

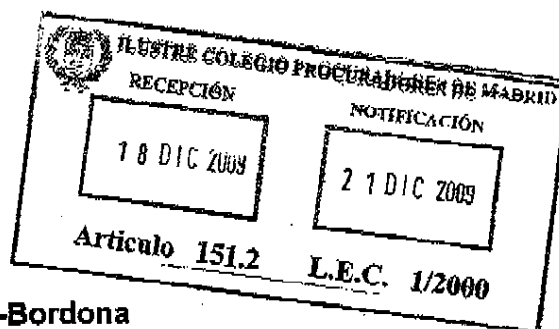


Recurso Nº: 104/2004

Recurso Num.: 104/2004 REC.ORDINARIO(c/d)**Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Campos Sánchez-Bordona****Secretaría de Sala: llimo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier**

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA

AUTO

Excmos. Sres.:**Presidente:****D. Ramón Trillo Torres****Magistrados:****D. Manuel Campos Sánchez-Bordona****D. Eduardo Espín Templado****D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza****D^a. María Isabel Perelló Doménech**

En la Villa de Madrid, a nueve de diciembre de dos mil nueve

HECHOS

Primero.- La Unión de Televisiones Comerciales Asociadas interpuso ante esta Sala, con fecha 16 de septiembre de 2004, el recurso contencioso-administrativo número 104/2004 contra el Real Decreto número 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión



Recurso Nº: 104/2004

obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles.

Segundo.- En el mismo escrito formuló demanda, en la que alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que, estimando esta demanda, declare:

a) La inaplicación tanto del Real Decreto impugnado como del artículo 5.1 de la Ley 25/1994, en su redacción dada por la disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, por las vulneraciones en que incurren del Derecho comunitario europeo.

b) La nulidad del mencionado Real Decreto por vulnerar el artículo 31 CE.

c) Subsidiariamente, para el caso de que no se adoptara el pronunciamiento solicitado en el apartado a), se declare la nulidad del Decreto 1652/2004, en cuanto desarrolla una norma con rango de ley -el artículo 5.1 de la Ley 25/1994 en su redacción dada por la Disposición adicional 2ª de la Ley 15/2001- que es contraria a los artículos 14, 20, 31 y 33 de la Constitución. Este pronunciamiento exige el planteamiento previo de una cuestión de inconstitucionalidad conforme se solicita mediante otrosí en el presente escrito".

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba, la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 5.1 de la Ley 25/1994, la formulación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la medida cautelar consistente en la inaplicación inmediata del artículo 5.1 de la Ley 25/1994 y del Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, así como la suspensión de vigencia de este último.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 10 de marzo de 2005, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente el Real Decreto impugnado". Por otrosí se opuso al recibimiento a prueba, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y al de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Cuarto.- La Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles (Fapae) contestó a la demanda con fecha 20 de abril de 2005 y suplicó sentencia "por la que, desestimando íntegramente la demanda presentada por Unión de Televisiones Comerciales Asociadas, contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, confirme el mismo". Por otrosí interesó el



Recurso Nº: 104/2004

recibimiento a prueba y se opuso tanto al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad como al de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Quinto.- Por providencia de 27 de abril de 2005 se tuvo por caducado en dicho trámite al Ente Público R.T.V.E.

Sexto.- Por auto de 27 de mayo de 2005 la Sala acordó el recibimiento a prueba.

Séptimo.- La Unión de Televisiones Comerciales Asociadas presentó escrito de conclusiones con fecha 24 de abril de 2006 en el que suplicó "sentencia en el sentido suplicado en la demanda y en particular:

a) Declare que el Real Decreto 1652/2004 impugnado, y el precepto que desarrolla de la Ley 25/1994 (artículo 5.1) en su redacción vigente dada por Ley 15/2001, son inaplicables por ser contrarios al Derecho Comunitario; declaración que puede ir precedida, si la Sala lo considera necesario y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del Tratado CE, de la formulación de una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del artículo 5.1 de la Ley 25/1994, en su redacción vigente, con el Derecho Comunitario.

b) En defecto de lo anterior, y previa la necesaria cuestión de inconstitucionalidad referida al artículo 5.1. de la Ley 25/1994 en su redacción vigente, declare que el Reglamento impugnado es nulo por contravenir los artículos 14, 20, 31 y 33 de la Constitución.

c) En todo caso, declare que el Real Decreto 1652/2004 impugnado es nulo en cuanto se excede de una mera regulación procedimental por pasar a definir algunos de los elementos de la obligación de financiar cine impuesta por el artículo 5.1 de la Ley 25/1994".

