



Universidad
Carlos III de Madrid

Máster Oficial en Derecho de las Telecomunicaciones, Protección de Datos,
Sociedad de la Información y Audiovisual
Curso académico 2015-2016

Trabajo Fin de Máster

“Legalidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas”

John Jairo Acosta Bernal

Tutor

Doctor Tomás de la Quadra Salcedo-Fernández del Castillo

Madrid 7 de julio de 2015

Palabras clave: Sector audiovisual, financiación anticipada obras europeas, legalidad obligación financiación, conformidad obligación normativa europea conformidad obligación con la Constitución Española, excepción cultural, TTIP.

Resumen: El presente trabajo analiza la legalidad de la financiación anticipada de las obras europeas por parte de los operadores de televisión, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, para tal efecto se estudian las disposiciones de la Unión Europea y de la normativa española, junto con los pronunciamientos específicos sobre el tema producidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Constitucional Español. Adicionalmente y dado el origen común, se hace referencia a la excepción cultural de las obras europeas frente a las norteamericanas en virtud del tratado TTIP, que actualmente se negocia con los Estados Unidos de América.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**.

ÍNDICE

1. Abreviaturas.	3
2. Introducción.	4
3. Planteamiento del informe.	5
4. Obligación de financiación anticipada de las obras europeas.	8
4.1. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.	8
4.2. Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas.	13
5. Legalidad de la obligación de financiación anticipada de as obras europeas.	16
5.1. Legalidad frente al derecho de la Unión Europea.	18
5.2. Legalidad frente a la Constitución Española.	24
5.3. Legalidad frente al artículo 31.3 de la CE.	32
6. La excepción cultural frente al TTIP.	40
7. Propuesta de Directiva de 25 de mayo de 2016.	48
8. Conclusiones.	54
9. Bibliografía.	57
10. Normativa y jurisprudencia utilizadas.	58

1. Abreviaturas

- 1.1. CE:** Constitución Española.
- 1.2. CNMC:** Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- 1.3. EEUU:** Estados Unidos de América.
- 1.4. OMC:** Organización Mundial del Comercio.
- 1.5. TC:** Tribunal Constitucional Español.
- 1.6. TCCE:** Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas.
- 1.7. TJCC:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- 1.8. TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- 1.9. TS:** Tribunal Supremo Español.
- 1.10. TTIP:** Transatlantic Trade and Investment Partnership.
- 1.11. UE:** Unión Europea.
- 1.12. UTECA:** Unión de Televisiones Comerciales Asociadas.

2. Introducción

Como trabajo de fin de módulo del Máster Universitario en Derecho de las Telecomunicaciones, Protección de Datos, Sociedad de la Información y Audiovisual, me fue asignado el tema *“Informe para operador de TV sobre la legalidad de la obligación de financiación de las obras europeas”*.

Para el desarrollo del trabajo se procedió al análisis de la normativa europea y española sobre la materia, así como de manera especial, los pronunciamientos del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de España.

De igual forma y para darle mayor soporte, como base para el desarrollo del trabajo se revisaron documentos emitidos por el Parlamento Europeo y la Comisión Europea que sirvieron de base para la expedición de las normas que actualmente rigen el mercado audiovisual, así como la correspondiente doctrina de autores españoles sobre el tema.

Así las cosas, el trabajo inicia con la presentación del caso objeto del informe y la manera como se desarrollará el mismo, para después pasar al análisis específico de la normativa que regula la materia, los pronunciamientos jurisprudenciales correspondientes al respecto de la misma, las impresiones personales sobre los análisis efectuados y finalmente se conceptúa sobre la legalidad de la obligación de financiación de las obras europeas.

Adicionalmente y teniendo en cuenta que la legalidad de la obligación objeto de análisis, tiene como origen la excepción cultural, que en la actualidad se está proponiendo en las negociaciones del TTIP con los Estados Unidos de América, se hará un análisis sobre la aplicación de la excepción, así como una impresión personal sobre la misma.

Además de lo anterior y teniendo en cuenta que recientemente la Comisión Europea informó sobre la actualización de la normativa del sector audiovisual, se revisará igualmente la misma, para establecer si, frente a la obligación de financiación de las obras europeas se sucede algún cambio.

Finalmente y como debe hacerse en esta clase de trabajos se realizan las respectivas conclusiones de lo analizado, fijando una posición personal respecto de los temas tratados.

3. Planteamiento del Informe

Como se señaló el tema propuesto es *“Informe para operador de TV sobre la legalidad de la obligación de financiación de las obras europeas”*, dicho planteamiento se da con ocasión de los cuestionamientos que ha tenido la obligación por parte de distintos agentes del sector audiovisual, lo que llevó a demandar la nulidad de la reglamentación de la obligación y la constitucionalidad de la ley que la establece. Lo anterior sin perjuicio de que se tiene establecida de antemano la legalidad de la obligación, dada por los pronunciamientos jurisprudenciales que establecieron su conformidad con el derecho de la Unión Europea y la Constitución Española, lo que no es óbice para cuestionar sobre dicha legalidad y plantear un nuevo escenario de ilegalidad.

Los cuestionamientos se dieron debido a que, en primera medida, se consideró que dicha obligación era contraria al derecho de la Unión Europea, por considerar que la obligación era contraria a la prohibición de discriminación, a la libertad de mercancías, servicios y personas dentro de la Unión y que además constituía una ayuda ilegítima del Estado a un sector económico determinado. Por su parte, se consideró que la obligación era inconstitucional, principalmente por su posible contradicción con el artículo 38 de la CE; en todo caso y para efectos de discusión, también se hará un análisis sobre la constitucionalidad de la obligación frente al artículo 31.3 de la CE, con el fin de enriquecer el debate.

Así las cosas, el informe iniciará con el análisis de la regulación actual de la obligación, esto es, el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas.

Luego de lo anterior, se procederá al análisis específico de la legalidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, lo que se hará a través del análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo Español, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional Español, en los cuales se establece, en los dos últimos, la conformidad de la obligación con el derecho de la Unión Europea y la Constitución Española, respectivamente. Lo anterior para fijar una posición sobre las decisiones adoptadas por estos tribunales, así como para hacer unas anotaciones sobre los planteamientos hechos por el Tribunal Supremo para la Cuestión Prejudicial y la Cuestión Constitucional.

El análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales obliga a hacer referencia a la normativa anterior a la Ley 7/2010 y al Real Decreto 988/2015, esto es, el apartado cinco del artículo único de la Ley 22/1999, de 7 de junio, que introdujo un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva (Directiva de Televisión sin Fronteras) y la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual, que modificó el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio.

Lo anterior debido a que los pronunciamientos jurisprudenciales se hicieron con base en la normativa anterior, lo que no implica problema alguno sobre aplicación de la normas actuales que contienen la obligación, toda vez que la financiación anticipada de las obras europeas, a pesar del cambio normativo, europeo y español, se mantiene casi incólume, además de otros argumentos expresados principalmente por el Tribunal Constitucional que permiten aplicar las decisiones de los Tribunales a la normativa actual.

A continuación se abordará el tema de la excepción cultural de las obras europeas frente a las norteamericanas en el marco de la negociación del *“Transatlantic Trade and Investment Partnership”*, por parte de la Unión Europea con los Estado Unidos de América. Lo anterior, dado que la financiación anticipada de las obras europeas, tiene como origen y fundamento para su aplicación la excepción cultural, lo cual es de la mayor importancia para la Unión Europea y por ende para España y claramente para el sector audiovisual, ya que conlleva la protección y promoción de la cultura europea y la lingüística de los países miembros de la unión y en especial de España.

Dicha protección es de tal relevancia, que desde el TCCE y el TFUE en su momento, se obliga a la Unión a la contribución, fomento y protección de la cultura de los pueblos europeos y establece medidas para ayudar y complementar las acciones de los estados miembros en determinados ámbitos estrictamente relacionados con la cultura, lo que es recogido por las Directivas expedidas por la Comunidad Europea y la Unión Europea en su momento, y por su puesto por las leyes que han transpuesto dichas directivas al ordenamiento jurídico español y los consecuentes reglamentos de las mencionadas leyes.

Finalmente y antes de las conclusiones correspondientes, como se anunció, se revisará la propuesta de actualización de la normativa del sector

audiovisual, para verificar si frente a la obligación de financiación de las obras europeas, se sucede algún cambio.

4. Obligación de financiación anticipada de obras europeas.

En esta parte se expondrán las disposiciones legales y reglamentarias que consagran la obligación de , haciendo referencia a sus aspectos más determinantes y que son de relevancia para discutir sobre su legalidad.

4.1. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual

Como se anunció, se hará primero un análisis de normas de orden legal que establecen la obligación de financiación anticipada de obras europeas. Es así como el numeral 3 del artículo quinto de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, dispone lo siguiente:

“Artículo 5. El derecho a la diversidad cultural y lingüística.

(...)

3. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica deberán contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con el 5 por 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción. Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura estatal o autonómica esta obligación será del 6 por 100.

La financiación de las mencionadas obras audiovisuales podrá consistir en la participación directa en su producción o en la adquisición de los derechos de explotación de las mismas.

Como mínimo, el 60 por 100 de esta obligación de financiación, y el 75 por 100 en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, deberá dedicarse a películas cinematográficas de cualquier género.

En todo caso, el 60 por ciento de esta obligación de financiación se destinará a la producción en alguna de las lenguas oficiales en España.

De este importe, al menos el 50 por 100 deberá aplicarse en el conjunto del cómputo anual a obras de productores independientes. En las coproducciones no se contabilizará a estos efectos la aportación del productor independiente.

Asimismo, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual podrán dedicar hasta el 40 por 100 restante, y hasta el 25 por 100 en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, del total de su respectiva obligación de financiación a películas, series o miniseries para televisión. Dentro de estos porcentajes, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública deberán dedicar un mínimo del 50 % a películas o miniseries para televisión.

Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuya obligación de inversión venga derivada de la emisión, en exclusiva o en un porcentaje superior al 70% de su tiempo total de emisión anual, de un único tipo de contenidos, siendo éstos películas cinematográficas, series de televisión, producciones de animación o documentales, podrán materializarla invirtiendo únicamente en este tipo de contenidos siempre que se materialicen en soporte fotoquímico o en soporte digital de alta definición.

No podrá computarse a los efectos de este artículo la inversión o la compra de derechos de películas que sean susceptibles de recibir la calificación X de conformidad con la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine.

También están sometidos a la obligación de financiación establecida en este artículo los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas.

Quedan excluidas de esta obligación las televisiones locales que no formen parte de una red nacional.”

La complejidad de la anterior norma demanda que se haga un análisis pormenorizado de la misma, en el siguiente sentido, esto sin perjuicio del análisis que se hará del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, que precisa los conceptos que aquí se revisarán:

Obligación: La norma es muy clara al prescribir que se debe contribuir anualmente con el 5% de los ingresos devengados, 6% en el caso de los prestadores públicos, en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, derivados de la emisión en sus canales de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción.

Conforme lo prescribe la norma, la obligación de financiación podrá consistir en la participación directa en la producción de alguna de las obras mencionadas o en la adquisición de los derechos de explotación de las mismas. Lo que de entrada nos supone que la norma tendería a que la principal forma de financiación, aunque así no lo diga expresamente, sea el pago de una suma de dinero correspondiente al 5% mencionado y que alternativamente, se haga a través de la participación en la producción de las obras o la compra de sus derechos de explotación.

Claro está, que como veremos más adelante, en el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, se cierra la puerta a la forma de cumplir con la obligación a través del pago de una suma de dinero y solo se permite a través de la participación en la producción de las obras o en la compra de derechos de explotación. Es decir que en el reglamento se le quita el carácter dispositivo de la norma, esto es a elección del operador, para pasar a un carácter imperativo, de cumplimiento solo a través de estas dos últimas formas.

En esta parte se desprenden dos temas muy debatidos, y tal vez el primero de ellos con más críticas, y es el hecho de la inversión del 5% de los ingresos devengados; esto debido a que la obligación no tiene en consideración el hecho que el prestador durante su ejercicio anterior pudiere haber tenido un resultado a pérdidas, es decir, que no se tiene en cuenta que la obligación debería causarse sobre sus utilidades, si es que las tuvo, sino sobre sus ingresos brutos, por lo tanto resultaría excesivo para el obligado tener que contribuir cuando en el ejercicio de su actividad no ha obtenido beneficios. Por demás, valga decir que este aspecto no se ve discutido ni comentado en las sentencias de los tribunales europeos y españoles, por lo que pareciera ser más una discusión académica que sobre su legalidad.

En este punto no puede pasarse por alto, el hecho que la obligación de financiación no puede cumplirse con la compra de derechos de películas que sean susceptibles de recibir la calificación X de conformidad con la Ley

55/2007, de 28 de diciembre, del Cine¹. Lo que también genera un interrogante y es que la norma hace referencia a la compra de derechos, pero no a la participación directa en la producción de esta clase de películas, a lo que tenemos que responder, en una interpretación extensiva, que se entendería lógicamente que tampoco se podría cumplir la obligación con la participación directa en la producción de una película calificada como X.

