



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062763

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1613/2017, de 25 de octubre de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 11/2016

SUMARIO:

Real Decreto 988/2015. Régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas. Nulidad de precepto. Ingresos computables. Ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios. El Gobierno ha incurrido en un exceso reglamentario en el desarrollo del mandato contenido en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, al considerar como ingresos computables a los efectos de determinar la base de la obligación de financiación establecida en dicha disposición legal, los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos, porque, aunque se establezcan algunas limitaciones para que puedan ser computados, ello no es óbice para entender que se trata de ingresos que se obtienen por el sujeto obligado por el desarrollo de una actividad económica que resulta claramente diferenciable de la que realiza el prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva, y, por ello, debe considerarse que está al margen de la explotación de los canales y de sus contenidos audiovisuales. En este sentido, el Gobierno ha incurrido en una contradicción *in terminis* porque ha considerado como ingresos computables ingresos provenientes de actividades no relacionadas con la actividad audiovisual de prestador, que están expresamente excluidos del cómputo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 988/2015, enjuiciado. En consecuencia con lo razonado, procede declarar la nulidad del apartado 3 del artículo 6 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, por ser disconforme a Derecho.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.3, 38, 103 y 108.

Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 62.2.

Ley 50/1997 (Ley del Gobierno), art. 23.3.

Ley 7/2010 (General de la Comunicación Audiovisual), arts. 2 y 5.3 y disp. final séptima.

RD 988/2015 (régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas), arts. 6 y 7.

PONENTE:

Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

Magistrados:

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don PEDRO JOSE YAGÜE GIL

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 11/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña.



Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1613/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pedro José Yagüe Gil, presidente
D. Eduardo Espín Templado
D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. María Isabel Perelló Doménech
D. José María del Riego Valledor

En Madrid, a 25 de octubre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 1/11/2016, interpuesto por el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de la mercantil THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.L., bajo la dirección letrada de don Pablo Mayor Menéndez y don Álvaro Sánchez-Bordona Benardelli, contra 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.

Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (A.U.C.), representada por el procurador don Pedro Antonio González Sánchez, bajo la dirección letrada de don Bernardo Hernández Ballester, y las entidades mercantiles VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., representada por la procuradora doña Ascensión de Gracia López-Ordera, bajo la dirección letrada de doña Zenaida de la Plaza Cañete; WUAKI TV, S.L., representada por la procuradora doña María José Bueno Ramírez, bajo la dirección letrada de don Javier López Gutiérrez y DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.U., representada por el procurador don Jacobo Borja Rayón, bajo la dirección letrada de don Carlos Ergueta Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de la mercantil THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.L., interpuso el 7 de enero de 2016, recurso contencioso-administrativo, que se registró con el número 1/11/2016, contra 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.

Segundo.

En su escrito de demanda de fecha 29 de septiembre de 2016, la representación procesal de la mercantil THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.L. demandante, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y los concluyó con el siguiente SUPLICO:



« que, teniendo por presentado este escrito con sus documentos adjuntos y con sus copias, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formalizada la demanda en tiempo y forma y, previos los trámites pertinentes, dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso, declare la nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad de los artículos del Real Decreto 1565/2010 (sic) que se relacionan seguidamente:

- Artículo 6, apartado 3;
- Artículo 6, apartado 1.b); y
- Artículo 6, apartado 1.d).

Por Otrosí manifiesta que devuelve el expediente administrativo. Por Otrosí Segundo entiende que la cuantía del presente recurso es indeterminada. Por Otrosí Tercero interesa el recibimiento del presente recurso a prueba sobre los puntos de hecho que refiere y los medios que propone. Por Otrosí Cuarto pide trámite de conclusiones. »

Tercero.

El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 27 de octubre de 2016, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, teniendo por contestada la demanda, dictándose sentencia desestimatoria y confirmando la disposición recurrida. Con costas. » .

Cuarto.

