo que atañe a la transposición de las Directivas europeas que afectan a este sector. Esta norma incluye una disposición –el artículo 18- cuyo título es ya suficientemente declarativo: *comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas*. Entre las que se enumeran bajo el epígrafe expresado se encuentra una categoría genérica que proscribe la publicidad que *fomente comportamientos nocivos para la salud*. En este apartado, junto al tabaco y determinados medicamentos y productos sanitarios, nos encontramos con la explícita prohibición de la comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas, siendo que introduce una matización que resulta realmente relevante: queda terminantemente prohibida la publicidad cuando estas bebidas superen veinte grados de contenido alcohólico.⁴

2.1.El gold-plating en las legislaciones internas: el caso español

Es evidente que se puede considerar como algo loable y admisible el hecho de que un Estado miembro disponga de un cierto margen de discrecionalidad en el momento de transponer e incorporar una Directiva u otra norma de Derecho Europeo a su jurisdicción interna. Sin embargo, cuestión distinta se suscita en el momento en el que ese Estado aprovecha la tesitura del procedimiento de transposición para introducir elementos ajenos al espíritu de la norma

Europea, endureciendo sus requisitos e incluyendo presupuestos, parámetros o condicionamientos que no estaban presentes en el texto original emanado desde Bruselas. Este es un fenómeno conocido en el Derecho Europeo y tiene incluso asignado un apelativo propio: el *gold-plating*,⁵ con connotaciones eminentemente peyorativas y negativas. En este sentido, nos interesa resaltar que la mejora regulatoria en la UE –la estrategia y política de *Better Regulation*- ha reconocido que el fenómeno que representa el *gold-plating* constituye un evidente obstáculo respecto a ese esfuerzo de mejora regulatoria⁶ y también, en última instancia, democrática y de legitimación de la acción comunitaria.

En este sentido, es importante matizar algunas cuestiones a la hora de poder emitir un juicio u opinión ponderada respecto a la distinción que lleva a cabo el legislador español a la hora de prohibir la publicidad de las bebidas alcohólicas que superen el nivel de los veinte grados. En términos jurídicos, matizar entre discrecionalidad y arbitrariedad en la acción de un poder público no siempre es fácil; aunque siempre hay un parámetro que resulta relevante a estos efectos y que se manifiesta y concreta en la base normativa que la Administración Pública utilice como referencia y sustento para llevar a cabo su actuación, además de la ponderación de la proporcionalidad y legitimidad de su acto objetivamente considerados.

En la transposición de una Directiva europea, resulta evidente que el punto de referencia para el legislador nacional –que se ve confrontado con la tarea de la incorporación al Derecho interno de lo prescrito en la norma comunitaria- es la propia Directiva y lo que ésta establezca. De este modo, el primer criterio de ponderación para enjuiciar la idoneidad del matiz introducido por España en relación con la prohibición de la publicidad en función del contenido alcohólico de determinadas bebidas deben ser única y exclusivamente esos mismos postulados recogidos en la propia Directiva.

Por lo tanto, la regulación ínsita en las propias Directivas comunitarias es relevante y determinante para acometer el objetivo que nos hemos planteado: en este sentido, la Directiva 2018/1808 refiere en gran parte la materia relacionada con la comunicación audiovisual y la publicidad de determinados productos a lo dispuesto en la precedente que viene a sustituir y complementar –la Directiva 2010/13/UE-.

Sin embargo, sí es relevante la propia Directiva 2018/1808 en la medida en que acepta que los Estados miembros introduzcan restricciones a la libre prestación de servicios por razones imperiosas de interés general, y en concreto, cuando estas se refieran al logro de un elevado nivel de protección de los consumidores, cuando estas restricciones estén *justificadas, y sean proporcionadas y necesarias*⁷, y siempre que no afecten a ámbitos coordinados por la Directiva 2010/13/UE. Además, esto es coherente con lo que recoge en otro de sus Considerandos la Directiva que estamos analizando, ya que remite la regulación de la publicidad de las bebidas alcohólicas en los servicios de comunicación audiovisual a petición, a lo establecido para la publicidad televisada y la televenta de las mismas en la Directiva 2010/13/UE⁸.

De este modo, de las expresadas referencias, se puede colegir que la Directiva 2018/1808 contiene una remisión expresa a la regulación de la publicidad para las bebidas alcohólicas que se recoge en la Directiva 2010/13/UE, de manera que habrá que analizar los postulados de lo prescrito en la misma para este tipo de productos y su comunicación audiovisual para poder enjuiciar y calificar los elementos introducidos por el legislador nacional a la hora de la transposición.

En primer término, hay que manifestar sorpresa ante el matiz que se aprobó en España distinguiendo las bebidas alcohólicas en función de su contenido alcohólico. No hay ninguna mención, referencia, precepto o principio que se deduzca de la Directiva 2010/13/UE – recordemos, traspuesta en España por la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual⁹– que avale esta diferenciación: es cierto que la Directiva de 2010 respeta el principio de discrecionalidad nacional a la hora de la trasposición, declarando que los Estados miembros disfrutan de la facultad para fijar reglas más detalladas o estrictas en el momento de incorporar sus postulados a su Derecho interno,¹⁰ en concreto, para mejor salvaguardar la protección de los consumidores y telespectadores. De este modo se reconoce esa discrecionalidad inherente a cualquier proceso de transposición.¹¹ Por este mismo motivo, la Directiva de 2010 somete a los mismos condicionamientos publicitarios de las bebidas alcohólicas a los medicamentos y a algunos tratamientos médicos.¹²

De esta forma, y de manera congruente con lo expuesto en los Considerandos que hemos venido comentando de la Directiva de 2010, el artículo 22 de la misma¹³ lleva a cabo una enumeración de los criterios a los que debe someterse la publicidad de bebidas alcohólicas:

- La publicidad no podrá dirigirse a menores, ni estos podrán aparecer en los espacios publicitarios consumiendo estas bebidas.
- Se prohíbe asociar en la publicidad el consumo de alcohol con la mejora de las capacidades físicas o de la conducción.
- No se podrá derivar de la publicidad que el consumo de alcohol incrementa el éxito social o sexual.
- No podrá inferirse que del consumo de estas bebidas se pueden derivar efectos terapéuticos o estimulantes.
- Deberán promover el consumo moderado, y no mostrar la abstinencia y la sobriedad como algo negativo.
- No se podrá remarcar las cualidades positivas de las bebidas en función de su contenido alcohólico.

Como se observa, sólo se puede derivar una referencia o matización en relación con el contenido en alcohol en este último apartado, pero no para diferenciar entre las mismas en relación con la publicidad, sino respecto al contenido de la misma, al excluir que se pueda vincular grado de alcohol y consecuencias positivas, algo que –por otra parte– resulta lógico y que se ha incorporado a la mayoría de los códigos de autorregulación vigentes en relación con la publicidad de productos alcohólicos.

