# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. W. VAN GERVEN

presentadas el 18 de febrero de 1993 *

*Señor Presidente,*
*Señores Jueces,*

1. El Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera; en lo sucesivo, «Tribunal Supremo») solicita al Tribunal de Justicia en el presente asunto que declare si es compatible con el ordenamiento comunitario una norma española relativa a la concesión de licencias de doblaje de películas de terceros países. Dicha norma condiciona la distribución en España de tales películas, en versión doblada a alguna lengua oficial española, a la previa contratación para su distribución de una película española hecha por la empresa distribuida solicitante de la licencia. El Tribunal supremo plantea esta cuestión en el marco de un recurso de nulidad interpuesto por la Federación de Distribuidores Cinematográficos (Fedicine), una asociación española de distribuidores de películas, contra la norma española de que se trata.

## Antecedentes de hecho

2. España, hasta la adhesión a las Comunidades Europeas, tuvo una normativa especialmente estricta en materia de películas cinematográficas. Dicha normativa contenía un requisito de nacionalidad para los productores de películas y empresas de doblaje de películas establecidos en España; además establecía una licencia para el doblaje y la distribución de películas extranjeras —la concesión de una licencia estaba supeditada a la distribución de una película española— y, por último, fijaba una proporción entre las películas extranjeras y españolas que se podían proyectar en la televisión o en salas de cine. [1]

Tras su adhesión a la Comunidad, España adaptó su legislación mediante el Real Decreto Legislativo 1257/1986, de 13 de junio (en lo sucesivo, «Decreto»). [2] Su artículo único contiene dos disposiciones sobre la distribución de películas que no sean españolas. [3] Para las *películas producidas en otros Estados miembros de la Comunidad* rige la norma de que las empresas distribuidoras legalmente constituidas podrán distribuirlas libremente. Para las *películas producidas en terceros países,* en cambio, el Decreto recoge la normativa anterior hasta tal punto que la distribución de tales películas en versión doblada queda supeditada a la previa obtención de la correspondiente licencia. Por cada película española que hayan contratado para su distribución se concederá a las empresas distribuidoras un máximo de cuatro licencias de doblaje. Para ello deben comprometerse contractualmente en las siguientes condiciones: i) la primera licencia se concederá cuando la autoridad competente (el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, en lo sucesivo, «ICAA») tenga notifi-

* Lengua original: neerlandés.

1 — En sus observaciones escritas la Comisión trata con mayor detalle la legislación española anterior a la adhesión.

2 — *Boletín Oficial del Estado* nº 153 de 27.6.1986, p. 23427.

3 — Véase el texto de este artículo en el informe del Juez Ponente.

cación de haberse iniciado el rodaje de una película española previamente contratada por el distribuidor; [4] ii) la segunda, tercera y cuarta licencia se otorgará cuando se acredite que dicha película española ha logrado determinados ingresos brutos en taquilla (respectivamente 30, 60 y 100 millones de pesetas).

También cabe mencionar que el Gobierno español, a instancia del Tribunal de Justicia, confirmó en una carta de 28 de diciembre de 1992 que está en preparación una nueva modificación de la legislación cinematográfica «con miras a su adaptación al Derecho comunitario».

3. Fedicine interpuso ante el Tribunal Supremo un recurso de nulidad contra dicho Decreto. Alega que éste constituye una medida proteccionista y discriminatoria respecto de las películas de otros Estados miembros, dado que impone a los distribuidores de películas favorecer la distribución de películas españolas. El Tribunal Supremo estimó oportuno plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible con el ordenamiento comunitario la medida de condicionar la concesión de licencias de doblaje de películas de terceros países, para su distribución en España en versión doblada a alguna lengua oficial española, a la previa contratación para su distribución de una película española hecha por la empresa distribuidora solicitante de la licencia?»