Octavo.- La "Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles" presentó sus conclusiones por escrito de 10 de mayo de 2006 en el que suplicó la desestimación del recurso. Por otro sí solicitó a la Sala "acuerde como Diligencias Finales la práctica íntegra de la prueba, que ya fue propuesta y admitida en su momento procesal oportuno".

Noveno.- El Abogado del Estado presentó sus conclusiones con fecha 30 de mayo de 2006 y suplicó "sentencia de conformidad con lo solicitado en nuestro escrito de contestación a la demanda".



Recurso Nº: 104/2004

Décimo.- Por providencia de 23 de enero de 2007 la Sala acordó suspender el señalamiento para oír a las partes sobre el contenido del reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Undécimo.- El Fiscal evacuó el trámite conferido el 26 de febrero de 2007 en el sentido de que "concurriendo los requisitos antes citados, nada tenemos que oponer al planteamiento de la cuestión prejudicial que se nos consulta" y que "las dudas de la Sala, las opiniones encontradas de las partes, de un lado la actora y de otra las demandadas, junto con el cumplimiento de los mencionados requisitos del art. 35 LOTC, permiten el planteamiento de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad".

Duodécimo.- El Abogado del Estado presentó sus alegaciones por escrito de 27 de febrero de 2007 en el sentido de que "no resulta necesario plantear ni la cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión Europea, ni la cuestión de inconstitucionalidad ante nuestro Tribunal Constitucional".

Decimotercero.- La Federación de Asociaciones de Productos Audiovisuales Españoles presentó escrito en el que manifestó su "expresa oposición al reenvío prejudicial y a la cuestión de inconstitucionalidad".

Decimocuarto.- La Unión de Televisiones Comerciales Asociadas presentó sus alegaciones el 1 de marzo de 2007.

Decimoquinto.- Por auto de 18 de abril de 2007 la Sala acordó:

"Primero. Suspender el procedimiento hasta la resolución del incidente prejudicial.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del Tratado CE, plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones prejudiciales:

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?



Recurso Nº: 104/2004

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?"

Decimosexto.- Con fecha 11 de marzo de 2009 tuvo su entrada en el Registro General del Tribunal Supremo la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto prejudicial C-222/07, de fecha 5 de marzo de 2009, que declaró:

"1) 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.

2) 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."

Decimoséptimo.- Por providencia de 5 de marzo de 2009 se dio traslado de la sentencia a las partes. La Federación de Asociaciones de



Recurso Nº: 104/2004

Productores Audiovisuales, la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas, la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales y el Abogado del Estado presentaron sus alegaciones por escritos de 7 de abril, 8 de abril, 8 de abril y 21 de abril de 2009, respectivamente.

Decimoctavo.- Por providencia de 9 de septiembre de 2009 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 3 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Manuel Campos Sánchez-Bordona**, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- La Unión de Televisiones Comerciales Asociadas ha recurrido ante esta Sala el Real Decreto número 1652/2004, de 9 de 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 Real Decreto 1652/1004 desarrolla de modo parcial la legislación española en materia de televisión y cinematografía. En concreto, viene a ser un eslabón más -de carácter reglamentario- en la cadena normativa iniciada por 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.

La evolución de este bloque normativo ha sido la siguiente:



Recurso Nº: 104/2004

A) La Ley 22/1999, al modificar el artículo 5 de la Ley 25/1994, impuso a los operadores de televisión la obligación de destinar cada año el cinco por ciento de sus ingresos de explotación del año anterior a la financiación de películas cinematográficas y para televisión europeas, en los siguientes términos:

"Artículo 5. Obras europeas. 1. Los operadores de televisión deberán reservar el 5 por 100 de su tiempo de emisión anual a la difusión de obras audiovisuales europeas. Para el cumplimiento de esta obligación, 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 de largometrajes cinematográficos y películas para televisión europeas".

B) La Disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual, modificó el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, para dotarle del siguiente contenido:

"Disposición adicional segunda. Inversión de los operadores de televisión.

Se modifica el 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, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, que queda con la redacción 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



Recurso Nº: 104/2004

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'."