Por todo ello, y en segundo término, es necesario hacer una ponderación relativa a la necesidad o justificación, proporcionalidad e idoneidad de la distinción introducida en la Ley 7/2010 respecto a la gradación de las bebidas alcohólicas y su acceso a la publicidad. Es importante señalar como el Tribunal Supremo, en una sentencia de 15 de enero de 2010¹⁴ nos expone de manera impecable unos principios relativos a la publicidad, no sin antes constatar algo que debe ser reseñado: la publicidad queda incardinada como parte del contenido esencial de dos derechos fundamentales de trascendencia constitucional, los del artículo 20¹⁵ y del artículo 38,¹⁶ es decir, la libertad de expresión y la libertad de empresa.¹⁷ De esta manera, se eleva el rango en la protección de las potestades que se engloban bajo el término genérico del derecho a la publicidad; por este motivo, el Tribunal Supremo somete las medidas restrictivas

que se puedan imponer sobre el libre despliegue de la publicidad a una serie de requisitos, que deben poder manifestar y concretar esa proporcionalidad e idoneidad que hemos señalado:

- Las restricciones tienen que perseguir la satisfacción de un interés general concreto.
- Deben ser adecuadas respecto al fin que se persiga.
- Deben respetar ese contenido básico esencial, que define el derecho a la libertad de expresión, para que puedan considerarse amparadas por el principio de proporcionalidad.
- Las restricciones no pueden someter a gravámenes exorbitantes que excedan del objetivo perseguido con las mismas.

2.2. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en relación con la publicidad

Es importante señalar que la doctrina que acabamos de recoger y emanada del Tribunal Supremo en relación con la consideración que debe otorgarse a la publicidad, su trascendencia constitucional y su inclusión dentro de derechos fundamentales de primer nivel, es coherente y congruente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en reiterada jurisprudencia ha considerado la conveniencia de que la publicidad deba entenderse amparada por el derecho a la libertad de expresión¹⁸, de manera que

la libertad de expresión y de información está reconocida en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), a la que el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE) reconoce el mismo valor jurídico que los Tratados. Esa libertad también está protegida por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, que, según resulta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, se aplica en particular a la difusión por un empresario de informaciones de carácter comercial, en especial en forma de mensajes publicitarios.

En este sentido, la referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea resulta especialmente relevante, en la medida en que el artículo 11¹⁹ de la misma incluye un matiz que resulta clave en relación con la cuestión que nos ocupa, es decir, la dudosa legitimidad de la distinción entre bebidas alcohólicas en España por razón de su contenido en alcohol: conforme a la Carta, se proscribía la injerencia de las autoridades públicas en el ámbito de la libertad de comunicación. Es importante remarcar que la Carta Europea tiene rango de Derecho Europeo constitucional –Derecho originario- y todas aquellas cortapisas que a nivel nacional se opongan a su cumplimiento pueden ser consideradas como un incumplimiento por parte del Estado miembro, pudiéndose entablar el correspondiente procedimiento ante el Tribunal de Luxemburgo a instancias de la Comisión Europea, y en su caso, a través de los pertinentes recursos de anulación en el caso de que concurren los astringentes criterios de admisibilidad y legitimación activa. Por esta razón conviene recordar que la Carta Europea puede ser alegada e invocada ante la jurisdicción interna en los procedimientos judiciales correspondientes.

2.3. Afectación de la igualdad de trato

También está en juego un principio fundamental tanto en Derecho interno como en Derecho Europeo, como es la igualdad de trato y que no sólo se restringe al trato igualitario sin perjuicio

de la nacionalidad de los ciudadanos de los Estados miembros, sino también a esa igualdad transversal que permea todas las actividades de la Unión Europea, y que se erige en espina dorsal de todo el edificio comunitario, y que se consagra en el artículo 2 del TUE.²⁰

De esta forma, la igualdad de trato se entrelaza con el derecho fundamental reconocido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales que consagra en un título propio y como regla general un concepto de igualdad que excluye cualquier tipo de trato discriminatorio.²¹ Es importante recordar que la igualdad se manifiesta no sólo en los derechos subjetivos de los ciudadanos europeos, sino también se refleja en los de sus agentes económicos que, a la hora de prevalerse singularmente de las libertades fundamentales comunitarias, pueden invocar la igualdad como criterio y baremo de legitimidad respecto a la acción de los poderes públicos nacionales en aplicación del Derecho Europeo.

En este sentido, no se puede obviar que la Directiva 2010/13/UE permite a los Estados miembros someter la publicidad televisiva a una serie de normas mínimas y de baremos o criterios que sean más detallados o estrictos que los fijados en la norma europea;²² sin embargo, esta declaración genérica ha de hacerse compatible con el respeto de la igualdad de trato, consagrado tanto en los Tratados europeos como en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Por esta razón, la justificación y la razonabilidad de las medidas que eventualmente puedan suponer una afectación del principio y del derecho a la igualdad necesitarán de un aval y de un soporte científico que sean compatibles con el principio de cautela y de proporcionalidad; de este modo, entendemos que la mejor manera de poder juzgar la oportunidad y la admisibilidad de unas normas más estrictas a nivel nacional a través de prescripciones emanadas del legislador interno y consagradas en la legislación vigente en ese país, consiste en someterlas al cotejo comparativo con las otras jurisdicciones europeas, es decir, a una prueba de equiparación con la regulación vigente sobre la cuestión en los demás Estados miembros de la Unión Europea, especialmente en los más importantes para España no sólo por su cercanía sino por su relevancia.

Esto es así porque si no hay un aval que permita justificar esa distinción entre las bebidas alcohólicas con distinta graduación, de manera que ese manifiesto trato discriminatorio sólo se pueda eventualmente legitimar en la voluble voluntad del legislador interno, el cariz de la cuestión asume unos rasgos muy distintos ya que no sólo se estaría yendo contra el derecho a la igualdad consagrado en la propia Constitución Española,²³ sino también contra uno de los principios básicos de la integración europea, que se manifiesta en esa transversal no discriminación e igualdad de trato, no sólo respecto de los particulares, sino también respecto de las empresas y agentes económicos singularizados.