Por diligencia de ordenación de 3 de noviembre de 2016, se dió traslado a las representaciones procesales de las codemandadas DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.U., ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (A.U.C.) WUAKIU TV, S.L. y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. para que contesten a la demanda en el plazo de veinte días, evacuándose dicho trámite únicamente por el procurador don Pedro Antonio González Sánchez, en representación de la Asociación de Usuarios de la comunicación (A.U.C.) por escrito presentado el 9 de diciembre de 2016, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyo con el siguiente SUPPLICO:

« que, tenga por presentado este escrito, y por devuelto el expediente administrativo, en tiempo y forma, se sirva admitirlo, acordando su unión a las actuaciones de su razón, teniendo por formalizado el ESCRITO DE CONTESTACION A LA DEMANDA formulada por la representación procesal de la mercantil recurrente "THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.A." contra 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, y en concreto su artículo 6, apartado 1º, b) y d) y apartado 3 º, teniendo por realizada la oposición en nombre de la ASOCIACION DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (AUC), dándole traslado a las partes de este recurso contencioso-administrativo, y prosiga el proceso por todos sus trámites hasta que, se dicte en su día, sentencia que resuelva este proceso y contenga, en su parte dispositiva, los pronunciamientos siguientes:

1. Que desestime íntegramente el presente recurso contencioso-administrativo y declare que el artículo' 6 apartado 1º, b) y d) y apartado 3º del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre , resulta conforme a Derecho.
- 2º. En todo caso, condene en costas dimanantes de este recurso a la mercantil recurrente "The Walt Disney Company Iberia, S.A.", conforme determina el artículo 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

Por Otrosí Primero manifiesta que considera innecesaria la admisión de la prueba propuesta al considerar que no existe disconformidad en los hechos y que se trata de una cuestión jurídica la divergencia existente entre las partes del proceso. Por Otrosí Segundo manifiesta su voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley de subsanación de posibles defectos. Por Otrosí Tercero solicita que se fije la cuantía de este recurso en indeterminada. » .

Quinto.

Por diligencia de ordenación de 13 de diciembre de 2016 se tiene por caducado y por perdido el trámite de contestación a la demanda a las codemandadas DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.U., WUAKIU



TV, S.L. y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. al no haber presentado escrito alguno en el plazo otorgado por diligencia de ordenación de 3 de noviembre de 2016.

Sexto.

La Letrada de la Administración de Justicia dictó Decreto por el que resuelve fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

Séptimo.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el 1 de febrero de 2017 dictó Auto cuya parte dispositiva dice literalmente:

« Recibir el recurso a prueba. Admitir y declarar pertinente la prueba documental propuesta por la parte demandante, en sus dos apartados. Se tienen por aportados y reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, así como los adjuntos al escrito de demanda. Líbrese oficio a la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información a fin de que remitan copia de los documentos indicados en los apartados (i) y (ii). Se admite y declara pertinente la prueba pericial, teniéndose por aportado el informe emitido por D. Roman y se señala para la ratificación del mismo y posibles aclaraciones solicitadas por las partes, previa declaración de pertinencia por esta Sala, la audiencia del próximo día 16 de Febrero de 2017, a las 12,45 horas de su mañana. Expídase por la Sra. Secretaria la oportuna citación para la comparecencia en este Tribunal del expresado perito, que será entregada al Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira para su diligenciado, quedando citadas las partes a dicho acto con la notificación de la presente resolución. » .

Octavo.

Por providencia de 7 de marzo de 2017, se declara terminado y concluso el periodo de práctica de prueba concedido; unir las practicadas a los autos; y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concede al representante procesal del actor el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones sucintas sobre los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, lo que efectuó el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira por escrito presentado el 27 de marzo de 2017, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPlico:

« que teniendo por presentado este escrito, lo admita, y tenga por formulado escrito de conclusiones en forma y plazo, y en su virtud, dicte sentencia estimatoria del presente recurso contencioso-administrativo, en los términos suplicados en nuestro escrito de demanda. » .

Noveno.