C) Según su propio preámbulo, el Real Decreto 1652/2004 trata de resolver determinadas "dudas" surgidas a raíz de las modificaciones legislativas que se acaban de citar. Literalmente afirma aquel preámbulo que en el texto se incorporan "normas tendentes a facilitar la aplicación de la norma reguladora de la financiación de las producciones cinematográficas europeas. Para ello, centra su atención en dos elementos fundamentales: cómo computar la facturación de los operadores de televisión y cómo computar la cuota destinada a adquirir producciones cinematográficas europeas. A estas reglas se añaden otras que abordan otras cuestiones centradas en hacer efectivo el cumplimiento de la obligación y velar porque haya transparencia en las labores de comprobación y seguimiento que debe hacer la Administración competente."

A estos efectos, las disposiciones más relevantes del Real Decreto 1652/2004 son las siguientes:

"Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. Están sujetos a lo dispuesto en este Reglamento los operadores de televisión cuya inspección y control sea competencia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.2 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 actividades de radiodifusión televisiva.

2. De acuerdo con la mencionada Ley, se entiende por operador de televisión la persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva y que la transmita o la haga transmitir por un tercero. Asimismo, se considerarán establecidos en España aquellos operadores que cumplan las condiciones previstas en el artículo 2 de la citada Ley 25/1994, de 12 de julio."

"Artículo 6. Obras audiovisuales cuya financiación se computará.

Las obras audiovisuales, de ficción, documentales o animación cuya financiación podrá computarse serán las siguientes:



Recurso Nº: 104/2004

a) Los largometrajes y cortometrajes cinematográficos.

b) Las películas para televisión, entendiéndose por tales cualquier género de obras audiovisuales de características similares a los largometrajes cinematográficos, es decir, obras unitarias de duración superior a 60 minutos con desenlace final, con la singularidad de que su explotación comercial no incluye la exhibición en salas de cine.

Se excluyen las obras audiovisuales por episodios, cualquiera que sea el número de éstos.

Para distinguir estas últimas obras de aquellas películas para televisión que, en razón de su duración, puedan ser objeto de emisión dividida en dos partes, cuando se produzca la emisión en estas condiciones se considerará que dichas películas no podrán tener una duración superior a 150 minutos.

Dichas películas deberán obtener la calificación por grupos de edad y, en su caso, el certificado de nacionalidad española, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 15/2001, de 9 de julio, y en el artículo 3 del Real Decreto 526/2002, de 14 de junio, por el que se regulan medidas de fomento y promoción de la cinematografía y la realización de películas en coproducción, respectivamente.

c) Las obras que, no estando incluidas en los párrafos anteriores, se encuentren comprendidas en los supuestos contemplados en el artículo 5.1 de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual, esto es, películas, cualquiera que sea su soporte, de nuevos realizadores, experimentales, documentales, pilotos de serie de animación o de decidido carácter cultural."

Segundo.- El Real Decreto sobre cuya adecuación a Derecho surgen las dudas que se convertirán en motivos determinantes del planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad, es, pues, en lo esencial, o bien transcripción de una norma con fuerza de ley o bien desarrollo de ella.

En la cuestión clave del litigio (la inversión obligatoria) el reglamento no hace sino concretar ciertos extremos respecto al modo en que los operadores de televisión han de cumplir la obligación legal de 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.

Dada la coincidencia de base entre el Real Decreto 1652/2004, sobre cuya validez esta Sala ha de pronunciarse, y el precepto con fuerza de ley



Recurso Nº: 104/2004

cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal Constitucional y ante las dudas que a continuación expondremos sobre su adecuación a la Constitución, la validez constitucional del citado precepto legal condiciona directamente el resultado del recurso contencioso-administrativo.

Concurren, por lo demás, el resto de los requisitos procesales exigidos en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad: han sido oídas las partes y el Ministerio Fiscal al respecto y el recurso se halla concluso, tan sólo pendiente de dictar sentencia. Es cierto que la decisión final de esta Sala habrá de analizar también las implicaciones que en el litigio pudieran derivarse de la sentencia dictada 5 de marzo de 2009 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al resolver la cuestión prejudicial que le planteamos (asunto C-222/07), pero no lo es menos que el juicio de conformidad a derecho del Real Decreto está necesariamente ligado a la validez constitucional de la norma legal mencionada,

La relevancia para el fallo y la pertinencia del planteamiento de la cuestión resultan, pues, innegables al advertir que si el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, en su versión modificada por las leyes 22/1999 y 15/2001 (es decir, la norma legal que instaura la obligación de inversión) fuera declarado contrario a la Constitución, el Real Decreto 1652/2004 que no hace sino desarrollar aquél a fin de concretar determinados extremos relativos a su puesta en práctica, se vería igualmente desprovisto de validez.