2.4. La distinción en la graduación alcohólica: posible medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa

Además hay otra perspectiva de Derecho Europeo que no puede dejar de suscitarse: la relativa a las repercusiones sobre la libre circulación de productos y bienes dentro del Mercado Interior de la Unión. De esta forma, una legislación interna que discriminase productos con base en determinadas características, podría considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, ilegítima y contraria a la libre circulación de productos en el seno de la

Unión: por esta razón, una legislación nacional eventualmente podría ir en contra de esa libertad fundamental comunitaria, aunque se amparase en principios tan relevantes como la protección de la salud pública o la protección de los consumidores. De hecho, el Tribunal de Luxemburgo se ha visto confrontado en numerosas ocasiones con legislaciones internas de los Estados miembros que –amparándose en principios de interés general como los expresados con anterioridad-, ha declarado explícitamente su incompatibilidad con los Tratados y obligado a esos países a modificar sus leyes para adecuarse al Derecho Europeo. Esta jurisprudencia hace referencia a regímenes fiscales y tributarios que diferenciaban aparentemente en relación con propiedades de productos y características singulares de los mismos, pero respecto de los cuales el Tribunal de Luxemburgo entendió que no eran compatibles con los Tratados en la medida en que servían para legitimar una palmaria discriminación por razón del origen nacional del producto concernido.²⁴

Asimismo, conviene indicar que tanto la protección de la salud como la protección de los consumidores van de la mano en Derecho Europeo, ya que ambas se encuentran entrelazadas y justifican determinadas limitaciones por parte de los Estados miembros para mantener un nivel elevado de protección de esos bienes jurídicos en favor del bien más genérico que queda englobado en el interés general. Sin embargo, la proporcionalidad debe erigirse en el principio que ha de tomarse en consideración para aceptar esas derogaciones singulares respecto a la norma en cuestión. En concreto, en el presente caso, se trataría de buscar la legitimación de la distinción que se lleva a cabo en la ley española de las bebidas alcohólicas en relación con su gradación, y sus gravosas repercusiones sobre la publicidad de las mismas.

En este sentido, nos parece interesante señalar la jurisprudencia que deriva de la sentencia en el asunto C-168/78, que enfrentó a la Comisión Europea con Francia en relación con determinados impuestos que gravaban de manera distinta a los productos alcohólicos derivados del grano –como el whisky, el ron, la ginebra y el vodka-, frente a los que se obtenían de derivados del vino o de fruta, como son el coñac, el calvados y el armañac –siendo estas últimas bebidas alcohólicas típicamente francesas y de alto contenido alcohólico-: esta legislación impositiva fue declarada incompatible con los Tratados por el Tribunal de Luxemburgo; en el mismo sentido se puede señalar el asunto C-170/78 en el que el Reino Unido sostuvo que su régimen impositivo según el cual se diferenciaba entre la cerveza y las bebidas alcohólicas de mayor contenido alcohólico –como los destilados- debía ser considerado admisible por protección de la salud pública y de los consumidores, siendo también declarado ilegítimo por el Tribunal europeo, teniendo que ser modificado para adaptarse a las exigencias derivadas de la libre circulación de mercancías.

Es evidente que las similitudes entre las limitaciones a las que se sujeta en España la publicidad de las bebidas alcohólicas distinguiendo por su gradación y los ejemplos anteriores son pequeñas; pero sí se puede derivar un principio general importante en la medida en que el Tribunal de Luxemburgo en repetidas ocasiones ha sentenciado la incompatibilidad de regímenes internos que transponían normas europeas, y que amparándose en genéricas indicaciones sanitarias o de protección del consumidor,²⁵ en el fondo constituían una regulación claramente discriminatoria, y que no se compadecía con los principios generales del Derecho Europeo.

Nos gustaría en cualquier caso resaltar que la relación entre la publicidad y la posibilidad de implantarse en el mercado nacional de un Estado miembro es algo intrínseco y que puede llegar a ser determinante. Por esta razón, una regulación interna que afecte con carácter genérico a una categoría completa de productos –en este caso, las bebidas alcohólicas

superiores a una determinada gradación- podría ser considerada incompatible con los Tratados si encubriese un trato discriminatorio ilegítimo, injustificado y ajeno al principio de proporcionalidad respecto del acto de transposición de una Directiva europea que –como hemos puesto de manifiesto- no matiza en modo alguno respecto a ese contenido alcohólico.

2.5.El principio del país de origen

El colofón de lo que se ha puesto de manifiesto hasta ahora es la afirmación del principio del país de origen, que es básico y fundamental para la correcta comprensión del mercado interior europeo, y también de las repercusiones que las legislaciones internas de los Estados miembros pueden acarrear no sólo sobre el correcto funcionamiento de aquel, sino también en la aplicación uniforme del Derecho Europeo, sin que quede desfigurado por interpretaciones parciales y erróneas del mismo, con consecuencias trascendentales en lo que atañe no sólo al trato no discriminatorio entre productos y bienes, sino también entre agentes económicos radicados en los diversos países de la Unión.²⁶

La sentencia prototípica en este sentido, y que traemos a colación en este trabajo porque tiene una clara correlación con el tema que nos ocupa, es la del asunto Cassis de Dijon²⁷: en este asunto se ventiló la compatibilidad con los Tratados de una legislación alemana relativa a la comercialización de bebidas espirituosas, y que determinaba un grado mínimo de alcohol para diversas categorías de productos alcohólicos: la ley alemana prohibía la venta de licores derivados de frutas que no alcanzasen los 25 grados de contenido alcohólico, siendo que el “Cassis” –bebida producida en Francia y cuya importación se pretendía en Alemania- no alcanza ese porcentaje.

La empresa importadora exigió que se comprobase la compatibilidad de la regulación alemana con la normativa comunitaria que permitía la libre circulación de mercancías.²⁸ El Tribunal de Luxemburgo constató esa incompatibilidad de la legislación monopolística alemana en la medida en que se deba entender *que se trate de la importación de bebidas alcohólicas legalmente producidas y comercializadas en otro Estado miembro*.²⁹

También nos interesa recoger de esta sentencia europea una mención relevante a los efectos de la cuestión que nos ocupa, la matización entre bebidas alcohólicas en relación con su gradación:

(13) Considerando que, como acertadamente destacó la Comisión, la determinación de valores límite en materia de graduación alcohólica de las bebidas puede servir a que los productos comercializados y sus denominaciones se ajusten a un estándar a fin de obtener una mayor transparencia de las transacciones comerciales y de las ofertas al público; que, no obstante, no se puede llegar hasta el extremo de considerar la determinación imperativa de un grado alcohólico mínimo como si fuese una garantía esencial de la lealtad de las transacciones comerciales, cuando es fácil asegurar una información apropiada del comprador mediante la exigencia de una mención sobre la procedencia y el grado alcohólico en el embalaje de los productos.

Es decir, el Tribunal de Luxemburgo claramente expresa que cuando del embalaje se pueda derivar con claridad el contenido alcohólico –y en el mismo sentido, y por analogía, cuando de la publicidad del producto se pueda saber con certeza el grado alcohólico de la bebida-, se puede dar por cumplida suficientemente la exigencia de transparencia que es un requisito básico e insoslayable para una correcta protección del consumidor.