Por diligencia de ordenación de 28 de marzo de 2017, se acuerda entregar copia del escrito de conclusiones a las partes demandadas [la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (A.U.C.), y las mercantiles DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.U., WUAKIU TV, S.L. y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.], otorgándoles el plazo de diez días para que presenten las suyas, evacuándose dicho trámite, con el siguiente resultado:

1º. El Abogado del Estado por escrito presentado el 7 de abril de 2017, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPlico: « que teniendo por presentado este escrito con sus copias se sirva admitirlo, teniendo por formuladas conclusiones. » .

2º. El procurador don Pedro Antonio González Sánchez, en representación de la Asociación de Usuarios de la comunicación (A.U.C.) presentó escrito el 11 de abril de 2017, en el que efectuó, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPlico: « que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, teniendo por formulado el escrito de conclusiones de la parte actora, y previos los trámites oportunos, dicte sentencia cuya parte dispositiva contenga unos pronunciamientos conforme a las peticiones contenidas en el suplico del escrito de contestación a la demanda, para que se desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo y declare que el artículo 6 apartado 1º, b) y d) y apartado 3º1 del Real Decreto 988/2015 de 30 de



octubre , resulta conforme a Derecho, condenando al pago de las costas dimanantes de este proceso a la mercantil recurrente. » .

Décimo.

Por diligencia de ordenación de 17 de abril de 2017, se tiene por evacuado el trámite de conclusiones por la Administración demandada y por el procurador don Pedro Antonio González Sánchez y por decaídos en su derecho a las restantes partes perosnadas (las mercantiles DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.U., WUAKIU TV, S.L. y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.).

Undécimo.

Por providencia de fecha 16 de junio de 2017 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat y se señaló para votación y fallo el día 10 de octubre de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo.

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la mercantil THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.L., tiene por objeto la pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho o, subsidiariamente, la anulabilidad de los apartados 1 b) y d) y 3 del artículo 6 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.

Para una adecuada comprensión de la controversia planteada en este recurso contencioso-administrativo, procede transcribir el contenido de las disposiciones impugnadas:

El artículo 6 del Real Decreto 988/2015 , bajo la rúbrica « ingresos computables », en sus apartados 1 b) y d) y 3, dispone:

« 1. Los ingresos computables para determinar la cuantía de la obligación de financiación, en el caso de los prestadores obligados de servicios de titularidad privada, son los siguientes: [...] b) Ingresos obtenidos por la venta a terceros de los contenidos producidos o coproducidos por el prestador de servicios que generan la obligación. [...] d) Ingresos obtenidos por la explotación directa del contenido por parte del prestador independientemente de la modalidad utilizada. 3. Los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos sólo se computarán en la medida en que la suma de dichos ingresos represente un porcentaje superior al diez por ciento del total de ingresos de explotación del prestador del servicio y en la cuantía que exceda de dicho porcentaje. » .

La impugnación de determinados apartados del artículo 6 del Real Decreto 988/2015 , relativos a la determinación de los ingresos computables a los efectos de determinar la base de cálculo del 5% que determina el cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales europeas regulada en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , se fundamenta, en primer término, en la alegación de que esta disposición legal limita tales ingresos al 5 por 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación correspondiente a los canales en los que emite estos productos audiovisuales.

Se aduce que, sin embargo, el autor de la norma reglamentaria extiende la base imponible mediante la inclusión de ingresos no previstos en la LGCA que, de manera directa o derivada, se relacionan con la actividad audiovisual del operador, habiendo incumplido, por tanto, la Administración el mandato de desarrollar la Ley.

En relación con la consideración como ingresos computables de los ingresos obtenidos por la venta a terceros de los contenidos producidos o coproducidos por el prestador de servicios que generan la obligación y de los ingresos obtenidos por la explotación directa del contenido por parte del prestador independientemente de la modalidad utilizada, se expone que supone una ampliación a ingresos que no tienen que ver con la prestación de servicios de comunicación audiovisual y no pueden ser en modo alguno considerados ingresos del canal.



