

PUBLICIDAD Y PROGRAMACION TELEVISIVAS EN EL NUEVO ORDENAMIENTO EUROPEO DE TELEVISION

MARTIN BULLINGER

Traducción: MARIANO BACIGALUPO

SUMARIO: AMBITOS DE REGULACIÓN DE LA «CONVENCIÓN» Y DE LA «DIRECTIVA».—
II. OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN.—III. CUESTIONES DE COMPETENCIA: A) *Reglas para la publicidad comercial televisiva*: 1. Particularidades de la publicidad televisiva. 2. Protección del consumidor frente a la TV publicitaria. 3. Limitación del tiempo de publicidad y de la interrupción publicitaria. B) *Regulaciones referidas a las cuotas de programación de producción europea*: 1. Injerencia en la competencia político-cultural de los Estados miembros. 2. Inidoneidad para la creación de un mercado libre audiovisual. 3. Reinterpretación de la regulación de cuotas como una máxima de mero carácter político. 4. Coordinación suficiente de los Derechos nacionales.—IV. Síntesis.

La «Convención» del Consejo de Europa sobre Televisión Transnacional (1), así como la «Directiva» en materia de televisión del Consejo de la Comunidad Europea (2), ambas de 1989, contienen fundamentalmente normas sobre la publicidad televisiva (3), así como las cuotas mínimas de programación de producción europea (4). Si bien ambas regulaciones han acabado por presentar, luego de largas tentativas, una notoria similitud, significan para los países una injerencia de diferente intensidad en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

(1) De 5 de mayo de 1989.

(2) De 3 de octubre de 1989.

(3) Artículos 10 al 21 de la «Directiva» y 11 al 18 de la «Convención».

(4) Artículos 4 al 6, 8 y 9 de la «Directiva» y 10 de la «Convención».

I. AMBITOS DE REGULACION DE LA «CONVENCION» Y DE LA «DIRECTIVA»

La primera de las diferencias entre ambas regulaciones se refiere a los respectivos ámbitos de regulación.

La «Convención» sólo se aplica a emisiones televisivas que, si bien son difundidas dentro de los límites de la soberanía de un país signatario, también se puedan recibir de forma directa o indirecta en otros países signatarios.

A diferencia de la «Convención», la «Directiva» se aplica, en principio, a todas las emisiones televisivas difundidas dentro del ámbito de responsabilidad de un Estado miembro, para las cuales pretende establecer un *standard* cultural mínimo unitario.

De esa vigencia de la «Directiva» en relación a todas las emisiones, también a aquellas de carácter puramente nacional, sólo se reconocen limitadas excepciones. Así, los Estados miembros están autorizados a imponer a las emisoras de ámbito nacional, es decir, a aquellas sometidas a su soberanía jurídica mayores exigencias que las establecidas en la propia «Directiva» (art. 3).

II. OBJETIVOS DE LA REGULACION

El que la «Convención» sólo pretenda armonizar las reglas nacionales para la «importación» y la «exportación» de emisiones televisivas, mientras que la «Directiva» pretende una armonización genérica, tiene su explicación en los diferentes objetivos que persiguen ambas regulaciones.

Dejando de lado la invocación de la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la «Convención» estuvo destinada desde el comienzo a la protección de los Estados europeos contra la saturación mediante emisiones vía satélite que irradian programas americanos de bajo costo y sin límites a la publicidad, de tal manera que las restricciones nacionales en materia de publicidad y requisitos de programación podrían ser fácilmente burlados. En consecuencia, la versión final de la «Convención» autoriza a los Estados signatarios a excluir de la difusión en su territorio de programas extranjeros, cuando no den cumplimiento a las prescripciones nacionales sobre publicidad televisiva (art. 16 de la «Convención»).

La «Directiva» no contiene una prescripción análoga. La Comisión de la CE adoptó, en el Libro Verde *Televisión sin fronteras*, precisamente el punto de vista contrario, partiendo de la idea de un mercado europeo libre

para la TV financiada por la publicidad. La Comisión procuró impedir que los Estados miembros restrinjan la importación de programas de TV procedentes de otros Estados miembros, aduciendo que éstos ponen en peligro su *standard* de publicidad y programación, es decir, un «interés general» en el sentido de las sentencias de la Corte de Justicia de la CE en el caso «Debauve» (5) y en el caso «Kabelregelung» (6). Por ello, la Comisión y el Consejo se vieron obligados a unificar, por medio de la «Directiva», los mínimos correspondientes a la regulación nacional en materia de publicidad y programación. Mediante una estandarización comunitaria del mínimo cultural, los programas nacionales de TV y la publicidad en ellos contenida serían aptos para el tráfico comunitario.