A partir de esta jurisprudencia europea se ha construido una interesante línea doctrinal que, por un lado, se manifiesta en el principio de reconocimiento mutuo, conforme al cual un producto legalmente producido y comercializado en un Estado miembro debe poder serlo también en cualquiera de los demás países de la Unión Europea; y, por otra parte, este mismo principio sirve para cotejar y juzgar respecto a la admisibilidad de normativas nacionales que exijan condiciones exorbitantes respecto de una misma categoría de productos, pudiendo eventualmente constituir una discriminación por razón del origen de los mismos.

A los efectos que aquí nos interesan, la legislación española que traspuso la Directiva 2010/13/UE llevó a cabo una distinción injustificada a efectos publicitarios entre productos única y exclusivamente basándose en caracteres propios que aparecen suficientemente identificados en la publicidad. Por lo tanto, mantener ese trato diferente podría considerarse contrario al principio del país de origen, ya que puede afectar a productos no fabricados en España –en este caso, bebidas alcohólicas de importación con al menos esa gradación alcohólica-, y de este modo ser constitutiva –como hemos indicado- de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, pudiendo en última instancia justificar un procedimiento por incumplimiento por parte de España respecto a sus obligaciones a la hora de trasponer una Directiva comunitaria al ordenamiento jurídico interno.

Es cierto que en el asunto expuesto, todavía existía el monopolio nacional sobre productos alcohólicos, algo que está superado y ya no existe, pero los principios generales extraíbles de la jurisprudencia Cassis de Dijon siguen plenamente vigentes, y son plenamente compatibles con otras declaraciones del Tribunal de Luxemburgo también relacionadas con las bebidas alcohólicas y su publicidad transnacional –caso Bacardí-:³⁰ Recordemos que, en este asunto, se ventiló la pretensión de la empresa fabricante de bebidas alcohólicas Bacardi que la enfrentaba a TF1 –canal público de televisión francés- porque esta pretendía prohibir la retransmisión de encuentros deportivos binacionales cuando la publicidad de la misma fuese en contra de las prescripciones derivadas de la legislación francesa atinente a la publicidad de bebidas alcohólicas. En este caso, el Tribunal de Justicia estimó que podían prevalecer los intereses de orden público y de protección de la salud, aunque resaltando que esto sólo sería así en la medida en que no se aprobase un marco armonizado a nivel europeo,³¹ algo que se logró con la Directiva audiovisual de 2010, y la que la complementa aprobada en 2018 actualmente en proceso de transposición.

Sin embargo, no entendemos que esas conclusiones sean trasladables al caso español, porque en el asunto Bacardí había un trato igualitario frente a todos los productores de bebidas alcohólicas desde la perspectiva de la publicidad transnacional: en el caso español se discrimina y legitima un trato distinto conforme a un criterio que no es justificable desde ninguna perspectiva, y que no tiene parangón –como pondremos a continuación de manifiesto- en ninguna otra jurisdicción europea, al basarse en un criterio aleatorio, espurio y que denota arbitrariedad en la determinación del legislador en España.

Derecho Comparado en materia de publicidad de bebidas alcohólicas

Como colofón a todo lo que hemos ido planteando a lo largo del presente trabajo, resulta obligado hacer una referencia a las jurisdicciones europeas que están sometidas a la misma obligación de transposición de la Directiva 2018/1808 y que, por lo tanto, se convierten en punto de referencia obligado para el legislador español confrontado con la misma tarea. Hemos elegido sólo los países más cercanos para las reseñas más completas, aunque también se pondrán algunos ejemplos de países menores, pero que manifiestan y corroboran unívocamente el mensaje que permea este trabajo, y que no es otro que la distinción en la publicidad por razón del contenido alcohólico es una singularidad española, suscitando la duda lógica de su legitimidad.

Francia

La publicidad de los productos alcohólicos en Francia se regula a través de la denominada Ley Evin,³² y en el Código de Salud Pública –*Code de la Santé Publique*–, que dedica un artículo completo a establecer los elementos básicos de la misma:³³ de esta manera –y conforme a lo determinado en este último– la primera indicación que se recoge es que la publicidad autorizada respecto a las bebidas alcohólicas debe limitarse a la indicación de la gradación del volumen de alcohol, de su origen –aquí se admiten referencias históricas, geográficas, o relativas a las materias primas utilizadas en la elaboración de la misma–. Se admiten referencias a la composición del producto, al método de elaboración, de la forma de consumo, a la marca y denominación, también hace referencias objetivas al color y a las características olfativas y gustativas del producto.

Por su parte, la Ley Evin prohíbe la publicidad de las bebidas alcohólicas en televisión, pero la admite respecto de otros soportes y canales publicitarios, remitiéndose también al Código de Salud Pública en lo que se refiere la catalogación de los mismos y su admisibilidad. En concreto, el artículo L3323-2³⁴ establece que se podrá insertar publicidad de estos productos en los siguientes soportes:

- En la prensa escrita, salvo las publicaciones destinadas a la juventud.
- En la radio –salvo lo establecido por el Consejo de Estado: en este sentido, hay un Decreto³⁵ que lleva a cabo el desarrollo a nivel reglamentario de las prescripciones del Código de Salud Pública, y que recoge la única distinción por razón de contenido alcohólico respecto de la publicidad de este tipo de bebidas, señalando en qué franjas horarios de radiodifusión sonora se puede admitir la de las bebidas que contengan una gradación superior a 1,2%.³⁶
- En catálogos comerciales, en inscripciones sobre vehículos de reparto, en fiestas y ferias tradicionales dedicadas a este tipo de bebidas; en museos, universidades o cofradías con estudios enológicos, así como en presentaciones y degustaciones.

Además, el artículo citado 3323-4 del Código de Salud Pública, establece que, en cualquier caso, la publicidad de bebidas alcohólicas deberá contener una advertencia de carácter sanitario que avise de que el abuso del alcohol puede suponer una amenaza para la salud.³⁷

En lo que se refiere a los servicios de comunicación en línea se admite la publicidad de bebidas alcohólicas quedando excluida respecto de aquellos que, por su carácter, presentación u objeto, aparezcan como destinados de manera principal a la juventud, así como los que se lleven a cabo por asociaciones, sociedades o federaciones deportivas o por ligas deportivas profesionales, siempre que la propaganda o la publicidad no sea intrusiva o subliminal.³⁸

De este modo, y visto lo anterior, se puede constatar cómo en una de las legislaciones de referencia para España a nivel europeo, como es la francesa, la Ley se limita a determinar los supuestos en los que la prohibición genérica de la publicidad de bebidas alcohólicas se puede dejar sin efecto, siendo que, con carácter general, se debe hacer mención del contenido alcohólico en las mismas, pero no se discrimina en cualquier caso respecto al mismo, excepto la salvedad relativa a la publicidad radiofónica en las franjas horarias que han quedado indicadas.