Sujetos obligados: Como se desprende literalmente de la norma, se encuentran obligados a la financiación anticipada de obras europeas los prestadores de servicios de comunicación audiovisual², tanto públicos como privados, los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión³ y los prestadores de servicios de catálogos de programas⁴. La misma norma establece que operadores estarían excluidos y para tal efecto señala que no son obligados las televisiones locales que no formen parte de una red nacional.

Detalles de la Obligación: El numeral tercero del artículo quinto, igualmente se encarga de establecer cual es la forma en que se debe realizar la financiación, haciendo diferencia igualmente entre prestadores privados y públicos, de la siguiente manera:

El 60% de la obligación, en el caso de los prestadores privados y el 75% en el caso de los públicos, debe dedicarse a películas cinematográficas de

¹ Al respecto el artículo 9.2. de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, señala lo siguiente: *“Las películas y demás obras audiovisuales de carácter pornográfico o que realicen apología de la violencia serán calificadas como películas «X». La exhibición pública de estas películas se realizará exclusivamente en las salas "X", a las que no tendrán acceso, en ningún caso, los menores de 18 años, debiendo figurar visiblemente esta prohibición para información del público. Las demás obras audiovisuales calificadas "X" no podrán ser vendidas ni alquiladas a menores de edad ni podrán estar al alcance del público en los establecimientos en los que los menores tengan acceso.”*

² El artículo 2.1. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, define al prestador de servicios de comunicación audiovisual como la persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio.

³ El artículo 2.15. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, define a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que difunden canales de televisión como persona física o jurídica prestadora del servicio de comunicación electrónica que ofrezca, conjuntamente con un servicio de acceso a comunicaciones electrónicas, una oferta de canales de televisión que en sus contenidos incluyan películas cinematográficas, películas para televisión o series para televisión, ofrecidas en un paquete seleccionado por el prestador de comunicación electrónica.

⁴ El artículo 2.15. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, define a los prestadores de un servicio de catálogo de programas como La persona física o jurídica reconocida como prestador de servicio de comunicación audiovisual en la modalidad de «comunicación audiovisual a petición» que, directa o indirectamente, ofrece bajo demanda de clientes minoristas el visionado de películas cinematográficas, películas para televisión y series para televisión en un reproductor fijo, portátil o móvil con acceso a redes de IP.

cualquier género, hecha la salvedad anotada para las películas calificadas como X. Además, de este 60% ó 75% según el caso, se debe destinar el 60% a la producción de obras en alguna de las lenguas oficiales de España y finalmente de esta última parte el 50% debe destinarse a obras de productores independientes, sin que se contabilice el aporte de este último a la obligación de financiación.

Lo anterior quiere decir que el 5% correspondiente a la obligación de financiación anticipada de obras europeas, debe ser destinado por los prestadores de servicio audiovisual privados en la siguiente proporción, 3% a financiar películas cinematográficas de cualquier género, por lo que con el 2% restante se pueden financiar cualquier tipo de obras audiovisuales. Del 3% destinado a películas cinematográficas de cualquier género, 2% debe ser dedicado a la producción de obras en alguna de las lenguas oficiales de España, pudiéndose el 1% restante destinarse a obras de otras lenguas distintas a las oficiales de España. Y el del 2% destinado a la producción de obras en alguna de las lenguas oficiales de España, el 1% debe corresponder a financiación de obras de productores independientes, por lo que el 1% restante puede usarse en obras de producción propia.

Para el caso de los operadores públicos, dado que el porcentaje es mayor, estos deberán entonces, con el 6% correspondiente a la obligación de financiación anticipada de obras europeas, deberán cumplir la obligación atendiendo a la siguiente proporción, 5% destinado a financiar películas cinematográficas de cualquier género, de este 5%, 3% debe ser dedicado a la producción de obras en alguna de las lenguas oficiales de España, pudiéndose el 2% restante destinarse a obras de otras lenguas distintas a las oficiales de España. Y el del 3% destinado a la producción de obras en alguna de las lenguas oficiales de España, el 1,5% debe corresponder a financiación de obras de productores independientes, por lo que el 1,5% restante puede usarse en obras de producción propia. Ahora bien, a diferencia de los prestadores privados, el 1% restante del 6%, luego de sacar el porcentaje correspondiente a la financiación de películas cinematográficas de cualquier género, solo puede ser usado libremente el 0,5% en cualquier otro tipo de obra audiovisual, por que de ese 1%, el 0,5% debe estar destinado obligatoriamente a películas o miniseries para televisión.

Ahora bien, este detalle en la obligación de financiación anticipada, tiene una excepción y se da cuando el prestador de comunicación audiovisual tiene como base para el cumplimiento de su obligación, un tipo de contenido único mayor al 70% en su emisión anual, caso en el cual la obligación se cumple financiando ese tipo de contenido único, siempre que se materialice en soporte fotoquímico o en soporte digital de alta definición.

Finalmente habría que decir que de acuerdo con los porcentajes de distribución mencionados, preponderantemente se busca la financiación de películas cinematográficas; como puede verse el 60% y 75%, en cada caso, la financiación debe ser destinada a obras cinematográficas, lo que constituye un punto de discusión. Lo anterior debido a que a partir de aquello se puede llegar a pensar que la cultural y la lingüística europea y española, principalmente se promueven mejor a través de películas cinematográficas y no a partir de las demás obras, y además el porque si los obligados son prestadores de comunicación audiovisual, se financia preponderantemente un tipo de obra que puede llegar a emitirse por parte de estos prestadores, en muchos casos no corresponde con el contenido que en su mayoría es emitido por el prestador, como serían series para televisión y demás. En caso tal, sería más lógico que se orientara la preponderancia de la financiación hacia tipo de obras que sean emitidas en su mayoría por el prestador. Resultaría entonces obvio que un prestador de servicios de catalogo de programas, que en su mayoría emite películas cinematográficas financie principalmente la producción o adquisición de este tipo de obras audiovisuales.

4.2. Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas.

Luego de la revisión legal de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, se hace necesario ahora hacer referencia a la reglamentación que sobre la misma se ha dado; en tal sentido se procederá al análisis del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas.

Este Real Decreto de entrada, en su parte considerativa nos expone el fundamento de la obligación, que debió estar en la exposición de motivos de la Ley, y que en esencia justifican la financiación anticipada de la obras europeas en la diversidad cultural y lingüística europea y en particular la española. Además de lo anterior hace referencia a los distintas consagraciones que ha tenido la obligación en las diferentes directivas, leyes y reglamentos del sector audiovisual, aspecto que analizará más adelante cuando se analice propiamente legalidad de la obligación.

En lo que nos atañe a este capítulo, el planteamiento de la obligación, tenemos que el Real Decreto respecto de la misma se encarga de desarrollar y precisar cada uno de los componentes de la obligación, como arriba se intentó, pero con el detalle que demanda un reglamento para el debido cumplimiento

de la obligación por parte de los destinatarios de la norma. En tal sentido, se expondrán los aspectos más relevantes del reglamento, que complementen lo ya expuesto en la parte legal sobre la obligación.

Como aspecto inicial relevante, luego del objeto obvio del Real Decreto 988/2015, tenemos que el artículo segundo precisa cuales son las obras objeto de la financiación anticipada, y en tal sentido, además de hacer referencia a las definiciones introducidas por la Ley 7/2010, precisa, para efectos de la pertinencia de la financiación, lo que debe entenderse por documental, definición que no está contenida en la Ley General de la Comunicación Audiovisual, pero que acertadamente se introduce en este reglamento.

El siguiente aspecto de palmaría importancia, es el que se establece en el artículo quinto del Real Decreto 988/2015, en el cual se reglamentan las formas de cumplir con la obligación de financiación.

Arriba se señaló que conforme el inciso segundo del numeral tercero del artículo quinto de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, *“La financiación de las mencionadas obras audiovisuales podrá consistir en la participación directa en su producción o en la adquisición de los derechos de explotación de las mismas.”* (Subrayado fuera de texto), con lo cual afirmé que conforme dicho texto, la obligación principalmente debe ser cumplida con una suma de dinero y opcionalmente a través de la participación directa en la financiación de las obras o en la adquisición de derechos de explotación de las mismas.

Pero como vemos, en el artículo quinto del Real Decreto 988/2015, se deja atrás esa opción y de entrada se establece que, *“La obligación de financiación se cumplirá mediante la participación directa en la producción de las obras previstas en el artículo 2 o mediante la adquisición de derechos de explotación de las mismas.”*, para después disponer como puede ser esa participación directa en la producción y lo que se entiende por adquisición de derechos de explotación.

Tenemos entonces que el Real Decreto reglamenta la forma en que se debe cumplir la obligación de financiación, limitándola a la participación directa en la producción de las obras y a la adquisición de derechos de explotación, sin que se permitieran otras adicionales, a pesar que la Ley dispone que con estas últimas, se podrá cumplir, pero que no eran las únicas formas de cumplimiento de la obligación de financiación.

Del artículo quinto mencionado en adelante, se reglamenta lo correspondiente a los ingresos y gastos deben tenerse en cuenta para el

cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, la forma en que se debe informar sobre el cumplimiento, los mecanismos de control y verificación, así como funciones y actuaciones adicionales que deben por cumplirse por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – CNMC-.

5. Legalidad de la Obligación de Financiación Anticipada de las Obras Europeas.

En este capítulo se procederá al análisis de las sentencias en las cuales se discutió, primero la conformidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas frente al derecho de la unión y segundo su conformidad frente a la Constitución Española.

Como ya se había anticipado, dado que en las mencionadas jurisprudencias se cuestionó la obligación, pero bajo normas que hoy en día no se encuentran vigentes, se procederá primero a hacer referencia a dicha normativa.

La obligación de financiación anticipada de las obras europeas, antes de la entrada en vigencia de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se encontraba establecida en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo quinto de la Ley 25/1994, de 12 de julio por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva, dicho párrafo fue introducido por el apartado cinco del artículo único de la Ley 22/1999, que a su vez fue modificado por La disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual.

El texto definitivo de la norma era el siguiente:

"Los operadores de televisión que tengan la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan largometrajes cinematográficos de producción actual, es decir, con una antigüedad menor de siete años desde su fecha de producción, deberán destinar, como mínimo, cada año, el 5 por 100 de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos, incluidos los supuestos contemplados en el artículo 5.1 de la Ley de fomento y promoción de la cinematografía y del sector audiovisual. El 60 por 100 de esta financiación deberá destinarse a producciones cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España.

A estos efectos se entenderá por películas para televisión las obras audiovisuales de características similares a los largometrajes cinematográficos, es decir, obras unitarias de duración superior a sesenta minutos con desenlace final, con la singularidad de que su explotación comercial no incluye la exhibición en salas de cine ; y por ingresos de explotación, los derivados de la programación y explotación del canal o canales de televisión que dan origen a la obligación, reflejados en sus cuentas de explotación auditadas.

El Gobierno, previa consulta a todos los sectores interesados, podrá establecer reglamentariamente las duraciones exigibles para considerar una obra audiovisual como película para televisión."

Como, puede verse, esencialmente es la misma obligación contenida en el numeral tercero del artículo cinco de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, salvo el detalle de dedicación de la obligación de financiación que esta última trae, así como la referencia a las series para televisión y animadas, que no se encuentran en la norma del año 1994.

Para reglamentar la obligación contenida en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo quinto de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva, se expidió el Real Decreto 1652/2004, de 9 julio, por el que se aprueba el reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles, el cual, tal y como lo hizo el Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, desarrolló, la obligación de financiación anticipada en los términos que se lo permitía la escasa disposición contenida en la Ley 25/1994, con su respectivas adiciones y modificaciones.

De la misma manera que se afirmó la esencial similitud de los textos legales que establecieron la obligación de financiación, se puede decir lo mismo de los textos reglamentarios, guardadas las proporciones respecto de las obras europeas, los ingresos y gastos a tener en cuenta, la forma de presentación y la autoridad de control, aspectos propios de la modificación introducida por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y que el reglamento del año 2015 debía tener cuenta al momento de su expedición. Se resalta que la obligación sobre la cual se discute su legalidad, en esencia sigue siendo la misma.

5.1. Legalidad frente al derecho de la Unión Europea

El cuestionamiento de la legalidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas frente al derecho de la Unión Europea, tiene como origen un recurso contencioso administrativo (104/2004), presentado por la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas –UTECA-, ante el Tribunal Supremo Español contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 julio, por el que se aprueba el reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles, en el que además solicitó la inaplicación del párrafo segundo del numeral 1 del artículo quinto de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva, y se realizó petición de formulación de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Ante las solicitudes hechas por el recurrente y luego de la exposición de argumentos por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles, quienes se opusieron a las pretensiones de UTECA, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, dictó Auto del 18 de abril de 2007, en el que se decidió formular las siguientes cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

“A) El artículo 3 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por la Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, ¿permite a los Estados miembros imponer a los operadores de televisión la obligación de destinar un porcentaje de sus ingresos de explotación para la financiación anticipada de películas cinematográficas y para televisión europeas?