III. CUESTIONES DE COMPETENCIAS

La finalidad de la «Directiva» de unificar las TV nacionales en lo referente a publicidad y a programación implica su penetración en zonas altamente sensibles de los ordenamientos jurídicos nacionales y genera un conflicto de competencias, sobre todo con la RFA (7).

Este conflicto, sin embargo, no surge de la «Convención», dado que ésta establece una libre autoobligación de Estados soberanos y sólo pretende una imposición limitada, sin afectar fundamentalmente la autodeterminación de los Estados signatarios en el terreno de la TV. Por el contrario, la «Directiva» se apoya en el poder limitado de una comunidad de fines del Derecho internacional (CE), cuyos órganos directivos la han sancionado con mera mayoría de los representantes de los Estados, y que la Comunidad pudo imponer de forma unilateral.

La cuestión de si la CE era competente para establecer regulaciones sobre publicidad y cuotas de programación no se puede responder con valoraciones generales, sosteniendo, por ejemplo, que la publicidad comercial corresponde

(5) De 18 de marzo de 1980.

(6) De 26 de abril de 1988.

(7) Cfr. SCHWARZE, «Rundfunk und Fernsehen in der Europäischen Gemeinschaft», en SCHWARZE (comp.), *Fernsehen ohne Grenzen*, 1985, p. 11; ID., «Die Medien im Spannungsfeld von Wirtschaft und Kultur», en ID., *Rundfunk und Fernsehen*, 1986, p. 119; OSSENBÜHL, *Rundfunk zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1986; DELBRÜCK, *Die Rundfunkhoheit der deutschen Bundesländer im Spannungsfeld zwischen Regelungsanspruch der Europäischen Gemeinschaft und nationalem Verfassungsrecht*, 1986; DELBRÜCK, «Die europäische Regelung des grenzüberschreitenden Rundfunks — das Verhältnis von EG-Richtlinie und Europaratkonvention», en *ZUM*, 1989, p. 373.

a las facultades legiferantes de la CE, mientras que la regulación de las cuotas de programación de producción europea, por el contrario, estaría reservada a los Estados miembros. En realidad, teniendo en cuenta los diversos niveles de esta materia, se requiere establecer puntos de apoyo más diferenciados (8).

En primer lugar, es preciso discutir los problemas de competencias que surgen con relación a las disposiciones de la «Directiva» sobre publicidad comercial, materia en la que es preciso distinguir entre las reglas referidas a la publicidad misma y las que conciernen al programa marco. Por otra parte, las cuotas de programación requieren reflexiones especiales.

A) Reglas para la publicidad comercial televisiva

Bajo publicidad comercial se entiende una técnica de promoción de ventas consistente en la información del consumidor, por parte del oferente, acerca de productos y servicios y su calidad. Por regla general, la publicidad comercial implica una contraprestación onerosa, de tal modo que, al no ser una actividad de carácter estrictamente estatal, debe ser considerada una «prestación de servicios», cuya libertad a escala comunitaria está garantizada en los artículos 59 y siguientes del Tratado de la CEE. De igual modo, el Consejo de la CE está llamado, conforme a los artículos 66 y 59.2 del Tratado, a facilitar la libre prestación de servicios mediante la coordinación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros.

Sin embargo, puede preguntarse si existen particularidades de la publicidad comercial en la TV que justifiquen reglas especiales.