Italia

En Italia la legislación marco de referencia es la Ley nº 125, que es la normativa básica en materia de alcohol.³⁹ Esta disposición, en primer término, recoge la exigencia de la autorregulación de la publicidad, en la medida en que obliga a las radiotelevisiónes públicas y privadas, a las agencias publicitarias y a los representantes de los productores, a adoptar un código de autorregulación que haga referencia a las condiciones y contenidos de los mensajes publicitarios relacionado con las bebidas alcohólicas y –en denominación propia italiana- superalcohólicas.

Esta Ley establece la prohibición genérica de la publicidad de las bebidas alcohólicas en una serie de supuestos:

- Su transmisión durante la emisión de programas dirigidos a los menores, ni en los quince minutos previos o posteriores a los mismos.
- Cuando atribuyan indicaciones terapéuticas que no hayan sido reconocidas expresamente por el Ministerio de Salud.
- Cuando muestren a menores consumiendo alcohol, o se derive una representación positiva de su consumo –estableciendo expresamente que ambas prohibiciones no distinguen entre bebidas superalcohólicas y alcohólicas.
- Al mismo tiempo, se prohíbe la publicidad directa o indirecta en lugares frecuentados prevalentemente por menores de dieciocho años.

Al mismo tiempo, hay que señalar que no es necesaria una aprobación previa de los anuncios televisivos; en este sentido, la publicidad de bebidas alcohólicas tendrá que cumplir con los requisitos que se recogen en el Código de la Publicidad, pero la autoridad competente de la autorregulación puede emitir una opinión positiva respecto del anuncio publicitario, de manera que la Administración sólo podría ir en contra de esta opinión si se suscita por terceros la queja, pero no de oficio.

Bélgica

Hay que distinguir entre la normativa aplicable a la comunidad flamenca, que es distinta a la que está vigente para la de habla francesa, y también de la que va dirigida a la comunidad alemana.

Respecto a la normativa flamenca hay que indicar los siguientes caracteres básicos:

- la publicidad no puede estar dirigida a menores ni usar imágenes en las que aparezcan. Tampoco se puede deducir de la misma que haya una conexión entre el consumo de alcohol y una mejora en las capacidades físicas o de la conducción.
- Queda prohibida la publicidad que pueda inducir a que el consumo de alcohol puede ser una señal de éxito social o sexual.
- La publicidad no podrá presentarse inmediatamente antes o después de programas infantiles.
- No se puede presentar el porcentaje alcohólico como característica positiva.
- No puede permitir deducir que se puedan derivar efectos terapéuticos, estimulantes, o capaces de reducir el stress.

Respecto a la población de lengua francesa tampoco podemos encontrar matizaciones relacionadas con el contenido alcohólico del producto publicitado, pero sí debe incluirse tanto en los anuncios televisivos, como en los que se ubiquen en internet o en el cine la siguiente advertencia: *Notre savoir-faire se déguste avec sagesse*,⁴⁰ con unas determinaciones de tamaño y de duración temporal en el que deba poder ser observable en los spots televisivos. También es interesante señalar que la publicidad no necesita de una aprobación previa por las autoridades competentes, pero en cualquier caso se puede obtener una opinión no vinculante emitida por un Jurado relativo a la ética en las prácticas publicitarias.⁴¹

Reino Unido e Irlanda del Norte

En la jurisdicción de este país la publicidad de bebidas alcohólicas se somete al *UK Code of Broadcast Advertising* –Código británico de publicidad radiotelevisiva o BCAP-,⁴² que se aplica respecto de cualquier anuncio publicitario –incluidas teletienda, canales televisivos con contenido promocional, anuncios televisivos interactivos y de teletexto- y en los servicios de radiodifusión y de televisión bajo licencia del regulador británico –OFCOM-.

Se distingue en el Reino Unido entre bebidas de bajo contenido alcohólico –entre 0,5% y 1,2% de gradación-, siendo que a partir de esta tasa mínima se aplican las directrices recogidas por el BCAP. En primer lugar hay que resaltar que la regulación británica entra en grandes detalles relacionados con los elementos que pueden ser considerados admisibles o no en la publicidad de productos alcohólicos: en este sentido, esta tendrá que ser legal, decente, honesta y veraz –*legal, decent, honest and truthful*-, y deberá poder distinguirse respecto de las líneas editoriales de los programas en que se emitan, incluyendo siempre la identidad del anunciante.

En segundo término, es importante señalar que esta regulación con expresas y unívocas determinaciones y condicionamientos no lleva a cabo distinción alguna en la publicidad de las bebidas alcohólicas por razón de su gradación –salvo la indicación hecha respecto al umbral a partir del cual debe considerarse una bebida como alcohólica-.

Se incluyen elementos que sólo se suscitan en el Reino Unido: prohibición de hacer referencia a quien paga las “rondas”, los protagonistas del spot no pueden tener – o aparentar tener- menos de veinticinco años; sugerir que el consumo social de alcohol es más positivo, apelar a supersticiones populares o inducir a pensar que mejora las relaciones sociales y sexuales –aunque sí son admisibles las referencias explícitas relativas al enamoramiento y al hecho de cortejar-. Se aceptan anuncios que muestren familias con niños –aunque estos tienen que tener un papel secundario e irrelevante-.

Tampoco podrán ser los anuncios de estas marcas excesivamente ruidosos, explotar la confianza en padres, profesores o tutores respecto de los menores de 18 años; incluir efectos visuales que puedan afectar a personas con epilepsia, o incluir afirmaciones que induzcan a pensar que su consumo aumenta el éxito en los juegos de azar.

Además existe una entidad independiente –Clearcast- que emite un certificado en el que se constata que el spot publicitario sometido a su consideración cumple con las reglas del BCAP TV, de esta forma todos los textos del anuncio pasan por este órgano para que constate su oportunidad, siendo que en ocasiones complejas puede recurrir a un panel de expertos de carácter externo.

Alemania

En Alemania la actividad de la publicidad de bebidas alcohólicas en los medios televisivos, de radiodifusión y en las plataformas y páginas de internet es admisible en determinadas condiciones. Es importante señalar que se deja un gran margen a la autorregulación, que depende de un organismo independiente –el Werberat o Consejo de la Publicidad-, y que supervisa todo lo relacionado con la comunicación de spots publicitarios de estos productos.

La normativa vigente se encuentra dispersa en diversas leyes vigentes, pero no lleva a cabo distinciones en cuanto al contenido o gradación alcohólica del producto anunciado. En este sentido la Ley de Protección de la Juventud es el marco regulatorio en el que se especifican las determinaciones normativas relativas a la publicidad dirigida a menores,⁴³ y recoge las indicaciones sanitarias y de prudencia respecto a esta categoría de personas que son habituales en otras jurisdicciones.