Tercero.- La vigencia del precepto legal cuestionado se ha mantenido en las ulteriores leyes y reglamentos sobre la materia. En concreto, la Disposición transitoria única de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, establece que "en tanto no se produzca el correspondiente desarrollo reglamentario y en todo aquello que no se oponga a las previsiones de esta Ley, mantendrán su vigencia las siguientes normas [...] c) 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".



Recurso Nº: 104/2004

Por su parte, el Real Decreto 2062/1998, de 12 de diciembre, al desarrollar la Ley 55/2007, del Cine, contiene una Disposición adicional (quinta) sobre la "inversión de los operadores de televisión", que se refiere de modo específico a la "forma de aplicación del porcentaje del 5 por 100 de inversión obligatoria de los operadores de televisión prevista en la disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual".

Cuarto.- En el fundamento jurídico octavo de la sentencia 112/2006, de 5 de abril, el Tribunal Constitucional hace una síntesis de su jurisprudencia sobre la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el artículo 38 de la Constitución. Con citas o transcripciones de anteriores sentencias constitucionales (las correspondientes a los números 37/1981, 83/1984, 88/1986, 225/1993, 127/1994 y 109/2003) reitera en aquélla los rasgos esenciales de la libertad de empresa según la doctrina constitucional, que podrían resumirse en estos términos:

A) Existen unos "límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites [...] está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de Ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial. No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal".

B) "Si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial "en libertad", ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general".



Recurso Nº: 104/2004

C) "La vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado".

D) "De lo que se trata con estas resoluciones es de llevar al campo de la libertad de empresa el principio, reconocido siempre en nuestra doctrina, de que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor".

En el fundamento jurídico octavo de la misma sentencia constitucional 112/2006, una vez transcritos los "criterios de acuerdo con los cuales debe enjuiciarse [el precepto legal] respecto a su posible lesión de la libertad de empresa", el Tribunal Constitucional afirma que forma parte de la garantía inserta en el artículo 38 de la Constitución "la libertad de contratación, entendida ésta, junto a la libertad de inversión y la libertad de organización, como una de las vertientes imprescindibles de la primera". Lo cual no impide que se les impongan determinadas exigencias siempre que no constituyan una "restricción desproporcionada" de la libertad misma.

La lectura de estas sentencias pone de relieve cómo la identificación y concreción del contenido mismo del artículo 38 de la Constitución precisa un trabajo progresivo de decantación jurisprudencial que quizás no ha llegado a su final y en cuya elaboración las referencias hasta ahora existentes proporcionan, sin duda, una sólida base pero requieren ulteriores desarrollos que contribuyan a precisar hasta dónde se extiende la garantía.

Quinto.- A juicio de esta Sala, la imposición por ley a una o a varias empresas del destino obligatorio que han de dar a sus inversiones, con la consiguiente vinculación de una parte de sus recursos propios -concretamente un determinado porcentaje de sus ingresos, no de sus beneficios- constituye una restricción de la libertad que les garantiza el artículo 38 de la Constitución. La restricción es tanto más relevante cuanto que el destino forzoso de las



Recurso Nº: 104/2004

inversiones no corresponde al objeto propio de su actividad (la difusión televisiva) sino a un sector económico diferente (la producción cinematográfica).

La "libertad de inversión" se integra en el núcleo mismo del haz de facultades propias del empresario dentro de una economía de mercado y, en principio, debe ser ajena a imposiciones forzosas por parte de los poderes públicos, incluido el poder legislativo. La capacidad de decidir de modo autónomo dónde y en qué invertir los recursos propios es parte del núcleo "duro" o indisponible de la libertad empresarial.

Los poderes públicos pueden, legítimamente, detraer de los beneficios empresariales las cantidades que consideren oportunas, en el marco de un sistema tributario que responda a las exigencias del artículo 31 de la Constitución. Con los fondos así recaudados el Estado realizará su "asignación equitativa", instrumentada en el presupuesto de gastos. Tienen, pues, aquellos poderes plena habilitación para establecer un marco tributario que contribuya a propiciar la inversión en determinados sectores, adoptando normas fiscales de muy amplio espectro (bonificaciones, exenciones, régimen de amortizaciones, deducciones, etcétera) con esa misma y legítima finalidad.