1. Particularidades de la publicidad televisiva

Las particularidades de la publicidad televisiva frente a la publicidad en otros medios, especialmente en periódicos y revistas, son, esencialmente, las siguientes:

a) En primer lugar, el extraordinario efecto de la publicidad televisiva se debe al enorme poder de fascinación de la imagen audiovisual, así como al carácter masivo del «consumo» de emisiones televisivas. De este modo, la TV se ha convertido, hoy por hoy, en el medio de mayor importancia para la introducción en el mercado de productos de masa. Precisamente por ello,

(8) Cfr. BULLINGER, «Rundfunkordnung im Bundesstaat und in der europäischen Gemeinschaft — aktuelle rechtliche Probleme», en *AfP*, 1985, pp. 257 y 261 y ss.; BULLINGER, «Das Verhältnis von deutschen und europäischen Rundfunkrecht», en *VBfW*, Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg, 1989, pp. 161 y 164 y ss.

sin embargo, la peligrosidad de productos que se anuncien por TV se torna aún mayor.

b) En segundo lugar, la TV publicitaria puede desviar, mediante mensajes publicitarios «subliminales», sólo perceptibles de forma inconsciente, el consumo de los telespectadores.

c) Dado que la financiación de la TV mediante publicidad depende esencialmente de las cuotas de captación de «teleconsumidores», obliga al programa marco a someterse, en gran medida, al dictado de emisiones de consumo masivo, marginando emisiones de consumo minoritario, como, por ejemplo, aquella de carácter político o cultural.

d) Igualmente se afecta el valor global, cultural o político de películas u otras emisiones de más larga duración, interrumpidas por bloques de publicidad.

2. Protección de consumidor frente a la TV publicitaria

La protección del telespectador frente a los peligros que se derivan del carácter altamente fascinante y masivo de la publicidad televisiva, por ejemplo, de tabaco, así como de su capacidad para penetrar de modo directo en el inconsciente del «teleconsumidor», no afecta de forma alguna a la dimensión o función política y cultural de la TV. Por el contrario, se trata simplemente de proteger al espectador, como destinatario de una prestación de servicios de carácter económico consistente en la información sobre productos y servicios por cuenta del oferente, frente a un uso peligroso o abusivo de la misma. Si se admite que la CE está autorizada, en virtud de sus competencias en materia de prestaciones de servicio, a regular también la protección del consumidor (9), entonces no existen, a mi entender, infranqueables razones por las que no quepa considerar a la protección del consumidor frente a la TV publicitaria como un legítimo campo de acción de la CE, dado que no se trata de un ámbito esencial político-cultural reservado a los Estados miembros.

Sin embargo, no desconocer que una aumentada protección del consumidor frente a la TV publicitaria, como, por ejemplo, la prohibición de publicidad de tabacos, tiene necesariamente repercusiones sobre la financiación de la TV. Por ello, habrá que considerar obligada a la CE a tomar en cuenta los ordenamientos de radiotelevisión de los Estados miembros, según el principio de lealtad recíproca (*Prinzip des gemeinschaftsfreundlichen*

(9) Cfr. PIPKORN, en BEUTLER/BIELER/PIPKORN/STREIL, *Die europäische Gemeinschaft — Rechtsordnung und Politik*, 3.ª ed., 1987, pp. 500 y ss.

Verhaltens) (10), que se deriva, a su vez, del principio de lealtad recíproca entre el Estado federal y los Estados federados (*Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens*). De acuerdo con este principio, la CE deberá tomar en consideración a los ordenamientos nacionales, que están basados en una financiación de la TV privada mediante la publicidad del tabaco y del alcohol. Además, se deberá observar el principio de proporcionalidad frente a la empresa afectada, en el marco de la protección europea de derechos fundamentales (11). Igualmente habrá que ponderar los intereses de las empresas de TV y los intereses de los teleconsumidores, que también gozan de la protección de derechos fundamentales.

El deber de tomar en consideración el sistema de financiación nacional de la TV tiene sus límites absolutos allí donde se trata de prohibir de prácticas desleales, tales como la publicidad subliminal o engañosa. La tolerancia nacional de tales prácticas publicitarias no forma parte de los intereses legítimamente protegibles de los Estados miembros, en la medida en que lesionan la dignidad de la persona o engañan conscientemente al telespectador. Consideraciones similares adquieren también validez desde el punto de vista de la competencia desleal (12).

Contra este reconocimiento básico, aunque claramente limitado, de la competencia de la CE respecto de la publicidad televisiva, no es posible sostener que, en los Estados miembros de estructura federal o autonómica, la competencia para esta materia no corresponde al Estado nacional, sino a los Estados federados o regiones autónomas (13).