Sí es interesante reseñar que el Código de Conducta del Consejo de la Publicidad alemán relativas a la comunicación de bebidas alcohólicas⁴⁴ establece explícitamente que su publicidad no puede hacer una referencia particular al contenido alcohólico como característica de una marca, o constituir una apelación a su compra o consumo. Al mismo tiempo, establece que en ningún caso se debe suscitar la impresión en la publicidad de que una menor gradación alcohólica pueda suponer un menor riesgo de incurrir en un consumo irresponsable.⁴⁵

Resulta relevante señalar esta indicación porque evidencia el error que supone matizar en el contenido alcohólico en la regulación y en la normativa publicitaria de las bebidas alcohólicas, porque puede acarrear consecuencias muy negativas sobre el consumidor a quien se le puede inducir a pensar de manera equivocada que la menor gradación alcohólica puede ser un signo eventual de mayor bondad o de

disminución de los riesgos inherentes al consumo incontrolado o desmesurado de bebidas alcohólicas.

Portugal

En el vecino país, que es importante reseñar en la medida en que tiene quizá unos hábitos de consumo parecidos a los prevalentes en España, por su cercanía cultural y geográfica, la comunicación publicitaria de bebidas alcohólicas en televisión queda prohibida en el espacio temporal comprendido entre las 7 am y las 10:30 pm. Tampoco pueden emitirse inmediatamente antes o después de programas que vayan dirigidos a un público que no tenga la edad legal para consumir alcohol, de manera que esta programación infantil o juvenil no podrá interrumpirse con tal tipo de contenidos.

En este sentido, las comunicaciones comerciales en las que aparezcan menores no podrán hacer referencia alguna a la marca que las patrocine. Al mismo tiempo, todo los anuncios deberán incluir el mensaje “*Seja responsável. Beba con Moderacão*” –sea responsable, beba con moderación–.

En otro orden de cosas, la publicidad no necesita ser aprobada por ninguna administración o autoridad, aunque es posible recurrir al *Instituto Civil de Autodisciplina da Publicidade* –ICAP– para que emita una opinión legal en relación con el cumplimiento por parte del spot propuesto con los códigos de autorregulación y en la normativa vigente, aunque sus dictámenes no sean vinculantes, asumiendo el anunciante la responsabilidad plena respecto a la publicidad que realice. A los efectos que nos ocupan, tampoco se puede encontrar criterio alguno que distinga en la publicidad de bebidas alcohólicas por razón de su gradación.

Holanda

En Holanda se permite la publicidad de bebidas alcohólicas en televisión en determinadas condiciones de carácter estricto. En este sentido, un anuncio publicitario de estos productos no podrá incluirse en programas que tengan una ratio de audiencia de menores que supere el 25% del total. Del mismo modo, tampoco podrán anunciarse en emisoras y canales que estén dirigidos al público infantil y juvenil.

Pero, en relación con la distinción de contenido alcohólico, es interesante recoger los matices que la legislación holandesa lleva a cabo respecto de las bebidas alcohólicas por razón de su gradación, ya que su publicidad sólo se diferencia en que unas –las de mayor gradación– deben incluir una advertencia sanitaria distinta al de las bebidas con menor contenido alcohólico;⁴⁶ de esta forma, se puede constatar también cómo en una jurisdicción relevante como es la holandesa, la cuestión de la matización de la publicidad de las bebidas alcohólicas conforme a su gradación se solventa con una sutil y tenue matización en su comunicación, pero que ni afecta al derecho del anunciante a la publicidad, ni suscita en el receptor de la publicidad un perjuicio negativo respecto al producto derivada de las indicaciones de inclusión obligatoria.

Conclusiones

1.El proceso de transposición de la Directiva de Servicios Audiovisuales, debido a las circunstancias presentes, se está viendo dificultado en aspectos que podríamos calificar de formales; aunque en nuestra opinión, los problemas de fondo del procedimiento también son materiales, del contenido que se deba dar a nivel interno de la regulación europea.

2.Reconociendo, evidentemente, un margen de discrecionalidad amplio al legislador en este proceso, es importante señalar que este no puede convertirse en arbitrariedad, ya que supondría una interpretación espuria e ilegítima de los postulados de la Directiva, y la traslación de la regulación europea a nuestra jurisdicción estaría claramente viciada.

3.Esa arbitrariedad se puso ya de manifiesto en la trasposición de la Directiva de Comunicación Audiovisual de 2010, al matizar en la Ley General de Comunicación Audiovisual la regulación de las bebidas alcohólicas en relación con su gradación respecto a su publicidad.

4.La distinción por contenido alcohólico es una singularidad de la legislación española. No se puede encontrar en el resto de las jurisdicciones europeas y manifiesta una errónea comprensión del interés público, de la protección de la salud y del consumidor por parte del legislador español.

5.Los derechos fundamentales de las marcas anunciantes quedan afectados de manera grave, ilegítima y desproporcionada. No sólo el derecho a la libertad de expresión en su faceta de derecho a la publicidad queda lesionado, sino también el derecho a la libertad de empresa: todos los derechos necesitan un amparo y una tutela que deben manifestarse en la acción de los poderes públicos, y que sólo pueden someterse a restricciones por motivos imperativos de orden público que no concurren en el presente caso.

6.Además, esta espuria distinción por gradación desde la perspectiva del Derecho Europeo atenta contra el principio de igualdad de trato, de reconocimiento mutuo por origen del producto, puede constituir una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la libertad de circulación de mercancías, y también una lesión a varios derechos reconocidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales –libertad de expresión, trato no discriminatorio y la libertad de empresa-

7.Por esta razón, debe considerarse como una auténtico oportunidad la transposición de la Directiva, en la medida en que puede lograr modificar esa reglamentación española, singular, espuria, arbitraria y perjudicial para los derechos de los agentes económicos y empresas afectadas, y también de los propios consumidores y de la ciudadanía en general.

8.El Derecho Comparado permite constatar que las legislaciones europeas han recogido el espíritu de la norma europea, pero –en general- salvaguardando determinadas categorías de principios –la protección de la infancia y la juventud, la salud, los derechos de los consumidores y usuarios y el propio orden público-, pero sin incurrir en procesos de *gold-plating* como los que hemos sufrido en España, al introducir elementos regulatorios que no constaban en la Directiva, y que manifiestan intereses políticos que no se compadecen con lo exigible y admisible en la trasposición de una norma supranacional.

9. En otro nivel de cosas, España podría incurrir en graves responsabilidades en el supuesto de volver a incorporar el trato ilegítimo discriminatorio que se manifiesta en la distinción por gradación alcohólica: esto sería así no sólo ante la jurisdicción española –ordinaria y constitucional en la medida que se afectan derechos fundamentales susceptibles de amparo– sino también ante la jurisdicción europea.