De manera singular, además de los instrumentos tributarios y presupuestarios, el legislador podrá igualmente adoptar medidas de subvención, incentivo, fomento o promoción de determinadas inversiones empresariales, estimulando directa o indirectamente aquellas que considere más adecuadas a los intereses generales. Su capacidad de configuración normativa no tendrá otros límites, en este sentido, que los marcados por el respeto a las disposiciones de carácter comunitario en materia de ayudas de Estado y a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. No se discute en este proceso la viabilidad de las ayudas públicas a sectores determinados, como es el de la producción cinematográfica: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado de modo expreso, ante el planteamiento de la cuestión prejudicial que esta Sala hiciera en su día, que la inversión obligatoria objeto de litigio no es una ayuda de Estado en el sentido del Tratado CE (apartados 41 a 47 de la sentencia de 5 de marzo de 2009, dictada en el asunto C-222/07).



Recurso Nº: 104/2004

Podrá igualmente el legislador, en atención a estas mismas consideraciones, incluso prohibir ciertas inversiones empresariales o condicionarlas a determinados requisitos (de solvencia, de respeto de normas técnicas, entre otros) que sean adecuados. Por motivos de defensa de la competencia, en el marco del control de concentraciones, los poderes públicos pueden, en su caso, exigir determinadas desinversiones para evitar que se consoliden situaciones de posición de dominio en detrimento de la competencia en el mercado.

Innecesario es decir que las decisiones autónomas de las empresas sobre sus propias inversiones sólo podrán hacerse efectivas en la medida en que respeten el marco normativo propio del sector correspondiente pues, como ya hemos expuesto, razones de interés general pueden modular y fijar límites a aquéllas. Todo ello forma parte del normal juego de la ordenación del mercado ya que la libertad garantizada en el artículo 38 de la Constitución no implica ni la desregulación ni la ausencia de intervención estatal ni la supresión de límites y controles establecidos o impuestos por el Estado.

Lo que, a juicio de esta Sala, no puede sin embargo el legislador, salvo que esté fundado en razones imperiosas de interés general, es imponer por sí mismo el destino forzoso de las inversiones empresariales. En principio, la decisión sobre la inversión de los recursos (privados) de las empresas corresponde a éstas, sin perjuicio de que parte de aquéllos sean transferidos coactivamente, por la vía de los tributos, al sector público y se conviertan de este modo en "recursos públicos" de los que el Estado puede, obviamente, disponer.

Sexto.- La inversión obligatoria de los operadores televisivos en las producciones cinematográficas no viene impuesta por 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 nueva Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997.

En el apartado 17 de su ya citada sentencia de 5 de marzo de 2009 el Tribunal de Justicia afirmó que los artículos 4 y 5 de aquella Directiva (esto es, los que imponen determinadas obligaciones a la actividad de los operadores



Recurso Nº: 104/2004

de televisión) "no se refieren a dicho supuesto". La Directiva, pues, no ofrece base para obligar a los operadores de televisión a destinar una parte de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y para la televisión europeas, incluidas las españolas.

En consecuencia, aun cuando la obligación de inversión se haya incluido en una ley (la 25/1994, de 12 de julio, ulteriormente modificada) por la que se afirma incorporar 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 realidad se trata de una medida legislativa ajena al texto comunitario y en modo alguno impuesta por éste.

Séptimo.- Tampoco la obligación de invertir en la financiación de películas cinematográficas a cargo de los operadores de televisión deriva del régimen concesional bajo el que éstos desempeñan su actividad. La obligación legal de invertir en las producciones cinematográficas nace extramuros de las disposiciones que en España regulan la gestión, directa o indirecta, del servicio público de televisión. Las condiciones bajo las que se adjudican las concesiones, cuando se trata de gestión indirecta, o bajo las que han de actuar las entidades de titularidad pública estatales o autonómicas en régimen de gestión directa no incluyen las exigencias de financiación objeto de recurso.