B) Para el caso de que la respuesta a la cuestión precedente fuera afirmativa, ¿resulta conforme con aquella Directiva y con el artículo 12 del Tratado CE, puesto en relación con las demás disposiciones singulares a las que éste se refiere, una norma nacional que, además de incluir la

obligación de financiación anticipada ya expuesta, reserva el 60 por ciento de dicha financiación obligatoria a obras en lengua original española?

C) La obligación impuesta por una norma nacional a los operadores de televisión de que destinen un porcentaje de sus ingresos de explotación para la financiación anticipada de películas cinematográficas, de cuya cuantía un 60 por ciento ha de destinarse específicamente a obras en lengua original española mayoritariamente producidas por la industria cinematográfica española, ¿constituye una ayuda del Estado en beneficio de dicha industria, en el sentido del artículo 87 del Tratado CE?"

Para formular las anteriores cuestiones prejudiciales, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta, de manera general, para las tres cuestiones, el apartado 1 del artículo 3, el apartado 1 del artículo 4, el artículo 5 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva, con la modificación introducida por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997 y el considerando número 44 de esta última Directiva. Disposiciones que en general permitían que los Estados pudieran expedir legislación más estricta y detallada en relación con los aspectos que regulaba la directiva, en especial en aquellos que tenían que ver con la exigencia de que los prestadores de televisión mayoritariamente emitieran obras europeas y la destinación de un porcentaje de emisión para los productores independientes, de igual forma, se autorizaba una legislación mas estricta con el fin de cumplir valores europeos, entre otros, el cumplimiento de la política de lingüística y la protección de la cultura.

En tal sentido y conforme estas disposiciones de la Directiva, el Tribunal Supremo, en la primera cuestión prejudicial, preguntó si la facultad de los Estados de expedir regulación mas detallada y estricta, permite que se obligue a los operadores de televisión a destinar un porcentaje de sus ingresos a la financiación anticipada de obras europeas, lo anterior debido a que la Directiva promueve la eliminación de barreras y de ayudas del estado y no tiene previsto un tipo de obligación como la enjuiciada. Además de lo anterior, añadió el Tribunal dos ingredientes a considerar, el primero que el destino de la financiación no es el fomento de todos los contenidos para televisión sino para largometrajes y cortometrajes cinematográficos y para televisión; y el segundo que el hecho que los obligados pueden ser operadores cuyas emisiones sean mínimas en cuanto a cinematografía.

La segunda cuestión prejudicial, que parte del supuesto de que la obligación de financiación anticipada es conforme con el derecho de la Comunidad, se

basó en el hecho que además de la obligación de financiar con el 5% de sus ingresos a la producción de obras europeas, de este porcentaje sea obligatorio destinar el 60% a obras en lengua original española, lo que podría ser contrario a la prohibición de discriminación y a la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales, ya que la financiación iría dirigida mayoritariamente a empresas españolas, por lo que no se cumplirían los objetivos de la Directiva al afectar a los productores de los demás estados miembros.

Como refuerzo al planteamiento, se hizo referencia a una cuestión planteada igualmente por la Sala, pero que tenía que ver con el doblaje de las películas, el cual se resolvió como contrario al derecho de la unión por ser discriminatorio por favorecer a las empresas españolas. Todo lo anterior, para concluir que aunque existe autorización para expedir legislación mas estricta y detallada para la protección de la política lingüística, se pregunta si esta es suficiente para establecer si, de la obligación de financiación anticipada de obras, es conforme al derecho de la unión que se destine un 60% a la financiación de obras de lengua original española, cuando además en la legislación española existen otras formas directas de fomento y protección de la cinematografía.

Finalmente, la tercera cuestión prejudicial estaba orientada a que se estableciera si la obligación de destinar el 60% de la financiación anticipada de las obras cinematográficas europeas, a las de lengua original española constituía o no una ayuda a favor de determinado sector económico, en este caso el de los productores de obras cinematográficas españolas, y si era así, si debió ponerse en conocimiento de la Comisión Europea. De esta manera se pregunta, para que se determinara si con la obligación de financiación se proporciona un rendimiento razonable a los organismos de radiodifusión, lo que permitiría establecer que no es una ayuda del Estado, o si por el contrario de considerarse que es una ayuda del Estado se están generando beneficios a los destinatarios de las ayudas o un perjuicio a los obligados, lo que en uno u otro caso determinaría la ilegalidad de la ayuda, en caso de que lo fuera.

La Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, mediante Sentencia de 5 de marzo de 2009, asunto C-222/07, luego de los debidos antecedentes y consideraciones del caso, decidió sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo Español, lo siguiente:

“1º

La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989 , sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades

de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997 , y, más concretamente, su artículo 3 y el artículo 12 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida adoptada por un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas y, más concretamente, el 60% de dicho 5% a obras cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales de dicho Estado miembro.

2º

El artículo 87 CE debe interpretarse en el sentido de que una medida adoptada por un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas y, más concretamente, el 60% de dicho 5% a obras cuya lengua original sea cualquiera de las lenguas oficiales de este Estado miembro no constituye una ayuda del Estado en beneficio de la industria cinematográfica de ese mismo Estado miembro.”

Para llegar a esta decisión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas empezó por analizar en conjunto las dos primeras cuestiones prejudiciales planteadas, para el efecto expone en sus consideraciones que la Directiva 89/552, modificada por la Directiva 97/36, no regulaba específicamente la obligación de financiación anticipada, pero que si permitía que los Estados miembros expidieran una legislación más estricta y detallada en temas regulados por la Directiva, pero que a su vez dicha legislación tenía como límite las libertades fundamentales garantizadas en el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas. Así mismo, aclaró que la Directiva no lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a los ámbitos a los que se le aplica, por lo que los Estados pueden expedir la normativa que consideren siempre y cuando respeten las libertades fundamentales.

De acuerdo con lo anterior, el análisis sobre la compatibilidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, en primera medida se hizo para establecer si la misma respetaba las libertades fundamentales garantizadas en el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, de la siguiente manera:

De entrada se desestima la ilegalidad de la obligación de la financiación anticipada de las obras europeas del 5% de los ingresos de los prestadores de televisión, por considerar primero, que el Tribunal Supremo no aporta elementos que permitan establecer que la medida es contraria a las libertades fundamentales, y segundo que de la lectura de los considerandos 7 y 45 de la Directiva 97/36, se encuentra el fundamento suficiente para la obligación toda vez que en ellos se establece el objetivo de apoyar la producción audiovisual europea y que esto se puede llevar a cabo, entre otros, a partir de la obligación de contribuir a la inversión en la producción europea.

Luego de lo anterior, pero ya frente a la obligación de destinar el 60% de la obligación a la producción de obras cuya lengua original sea una de las oficiales del Estado miembro, el TJCE si considera que es una medida que constituye una restricción a las libertades fundamentales de libre prestación de servicios, libertad de establecimiento, libre circulación de capitales y libre circulación de trabajadores, pero que en tal sentido se debe analizar si la restricción esta justificada por razones de interés general, pero que además debe cumplir con el requisito de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para lograrlo.

En tal sentido, el TJCE considera que la protección y promoción de las lenguas oficiales de un Estado constituye un motivo de interés general y que así lo reconocen los considerandos 26 de la Directiva 89/552 y el 44 de la Directiva 97/36, y en tal sentido la obligación de destinar el 60% de la obligación de financiación anticipada de obras europeas a la producción de obras cuya lengua original sea una de las oficiales del Estado miembro, es una medida adecuada par conseguir el objetivo de promoción y protección de sus lenguas oficiales, cumpliendo así el primer requisito como motivo de interés general como justificación de las restricciones a las libertades fundamentales.

En lo que tiene que ver con el segundo requisito, esto es, que la medida adoptada no vaya más allá de lo necesario para lograrlo, el TJCE consideró que al final solo se estaría afectando el 3% de los ingresos del operador y que el TS no aportó elemento que permitieran determinar que tal porcentaje resultará desproporcionado. Además de lo anterior, recuerda que la lengua es un elemento fundamental de la diversidad cultural y no requiere de otros elementos adicionales para que se justifique la restricción a las libertades fundamentales, es decir que la promoción y la protección de la lengua como elemento esencial de la cultura es suficiente para justificar una restricciones de la libertades fundamentales.

Finalmente el TJCE confirma la justificación de este requisito y por tanto de la legalidad de la medida, cuando considera que no se puede afirmar que con

la medida adoptada se va más allá de lo necesario porque los beneficiarios de las medidas sean empresas establecidas en el Estado miembro, ya que la medida esta justificada por el criterio lingüístico y además el hecho de que las empresas estén establecidas en el estado miembro, es algo inherente al objetivo perseguido con la medida.

Por otra parte y en cuanto a la posible contradicción de la obligación frente al artículo 12 del TCCE, el TJCE someramente explica que este principio se aplica en casos en los cuales no se tengan normas específicas contra la discriminación, y por tanto se aclara que el principio de no discriminación ya fue aplicado en el caso de la libre circulación de trabajadores, del derecho de establecimiento de la libre prestación de servicios y de la libre circulación de capitales, y se citan los artículos correspondientes para el efecto. Por tanto concluye el TJCE que la medida no es contraria al artículo 12 del TCCE.

Ahora bien en lo que tiene que ver con la tercera cuestión prejudicial, el TJCE empieza por analizar lo que ha entendido el Tribunal por ayuda del Estado a la luz del artículo 87 del TCCE, para decir que los requisitos necesarios para que una ayuda sea considerada como tal son, *“en concreto, en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia”*.

Sigue el Tribunal afirmando que mas concretamente, se requiere que solo las ventajas concedidas directa o indirectamente mediante fondos estatales se pueden considerar ayudas en el sentido del artículo 87, apartado 1 del TCCE; dado lo anterior el TJCC concluye que la obligación de financiación anticipada de las obras europeas por parte de los prestadores de televisión no constituye una ayuda, no es una ventaja otorgada por el Estado o por algún organismo de público o privado designado por este, ya que la ventaja deviene de la normativa y sus obligados son operadores públicos y privados y además no esta sujeta al control de ningún organismo público, por lo tanto la obligación no constituye una ayuda del Estado en beneficio de la industria cinematográfica de ese mismo Estado miembro.

Hecho pues el análisis del cuestionamiento hecho sobre la legalidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas por parte de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual frente al derecho de la unión, debe concluirse que bajo los supuesto de ilegalidad planteados la medida resulta absolutamente legal; esto en gran medida dado por el fundamento de protección y la promoción de la cultura y la lingüística europea y

española, ya que la medida tiende a su promoción y protección y tiene respaldo en el texto de la Directiva, y es que es indudable el hecho que la medida se justifica en este sentido, ya que obliga a los operadores a que inviertan en producciones europeas y sobre todo españolas, lo que indudablemente constituye una medida adecuada para la protección de tales intereses, que incluso ya en el TFUE, artículo 167, encuentran pleno respaldo.

5.2. Legalidad frente a la Constitución Española

El cuestionamiento de la legalidad de la obligación anticipada de las obras europeas frente a la Constitución Española surge inicialmente del recuso presentado por UTECA, cuando además de solicitar la ilegalidad del Real Decreto 1652/2004, de 9 julio, por el que se aprueba el reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles, solicitó la inaplicación del párrafo segundo del numeral 1 del artículo quinto de la Ley 25/1994, de 12 de julio.

Pero la solicitud formal de inconstitucionalidad de esta última norma, se produce luego de la sentencia del TJCE; ya que declarada la legalidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas frente al ordenamiento jurídico europeo, el TS procedió mediante Auto de 9 de diciembre a plantear al Tribunal Constitucional Español la cuestión de inconstitucionalidad del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por las Leyes 22/1999, de 7 junio, y 15/2001, de 9 julio.

La cuestión de inconstitucional inicialmente planteada por UTECA, propone la contradicción de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas frente a los artículos 14⁵, 20⁶, 31⁷ y 33⁸ de la CE.

⁵ **Artículo 14.** 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.

⁶ **Artículo 20.** 1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

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.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

El TS consideró necesario adelantar la cuestión de inconstitucionalidad debido a que el Real Decreto 1652/2004, de 9 julio, por el que se aprueba el reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles, desarrollaba y concretaba el precepto legal sobre el cual se fundamentó para su expedición, en tal sentido, la decisión final que se debía adoptar por la presentación del recurso contencioso-administrativo, iba a estar condicionada necesariamente a lo que se resolviera sobre la constitucionalidad del texto legal, en tal sentido, además de las razones que se expondrán a continuación, sobre la entonces presunta inconstitucionalidad del párrafo segundo del numeral 1 del artículo quinto de la Ley 25/1994, de 12 de julio, se consideró absolutamente necesario proponer la cuestión de inconstitucionalidad al TC.

Para efectos de iniciar su fundamento para la cuestión de inconstitucionalidad, el TS cita una serie de sentencias del TC donde se establecen los límites a la intervención del estado en la libertad de empresa (artículo 38 CE), para el efecto, hace referencia a que esta libertad está garantizada primero porque existe reserva de ley para la fijación de sus límites y además que no puede, ni siquiera el legislador, afectar su contenido esencial.