Se aduce que la delimitación de los ingresos computables que ha hecho la Administración excede de la Ley General de la Comunicación Audiovisual y carece de toda justificación, pues no se dan motivos ni razones que sustenten esa decisión.

Se pretende que se declare la nulidad del apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto 988/2015 , así como de los apartados 6.1 b) y d) del citado precepto reglamentario, por vulneración del artículo 5.3 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual , en relación con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y el artículo 23.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno .

También se preconiza la nulidad de las disposiciones del Real Decreto impugnado con base en la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución , en relación con los artículos 38 , 103 y 108 de la Constitución , y con el principio de proporcionalidad en la actuación administrativa.

Segundo. *Sobre la prosperabilidad parcial del recurso contencioso-administrativo.*

El motivo de impugnación formado contra los apartados 1 b) y d) del artículo 6 del real Decreto 988/2015, de 30 de octubre , basado en el argumento de que el Gobierno no asume el mandato contenido en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , que limita los ingresos computables a aquéllos correspondientes a la explotación de los canales, no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala sostiene que no procede declarar la nulidad de pleno derecho de los apartados 1 b) y d) del artículo 6 del Real Decreto 988/2015 , por vulnerar el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , porque no cabe interpretar dicha disposición legal en el sentido restrictivo que propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente, que determinaría la exclusión como ingresos computables, a los efectos del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales europeas, que se impone a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva, tanto de los ingresos obtenidos por la venta a terceros de los contenidos producidos o coproducidos por el prestador de servicios que generan la obligación, como de los ingresos obtenidos por la explotación directa del contenido por parte del prestador independientemente de la modalidad utilizada.

Al respecto, cabe poner de relieve que el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , que se reputa infringido por la norma reglamentaria impugnada, dispone:

«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 determinar si el Gobierno ha incurrido en ultra vires al desarrollar este precepto legal, cabe señalar que la definición de prestador de un servicio de comunicación audiovisual de canales de televisión, que se infiere del artículo 2 de la ley 7/2010, de 31 de marzo , como la persona física o jurídica prestadora del servicio de comunicación electrónica que ofrezca una oferta de canales de televisión que en sus contenidos incluyan películas cinematográficas, películas para televisión o series para televisión, y el concepto de canal que se refiere en dicho precepto legal como «conjunto de programas de televisión o de radio organizados dentro de un horario de programación que no puede ser alterado por el público», permiten asociar la actividad de explotación de los canales con la actividad de explotación de programas y contenidos que se emiten en los mismos, de modo que estimamos que el Gobierno sólo incurrirá en exceso reglamentario si incluye como ingresos computables ingresos intrínsecamente no relacionados con el desarrollo de dichas actividades económicas.

En este sentido, también debemos subrayar que el artículo 5.3 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual considera, además, como sujetos obligados a los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y a los prestadores de servicios de catálogos de programas, y autoriza expresamente que la financiación de las obras audiovisuales pueda consistir en la participación directa en su producción o en la adquisición de derechos de explotación de las mismas.

Por tanto, partiendo de una interpretación sistemática de los preceptos legales referenciados, esta Sala considera que el designio del legislador, plasmado en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de



la Comunicación Audiovisual , es tratar de delimitar el contenido cuantitativo de la obligación de contribuir a la financiación de la producción audiovisual europea, atendiendo a dos parámetros o criterios objetivos precisos: 1) ingresos obtenidos por el sujeto obligado derivados de la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisiva que se concretan en los ingresos devengados correspondientes a la explotación de los canales; y 2) ingresos que, conforme a la normativa contable, figuren en la cuenta de explotación de la sociedad explotadora de los canales.

Por ello, contrariamente a lo que propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente, no estimamos que el Gobierno haya infringido el mandato contenido en el artículo 5.3 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual , por no limitarse a considerar como ingresos computables los ingresos obtenidos por pago de cuotas, los ingresos derivados de la publicidad o aquéllos generados por la explotación de los propios canales, que serían los únicos que, a juicio, pueden considerarse ingresos del canal, ya que esta supuesta restricción carece de fundamento legal, pues estos ingresos no abarcan todos los ingresos obtenidos por el prestador del servicio de comunicación audiovisual derivados del desarrollo de su propia actividad.