3. *Limitación del tiempo de publicidad y de la interrupción publicitaria*

A diferencia de lo que ocurre con las limitaciones publicitarias vinculadas a la defensa de la salud y a la protección de la personalidad, ni la limitación del tiempo de publicidad ni la limitación de las interrupciones publicitarias de las emisiones pueden ser entendidas como regulaciones primarias de la protección del consumidor o de la competencia desleal. Por el contrario, esta

(10) Cfr. OSSENBÜHL, *op. cit.* en nota 7, pp. 38 y ss.

(11) Cfr. OSSENBÜHL, *op. cit.* en nota 7, pp. 47 y ss., y SCHOLZ, «Wie lange bis 'Solange III'?», en *NJW*, 1990, p. 941.

(12) Véase Directiva del Consejo en materia de publicidad engañosa de 10 de septiembre de 1984.

(13) En este sentido, sin embargo, LERCHE, *Rechtsprobleme des Werbefernsehens*, 1965, pp. 36 y ss.; cfr., igualmente, SCHWARZE, «Das Grundgesetz und das europäische Recht», en *40 Jahre Grundgesetz*, Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Br., 1990, pp. 209 y 231.

materia constituye, en primera línea, una cuestión referida a la calidad cultural y política de la programación general televisiva, es decir, del programa marco. Este programa marco no debe ser interrumpido mediante *spots* publicitarios, con la consiguiente disminución del efecto cultural y político del mismo. De la misma manera, este programa marco no debe ser convertido en algo secundario como consecuencia de una publicidad sin limitaciones temporales. Asimismo, la limitación temporal de la publicidad puede tender al desplazamiento de la demanda publicitaria a otros medios o, dentro de la TV misma, a otras emisoras, con el objeto de nutrir una formación libre de la opinión pública como elemento esencial de la democracia parlamentaria, recurriendo a un mayor número de fuentes de financiación publicitaria independientes.

El objeto de esta reglamentación es, ciertamente, la publicidad televisiva, pero no considerada como una prestación de servicios económica, sino como una fuente de ingresos y, a la vez, como un posible factor de distorsión de una TV entendida como una misión política y cultural o de todo el sistema nacional de medios de comunicación. Por tanto, si la finalidad de la reglamentación se dirige a la ordenación de la TV financiada por la publicidad y no a la publicidad misma, se plantea la cuestión de si la CE tiene competencia para regular la TV en general.

Un ejemplo para aclarar lo antes dicho: Si se trata de reglamentar si en las sesiones del Parlamento o en los servicios religiosos el presidente y los diputados por un lado y los sacerdotes y los fieles por otro pueden lucir en sus ropas inscripciones publicitarias con el objeto de financiar las actividades que les son propias, parece indudablemente más que problemático saber si esta reglamentación puede ser adoptada por quien posee la capacidad legiferante para la economía publicitaria, en la medida en que se trata de proteger el orden interno del Parlamento o de las Iglesias y no, por el contrario, de prohibir una competencia desleal.

En consecuencia, debe preguntarse si la capacidad legiferante de la CE para coordinar los preceptos nacionales con miras a facilitar el tráfico libre de las prestaciones de servicio comprende la publicidad televisiva en tanto que ésta contribuye a la financiación de la TV o disminuye su valor cultural o político.

a) *Competencia aneja en lugar de anexión de la competencia.* Como toda comunidad orientada a una finalidad determinada y como toda confederación con tareas y facultades centrales limitadas, la CE tiende a enriquecer sus competencias incorporando todo lo que aparece como efectivo para el ejercicio de las mismas. Es irrelevante la manera en que se designan los ámbitos de competencia adyacentes o la manera en que se fundamenta su ocupación, es

decir, se los puede llamar *implied powers*, «competencias anejas» (*Annex-Kompetenzen*) o de otro modo.