Luego transcribe lo que el TC ha entendido por libertad de empresa, esto es, que dicho concepto hace referencia a la libertad para iniciar y mantener una empresa, lo que también implica una libertad de decisión sobre que empresa crear, definir sus objetivos, la libertad de planificación y dirección de la misma y por su puesto el destino de sus inversiones, lo que debe desarrollarse en

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

7 Artículo 31. 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

8 Artículo 33. 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

igualdad de condiciones y sujeto a las prescripciones y límites legales que se establezcan para el efecto.

Se concluye esta parte, señalando que el TC ha establecido que los límites que se pongan a la libertad de empresa deben ser proporcionados, es decir adecuados porque contribuyen con la consecución de fin constitucionalmente legítimo, e indispensables porque se prefieren a otros límites que significarían un sacrificio menor de la libertad de empresa. Termina indicando igualmente que la libertad de empresa implica en si, la libertad de contratación y como vertientes de esta, la libertad de inversión y organización, pero que en todo caso no impide que se le impongan restricciones, siempre que no sean desproporcionadas.

Hecha la anterior introducción el TS considera que la obligación de financiación anticipada de las obras europeas por parte de los operadores de televisión, que se causa a partir de sus ingresos y no sobre sus beneficios, constituye una restricción a la libertad de empresa garantizada en el artículo 38 de la CE, y que dicha restricción se considera aún más relevante cuando la inversión que se obliga a hacer al empresario no se destina en sectores o mercado del giro de sus negocios, sino para un sector económico diferente.

Considera igualmente el TS, que la libertad de inversión hace parte del núcleo duro de la libertad de empresa y que por tanto no debe estar sujeta a las intervenciones de los poderes públicos ni siquiera del legislativo. Afirma entonces el TS que los poderes públicos si pueden intervenir los beneficios y a partir del sistema tributario ejercer el recaudo correspondiente y la distribución equitativa de los tributos y proceder al estímulo e inversión de ciertos sectores a partir de las acciones que las normas tributarias prevén para el efecto. Continúa señalando que el estado puede, en su lugar utilizar mecanismos, distintos del previstos en las normas tributarias, para incentivar la inversión en un sector determinado, eso si sin que impliquen ayudas estatales, que para el caso concreto, ya se decidió por parte del TJCC que la financiación anticipada de obras europeas que no constituía una de ella.

Finaliza este considerando el TS afirmando que el legislador no puede imponer el destino de las inversiones del empresario, salvo que este fundado en el interés general y que en todo caso puede vía tributos volver los dineros de la inversión en recursos públicos y en este caso si disponer libremente de ellos.

En el siguiente considerando afirma que la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al

ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, no establece la obligación de la financiación anticipada de las obras europeas y en su concepto el TJCC no se refirió al supuesto de la obligación, por lo cual no existe base en el derecho comunitario para imponer la destinación de las inversiones de los prestadores y en consecuencia la obligación que se somete a la cuestión de inconstitucionalidad es ajena al derecho comunitario.

Frente a este considerando debo manifestar mi desacuerdo con el mismo, ya que en la sentencia de 5 de marzo de 2009 del TJCC, si bien se afirmó que la obligación de financiación anticipada de las obras europeas no estaba expresamente prevista en la Directiva, si se señaló expresamente que la medida estaba justificada, por cuanto los Estados miembros estaban autorizados para expedir una legislación mas estricta y detallada sobre los temas regulados por la Directiva y que adicionalmente, como la norma comunitaria no armonizaba en detalle los aspectos referentes al sector audiovisual, los Estados podían expedir la legislación que ellos consideraran siempre y cuando no estuviere en contra del derecho comunitario. Pero tal vez el argumento más importante, es el hecho que a pesar que la obligación de la financiación anticipada de las obras audiovisuales implicaba una restricción de la libre circulación de mercancías, servicios y capitales, la misma estaba justificada por la promoción y protección que la Comunidad Europea y los Estados miembros deben darle a la cultura y la lingüística de cada de ellos. Por lo tanto, considero que contrario a lo que afirma el TS, la medida restrictiva de las inversiones de los prestadores si tiene base y fundamento en la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE.

Continúa el TS ahora afirmando que la obligación de financiación anticipada tampoco tiene fundamento en el régimen concesional que tenían para esa época los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, como que tampoco se aplicaba a todos los prestadores sino solo a aquellos que hubieren emitidos obras cinematográficas con una antigüedad menor a cinco años, por lo que concluye que la ley se apartaba de las disposiciones que se establecían lo correspondiente al servicios público.

Finaliza los argumentos del TS haciendo referencia a una razón de peso para considerar que la medida no es ajustada a la CE, y es el hecho que la restricción a la libertad de empresa que se lleva a cabo a través de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas no cumple los requisitos para estar amparada por el interés general, esto eso, que la misma

no es adecuada a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y no resulta indispensable, esto es, inevitablemente preferida a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor.

Lo anterior, primero, debido a que el apoyo a las obras cinematográficas europeas ya cuenta con otros mecanismos legales y reglamentarios para garantizar aquel, como son las ayudas públicas para la producción, distribución y explotación de la cinematografía, señala como se dan incentivos a partir de convenios con los bancos con lo que se llega a obtener una financiación privilegiada con créditos con costos inferiores a los del mercado; se indica como también se otorgan ayudas directas para la producción tanto anticipada como posterior y de igual forma para el desarrollo de guiones y finalmente como existen subvenciones directas como estímulo a la distribución de las obras y ayudas a productores para participar en festivales y para la organización de estos.

Todo esto para argumentar que no se cumple con el requisito de ser una medida inevitablemente preferida a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor, dado que como lo expuso, existen otras medidas que incentivan el sector de la cinematografía y que por tanto, con la obligación de financiación anticipada de las obras europeas por parte de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual se añade otra medida de protección más, que en este caso atenta contra la libertad de empresa ya que no se constituye en una razón forzosa de interés general que justifique la intervención y limitación del artículo 38 de la CE, en beneficio del sector cinematográfico.

En dichos términos se dejó planteada la cuestión de inconstitucionalidad del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio ante el TC.

El Tribunal Constitucional en Sentencia No. 35/2016 de 3 de marzo, en su Pleno y con ponencia de Don Ricardo Enríquez Sancho, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad en el siguiente sentido.

El TC, luego de relatar los antecedentes necesarios para abordar el análisis del caso y antes de proceder con este último, se detiene a analizar si la derogatoria de la segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley

25/1994, de 12 de julio, y del Real Decreto 1652/2004, de 9 julio, podrían afectar la decisión del Tribunal y en caso tal, hacer innecesario el pronunciamiento de fondo sobre la cuestión de inconstitucionalidad. Como se sabe la disposición derogatoria de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual derogó expresamente la Ley 25/1994, de 12 de julio y la disposición derogatoria única del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, derogó igualmente el Real Decreto 1652/2004.

El TC, como sería lógico y como ya se anunció arriba, consideró que habida cuenta que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y como es consecuente, el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, mantuvieron en esencia la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, por lo que en esa medida procedía el análisis de inconstitucionalidad.

Pero además de lo anterior, para el caso de la derogatoria legal, considera el TC, que la misma no afectó la cuestión de inconstitucionalidad dado que, en esta, distinto a lo que sucede recursos de inconstitucionalidad, los efectos extintivos del objeto del proceso, producidos por la derogatoria de la norma, estarán determinados por el hecho que afecten el proceso a quo y que sean validos en la decisión de dicho proceso, más en el proceso de un recurso contencioso administrativo, donde la comparación de la norma impugnada debe hacerse contra la norma legal vigente al momento de la impugnación y en tal sentido pervive el efecto de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que la derogatoria tiene efectos ex – nunc, y no con efectos equivalentes a los de la nulidad, es decir hacía el pasado. Lo que sucede igual para el efecto de la derogatoria del reglamento, con el ingrediente adicional que la obligación de financiación anticipada no fue eliminada por la derogatoria, tanto legal como reglamentaria, por lo que e objeto de la cuestión de inconstitucionalidad subsiste. Adicionalmente la obligación de inversión no es de cumplimiento instantáneo ni se agota en un ejercicio.

Luego de la anterior salvedad, necesaria para avanzar en el análisis de la cuestión de inconstitucionalidad, procedió el TC a resolver la cuestión planteada de la siguiente manera:

De entrada, el TC centra el análisis de inconstitucionalidad en un tema que considera imprescindible para avanzar, y es si la obligación impuesta a un empresario de invertir parte de sus ingresos obtenidos por su actividad en un determinado producto afecta o incide en la libertad de empresa consagrada en

el artículo 38 de la CE, dado que, como ya se ha mencionado una vertiente de la libertad de empresa es la libertad de inversión. Esto sin dejar de lado que la libertad de empresa no implica que la misma no tenga límites, por cuanto debe ejercerse dicha libertad dentro de las normas establecidas para su legítimo ejercicio.

Así las cosas, recuerda el TC que en los casos que se vea afectada una libertad constitucional, debe verificarse si la misma esta justificada y que para ello debe llevarse a cabo un juicio de proporcionalidad sobre la medida de afectación, para establecer si dicha medida es valida; en tal sentido se debe verificar si esta sea adecuada por contribuir a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propende, e indispensable por que debe ser inevitablemente preferida a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor.

Pero aclara la corte que, estos juicios de proporcionalidad solo han sido utilizados en afectaciones para acceder al mercado, o cuando se han tomado decisiones autonómicas que pudieron generar desigualdad; en cambio, en el caso de regulación que afectan la actividad empresarial sin que se afecte el acceso al mercado o a la igualdad en el mismo, solo se puede verificar si las medida es constitucionalmente adecuada, sin que se pueda cuestionar si la medida es indispensable. En tal sentido centra el análisis del juicio de proporcionalidad para establecer si, el fin perseguido por la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, es constitucionalmente legítimo y si tal obligación es adecuada para la consecución de su objetivo.

Así las cosas, someramente, sin que esto quiera decir que no se hizo de manera debidamente motivada, considera que el fin perseguido esta legitimado constitucionalmente, esto en razón a que el cine es una manifestación cultural, y cita para efectos de su argumento apartes del preámbulo de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine, donde se establece que el cine es un sector estratégico de la cultura española, es un elemento básico de la identidad cultural del país y que contribuye al mantenimiento de la diversidad cultural de España, por lo que, consecuente con la anterior argumentación frente a la cultura, considera que el cine tiene respaldo en los artículos 20.3⁹, 44¹⁰, 46¹¹ y 149.2¹² de la CE.

⁹ **Artículo 20.** 1. Se reconocen y protegen los derechos: (...) 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. (...)

¹⁰ **Artículo 44.** 1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.

Siguiendo con la argumentación, también considera que el cine contribuye con el fin primordial del proceso de integración europea consagrado en el preámbulo y en el artículo 1 del Tratado de la Unión Europea, esto es, «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», lo anterior debido a que por medio de las obras europeas, que son las que se buscan promocionar y proteger se logra que se conformen y aprehendan las identidades europeas, tanto las que se comparten o son comunes con los demás Estados miembros como las propias de España.

Luego el TC, para justificar aún más la legitimidad constitucional del fin perseguido con la financiación anticipada de las obras europeas, hace referencia al fundamento que la medida tienen en el TFUE, artículo 167, al considerar, este artículo, a la cultura como una política de la Unión, que se debe contribuir a su florecimiento, así como favorecer «la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos».

Por otra parte, pero ya para hacer consideraciones respecto de la adecuación de la medida al fin perseguido por la norma, considera que no debe dudarse esta última ya que la financiación anticipada de las obras europeas «evidentemente contribuye a promocionar la cultura y la identidad e identidades europea/s y española/s ínsita en esas obras».

Finalmente y para cerrar los argumentos sobre la constitucionalidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, el TC hace referencia a la sentencia del entonces TJCC, para reforzar sus afirmaciones citando que dicho Tribunal consideró que la obligación de invertir el 5% de los ingresos no se consideraba una medida que restringiera la libertades fundamentales, que por su parte la destinación del 60% de dicha obligación a la producción de obras de lenguas oficiales del estado si constituía una restricción a las libertades, pero que la misma estaba justificada en un interés general y que como tal era proporcionada por el fin que perseguía, era adecuada y no iba más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo.

En tal sentido, el TC falló desestimando la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el TS.

2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

¹¹ **Artículo 46.** Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

¹² **Artículo 149.** 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1.^a La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

2.^a Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

5.3. Legalidad frente al artículo 31.3 de la CE

Como se vio en el apartado anterior el TC, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio, a pesar que se había propuesto la contradicción de dicha norma con los artículos 14, 20, 31 y 33 de la CE, dedicó la sentencia únicamente el análisis de constitucionalidad frente al artículo 33.