10. Además, el derecho a una buena regulación, que se manifiesta también en su vertiente subjetiva como derecho invocable y alegable, y que –por lo tanto– acrece al patrimonio jurídico del receptor de la norma, también es expresión de una exigencia legal que debe reflejarse en las propuestas normativas, excluyendo cualquier afectación al derecho de igualdad, cuando no sea conforme ni a la proporcionalidad, ni se pueda considerar idónea o razonable respecto al objetivo regulatorio perseguido en la norma.

¹ DIRECTIVA (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. DOUE L 303/69

² *Claves para entender la transposición de la Directiva de Comunicación Audiovisual*, Europa Ciudadana, julio 2020.

³ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010.

⁴ Artículo 18.3.

Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud. En todo caso está prohibida: (...) c) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados. d) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir. e) La comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.

⁵<https://mycountryeurope.com/politics/european-union/gold-plating-regulate-blame-brussels/>

⁶ Comunicado de prensa de la Comisión Europea: *Better Regulation principles: at the heart of the EU's decision-making process*:

Better regulation is a shared effort: *It is a joint responsibility of the European Parliament, the Council, the Commission, and the Member States to deliver and implement high-quality EU legislation that is fit for purpose and without unnecessary layers of complexity. The Commission can facilitate certain improvements but it cannot ensure them entirely by itself. For instance, public consultations can reach a much wider audience if other institutions at EU, national, regional and local level are involved. Additionally, the impact of amendments by the Parliament and/or Council to Commission proposals need to be more systematically analysed. Member States could also report more transparently on national measures taken to implement EU law in particular when such measures go beyond what is required by EU law (so-called 'gold-plating').*

Bruselas 15 abril de 2019:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_2117

⁷ Considerando (10) de la Directiva 2018/1808:

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

⁸ Considerando (27) de la Directiva 2018/1808:

A excepción del patrocinio y el emplazamiento de producto, las comunicaciones comerciales audiovisuales relativas a bebidas alcohólicas en los servicios de comunicación audiovisual a petición deben cumplir los criterios aplicables a la publicidad televisada y a la televenta de bebidas alcohólicas que establece la Directiva 2010/13/UE.

⁹ FERNANDO MAGARZO, M.R., “La regulación de la publicidad en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 3, 2008, p. 55-84.

¹⁰ Considerando (83) de la Directiva 2010/13/UE:

Para asegurar de forma completa y adecuada la protección de los intereses de los consumidores como telespectadores, es básico que la publicidad televisiva se someta a un cierto número de normas mínimas y de criterios y que los Estados miembros tengan la facultad de fijar reglas más detalladas o más estrictas y, en determinados casos, condiciones diferentes para los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia.

¹¹ Considerando (84) de la Directiva 2010/13/UE:

Al mismo tiempo que respetan el Derecho de la Unión, los Estados miembros deben poder fijar, para las emisiones destinadas únicamente al territorio nacional y que no puedan recibirse, directa o indirectamente, en uno o más Estados miembros, diferentes condiciones relativas a la inclusión de publicidad y distintos límites aplicables al volumen de publicidad con el fin de favorecer la difusión de este tipo de emisiones

¹² Considerando (89) de la Directiva 2010/13/UE:

También es necesario prohibir toda comunicación comercial audiovisual de los medicamentos y tratamientos médicos únicamente disponibles bajo prescripción facultativa en el Estado miembro bajo cuya competencia se encuentre el prestador del servicio de comunicación y establecer criterios estrictos en materia de publicidad televisiva para las bebidas alcohólicas

¹³ Artículo 22 Directiva 2010/13/UE:

La publicidad televisada y la televenta de bebidas alcohólicas deberán respetar los criterios siguientes: a) no podrá estar dirigida específicamente a los menores ni, en particular, presentar a menores consumiendo dichas bebidas; b) no deberá asociar el consumo de alcohol a una mejora del rendimiento físico o a la conducción de vehículos; c) no deberá dar la impresión de que el consumo de alcohol contribuye al éxito social o sexual; d) no deberá sugerir que las bebidas alcohólicas tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante o que constituyen un medio para resolver conflictos; e) no deberá estimular el consumo inmoderado de bebidas

alcohólicas u ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad; f) no deberá subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico

¹⁴ STS 444/2010, ECLI:ES:TS:2010:444

¹⁵ Artículo 20 CE 1.

Se reconoce y protegen los derechos: d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

¹⁶ Artículo 38 CE:

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

¹⁷ En este sentido, conviene señalar la interesante aportación realizada en relación con estos derechos en la transposición de la anterior Directiva de Servicios Audiovisuales:

Guichot Reina, E.: “La regulación de contenidos en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual y su transposición en España”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 24 enero-junio 2013, p. 65.114

¹⁸ Sentencia del TJUE, C-157/14, de 17 de diciembre de 2015, y C-358/14 de 4 de mayo de 2016.

¹⁹ Artículo 11 CEDF:

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

²⁰ Artículo 2 TUE:

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

²¹ TÍTULO III IGUALDAD.

Artículo 20 Igualdad ante la ley: Todas las personas son iguales ante la ley. 7.6.2016 Diario Oficial de la Unión Europea C 202/397 ES

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

²² Considerando (83) Directiva 2010/13/UE:

Para asegurar de forma completa y adecuada la protección de los intereses de los consumidores como telespectadores, es básico que la publicidad televisiva se someta a un cierto número de normas mínimas y de criterios y que los Estados miembros tengan la facultad de fijar reglas más detalladas o más estrictas y, en determinados casos, condiciones diferentes para los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia.

²³ Artículo 14 CE:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

²⁴ Respecto a medidas de efecto equivalente basadas en tratos fiscales discriminatorios: C-7/68, Comisión c. Italia, en relación con exacciones aduaneras impuestas sobre bienes de carácter artístico, histórico y arqueológico; C-24/68 Comisión c. Italia, en relación con tasas aduaneras con meros efectos de control estadístico de las exportaciones; C-87/75, Bresciani c. Amministrazione Italiana delle Finanze y C-18/87 Comisión c. Alemania, ambos en relación con tasas impuestas en frontera para controles veterinarios aleatorios sobre ganado importado; C-112/84, Humblot c. Directeur des Services Fiscaux, en relación con impuestos relacionados con automóviles con un determinado nivel de potencia, discriminando en favor de la producción nacional, en la medida en que ningún automóvil francés alcanzaba los límites establecidos en la norma interna. C-140/79, Chemical Farmaceutici c. DAF Spa, en relación con impuestos a los que se sometía a la producción de alcohol sintético frente al fermentado, siendo que Italia no tenía apenas producción del primero, pero se consideró admisible el trato diferente por motivos de interés público, y, por tanto, prevaleciendo una causa de justificación objetiva frente a la discriminación de trato.