En todo caso, se trata de delimitar las «competencias anejas» de manera tal, que con esta figura no se permita una anexión de todos los ámbitos de competencia limítrofes. En la doctrina alemana se ha impuesto como criterio delimitador aquel de una «vinculación material predominante» (*überwiegender Sachzusammenhang*) (14) de la competencia invocada con aquella otra incorporada. Sin embargo, en la mayoría de los restantes Estados miembros de la CE se desconoce un sistema de reparto de competencias de estructura federal con elementos de ponderación que también incluyen a los intereses en materia de competencias de los Estados federados. Pero, en la medida en que la CE avanza hacia la «unión política», y, por tanto, hacia un orden interno de carácter cuasi-federal, deberá abandonar la tendencia hacia una interpretación unilateralmente extensiva de sus propias competencias y pasar a una concepción ponderada del reparto de competencias. Ello implica que la CE deberá estar dispuesta, en mayor medida que hasta ahora, a dar prevalencia a competencias esenciales de los Estados miembros, sobre todo a aquellas que poseen una importancia decisiva para sus respectivas identidades políticas y culturales. De lo contrario, o bien surgiría un preocupante conflicto de competencia entre la CE y los países miembros, o bien se nivelaría por lo bajo el pluralismo político y cultural de los Estados miembros, que es una fuente de fuerza esencial, también económica, de la Comunidad Europea. Así, por ejemplo, no parece posible facilitar el libre tráfico de trabajadores dentro de la CE, unificando las condiciones de vida en todos los países miembros, introduciendo, mediante una Directiva, el derecho de sufragio municipal único en el ámbito de la CE, un idioma único comercial y administrativo o un sistema escolar y universitario unitario.

b) *Necesidad de una Directiva coordinativa.* Por tanto, no todo aquello que posiblemente pueda facilitar la libre difusión a escala comunitaria de TV publicitaria puede imponérsele a los ordenamientos nacionales de radiotelevisión mediante Directiva apoyada en los artículos 66 y 57.2 del Tratado. Lo mismo hay que decir respecto de medidas que faciliten la difusión a nivel comunitario de emisiones televisivas en general, aun cuando la Corte de Justicia de la CE considera a la RTV de forma indiferente como una «prestación de servicios» (económica).

Mientras no se haya desarrollado en la CE una concepción ponderada del reparto de competencias propio de un Estado federal, habrá que tomar como

(14) Cfr. BULLINGER, «Unbeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat», en *AÖR* 96, 1971, pp. 237 y 248 y ss.

criterio delimitador el requisito, contenido de modo implícito en el artículo 57.2 del Tratado, de «necesidad» (15) de una coordinación de las disposiciones nacionales para facilitar el libre tráfico de prestación de servicios de TV publicitaria y TV en general. Este requisito de «necesidad» no puede valorarse teniendo sólo en cuenta los intereses de regulación de la CE, sino que, por el contrario, se deben considerar también de forma ponderada los intereses contrapuestos de los Estados miembros.

Así, por ejemplo, el artículo 14.3 de la Ley Fundamental (*GG*) de Alemania establece para las expropiaciones el principio de necesidad en relación con el bien general, que no puede valorarse teniendo sólo en cuenta los intereses que motivan la intervención estatal, sino también el peso de los intereses contrapuestos del expropiado, de acuerdo con el principio constitucional de proporcionalidad.

De igual modo, la legitimidad de la injerencia de la «Directiva» en los ordenamientos nacionales de TV y publicidad televisiva depende de la ponderación entre los intereses de armonización comunitaria y los intereses nacionales contrapuestos. Por tanto, la barrera de la identidad nacional político-cultural de los respectivos Estados miembros no constituye jurídicamente un mero límite último, sino, por el contrario, un elemento de ponderación que ya se debe tener en cuenta a la hora de valorar la necesidad y proporcionalidad de toda directiva armonizadora que de manera profunda afecta a elementos esenciales del Estado nacional.

c) *Competencia de armonización en materia de TV nacional.* Si sobre la base de estos criterios se examinan las disposiciones de la «Directiva» referentes a la interrupción publicitaria y a los límites temporales de emisiones publicitarias, se verá que, en realidad, la problemática pretensión de validez de la «Directiva» en relación a las TV nacionales es muy limitada, de tal modo que, interpretándola, además, restrictivamente, no caben objeciones respecto de la competencia de la CE:

1) Así, el artículo 19 de la «Directiva» permite a los Estados miembros someter a sus emisoras, aun cuando éstas emitan más allá de sus fronteras, a límites temporales de publicidad más estrictos que los previstos en el artículo 18. Estos más severos topes pueden incluso llegar hasta la exclusión total de publicidad televisiva, particularmente respecto de las emisoras de titularidad estatal, que, en consecuencia, pueden ser financiadas mediante asignaciones presupuestarias o tasas de uso. El artículo 19 ampara igualmente la exclusión a escala nacional de publicidad televisiva respecto de programas

(15) Cfr. DELBRÜK, *op. cit.* en nota 7, pp. 62 y ss., y OSSENBÜHL, *op. cit.* en nota 7, pp. 47 y ss.

de TV que, por su propia naturaleza, se financian sin publicidad, que son, por lo general, programas codificados de suscripción o con pago individual por emisión «consumida» (*Pay-TV* y *Pay-per-view-TV*).