Debido a lo anterior y a efectos de enriquecer el debate sobre la legalidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, como ya se había anunciado, el presente numeral será dedicado a exponer la inconstitucionalidad de la mencionada obligación pero ya frente al artículo 31.3 de la CE. Más específicamente, en el sentido de si tal obligación constituye una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza no tributaria y además si se cumplen los presupuestos jurídicos para que el legislador la hubiere impuesto y de esta manera determinar la legalidad de la misma.

Las prestaciones patrimoniales de carácter público y de naturaleza no tributaria, encuentran sustento constitucional en el artículo 31.3 de la CE, que prescribe lo siguiente (El subrayado es mío):

«Artículo 31

1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.»

El artículo transcrito establece la forma en que cada uno de los ciudadanos contribuirá al sostenimiento de los gastos públicos y los principios bajo los cuales se rige el sistema tributario. Pero además el inciso tercero, que nos

interesa a efectos de la definición de la legalidad de la obligación de la financiación anticipada de las obras europeas, dispone que las prestaciones patrimoniales son constitucionalmente admisibles,¹³ pero que igualmente se requiere que se cumplan unos requisitos para poder establecerlas.

La prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza no tributaria, es una prestación coactiva que no genera ingresos públicos, o mas específicamente una prestación coactiva que no constituye un ingreso realizado a un ente público con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos¹⁴, que además, para el caso que nos ocupa, es no retributiva y está afecta a una finalidad concreta.

De acuerdo con la anterior definición, ahora estableceremos si la obligación de financiación anticipada de las obras europeas constituye una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza no tributaria, a lo que tenemos que dar respuesta positiva por los siguientes argumentos:

- Es una prestación coactiva, toda vez que no se esta teniendo en cuenta la voluntad del obligado sino que se impone por vía de ley, lo que para el presente caso, además denota el cumplimiento de un requisito previsto por el artículo 31.3 de la CE y es que solo se pueden imponer este tipo de prestaciones por parte del legislador. Es así como la obligación de financiación anticipada de las obras europeas se encontraba prevista en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio y hoy en día se encuentra establecida en el artículo 5.3. de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.
- No genera ingresos públicos. Como ya vimos, a pesar de la existencia de la obligación legal, el prestador de servicios de comunicación audiovisual no debe pagar al Estado una suma de dinero para que el después la distribuya o la afecte a un destino específico, sino que la obligación se cumple participando directamente en la producción de las obras o adquiriendo derechos de explotación de dichas obras, más no

¹³ Sentencia 185/1995, Tribunal Constitucional.

¹⁴ Rafael Gómez-Ferrer Rincón, LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO Y NATURALEZA NO TRIBUTARIA, en LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS NO TRIBUTARIAS Y LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS / ACTAS DEL X CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015; Fernando López Ramón, coordinador. - 1ª ed. - Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, página 34.

pagando una suma de dinero, con lo cual se cumple el segundo supuesto.

- No es retributiva. Por no retributiva, explica el profesor Rafael Gómez-Ferrer Rincón, se entiende, «que no constituyen una contraprestación que se satisface a cambio de la prestación de un servicio o la realización de una actividad». ¹⁵ Como ya vimos igualmente, la obligación de financiación no esta fundada en una contraprestación, su origen no es que se obtenga una retribución con la misma, sino que, fundado en fines de fomento y protección de la cultura y lingüística europea y española se aporta a la producción de obras europeas, sin que se tenga previsto obtener una retribución por tal sentido. Lo anterior, sin perjuicio de que, como arriba se explicó, y sin que esa sea la finalidad de la obligación, se obtengan beneficios por la explotación de dichas obras.
- Está afecta a una finalidad concreta. Sin mayor detalle podemos establecer que la obligación de financiación anticipada de las obras europeas está afecta a una finalidad concreta, y esto se entiende aún más cuando se revisa la forma de cumplimiento de la obligación, ya que como se señaló, a pesar que la ley abre la posibilidad a cualquier forma de cumplimiento de la obligación, el reglamento la restringe únicamente a la participación directa en la producción de las obras o en la compra de derechos de explotación de obras europeas. En tal sentido, la finalidad concreta en esta obligación es la financiación de las obras europeas.

Tenemos entonces que de acuerdo con el concepto legal, jurisprudencial y doctrinal y en los términos arriba expuestos, la obligación de financiación anticipada de las obras europeas constituye una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza no tributaria.

Ahora bien, debe analizarse entonces cuales son los límites y requisitos que debe cumplir el legislador para establecer una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza no tributaria y de ahí luego determinar si la obligación de financiación anticipada de las obras europeas es legal.

¹⁵ Rafael Gómez-Ferrer Rincón, LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO Y NATURALEZA NO TRIBUTARIA, en LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS NO TRIBUTARIAS Y LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS / ACTAS DEL X CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015; Fernando López Ramón, coordinador. - 1ª ed. - Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, páginas 32 a 34.

Es así como el profesor Rafael Gómez-Ferrer Rincón, expone que los requisitos que debe tener en cuenta para el establecimiento de este tipo de prestaciones son, la reserva de ley, una finalidad de interés público¹⁶, el respeto por límites, exigencias y principios de la CE.¹⁷ Con respecto al cumplimiento de los dos primeros límites, esto es, al reserva de ley y el interés público, ya suficientemente se ha considerado en el presente trabajo, dando conformidad de los mismos, el primero porque efectivamente la obligación de financiación anticipada viene prescrita por el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, y el segundo por la promoción y protección que deben dar los Estados miembros a la cultural y lingüística europea y española, como ya suficientemente se explicó.

Ahora bien, el requisito del respeto de los límites, exigencias y principios de la CE, exige que se verifique si la obligación de financiación anticipada de las obras europeas es contraria a algún otro precepto constitucional y es aquí donde, retomando al profesor Rafael Gómez-Ferrer Rincón, ya que se analizará si la intervención en la propiedad privada, es conforme a la CE. De igual forma, se revisará la conformidad de la obligación frente al derecho a la igualdad y finalmente se analizará, pero ahora desde el punto de vista de prestación patrimonial de carácter público y naturaleza no tributaria, si la obligación de financiación anticipada de las obras europeas cumple con los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad.

En primera medida analizaremos lo referente al derecho de igualdad, esto para establecer si el mismo no se ve afectado desde el punto de vista de los obligados a la financiación anticipada de las obras europeas, y en caso de encontrarse desigualdad si la misma esta justificada, así como si las consecuencias jurídicas de la desigualdad son adecuadas y proporcionadas.¹⁸

Como ya se tiene por sabido el artículo 14 de la CE establece el derecho a la igualdad, así mismo que dicho derecho a la igualdad esta condicionado a que se pregone entre aquellos que tengan supuestos de echo similares, es decir, igualdad entre iguales; de igual forma que no toda desigualdad implica de por si afectación del derecho de igualdad y que en todo caso dicho derecho

¹⁶ Rafael Gómez-Ferrer Rincón, LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO Y NATURALEZA NO TRIBUTARIA, en LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS NO TRIBUTARIAS Y LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS / ACTAS DEL X CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015; Fernando López Ramón, coordinador. - 1ª ed. - Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, página 54.

¹⁷ Aquí citando el profesor Rafael Gómez-Ferrer Rincón la Sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 35.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 9.

puede ser afectado y la afectación será legítima si esta justificada constitucionalmente.

Así las cosas, revisado el texto del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, encontramos que solo están excluidos de la misma, las televisiones locales que no formen parte de una red nacional, lo que resulta lógico por su baja cobertura y tamaño, esto último en lo que tiene que ver con los recursos que se requieren para su funcionamiento y la tasa de retorno que de esos gastos se pueda obtener, por lo que de entrada y sin que merezca mayor explicación puede tratarse de una desigualdad justificada.

Ahora bien, como ya arriba se había mencionado, puede encontrarse lo que llamaríamos una “igualdad injustificada”, en el hecho que la obligación tenga como fundamento los ingresos y no las utilidades de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, de los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y de los prestadores de servicios de catálogos de programas, ya que lo lógico y consecuente sería que solo estuvieran obligados aquellos que obtuvieron utilidades y no aquellos cuyo resultado del año anterior cerró en pérdidas.

Resulta por tanto injustificado que tanto los que obtuvieron ganancias como los que cerraron con pérdidas sean obligados a contribuir a la financiación anticipada de las obras audiovisuales; lo anterior sin desconocer que el criterio de los ingresos resulta, en apariencia, un rasero lógico y de fácil control, pero que a su vez desconoce por demás la capacidad de contribución de los obligados, al menos en aquellos que no obtuvieron beneficios.

De igual forma, es cuestionable el hecho que se este fijando una prestación patrimonial de carácter público y naturaleza no tributaria sobre unos obligados pero que no beneficia ni esta relacionado con su sector económico, sino que beneficia un sector diferente. En este caso se ve como se podría afectar la equivalencia de la obligación, ya que la prestación patrimonial no esta siendo destinada o afectada al mismo sector o grupo al que se obliga sino a uno distinto.

Adicionalmente, es cuestionable el hecho de que si la justificación para la imposición de la obligación de financiación anticipada de las obras audiovisuales es la protección y promoción de la cultura y lingüística europea y española, fines de interés general y que beneficia a todos los habitantes de Europa y de España, la financiación debería darse vía impuestos a través de los Presupuestos Generales del Estado, lo que ya se viene haciendo mediante otras vías, por lo tanto no es equitativo que un mismo sector, como el de las

producciones de obras europeas, se vea beneficiado por varias vías de financiación.

De acuerdo con lo expuesto, la obligación de la financiación anticipada de las obras audiovisuales no sería constitucional por violar el artículo 14 de la CE, por afectar el derecho a la igualdad.

En este punto, procedemos ahora a analizar la conformidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, como una prestación patrimonial, de carácter público y de naturaleza no tributaria, frente al derecho de propiedad, ya que este último es un límite para el establecimiento de una prestación patrimonial como la analizada hasta el momento.

En primera medida, debe hacerse referencia al hecho que el derecho de propiedad tiene protección en diversos textos normativos de orden europeo, pero para el caso en estudio debe hacerse referencia a lo previsto en el artículo 1 del protocolo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, de donde a partir de las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha podido establecer que «una injerencia en el derecho de propiedad debe lograr un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los requisitos de la protección de los derechos fundamentales del individuo, lo que se refleja en que debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos y, en definitiva, en que dicha injerencia no puede suponer una carga irrazonable.»¹⁹

Este será pues el punto de partida que nos permitirá establecer si efectivamente, la obligación de la financiación anticipada de las obras europeas, como prestación patrimonial de carácter público y naturaleza no tributaria resulta conforme con el ordenamiento jurídico español y europeo y en tal sentido determinar su legalidad.

Como se ha hecho a lo largo de este capítulo se acudirá como guía, el trabajo realizado por el profesor Rafael Gómez-Ferrer Rincón, en el documento LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS NO TRIBUTARIAS Y LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS / ACTAS DEL X

¹⁹ Rafael Gómez-Ferrer Rincón, LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO Y NATURALEZA NO TRIBUTARIA, en LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS NO TRIBUTARIAS Y LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS / ACTAS DEL X CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015; Fernando López Ramón, coordinador. - 1ª ed. - Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, página 63.

CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015.

De acuerdo con la premisa arriba transcrita, y como primer punto a analizar es el hecho de que la injerencia en el derechos de propiedad resulte o no irrazonable, excesiva o desproporcionada, y esto se determina analizando si a través de la prestación patrimonial se cubre un coste que no conlleva un beneficio para el sector al que hace parte el obligado, sino para la comunidad en general o incluso en otro sector distinto al de los obligados cubrir el coste, la carga será entonces irrazonable, excesiva o desproporcionada.²⁰

Como ya lo habíamos comentado arriba, resultaba muy cuestionable frente al derecho a la igualdad, que en el caso de la obligación de la financiación anticipada de las obras europeas fuera un sector en específico el que estuviera obligado a la misma, esto es, el sector de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, incluidos los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difunden canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas y los beneficiarios de la misma fueran los productores de obras europeas.

Ahora bien y bajo el análisis aquí realizado, no solo resulta un defecto en el derecho a la igualdad sino que además una injerencia ilegítima en el derecho de propiedad, por constituirse una carga irrazonable, excesiva o desproporcionada del derecho de propiedad de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, incluidos los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difunden canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas, por tanto se reafirma la ilegalidad de la obligación de la financiación anticipada de las obras europeas, pero ahora bajo el análisis realizado sobre el derecho de propiedad.

Por otra parte, en la injerencia en el derecho de propiedad con el establecimiento de una prestación patrimonial de carácter público y naturaleza no tributaria, debe a su vez tenerse en cuenta la aplicación del principio de proporcionalidad, que supone a su vez una serie de reflexiones expuestas por el profesor Rafael Gómez-Ferrer Rincón y sobre las cuales se analizará igualmente la legalidad de la obligación de la financiación anticipada de las obras europeas.²¹ En especial se analizará la siguiente:

²⁰ *Ibidem*

²¹ Reflexiones que surgieron de las la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 23 de octubre de 1997 (Caso National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society c. Reino Unido), y la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013 (Caso N.K.M. c. Hungría).