También rechazamos el motivo de impugnación fundado en el argumento de que los apartados 1 b) y d) del artículo 6 del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre , carezcan de base jurídica suficiente porque, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final séptima de la Ley General de la Comunicación Audiovisual , el Gobierno está habilitado para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de la presente Ley, por lo que estimamos tiene competencia para precisar o concretar que ingresos deben ser considerados computables, a los efectos del cumplimiento de la referida obligación de financiación, que deberán ser todos aquellos ingresos obtenidos por el sujeto obligado derivados de la realización de actividades que estén directamente relacionadas o vinculadas con la explotación del canal.

Cabe desestimar, también, la pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho de los apartados 1 b) y d) del artículo 6 del Real Decreto 988/2015 , que se funda en la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, enunciado en el artículo 9.3 de la Constitución .

Procede observar que en la exposición de este motivo de impugnación se insiste en el argumento de que la Administración ha vulnerado «flagrantemente» lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual , en la medida que este precepto -según se aduce- limita los ingresos a los que ha de sujetarse el cumplimiento de la obligación de financiación, incurriendo en un exceso respecto de los límites de la discrecionalidad, al aumentarse injustificadamente la carga que han de soportar los operadores obligados.

Cabe señalar al respecto, que este argumento ya lo hemos rechazado en los precedentes razonamientos jurídicos, al sostener que no apreciamos que concurra extralimitación reglamentaria.

Tampoco consideramos que sea convincente el alegato formulado, fundado en que las disposiciones impugnadas vulneran el principio de proporcionalidad, en cuanto la medida adoptada de contribuir a financiar la producción europea de películas cinematográficas y películas y series para televisión, no es acorde al fin perseguido de garantizar el derecho a la diversidad cultural y lingüística, y, por ende, atenta contra la libertad de empresa.

En relación con el enjuiciamiento de la obligación de financiación de obras cinematográficas contenida en la precedente 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, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 35/2016, de 3 de marzo , rechazó que la imposición de esta medida vulnerase la libertad de empresa en los siguientes términos, que resultan plenamente aplicables para la resolución de este proceso contencioso-administrativo:

«[...] De este modo, y en aplicación de la precedente doctrina, la medida aquí cuestionada, que afecta al desarrollo de la actividad empresarial pero no al acceso a la misma, y tampoco entraña ninguna desigualdad entre operadores, debe someterse solamente al doble escrutinio siguiente: en primer lugar, debe comprobarse si el fin perseguido por ella es constitucionalmente legítimo; y en segundo lugar, caso de superarse este primer examen, debe verificarse además si la medida es adecuada para la consecución de ese objetivo.

5.a) Por lo que respecta al primero de esos requisitos, nadie ha puesto en duda la legitimidad constitucional del fin perseguido. Sin embargo, ello no debe ser óbice para que este Tribunal Constitucional entre a verificar su concurrencia. El cine es, entre otras cosas, una manifestación cultural. La vinculación entre el cine y la cultura está ya establecida desde el mismo preámbulo de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine, que en sus primeras líneas pone de manifiesto que «[l]a actividad cinematográfica y audiovisual conforma un sector estratégico de nuestra cultura y de nuestra economía», constituye una «manifestación artística y expresión creativa» que «es un