2) Por otro lado, el artículo 20 de la «Directiva» permite a los Estados miembros liberar de todo tipo de restricciones en materia de publicidad televisiva a emisiones de estricto ámbito nacional, es decir, aquellas que no puedan ser captadas más allá de las respectivas fronteras nacionales.

3) Estas cláusulas de reserva nacional respecto de los ordenamientos de las TV nacionales, sin embargo, sólo pueden despejar las posibles objeciones frente a la competencia comunitaria, si no se las interpreta como una mera autorrestricción voluntaria de la CE, revocable en un momento posterior, sino, por el contrario, como el reconocimiento de competencias mínimas de los Estados miembros en cuanto a la dimensión político-cultural de la TV nacional. Podría decirse, pues, que la «Directiva» marca y reconoce un «rubicón» infranqueable ahora y, bajo idénticas condiciones, también en el futuro.

4) Sin embargo, ello no significa que el «rubicón» reconocido por la «Directiva» no pueda moverse en la medida en que la TV vaya perdiendo su carácter tradicional como instrumento nacional de poder político y de educación cultural para adquirir paulatinamente las formas de un mercado transnacional audiovisual (16).

B) *Regulaciones referidas a las cuotas de programación de producción europea*

Aún mayores objeciones respecto de la competencia comunitaria generan las regulaciones de la «Directiva» referentes a las cuotas de programación de producción europea. Estas obligan a los Estados miembros a asegurar, «dentro de lo posible y mediante medios adecuados», que la «parte principal del tiempo de emisión» que no esté destinada a «noticias, crónicas deportivas, espectáculos-concurso o a emisiones publicitarias y de teletexto», quede reservado a emisiones de producción europea. La «Directiva» establece, más concretamente, que estas cuotas en ningún caso podrán ser inferiores a la que en los respectivos Estados miembros se haya comprobado como promedio en el año 1988. Finalmente, el artículo 4.3.3 establece que la Comisión asegurará el cumplimiento, por parte de los Estados miembros, de dichas cuotas, cumplimiento que el Consejo deberá verificar al cabo de cinco años.

(16) Cfr. BULLINGER: *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, 1980, p. 43; BULLINGER, «Freiheit von Presse, Rundfunk und Film», en ISENSEE/KIRCHHOF (comps.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VI, 1989, § 142, n. m. 135-141.

1. *Injerencia en la competencia político-cultural de los Estados miembros*

Si bien las regulaciones referentes a las cuotas de programación de producción europea están basadas en presuntas razones económicas, es claro que primordialmente afectan a la concepción cultural de la programación y, por consiguiente, a la competencia político-cultural reservada a los Estados nacionales. En consecuencia, y de acuerdo con los criterios ya expuestos en relación a las regulaciones de la «Directiva» en materia de publicidad televisiva, se deberá verificar la «necesariedad» de la armonización de los Derechos nacionales conforme a los artículos 66 y 57.2 del Tratado.

2. *Inidoneidad para la creación de un mercado libre audiovisual*

Existen al menos dos razones por las que las regulaciones de la «Directiva» referentes a las cuotas de programación de producción europea no sólo no son necesarias, sino, por el contrario, «inidóneas» para la creación de un mercado común audiovisual europeo:

a) Como ha puesto de manifiesto la experiencia francesa, las emisoras privadas que se financian mediante publicidad o bien no puedan dar cumplimiento a estas cuotas o solamente mediante la repetida emisión, preferentemente durante la noche, de viejas producciones europeas. Por tanto, esta regulación, o cae en el vacío, o sólo permite subsistir a emisoras estatales financiadas mediante tasas o asignaciones presupuestarias o a emisoras privadas oligopólicas (17), siendo estas consecuencias claramente perjudiciales para la creación de un mercado común audiovisual europeo.