“La aplicación del principio de proporcionalidad exige que la injerencia en el derecho de propiedad sea necesaria, lo que no concurrirá cuando exista otra técnica de regulación que, sin establecer una prestación patrimonial de carácter público, permita obtener el mismo resultado que se consigue con su establecimiento.”²²

Para el caso en comento y como ya se analizó, las obras cinematográficas europeas ya cuentan, a parte de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, con una regulación que establece estímulos y ayudas para su promoción y protección, como ya lo había advertido el Tribunal Supremo en el Auto donde se planteó la cuestión de inconstitucionalidad del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 junio, y 15/2001, de 9 julio.²³

En tal sentido y conforme la reflexión anotada, la obligación de financiación anticipada de las obras europeas no se ajustaría al principio de proporcionalidad, ya que la injerencia en el derecho de propiedad no resulta necesaria, toda vez que ya existe una técnica de regulación para financiar las obras cinematográficas europeas para obtener el mismo resultado que se busca con la obligación prevista en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

Vistos los anteriores análisis sobre la legalidad de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas, siendo esta una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza no tributaria, aquella resulta contraria a la CE, toda vez que es contraria al derecho a la igualdad y al derecho de propiedad, como se ha dejado expuesto en este apartado.

²² Rafael Gómez-Ferrer Rincón, LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO Y NATURALEZA NO TRIBUTARIA, en LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS NO TRIBUTARIAS Y LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS / ACTAS DEL X CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015; Fernando López Ramón, coordinador. - 1ª ed. - Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, página 64. El profesor recomienda para el caso de esta reflexión revisar la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2005, de 3 de marzo, FJ 7.

²³ Auto de 9 de diciembre de 2009, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, cuestión de inconstitucionalidad 104/2004, Ponente: Excmo Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona. Razonamiento Jurídico Octavo, párrafos 4 a 7.

6. La excepción cultural frente al TTIP

Como arriba se había expresado, dado que la obligación de financiación anticipada de las obras europeas tiene como origen y fundamento la excepción cultural, en el presente capítulo se abordará esta última pero ya en el marco del TTIP que actualmente se negocia entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América.

La excepción cultural se ha definido como una serie de medidas proteccionistas que cada estado, en ejercicio de su soberanía, lleva a cabo para la promoción y protección de su cultura y lingüística, representadas estas en bienes y servicios culturales. Lo anterior por la importancia fundamental que tiene la cultura en cada uno de los países del mundo y que se ha reconocido como elemento esencial de su desarrollo económico y social. La excepción cultural reconoce que cierta clase de bienes y servicios, que se producen por acción o efecto de las manifestaciones culturales son bienes comerciales, pero a su vez que no son únicamente eso, sino que además son bienes y servicios culturales, que implican y conllevan los valores e identidad de cada país, región o continente y por tanto, no pueden someterse a las reglas del libre comercio sino que deben tener una especial protección frente a mercados de países fuertes y agresivos en materia de producción y comercialización de los bienes y servicios culturales.

Dicha protección y promoción se ha establecido principalmente, en Europa, para el sector audiovisual y frente al mercado de los Estados Unidos de América, que como se sabe es el principal productor de estos bienes y servicios y que además para ese país constituye la segunda fuente de exportación. Existen diversos tipos de medidas a través de las cuales se manifiesta la excepción cultural, que pueden estar representadas en obligaciones para determinado sector, como también en ayudas de orden financiero para aquellos que producen este tipo de bienes y servicios culturales.

Una de las medidas es la obligación de emitir producciones europeas en un determinado porcentaje a través de sus canales de televisión, y así mismo dentro de dicho porcentaje, uno previsto para obras españolas y dentro de estas un porcentaje para productores independientes. Otro tipo de medida es claramente la obligación de financiación anticipada de las obras europeas por parte de los prestadores del servicio de televisión.

Además de estas medidas, también existen otras, que se orientan principalmente hacia el cine, como las subvenciones, exenciones y excepciones de orden fiscal; así como el otorgamiento de recursos para apoyar la producción de las obras cinematográficas, apoyos que pueden otorgarse incluso desde la preproducción hasta la misma distribución de las obras, lo que también se ha podido llevar a cabo a través de créditos blandos, con facilidades de pago y condonaciones.

Como podemos ver, esta excepción cultural tiende a proteger y promocionar los bienes y servicios culturales apoyando financieramente su creación y distribución, pero a la vez imponiendo barreras de entrada a los bienes y servicios de otros países, en concreto de los originados en los Estado Unidos de América.

El origen de la excepción cultural se ubica en Francia, principal promotor y defensor de la misma, básicamente por la promoción y protección de su lingüística, y además la excepción abarcaba toda clase de bienes y servicios culturales, pero con el tiempo dicha excepción tuvo una efectiva manifestación, que hoy se mantiene, en el sector audiovisual; y es así como desde la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva, hasta la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual; y aún incluso en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 2016, 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, a la vista de la evolución de las realidades del mercado, se han incluido y reforzado las medidas de excepción cultural en el sector audiovisual.

De igual forma, como se pudo ver en las sentencias arriba expuestas, esta excepción cultural incluso tiene respaldo por los Tribunales Europeos y Españoles, ya que existe obligación desde la Unión y en los países miembros y en esta caso España de proteger y promocionar su cultura y lingüística.

Por otra parte, debemos abordar el tema del TTIP, como se sabe, en la actualidad se viene negociando este tratado de libre comercio entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea por mandato de sus 28 miembros. Dicho tratado más allá de ser un acuerdo para la libre circulación de bienes y servicios entre las zonas económicas más grandes del mundo, busca

que además exista una zona de libre tránsito, una armonización de legislaciones, la regulación de algunos aspectos, la de desregularización de otros y por su puesto temas que no serán negociables por las partes dada la importancia estratégica que reviste para cada una de las economías.

De lo conocido hasta ahora, se sabe que la firma de dicho tratado, que tendrá que ser ratificado por todos los miembros de la Unión Europea, busca el crecimiento económico de las dos partes, que según cálculos podría ser del 0,6% del PIB europeo y 0,5% del norteamericano, pero que en esencia busca una libre circulación de servicios.

Aunque las negociaciones son secretas se conoce de antemano que busca, teniendo como base lo ya acordado con la OMC, ir más allá de esta pero en el aspecto bilateral, lo que trae de antemano grandes preocupaciones para cada parte y en este caso para la Unión Europea en el caso de la circulación de los servicios audiovisuales, ya que implicaría que el mayor productor y exportador de estos servicios (EEUU), ingresara a un mercado especialmente protegido por la UE, como lo es el audiovisual. Protección que viene dada por la excepción cultural.

Por informaciones de prensa, se conoce que la UE ya determinó que el sector audiovisual será excluido de la negociación y por tanto no perdería las preferencias que los agentes del sector audiovisual europeo tienen y que para algunos ha sido el principal motor de desarrollo para que la industria de este ramo siga creciendo.

Ahora bien y ya centrándonos en el tema de este capítulo, esto es, la excepción cultural frente al TTIP, debe hacerse referencia a las manifestaciones de la excepción cultural europea en el ámbito internacional, esto es, la normativa de orden internacional que consagra la excepción cultural y si efectivamente, a través de esta, se lograría oponer la misma en las negociaciones del TTIP.

Frente a esto es importante resaltar la preocupación de distintos actores del sector audiovisual por la pérdida o debilitamiento de la excepción cultural, que para algunos implicaría más que una amenaza, el inicio del fin de la cinematografía europea por la que sería la inundación del mercado europeo por parte del norteamericano, dado que de antemano se considera que las producciones europeas no tendrían lugar a competencia frente a las norteamericanas. Y es que debilitar o eliminar la excepción cultural implicaría, que las producciones de los Estados Unidos de América primero reciban el mismo trato que las de otro extranjero y progresivamente tendrían el mismo trato que las europeas, lo que implicaría ser beneficiario de las mismas medidas que por años representaron la excepción cultural.

Por otra parte, hay algunos que opinan que debe pasarse de la excepción cultural a la diversidad cultural, lo que significa que no debe dejar de reconocerse la importancia de la cultura y la lingüística de cada país y de la Unión Europea, que debe seguirse protegiendo, pero que a su vez debe abrirse campo y camino a las culturas de otros países para enriquecer la propia, que además permitiría la entrada de nuevos agentes al mercado que lo podrían enriquecer y mejorar el sector. En resumen debe seguirse protegiendo la cultura y la lingüística, pero también, poco a poco debe irse dando paso a la entrada de nuevas culturas.

Debemos ahora entonces hacer referencia a las manifestaciones realizadas por la Comunidad Europea en su momento en las negociaciones y acuerdos logrados en la Organización Mundial del Comercio, que con independencia de los acuerdos bilaterales suscritos con determinados países, defienden la libertad de mercado y circulación de bienes y servicios salvo los correspondientes al audiovisual. Es así como el Parlamento Europeo en sus Resoluciones de 1 de diciembre de 2005 y 4 de abril de 2006, relativas a la Ronda de Doha y la Conferencia Ministerial de la OMC, exigió que los servicios audiovisuales, se excluyeran de la liberalización en el marco de la Ronda de negociación relativa al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

En estos documentos se ve reflejada la posición propia de la excepción cultural, donde expresamente se pide que excluyan el audiovisual de los servicios a liberalizar y someter a libre comercio, hecho que se ha mantenido en el ámbito multilateral de la OMC, donde se exige esa especial protección por lo que representa para el aspecto cultural y lingüístico de la Comunidad Europea.

Existe por parte de muchos agentes, la preocupación por el resultado de las negociaciones periódicas que deben darse en la OMC, en cuanto a los avances de liberalización de ciertos productos, entre ellos el audiovisual, dado que por los acciones e instrumentos internacionales utilizado por la Comunidad Europea en su momento, cabe la posibilidad que tenga obligatoriamente darse lugar a la apertura de dicho sector. Pero lo cierto es que hasta el momento, a pesar de que la posibilidad es clara, las negociaciones no hay podido darse por expresa oposición de la Unión. Esto quiere decir que evidentemente existe la posibilidad que se pueda entrar a negociar, pero eso no quiere decir que por ese hecho ya se vaya a liberalizar. Debemos decir que estas preocupaciones se presentaron en entornos de excepción cultural y que aún se defienden y que quieren mantenerse; y no en entornos de diversidad cultural.

Por otro lado, pero ya fuera del ámbito de la OMC, lo que no quiere decir que no afecte las negociaciones y compromisos que se han adquirido con dicha organización, debemos hacer referencia a la Resolución de 27 de abril de 2006, donde el Parlamento Europeo apoyó la Convención de la Unesco sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales donde entre otras manifestaciones, se señaló «que las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si solo tuviesen un valor comercial».

Posterior a esta, tenemos la Decisión 2006/515/CE del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, donde se aprobó en nombre de la Comunidad dicha Convención de la Unesco. Esta convención es relevante para el presente estudio, dado que en la misma se reconoce la importancia de las manifestaciones culturales y especialmente el derecho soberano de cada estado para implementar las medidas y políticas que considere necesarias para proteger y promover la diversidad de sus manifestaciones culturales, además señala cuales son las medidas, políticas y demás acciones que pueden implementar los estados para dicha protección; pero a su vez y aún más importante reconoce los elementos propios de la diversidad cultural ya que introduce elementos como la interculturalidad, la apertura en materia cultural, la cooperación internacional en este campo y demás evidencias que nos permiten afirmar que hoy en día y a partir de este instrumento internacional, ya no nos encontramos ante la excepción cultural, sino ante la diversidad cultural.

Teniendo entonces las anteriores consideraciones, debemos ahora establecer una posición al respecto de la excepción cultural (o diversidad cultural par algunos), y si la misma tendría cabida dentro del TTIP o si por el contrario debería eliminarse, lo anterior a la luz de la normativa europea e internacional.

Al respecto considero que la aplicación o no de la excepción cultural, debe estar considerada por dos aspectos principales, uno, si todavía constituye un elemento adecuado y necesario para la promoción y protección de la cultura europea, y en este caso del sector audiovisual, y dos, si a la luz de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, se puede seguir manteniendo la misma o debe más bien evolucionar a lo que se ha llamado la diversidad cultural.

Frente al primer punto, tenemos como innumerables documentos oficiales reconocen y abogan porque se mantenga a excepción cultural, dado que es

innegable que es la única manera de proteger el sector y más frente a los gigantes norteamericanos, de ahí tenemos una posición radical que sostiene que no se debe desmontar de ninguna manera, como tampoco si quiera relativizarla, para que la industria siga creciendo y sea lo suficientemente fuerte para competir, sin que sea posible que logre llegar a ser mayor que la norteamericana, pero si mucho fuerte frente a otras.

En este punto, considero que la posición debe ser más flexible, en estos tiempos de convergencia tecnológica, de la coexistencia de pantallas, de globalización y de una penetración y fortalecimiento de internet como nunca antes se había visto, no solo como servicio, sino también como productor y agente de acceso a innumerables contenidos, la existencia de restricciones y privilegios tan fuertes terminarían por obtener un efecto contrario al esperado, ya que se perdería la oportunidad de conocer contenidos de otro tipo; así mismo que los agentes ante los privilegios y la escasa competencia, o más bien, solo competencia interna, podrían convertirse en agentes monopolizadores, sin ánimo de crecer, de ser mejores en sus producciones ya que competirían en un mercado solo para ellos.