²⁵ Artículo 36 TFUE (antiguo artículo 30 TCE)

Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

²⁶ CABALLERO TRENADO, L.M., “La Nueva Directiva Audiovisual: Perspectiva legal”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 20, noviembre de 2019, p.1-18.

²⁷ Asunto 120/78, Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 20 de febrero de 1979.

²⁸ Asunto 120/78:

(...)Considerando (4) “que, según la demandante, la determinación del grado alcohólico mínimo por la normativa alemana tiene como consecuencia que productos alcohólicos conocidos, originarios de otros Estados miembros de la Comunidad, no puedan venderse en la República Federal de Alemania y que, por ello, esta disposición constituye una restricción a la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros que excede del marco de las normativas de carácter comercial reservadas a éstos; que, según la demandante, se trata de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, contraria al artículo 30 del Tratado (...)”.

²⁹ Sentencia Asunto 12/78:

El concepto de “medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación”, contenido en el artículo 30 del Tratado CEE, debe interpretarse en el sentido de que también está comprendida dentro de la prohibición prevista por esta disposición la determinación de un grado alcohólico mínimo para las bebidas espirituosas destinadas al consumo humano, establecida por la legislación de un Estado miembro, cuando se trate de la importación de bebidas alcohólicas legalmente producidas y comercializadas en otro Estado miembro.

³⁰ ASUNTO C-429/02, Sentencia de 13 de julio de 2004.

³¹ Asunto C-429/02:

Considerando (32): No obstante, cuando no existen medidas comunitarias de armonización, la libre prestación de servicios puede verse limitada por normativas nacionales que estén justificadas por las razones mencionadas en el artículo 56, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 46 CE, apartado 1, tras su modificación), en relación con el artículo 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE), o por razones imperiosas de interés general (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13031, apartado 60).

³² Loi nº 91-32 de 10 de enero de 1991

³³ **Article L3323-4**

- Modifié par Loi nº2005-157 du 23 février 2005 - art. 21 JORF 24 février 2005

La publicité autorisée pour les boissons alcooliques est limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit.

Cette publicité peut comporter des références relatives aux terroirs de production, aux distinctions obtenues, aux appellations d'origine telles que définies à l'article L. 115-1 du code de la consommation ou aux indications géographiques telles que définies dans les conventions et traités internationaux régulièrement ratifiés. Elle peut également comporter des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit.

Le conditionnement ne peut être reproduit que s'il est conforme aux dispositions précédentes.

Toute publicité en faveur de boissons alcooliques, à l'exception des circulaires commerciales destinées aux personnes agissant à titre professionnel ou faisant l'objet d'envois nominatifs ainsi que les affichettes, tarifs, menus ou objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, doit être assortie d'un message de caractère sanitaire précisant que l'abus d'alcool est dangereux pour la santé.

³⁴ **Article L3323-2**

- Modifié par LOI n°2017-256 du 28 février 2017 - art. 53

La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées exclusivement :

1° Dans la presse écrite à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse, définies au premier alinéa de l'article 1er de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse ;

2° Par voie de radiodiffusion sonore pour les catégories de radios et dans les tranches horaires déterminées par décret en Conseil d'Etat ;

3° Sous forme d'affiches et d'enseignes, sous réserve de l'article L. 3323-5-1 ; sous forme d'affichettes et d'objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat ;

4° Sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants, les importateurs, les négociants, les concessionnaires ou les entrepositaires, de messages, de circulaires commerciales, de catalogues et de brochures, dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues à l'article L. 3323-4 et les conditions de vente des produits qu'ils proposent ;

5° Par inscription sur les véhicules utilisés pour les opérations normales de livraison des boissons, dès lors que cette inscription ne comporte que la désignation des produits ainsi que le nom et l'adresse du fabricant, des agents ou dépositaires, à l'exclusion de toute autre indication;

6° En faveur des fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales et à l'intérieur de celles-ci, dans des conditions définies par décret ;

7° En faveur des musées, universités, confréries ou stages d'initiation oenologique à caractère traditionnel ainsi qu'en faveur de présentations et de dégustations, dans des conditions définies par décret ;

8° Sous forme d'offre, à titre gratuit ou onéreux, d'objets strictement réservés à la consommation de boissons contenant de l'alcool, marqués à leurs noms, par les producteurs et les fabricants de ces boissons, à l'occasion de la vente directe de leurs produits aux consommateurs et aux distributeurs ou à l'occasion de la visite touristique des lieux de fabrication ;

9° Sur les services de communications en ligne à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du code du sport, sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive ni interstitielle.

Toute opération de parrainage est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques.

³⁵ **Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique**

³⁶ Chapitre III : Publicité des boissons Section 1 : Publicité par voie de radiodiffusion sonore
Article R. 3323-1

La propagande et la publicité directe ou indirecte par voie de radiodiffusion sonore en faveur de boissons dont le degré volumique d'alcool est supérieur à 1,2 % ne sont autorisées que:
- le mercredi, entre 0 heure et 7 heures ;
- les autres jours, entre 0 heure et 17 heures.

³⁷ Artículo 3323-4 *in fine*.

³⁸ Artículo 3323-2 Apartado 9 del Code de la Santé Publique.

³⁹ Legge n. 125 del 30 Marzo 2001 "Legge quadro in materia di alcol e di problemi alcolcorrelati" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 90 del 18 aprile 2001

⁴⁰ Traducción del autor: Nuestro know-how se degusta con inteligencia.

⁴¹ www.jep.be Jury on Ethical Advertising Practices

⁴² <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/846f25eb-f474-47c1-ab3ff571e3db5910/2828d080-b29f-4b6c-8de66fbc7a6cd1f8/BCAP-Code-full.pdf>

⁴³ Jugendschutzgesetz (JuSchG) § 9 Alkoholische Getränke

⁴⁴Verhalten regeln des Deutschen Werberats über die kommerzielle Kommunikation für alkoholhaltige Getränke + **Social-Media-Leitlinien** für die Hersteller alkoholhaltiger Getränke

⁴⁵ **Alkoholgehalt**

6.1 Kommerzielle Kommunikation für alkoholhaltige Getränke soll nicht einen hohen Alkoholgehalt eines Getränks als besonderes Merkmal einer Marke oder als Kaufaufforderung herausstellen.

6.2 Kommerzielle Kommunikation für alkoholhaltige Getränke soll nicht den Eindruck erwecken, ein niedriger Alkoholgehalt eines Getränks verhindere einen missbräuchlichen Konsum.

⁴⁶ Mayor tasa de alcohol: "Enjoy, but drink in moderation", frente al de las de menor gradación que incluirán el siguiente slogan: "Alcohol under 16? Of course not".