b) Por otro lado, estas cuotas entran en colisión con nuevas formas de servicios de TV que permiten una selección individual y puntual de programas por parte del «teleconsumidor», como ocurre con emisiones codificadas de suscripción o con pago individual por emisión consumida (*Pay-TV* y *Pay-per-view-TV*) y con productos audiovisuales ofrecidos individualmente por cable a espectadores que los encargan marcando un número. Como en estos casos el telespectador sólo paga para ver un determinado programa por él elegido, las cuotas mínimas de producción europea carecen de todo sentido, dado que estarían a merced de la elección de los espectadores. Para ejemplificar este contrasentido, imagínese que la CE obligase a los librereros de ésta a tener en sus librerías, en una proporción superior a la mitad, libros de autores europeos, aun cuando los clientes deseen mayoritariamente adquirir lite-

(17) Cfr. BULLINGER, «Europäische Rundfunkordnungen im Übergang», en MEST-MÄCKER (comp.), *Offene Rundfunkordnung*, 1988, pp. 47 y 69 y ss.

ratura no europea, para lo cual podrían invocar el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, o la librería pretendiera especializarse, por ejemplo, en literatura norte o sudamericana.

3. Reinterpretación de la regulación de cuotas como una máxima de mero carácter político

Por lo anteriormente expuesto, habrá que darle la razón a la declaración conjunta de la Comisión y del Consejo, según la cual las regulaciones de la «Directiva» referentes a cuotas de programación de producción europea sólo generan una obligación política, pero no jurídica. De lo contrario, estas regulaciones serían ineficaces por carencia de competencia de la CE.

Como consecuencia de tal reinterpretación de la regulación de cuotas como una mera máxima política, ni la Comisión ni el Consejo están autorizados a asegurar, tal y como lo establece la «Directiva» en su tenor literal, el cumplimiento de las mismas por parte de los Estados miembros. Por el contrario, la única vía para fomentar la programación de producción europea consiste en programas de promoción de la producción audiovisual europea.

4. Coordinación suficiente de los Derechos nacionales

La cuestión que se plantea como consecuencia del carácter no vinculante de la regulación de cuotas de la «Directiva» es si un Estado miembro, con regulaciones nacionales en materia de cuotas de programación, como, por ejemplo, Francia, puede impedir la difusión de emisiones procedentes de otro Estado miembro, aduciendo que éstas harían peligrar la efectividad de su regulación nacional de cuotas. Téngase en cuenta, sin embargo, que, de acuerdo con el artículo 2.2 de la «Directiva», los Estados miembros sólo pueden impedir la difusión de emisiones extranjeras comunitarias en la medida en que éstas no sean objeto de la «Directiva». A este respecto, hay que decir que el hecho de que las cuotas comunitarias no tengan carácter vinculante, es decir, sólo indiquen una máxima política, no las coloca al margen del ámbito de coordinación normativa de la «Directiva», sino que, por el contrario, continúan generando una coordinación suficiente, si bien no vinculante, de los Derechos nacionales en el sentido del art. 2.2 de la «Directiva». Por tanto, los Estados miembros con cuotas nacionales no podrán impedir la difusión de emisiones procedentes de otros países comunitarios aduciendo la protección de sus cuotas nacionales.

IV. SINTESIS

Como se ha podido comprobar, sólo una interpretación correctiva de las reglas de la «Directiva» puede evitar una injerencia de la «Directiva» en la competencia político-cultural reservada a los Estados nacionales y, de este modo, la invalidez de la misma. Respecto de la publicidad televisiva, la «Directiva» debe interpretarse como una garantía de intangibilidad de la competencia de los Estados nacionales en relación a la dimensión político-cultural y financiera de la TV de estricto ámbito nacional. Las regulaciones de la «Directiva» referentes a las cuotas de programación de producción europea, requieren una reinterpretación en el sentido de una máxima de mero carácter político. Si bien es cierto que, mediante tal reinterpretación, se pierde, en gran medida, la perseguida armonización entre la «Directiva» comunitaria y la «Convención» del Consejo de Europa, ello permite, por el contrario, delimitar nuevamente las diferencias entre ambas normativas en cuanto a sus respectivos fundamentos jurídicos, ámbitos y objetivos de regulación. De esta manera, la «Directiva» es referida únicamente a los aspectos económicos de la TV transnacional europea, mientras que la armonización de los *standards* culturales permanece reservada a la «Convención».