De igual forma, aislarse y dejar de conocer y aprender de otras culturas, como la norteamericana, la más fuerte de todas, conllevaría a quedarse atrás en aprendizaje y conocimiento; podría perderse la posibilidad de tener socios estratégicos que permitieran un crecimiento no solo económico sino en calidad de contenidos. Se perdería la oportunidad de reforzar la promoción y protección de la cultura, ya que si se puede llegar a conocer de manera detallada como el gran agente del mercado mundial (EEUU), ha generado ese crecimiento y ha fortalecido la cultura norteamericana, se puede recoger la experiencia necesaria y aplicarla al mercado español y europeo.

En tal sentido, considero que si bien no debe desmontarse la excepción cultural, ya que efectivamente desmontarla conllevaría una gran amenaza al sector audiovisual europeo, si debe pensarse en ir fortaleciendo la industria y a la par, dependiendo del fortalecimiento y crecimiento, ir liberalizando el sector, y en este punto creo que debe hacerse eliminando todo tipo de ayudas y no más bien que el mercado norteamericano pueda ser beneficiario de ellas. Es decir, que no se llegue a un trato igual en beneficios y ayudas estatales, sino a un trato igual sin regulación, liberalización total, pero como ya lo dije, gradualmente y dependiendo de cómo la industria se vaya fortaleciendo y vaya creciendo, por que de no ser así la amenaza se convertiría en hechos.

Lo anterior nos introduce al segundo punto y es si a la luz de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones

Culturales, la excepción cultural puede seguir manteniéndose como tal, o si la misma debe evolucionar a lo que se ha llamado la diversidad cultural.

En este punto y como ya lo esbozamos, tenemos que la Convención permite que los estado, en ejercicio de su soberanía, puedan implementar políticas y medidas de protección y promoción de su cultura, pero a la vez también aboga por una apertura progresiva y la internacionalización de la cultura de cada uno de los pueblos. Y es que no resulta más lógico y consecuente con el desarrollo actual de la tecnología, los mercados y la globalización que así fuera, la Convención, en su texto, reconoce esta situación y plantea una solución salomónica ya expuesta arriba, debe fortalecerse la cultura de cada país, a través de mecanismos, medidas y políticas de promoción y protección, pero conforme se vayan logrando los objetivos de fortalecimiento, debe también darse una apertura con los demás mercados, para que la misma cultura se vaya fortaleciendo. No debe olvidarse que la existencia de la diversidad fortalece la cultura propia.

Considero entonces que la Unión Europea, ya desde el punto de vista normativo y no desde la conveniencia, esto es, ajustándose a las disposiciones de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, debe ir aplicando y si se quiere reforzando las medidas y políticas actuales de promoción y protección del sector audiovisual, pero tendiendo a un fortalecimiento que permita dar lugar a la apertura y en esta competir fuertemente con el mercado norteamericano.

Así las cosas, y frente al TTIP, para efectos de la negociación del mismo, deben tenerse en consideración las acciones aquí expuestas, no solo por la conveniencia planteada, sino porque desde el punto de vista normativo, existe una norma que así lo establece, esto es, el artículo 20 de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, que a la letra dispone:

“Artículo 20

***Relaciones con otros instrumentos: potenciación mutua,
complementariedad y no subordinación***

1. Las Partes reconocen que deben cumplir de buena fe con las obligaciones que les incumben en virtud de la presente Convención y de los demás tratados en los que son Parte. En consecuencia, sin subordinar esta Convención a los demás tratados:

- a) *fomentarán la potenciación mutua entre la presente Convención y los demás tratados en los que son Parte;*
- b) *cuando interpreten y apliquen los demás tratados en los que son Parte o contraigan otras obligaciones internacionales, tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Convención.*

2. Ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse como una modificación de los derechos y obligaciones de las Partes que emanen de otros tratados internacionales en los que sean Parte.”

Como puede verse, siendo parte de la UE de esta Convención, debe proceder de conformidad y en tal medida adelantar las negociaciones del TTIP, bajo los principios y orientaciones establecidos en dicha norma.

Así las cosas, la UE en la negociación del TTIP y en el eventual suscripción del mismo, deberá dar aplicación a la Convención y en todo caso, como lo hemos considerado hasta el momento mantener y reforzar las medidas y políticas de protección y promoción de la cultura europea y en especial del sector audiovisual, pero a la vez considerar un plan de liberalización gradual del sector de acuerdo con el fortalecimiento de la industria, para así ajustarse plenamente a las disposiciones internacionales a las que se encuentra obligado.

7. Propuesta de Directiva de 25 de mayo de 2016

El 25 de mayo de 2016, la Comisión Europea presentó la *“Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 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, a la vista de la evolución de las realidades del mercado”*, a partir de la cual se pretende actualizar las normas del sector audiovisual a los retos que se imponen hoy en día, lo anterior para reconocer, vía normativa, como la convergencia, internet y los televisores inteligentes han determinado la existencia de unos nuevos actores del mercado como las plataformas de internet y los proveedores de contenidos para internet, que en últimas están actuando como proveedores de servicios de comunicación audiovisual, pero no se encuentran sujetos a la misma regulación.

En tal sentido, y para efectos de establecer si la obligación aquí analizada sufría alguna modificación, se estudiará la propuesta de Directiva a fin de determinar las incidencias que la misma pueda llegar a tener en la obligación de la financiación anticipada de las obras europeas.

Es así como, consecuente con el entorno en el que se propone la modificación, desde la exposición de motivos de la propuesta de Directiva, más específicamente en las razones y objetivos de la propuesta, ya se manifiesta la necesidad de que su ámbito de aplicación y la naturaleza de sus normas sean aplicables a todos los agentes del mercado, en especial la obligación de promoción de las obras europeas.

En el apartado correspondiente a la subsidiariedad, de la exposición de motivos, se manifiesta que la propuesta respeta el mencionado principio en lo relativo al establecimiento de normas más estrictas en lo correspondiente, entre otros, a la promoción de obras europeas.

Así mismo, en la misma exposición de motivos, pero ya en lo que atañe a la consulta de las partes interesadas, se hace referencia al Libro Verde de 2013, «Prepararse para la convergencia plena del mundo audiovisual: crecimiento,

creación y valores», de la Comisión, en el que se llevó a cabo la consulta pública y los resultado de la misma se evidenció que el tema de la promoción de las obras europeas demandaba un análisis por parte de la Comisión, ya que primero no se tenía consenso en lo que tiene que ver con la política hacia el futuro sobre el tema y así mismo, se determinó que hubo tendencia dentro de la industria de contenidos, a que se reforzaran las normas de promoción de las obras europeas en todos los servicios de comunicación audiovisual.

En el punto referente a la evaluación de impacto, se hace referencia al tema específico de la promoción de las obras europeas; esto se hizo en las opciones que abordan el problema de la ausencia de condiciones de competencia equitativas y los puntos débiles del mercado interior, planteándose como opciones frente al tema, una que ofrece más flexibilidad tanto a la radiodifusión televisiva como a los servicios a petición en cuanto a la forma de cumplir la obligación de promover las obras europeas; y otra que mantiene el statu quo para la radiodifusión televisiva y refuerza las normas para los prestadores de servicios a petición, prefiriéndose esta última como opción.

Finalmente en esta exposición de motivos, en lo que tiene que ver con la promoción de las obras europeas, señala que se crean unas condiciones más equitativas, ya que se obliga a los servicios a petición a reservar en sus catálogos una cuota de al menos un 20 % a las obras europeas y garantizar la adecuada visibilidad de dichas obras, con lo cual se modificaría el artículo 13 de la Directiva 2010/13/UE, y así mismo se permitirá que los Estados miembros puedan imponer dicha obligación a los servicios a petición y en determinadas condiciones, a los establecidos en otro Estado miembro, pero dirigidos a su público nacional. Eso si se aclara que las pequeñas empresas no deben estar sujetas a los requisitos mencionados.

Las argumentaciones dadas en la exposición de motivos para la propuesta de modificación de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, en lo que corresponde al tema aquí tratado, fueron reflejadas en el texto de la propuesta de la siguiente manera:

En primera medida en los considerandos 21 a 25, se señala lo siguiente:

“(…)

Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición deben promover la producción y distribución de las obras europeas, garantizando que sus catálogos contengan un porcentaje mínimo de obras europeas y que se conceda a estas suficiente prominencia.

(...) A fin de garantizar unos niveles adecuados de inversión en obras europeas, los Estados miembros deben poder imponer obligaciones financieras a los prestadores de servicios a petición establecidos en su territorio. Estas obligaciones pueden adoptar la forma de contribuciones directas a la producción y adquisición de derechos de obras europeas. Los Estados miembros pueden también imponer tasas, con destino a un fondo, sobre la base de los ingresos obtenidos con los servicios a petición que se ofrecen en su territorio y van dirigidos a él. La presente Directiva precisa que, dado el vínculo directo existente entre las obligaciones financieras y las políticas culturales de cada Estado miembro, se permite a estos imponer igualmente tales obligaciones a los prestadores de servicios a petición establecidos en otro Estado miembro que se dirijan a su territorio. En este caso, solo deben imponerse obligaciones financieras sobre los ingresos generados a través del público de dicho Estado miembro.

(...) Al evaluar caso por caso si un servicio de comunicación audiovisual a petición establecido en otro Estado miembro se dirige a un público situado en su territorio, un Estado miembro se remitirá a indicadores tales como la publicidad u otras promociones dirigidas específicamente a clientes de su territorio, la lengua principal del servicio o la existencia de contenidos o comunicaciones comerciales destinadas específicamente al público del Estado miembro de recepción.

(...) Cuando los Estados miembros impongan contribuciones financieras a los prestadores de servicios a petición, dichas contribuciones se orientarán a la adecuada promoción de las obras europeas, al tiempo que se evita el riesgo de doble imposición para los prestadores de servicios. Teniendo esto presente, si el Estado miembro en que está establecido el proveedor impone una contribución financiera, deberá tener en cuenta las eventuales contribuciones financieras impuestas por los Estados miembros de recepción.

(...) A fin de garantizar que las obligaciones en materia de promoción de las obras europeas no socaven el desarrollo del mercado y permitir la entrada de nuevos operadores, las empresas con escasa presencia en el mercado no deben estar sujetas a tales requisitos. Este es el caso, en particular, de las empresas con un bajo volumen de negocios y bajas audiencias o de los servicios de comunicación audiovisual a petición temáticos, y de las pequeñas empresas y microempresas, tal como se definen en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión³³. También podría resultar inadecuado imponer tales requisitos cuando resultasen impracticables o injustificados, dado el tema o la naturaleza del servicio de comunicación audiovisual a petición.”

Como puede verse, en estos considerandos se pretende poner la obligación de promoción de las obras europeas, ya estableciendo directamente sobre los servicios a petición la obligación de contar con obras europeas, así como la obligación de participar directamente en la producción de obras europeas o de adquirir derechos de explotación. Debemos decir frente a esto, que en la Directiva 2010/13/UE, ya se tenía establecida dicha obligación, considerandos 64 y 69, tal vez no tan expresamente como en esta propuesta, pero ya lo tenía establecido.

Ahora bien, constituye novedad el hecho de imponer un porcentaje mínimo destinado a las obras europeas, así como la posibilidad de establecer la obligación a prestadores establecidos en otros Estado miembros pero que sus emisiones estén direccionadas a hacia otro Estado, salvaguardando el hecho que en el estado establecido ya tenga establecida la obligación de financiación y que se cumplan con ciertos parámetros que permitan establecer si efectivamente se esta dirigiendo la programación a un Estado distinto a aquel en que se encuentra establecido.

Así mismo, consiste un aspecto novedoso el hecho que se establezca que sea posible que a pequeños agentes del sector, por su tamaño, no se le imponga la obligación, hecho que se asoma lógico, pero que refuerza la critica frente al hecho que la causación de la obligación se haga frente a los ingresos y no frente a los beneficios, como debería ser. Esto es, si se apela a un criterio que responde a la realidad del mercado, como es el hecho que pequeños agentes, para evitar afectarlos, sean liberados de cumplir la obligación, de igual forma, apelando a un criterio de realidad del mercado, se debería tener en cuenta que la causación de la obligación debe hacerse sobre los beneficios y no sobre los ingresos.

Ya en el articulado que se pretende modificar de la Directiva, y en el tema que se trata en el presente trabajo, se propone la cambiar la redacción del artículo 13; para efectos de revisar la modificación correspondiente, en el siguiente esquema se compararan las dos normas resaltando los cambios propuestos.