De hecho, la obligación de invertir que aparece en la Ley 25/1994, por efecto de la Ley 22/1999, y se modifica en las leyes posteriores ni siquiera se exige a todos los operadores televisivos, esto es, a todos los concesionarios del servicio público, lo que pone de relieve la disociación conceptual y legal entre éste y aquélla. Tan sólo quedan obligados los operadores cuyos canales de televisión incluyan en su programación largometrajes cinematográficos con una antigüedad menor de siete años desde su fecha de producción.

La imposición en cuanto tal, esto es, el destino forzoso del cinco por ciento de la cifra total de ingresos de los referidos operadores televisivos a la financiación anticipada de producciones cinematográficas, resulta, pues, ser ajena a las razones que han determinado la opción legislativa por la figura del servicio público televisivo.



Recurso N°: 104/2004

Octavo.- A partir de las premisas anteriores, el designio de la medida legislativa debe buscarse en el fomento y producción de la creación y producción cinematográficas. Dadas las características propias de este sector, cuya dimensión cultural ha de ser reconocida, el legislador ha optado por una medida que sacrifica la libertad empresarial de los operadores televisivos a fin de aumentar y facilitar la financiación de determinadas creaciones y producciones cinematográficas. Los creadores y productores cinematográficos disponen, a partir de la entrada en vigor de la ley, de la garantía de contar (en su conjunto) con las inversiones correspondientes al cinco por ciento de los ingresos de explotación de aquéllos.

Las razones imperiosas de interés general que pudieran legitimar una restricción en la libertad empresarial de invertir se han de valorar según los criterios que han quedado expuestos en la síntesis de la doctrina constitucional antes reseñada.

Las restricciones adquieren su legitimación si son "adecuadas a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden" y resultan indispensables, esto es, "inevitadamente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor". El canon de proporcionalidad se convierte, de este modo, en el criterio clave para su enjuiciamiento.

A juicio de esta Sala la restricción objeto de debate pudiera no cumplir aquellas condiciones. En primer lugar, sin negar -antes al contrario- que el apoyo a la cinematografía europea por parte de los poderes públicos sea un fin constitucionalmente legítimo, su consecución ya viene instrumentada mediante numerosas medidas legislativas y reglamentarias que lo aseguran. Ante lo que se presenta como una situación en la que el mercado, por sí solo, no parece ser capaz de asegurar la rentabilidad adecuada de todas las producciones cinematográficas, la Ley 15/2001, de 9 de julio, por la que se regula el fomento y la promoción de la cinematografía y el sector audiovisual (y ulteriormente la Ley 55/2007), instaura ayudas públicas de muy diverso género para la producción, distribución y explotación cinematográficas, en buena parte bajo la forma de subvenciones no reintegrables.

Este régimen de incentivos, caracterizado por asignar importantes cantidades de fondos públicos al servicio de aquel fin, se plasma en



Recurso Nº: 104/2004

actuaciones públicas que ofrecen, en primer lugar, un marco de financiación privilegiado, con la garantía del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales que suscribe convenios de cooperación con bancos y entidades de crédito para facilitar y ampliar la financiación de las actividades de los productores, distribuidores, exhibidores y de las industrias técnicas. Se obtienen, con esta medida, créditos para la inversión a tipos inferiores a los de mercado, subvencionados con fondos públicos.

En segundo lugar, se instaura un régimen de ayudas públicas directas a la producción, tanto si se trata de ayudas anticipadas, basadas en meros proyectos, como si se trata de ayudas posteriores al estreno, en función de la recaudación obtenida en las salas de proyección: en este último caso el régimen de la subvención resulta tanto de un porcentaje general como de un complemento equivalente al 33 por ciento de la inversión hecha, sujetos ambos a determinadas condiciones y límites presupuestarios. Existen asimismo ayudas para el desarrollo de guiones, entre otras modalidades de fomento de la actividad.

En tercer lugar, existen estímulos a la distribución de las películas comunitarias en las salas de proyección españolas, bajo la fórmula de subvenciones directas calculadas sobre la base de un porcentaje de los gastos correspondientes; ayudas a los productores para gastos de participación y de promoción durante los festivales, así como para cubrir los costes de la organización de éstos. Y todo ello al margen de los incentivos públicos establecidos por las Comunidades Autónomas para la promoción de la actividad cinematográfica en sus respectivos territorios.

Los mecanismos de protección antedichos se complementan, además, con los que derivan -éstos sí- de la aplicación de los artículos 4 y 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. Los operadores televisivos han de reservar determinados tiempos mínimos de difusión y emisión a "obras europeas" (en el sentido del artículo 6) de las que forman parte las cinematográficas.