elemento básico de la entidad cultural de un país», y contribuye «al mantenimiento de la diversidad cultural» de España, siendo todos ellos «elementos suficientes para que el Estado establezca las medidas necesarias para su fomento y promoción». Por consiguiente, la protección de esta manifestación cultural tiene expreso anclaje en los arts. 20.3 (pluralismo de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público), 44 (derecho a la cultura) y 149.2 CE, que considera el servicio de la cultura como «deber y atribución esencial» del Estado, así como en el art. 46 CE en lo tocante al enriquecimiento del patrimonio cultural de los pueblos de España (recuérdese la reserva del 60 por ciento de la cantidad total comprometida por la norma para la financiación de «producciones cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España»). Además, y por lo que respecta a las obras europeas, y no solo españolas, que son las que la norma cuestionada intenta proteger y promocionar, es asimismo incuestionable que por medio o a través de ellas se consigue la conformación y aprehensión de las identidades europeas, tanto las comunes o compartidas, como las singulares de cada Estado de la Unión, y que ello favorece el logro de «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», que es el fin primordial del proceso de integración europea consagrado en el preámbulo y en el art. 1 del Tratado de la Unión Europea. Y que, por ello, es un fin de indudable interés para España como partícipe de ese proceso de integración. De un modo más específico, desde el Tratado de Maastricht, que introdujo el entonces art. 128 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, actual art. 167 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la cultura se ha convertido en una de las políticas de la Unión, que debe contribuir «al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto a su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común» (apartado 1) y favorecer «la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos» (apartado 2), complementando de este modo las actuaciones que deben desarrollar prioritariamente los Estados miembros, de acuerdo con el art. 6 c) del mismo TFUE. De todo ello resulta la legitimidad constitucional del fin perseguido por la norma, tanto en lo que se refiere a la promoción de la industria cinematográfica y audiovisual española, como en lo que se refiere a la del resto de países europeos (con implícita exclusión de otras). En este sentido, la protección de esta industria, española y europea, frente a poderosos competidores externos (no europeos) no puede merecer tampoco ningún reproche, desde esta perspectiva constitucional. b) Tampoco puede dudarse de la adecuación de la medida cuya constitucionalidad se cuestiona al fin perseguido por la norma. La inversión forzosa, impuesta por la ley, de cierta cantidad de dinero cada año en la financiación de películas y obras audiovisuales españolas y europeas, cuyo componente cultural ya hemos destacado, evidentemente contribuye a promocionar la cultura y la identidad e identidades europea/s y española/s ínsita en esas obras. » .

Con base en los precedentes razonamientos jurídicos referidos a la interpretación del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, procede estimar la pretensión formulada, relativa a que se declare la nulidad de pleno derecho del apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto 988/2015, que dispone que «los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos sólo se computarán en la medida en que la suma de dichos ingresos represente un porcentaje superior al diez por ciento del total de ingresos de explotación del prestador del servicio y en la cuantía que exceda de dicho porcentaje » .

Al respecto, esta Sala sostiene que el Gobierno ha incurrido en un exceso reglamentario en el desarrollo del mandato contenido en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, al considerar como ingresos computables a los efectos de determinar la base de la obligación de financiación establecida en dicha disposición legal, los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos, porque, aunque se establezcan algunas limitaciones para que puedan ser computados, ello no es óbice para entender que se trata de ingresos que se obtienen por el sujeto obligado por el desarrollo de una actividad económica que resulta claramente diferenciable de la que realiza el prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva, y, por ello, debe considerarse que está al margen de la explotación de los canales y de sus contenidos audiovisuales.

En este sentido, consideramos que el Gobierno ha incurrido en una contradicción in terminis porque ha considerado como ingresos computables ingresos provenientes de actividades no relacionadas con la actividad audiovisual de prestador, que están expresamente excluidos del cómputo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 988/2015, enjuiciado.

En consecuencia con lo razonado, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.L. contra 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, declarando la nulidad del apartado 3 del artículo 6 de la referida norma reglamentaria, por ser disconforme a Derecho.

Tercero. Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.L. contra 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.

Segundo.

Declarar la nulidad del apartado 3 del artículo 6 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, por ser disconforme a Derecho, en los términos fundamentados.

Tercero.

No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

Cuarto.

Ordenar la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado , de conformidad con el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro José Yagüe Gil Eduardo Espín Templado José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat
Eduardo Calvo Rojas María Isabel Perelló Doménech José María del Riego Valledor

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.