Directiva 2010/13/UE	Propuesta de modificación
1. Los Estados miembros velarán por que los servicios de comunicación audiovisual a petición ofrecidos por los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción	1. Los Estados miembros velarán por que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición <u>que estén bajo su competencia judicial dispongan de un porcentaje de</u>

<p>fomenten, cuando sea factible y con los medios adecuados, la producción de obras europeas y el acceso a las mismas. Dicho fomento puede llevarse a cabo, entre otras formas, mediante la contribución financiera de dichos servicios a la producción y adquisición de derechos de obras europeas o mediante la inclusión y/o prominencia de obras europeas en el catálogo de programas ofrecidos por el servicio de comunicación audiovisual a petición.</p>	<p><u>al menos el 20 % de obras europeas en su catálogo y garanticen la prominencia de dichas obras.</u></p> <p><u>2. Los Estados miembros podrán exigir a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual bajo su competencia judicial una contribución financiera a la producción de obras europeas, por ejemplo mediante inversiones directas en contenidos y aportaciones a fondos nacionales. Los Estados miembros podrán exigir la realización de estas contribuciones financieras a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición dirigidos a públicos de sus territorios, pero establecidos en otros Estados miembros. En este caso, las contribuciones financieras se basarán exclusivamente en los ingresos obtenidos en los Estados miembros de recepción. Si el Estado miembro en que está establecido el prestador impone una contribución financiera, deberá tener en cuenta las eventuales contribuciones financieras impuestas por los Estados miembros de recepción. Cualquier contribución financiera deberá ajustarse al Derecho de la Unión, en particular a la normativa sobre ayudas estatales.</u></p>
<p>2. A más tardar el 19 de diciembre de 2011 y, posteriormente, una vez cada cuatro años, los Estados miembros informarán a la Comisión de la aplicación del apartado 1.</p>	<p>3. A más tardar el [fecha - a más tardar a los tres años de la adopción], y <u>posteriormente cada dos años, los Estados miembros informarán a la Comisión sobre la aplicación de los apartados 1 y 2.</u></p>
<p>3. Sobre la base de la información</p>	<p>4. Sobre la base de la información</p>

<p>facilitada por los Estados miembros y de un estudio independiente, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del apartado 1, teniendo en cuenta la evolución del mercado, el desarrollo tecnológico y el objetivo de la diversidad cultural.</p>	<p>facilitada por los Estados miembros y de un estudio independiente, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de los apartados 1 y 2, teniendo en cuenta la evolución del mercado, el desarrollo tecnológico y el objetivo de la diversidad cultural.</p> <p><u>5. Los Estados miembros dispensarán de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 a los proveedores con un bajo volumen de negocios o una baja audiencia, o que sean pequeñas empresas y microempresas. Los Estados miembros podrán también obviar los requisitos en los casos en que resulten impracticables o injustificados en razón de la naturaleza del tema del servicio de comunicación audiovisual a petición.»</u></p>
--	--

Como se puede ver la modificación es consecuente con lo dispuesto en la exposición de motivos y los considerandos de la Directiva, en tal sentido y dado que ya se dieron las impresiones frente a estas modificaciones no se comentará más sobre a modificación de la Directiva 2010/13/EU.

Eso si debe anotarse que respecto de la legislación española tenemos que, frente al tema en análisis en el presente trabajo, primero el porcentaje sobre los operadores de servicios a petición, en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, dicho porcentaje es del 30% por lo que se encontraría acorde con la propuesta de modificación de la Directiva ya que esta última exige al menos un 20%.

Si se deberá hacer modificación en lo correspondiente a la exigencia de la obligación en operadores que estén establecidos en otros Estados miembros pero que sus emisiones estén dirigidas a España, con las previsiones y condiciones que la propuesta establece. Así mismo lo referente a la posibilidad de que España no haga exigible la obligación de promoción y financiación de las obras europeas a pequeñas empresas o microempresas, lo que ya de entrada generaría discusión por cuanto se debe establecer claramente el criterio a aplicar para este caso y las condiciones en que se haría. Personalmente creo que España no debería establecer que ciertos operadores

pueden estar exentos ya que bajo el criterio actual, causación a partir de ingresos, siendo discutible, por lo menos los pone a todos en condición de igualdad y de acuerdo con criterio medible y equitativo.

Por otra parte y aunque la propuesta de modificación de la directiva pretende vincular al mercado y ser objeto de regulación a las plataformas de distribución de videos, dicha vinculación es tímida y solo limitada a los controles sobre las incitaciones a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con el sexo, el origen racial o étnico, la religión o creencia, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, así como frente a la protección del desarrollo físico, mental o moral de los menores, más no sobre las demás obligaciones, como puede y considero que debe ser la promoción, protección y financiación de las obras europeas.

Lo anterior debido a que en la exposición de motivos y en los considerandos de la propuesta de modificación de la Directiva, se reconoce a las plataformas de distribución de videos como agentes del mercado, así como los contenidos representados en videos de corta duración, por lo que si se les reconoce como prestadores de comunicación audiovisual, así sea tímidamente, debería imponérseles las obligaciones de promoción, protección y financiación de las obras europeas, que como vimos en apartados anteriores, encuentra justificación suficiente, incluso desde el TFUE.

8. Conclusiones

Expuesto el anterior trabajo, debe procederse a las conclusiones del mismo, de la siguiente manera:

- 8.1.** La obligación de financiación anticipada de las obras europeas, debe causarse sobre las ganancias obtenidas por el operador de televisión y no sobre sus ingresos, ya que de esta última forma no se tiene en cuenta al operador que haya arrojado un resultado a pérdidas, caso en el cual no debería causarse la obligación.
- 8.2.** El Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, al reglamentar el numeral tercero del artículo quinto de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, limitó el cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas a la participación directa en la producción de las obras y a la adquisición de derechos de explotación, sin que se permitieran otras adicionales, a pesar que la Ley dispone que con aquellas, se podrá cumplir con la obligación, pero que no eran las únicas formas de cumplimiento.
- 8.3.** Conforme lo considerado y resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la obligación de financiación anticipada de las obras europeas por parte de los operadores de televisión es conforme al derecho de la Comunidad, por cuanto no constituye una restricción a las libertades fundamentales de las Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, como tampoco constituye una ayuda del Estado a un sector económico específico.
- 8.4.** De acuerdo con la Sentencia No. 35/2016 de 3 de marzo, del Tribunal Constitucional de España, la obligación de financiación anticipada de las obras europeas es conforme con el artículo 38 de la Constitución Española.

- 8.5.** La obligación de financiación anticipada de las obras europeas constituye una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza no tributaria, no retributiva y está afecta a una finalidad concreta, pero la misma no se constitucional por que no ajusta a los límites y requisitos constitucionales previstos para su establecimiento por parte del legislador, ya que es contraria al derecho de igualdad, y constituye una injerencia ilegítima en el derecho de propiedad.
- 8.6.** La Unión Europea en la negociación del TTIP debe dar aplicación a la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales y mantener y reforzar las medidas y políticas de protección y promoción de la cultura europea y en especial del sector audiovisual, pero a la vez considerar un plan de liberalización gradual del sector de acuerdo con el fortalecimiento de la industria, para así ajustarse plenamente a las disposiciones internacionales a las que se encuentra obligado.
- 8.7.** La propuesta de Directiva del 25 de mayo de 2016, de la Comisión Europea mantiene el fundamento de la obligación de financiación anticipada de las obras europeas y a su vez refuerza otros los elementos de la excepción cultural, ya que establece un porcentaje mínimo de emisión de obras europeas a los operadores de servicios audiovisuales a petición, así como permite que se fije la obligación a operadores establecidos en otros Estados miembros pero que sus emisiones estén dirigidas a otro Estado.

9. Bibliografía

- 9.1. BONET AGUSTÍ, Lluís, “La Excepción Cultural”, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales Estratégicos, Área: Lengua y Cultura – ARI No. 94/2004, 2004.
- 9.2. BOIX Palop, Andrés y VIDAL BELTRÁN, José María, Coordinadores, “Estudios: La Nueva Regulación del Audiovisual: Medios, Derechos y Libertades”, Thomson Reuters – Aranzadi, 2014.
- 9.3. BUKOWSKI, “Apuntes: La Excepción Cultural”, en Derrotismo Ilustrado, 2009.
- 9.4. CARRILLO, Francisco J., “La Excepción Cultural”, en Profesiones, Marzo – Abril 2007.
- 9.5. CHINCHILLA Carmen y AZPIRTARTE Miguel, Coordinadores, “Estudios Sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual”, Thomson Reuters – Aranzadi, 2011.
- 9.6. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael “Las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público Y Naturaleza No Tributaria”, en Las Prestaciones Patrimoniales Públicas no Tributarias y la Resolución Extrajudicial de Conflictos / Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo; Fernando López Ramón, coordinador. - 1ª ed. - Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015. - 308 p.
- 9.7. LINDE PANIAGUA, Enrique y otros, “Derecho Audiovisual”, quinta edición, Colex, 2013.
- 9.8. MIKLÓS, Györffi, “La Política Audiovisual y de los Medios de Comunicación”, en Fichas técnicas sobre la Unión Europea, Parlamento Europeo a su servicio, 2015.
- 9.9. RADA, Javier, “TTIP: el tratado secreto que negocian EE UU y Europa”, en El Mensual, 30 de enero de 2015, se puede encontrar en <http://www.20minutos.es/noticia/2358772/0/ttip/acuerdo-libre-comercio-inversiones/eu-eeuu/>
- 9.10. RAMÍREZ, Mariana, “TTIP: en qué consiste el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversión”, en Diariocritico.com, de 3 de diciembre de 2015, se puede encontrar en

<http://www.diariocritico.com/internacional/ttip-tratado-transatlantico-de-comercio-e-inversion-ue-eeuu>

- 9.11. BOLAÑOS, Alejandro, “¿Qué es el TTIP?”, en El País, de 27 de octubre de 2015, se puede encontrar en http://economia.elpais.com/economia/2015/03/02/actualidad/1425256390_372094.html
- 9.12. TORRENT, Ramon, “La "excepción cultural" en la Organización Mundial del Comercio (OMC): la base de la política audiovisual en Cataluña.”

10. Normativa y Jurisprudencia utilizadas.

- 10.1. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, «BOE» núm. 79, de 1 de abril de 2010, Referencia: BOE-A-2010-5292, TEXTO CONSOLIDADO, Última modificación: 1 de mayo de 2015.
- 10.2. Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, «BOE» núm. 267, de 7 de noviembre de 2015, Referencia: BOE-A-2015-12053.
- 10.3. Ley 25/1994, de 12 de julio por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva.
- 10.4. Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.
- 10.5. Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual.
- 10.6. Real Decreto 1652/2004, de 9 julio, por el que se aprueba el reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles.
- 10.7. Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva.
- 10.8. Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, por la cual se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los

Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva.

- 10.9.** Auto de 18 de abril de 2007, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, recurso contencioso administrativo 104/2004, Ponente: Excmo Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona.
- 10.10.** Sentencia de 5 de marzo de 2009, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Segunda, Caso Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) contra Administración General del Estado, asunto C-222/07.
- 10.11.** Auto de 9 de diciembre de 2009, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, cuestión de inconstitucionalidad 104/2004, Ponente: Excmo Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona.
- 10.12.** Sentencia No. 35/2016 de 3 de marzo, Tribunal Constitucional de España, Pleno, cuestión de inconstitucionalidad 546/2010, Ponente: Don Ricardo Enríquez Sancho.
- 10.13.** “La Comisión actualiza las normas audiovisuales de la UE y presenta un enfoque selectivo para las plataformas en línea”, Comunicado de Prensa Comisión Europea, Bruselas, 25 de mayo de 2016.
- 10.14.** Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 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, a la vista de la evolución de las realidades del mercado, Bruselas, 25 de mayo de 2016, COM(2016) 287 final, 2016/0151 (COD).
- 10.15.** Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas 24.12.2002, C 325/33-184.
- 10.16.** Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010, C 83/47-199.
- 10.17.** Resolución del Parlamento Europeo sobre los preparativos para la Sexta Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio que se celebrará en Hong Kong, P6_TA(2005)0461, texto aprobado, B6-0619, 0620, 0621 y 0624/2005 - 30/11/2005/ 1, de 1 de diciembre de 2015.
- 10.18.** Resolución del Parlamento Europeo sobre la evaluación de la Ronda de Doha tras la Conferencia Ministerial de la OMC en Hong Kong, P6_TA(2006)0123, texto aprobado A6-0051/2006 - Ponente: Georgios Papastamkos 27/03/2006/ 1, de 4 de abril de 2016.
- 10.19.** Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración de la Convención de la

Unesco sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, P6_TA(2006)0151, texto aprobado A6-0079/2006 - Ponente: Christa Prets 11/04/2006/ 1, de 27 de abril de 2006.

10.20. DECISIÓN DEL CONSEJO de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, 2006/515/CE, Diario Oficial de la Unión Europea, 27.7.2006, L 201/15-30.

10.21. Conclusiones del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre la promoción de la diversidad cultural y el diálogo intercultural en las relaciones exteriores de la Unión Europea y de sus Estados miembros, 2008/C 320/04, Diario Oficial de la Unión Europea, 16.12.2008, C 320/10-12.