A nuestro juicio, no resulta indispensable, esto es, "inevitablemente preferida" a otras medidas de menor constricción, añadir al elenco de medidas



Recurso Nº: 104/2004

públicas protectoras de la cinematografía, otra adicional que suponga para los operadores televisivos una evidente mengua de la esfera de su libertad empresarial como es la de forzarles a invertir en los términos en que lo hace la Ley objeto de debate. La ley podría incentivar el uso de sus recursos propios para invertirlos en productos cinematográficos a través de fórmulas diversas (de naturaleza fiscal, entre otras) pero no existe, según nuestro parecer, una razón imperiosa de interés general que exija de modo coactivo la vinculación forzosa de una parte de los ingresos de los operadores televisivos a las inversiones ya referidas y que revista la fuerza necesaria para imponer a las empresas de aquel sector el sacrificio de su libertad garantizada por el artículo 38 de la Constitución, en beneficio de la actividad cinematográfica.

Noveno.- En atención a lo expuesto, de conformidad con los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto 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 de junio, y 15/2001, de 9 de julio.

LA SALA ACUERDA:

Plantear al Tribunal Constitucional 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 de junio, y 15/2001, de 9 de julio.

Expídase testimonio de la presente resolución y de los autos del recurso contencioso-administrativo, que se elevarán al Tribunal Constitucional



Recurso Nº: 104/2004

conforme a lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados: Ramón Trillo.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- María Isabel Perelló.- Rubricados.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA: 09/12/2009

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2009, que, en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la UNIÓN DE TELEVISIONES COMERCIALES ASOCIADAS (UTECA) contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 de 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, acuerda el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, respecto 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 la redacción debida a la Disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual.

Debo manifestar, respetuosamente, mi discrepancia con la decisión de la Sala de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal



Recurso Nº: 104/2004

Constitucional, al amparo de los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, respecto 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 la redacción dada 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, que se fundamenta en que puede ser contrario a la libertad de empresa que garantiza el artículo 38 de la Constitución, que baso en los siguientes razonamientos jurídicos:

Primero.- A mi juicio, la obligación de inversión de los operadores de televisión establecida en el párrafo segundo 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 la redacción dada 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, merece un juicio positivo de su constitucionalidad, puesto que estimo que no vulnera el artículo 38 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 33 de la Norma Fundamental, en cuanto que no puede caracterizarse como una medida restrictiva de la libertad de empresa por su contenido expropiatorio, por la que el Estado priva a los operadores de televisión designados de una parte de sus ingresos de explotación, que sería ilegítima por no responder a una causa de utilidad pública o interés social y no prever indemnización alguna, según aduce el letrado defensor de la UNIÓN DE TELEVISIONES COMERCIALES ASOCIADAS (UTECA) en su escrito de demanda, sino que se corresponde con la imposición de una obligación inherente a la noción de servicio público de televisión, que limita la libertad de inversión de determinadas empresas con la finalidad legítima, por estar fundada en razones imperiosas de interés general, de coadyuvar al fomento de la industria cinematográfica europea, en general, y de la industria cinematográfica española, en particular, y de la producción audiovisual.



Recurso Nº: 104/2004

En este sentido, considero que, según se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 112/2006, de 5 de abril, el legislador tiene un amplio margen de apreciación en la configuración del marco normativo de la política cultural y de la política audiovisual del Estado y, por ende, para establecer y precisar, en el respeto al marco constitucional y, concretamente, a la libertad de empresa, aquellas medidas y aquellos mecanismos o instrumentos complementarios de estímulo directo o indirecto a la producción cinematográfica y audiovisual que considere apropiados, necesarios y razonables para cumplir el objetivo legítimo de acceso, fomento y promoción de la cultura, que garantiza el artículo 44 de la Constitución, siempre que no puedan calificarse de desproporcionados por imponer un sacrificio o gravamen excesivo a los particulares que no se corresponda con el fin perseguido.

La Exposición de Motivos de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual, refiere las razones estratégicas que justifican la imposición de la obligación de inversión a los operadores de televisión para la producción de obras cinematográficas y audiovisuales en la necesidad de los poderes públicos de «crear cauces e inventivos para que su desarrollo sea posible, teniendo, además, en cuenta la excepcional singularidad actual de los recursos económicos y el entramado complejo de distribución que precisan estas obras», de modo que la adopción de esta medida se considera imprescindible en un contexto de dominio de la producción audiovisual norteamericana, para mantener y fortalecer la creación cinematográfica y audiovisual europea y española, en un escenario de «desarrollo de nuevas tecnologías y de revolución digital», que transforman el ciclo de la creación, producción, distribución y exhibición, que incide en la industria cinematográfica y audiovisual, que contribuye a reforzar la actividad de sectores estratégicos de nuestra cultura y de nuestra economía.

Segundo.- Debo significar que la estipulación de inversión impuesta a los operadores de televisión, que se establece en el párrafo segundo 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 la versión analizada, tiene un carácter instrumental, porque está



Recurso Nº: 104/2004

vinculada al objetivo de interés público, que se impone a operadores de televisión en el apartado 1 de la referida disposición legal, de reservar un porcentaje del 51 por ciento de su tiempo de emisión anual a la difusión de obras audiovisuales europeas, que requiere, en consecuencia, que se adopte un marco legislativo eficaz y coordinado de fomento de la producción audiovisual europea que garantice el cumplimiento óptimo de esta obligación.

La redacción del artículo 5.1 de la Ley 25/1994, en la versión que le dio la Ley 22/1999, que estableció originariamente esta prescripción, expresa con claridad el designio del legislador:

«1. Los operadores de televisión deberán reservar el 51 por 100 de su tiempo de emisión anual a la difusión de obras audiovisuales europeas.

Para el cumplimiento de esta obligación, 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 de largometrajes cinematográficos y películas para televisión europeas».

Tercero.- Cabe consignar que el cuestionado párrafo segundo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, en su redacción modificada por la Ley 15/2001, se dicta en cumplimiento de 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, que faculta a los Estados miembros a establecer en la regulación legislativa de los servicios de radiodifusión televisiva medidas obligacionales de apoyo a la producción audiovisual en Europa «para que las producciones europeas sean mayoritarias en los programas de televisión de todos los Estados miembros», entre las que cabe incluir obligaciones específicas de contribución a la inversión en producciones europeas.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 3 de marzo de 2009 (Asunto C-222/07), resolviendo la cuestión prejudicial planteada por esta Sala del Tribunal Supremo, en el marco del recurso



Recurso Nº: 104/2004

contencioso-administrativo promovido por la UNIÓN DE TELEVISIONES COMERCIALES ASOCIADAS (UTECA), reconoció que:

«1) 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.

2) 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.»

Sostengo, asimismo, que, siguiendo la doctrina expuesta en la referida sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 2009, la disposición adoptada por el legislador español, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y para televisión europeas, no infringe las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, puesto que, aunque se considere que constituye una restricción a la libertad de empresa y a la libertad de prestación de servicios, obedece a una razón imperiosa de interés general, en cuanto que tiene como objetivo contribuir, sustancialmente, a apoyar la producción cinematográfica y audiovisual en Europa, y, en consecuencia, a la defensa y desarrollo de la identidad cultural europea, contribuyendo a respetar la riqueza de su diversidad cultural y lingüística.

En efecto, el considerando 45 del Preámbulo de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, por la que se



Recurso Nº: 104/2004

modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, habilita específicamente a los Estados miembros a definir una misión de interés público en el marco de la organización de sus servicios de radiodifusión televisiva, consistente en imponer a algunos órganos de radiodifusión «la obligación de contribuir sustancialmente a la inversión en la producción audiovisual europea», en aras de cumplir el objetivo de apoyo a la producción audiovisual en Europa.

Cuarto.- En suma, estimando que la obligación impuesta en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, en la redacción debida a la Ley 15/2001, se revela proporcionada, en cuanto que la restricción a la libertad de empresa, que garantiza el artículo 38 de la Constitución, afecta exclusivamente a determinados operadores de televisión, que, en razón a su actividad, con base en un concepto de integración convergente de la cinematografía en el conjunto del sector audiovisual, se benefician de las inversiones comprometidas, y que, en términos cuantitativos, no excede del porcentaje del 5% de los ingresos de explotación, y no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, constitucionalmente legítimo, de contribuir al fomento de la producción audiovisual europea y española, considero que la disposición legal controvertida merece ser calificada de constitucional y, en consecuencia, no era procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Madrid, a nueve de diciembre de dos mil nueve.

Fdo.: José Manuel Bandrés.