4. Considerando la manera en que el Tribunal Supremo ha formulado su cuestión, me parece oportuno recordar brevemente que el Tribunal de Justicia, en el marco de un asunto prejudicial, no puede pronunciarse sobre la compatibilidad de una normativa nacional con el Derecho comunitario. Sin embargo, es reiterada jurisprudencia que el Tribunal de Justicia puede deducir del texto de las cuestiones planteadas por el Juez nacional, vistos los datos expuestos por éste, los elementos referentes a la interpretación del Derecho comunitario que puedan permitir a este Juez resolver el problema jurídico que se le plantea. [5]

## El Derecho comunitario aplicable

5. Para responder adecuadamente a la cuestión planteada por el Tribunal Supremo, dada la manera genérica en que dicho órgano jurisdiccional pregunta sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario, debo examinar en primer lugar qué normas comunitarias son aplicables al caso de autos.

Fedicine alegó ante el Juez nacional que la norma española controvertida es contraria a los artículos 30 a 36, 59 y 92 del Tratado, a las Directivas 63/607/CEE y 65/264/CEE [6] y al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). En sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia impugna la legalidad del Decreto únicamente con arreglo a los artículos 30 a 36 del Tratado, es decir, las normas comunitarias en materia de *circulación de mercancías*. Por el contrario, el

4 — Esta licencia quedará automáticamente anulada si la película no se presenta a calificación dentro de los doscientos días siguientes al inicio del rodaje. El Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, previa justificación de los interesados, podrá prorrogar dicho plazo.

5 — Véase, entre otras, la sentencia de 11 de junio de 1987, Proceso penal contra X (14/86, Rec. p. 2545), apartados 15 y 16; véase recientemente la sentencia de 28 de enero de 1992, López Brea e Hidalgo Palacios (asuntos acumulados C-330/90 y C-331/90, Rec. p. I-323), apartado 5.

6 — Véanse en la nota 9 las referencias precisas a estas Directivas.

Gobierno español y la Comisión estiman que la compatibilidad del Decreto con el Derecho comunitario debe examinarse bajo la perspectiva del artículo 59 del Tratado, con otras palabras, las disposiciones en materia de *circulación de servicios*. En consecuencia, debo examinar primeramente si son aplicables al caso de autos las disposiciones del Tratado en materia de circulación de mercancías o de circulación de servicios.

6. Como se ha dicho, en sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia Fedicine estima que el régimen contenido en el Decreto constituye una medida de efecto equivalente contraria al artículo 30 del Tratado, dado que a través del sistema de licencias antes esbozado favorece la distribución de películas españolas y, por tanto, hace menos atractiva la distribución de películas procedentes de cualquier otro país comunitario. Fedicine establece claramente la premisa de que las películas son mercancías con arreglo al Tratado.

Por el contrario, la Comisión sostiene que en el presente asunto sólo se discuten las *condiciones de explotación* de películas de producción española y de las procedentes de otros Estados miembros y de países terceros. Según dicha Institución, ha de considerarse la explotación de una película como un servicio con arreglo al artículo 59 del Tratado CEE. Si bien para la explotación comercial de una película producida fuera de España se precisa importar al menos una copia de dicha película, según la Comisión el elemento esencial de la actividad económica de explotación de películas lo constituye el hecho de que el productor autoriza la exhibición al público de su película y recibe a cambio como contraprestación por esta licencia una remuneración por parte del distribuidor, que puede consistir en una cantidad a tanto alzado o bien en un porcentaje calculado basándose en la recaudación de dicha película.

7. Se sobrentiende que la filmación de una película cinematográfica presupone la *fabricación* de un soporte material de la película, la cinta, que puede ser la copia estándar o la reproducción de una película. Dicha cinta es sin lugar a dudas una «mercancía» con arreglo a las disposiciones del Tratado relativas a la circulación de mercancías, tal como el Tribunal de Justicia precisó este concepto, en particular, «productos que pueden valorarse en dinero y que, como tales, pueden ser objeto de transacciones comerciales». [7] En este sentido también declaró dicho Tribunal en la sentencia Cinéthèque, en relación con la producción de casetes de vídeo, que:

«no puede calificarse de "servicios" con arreglo al Tratado la fabricación de casetes de vídeo, dado que las prestaciones del fabricante de tales productos conducen directamente a la fabricación de un objeto material que, además, está clasificado en el Arancel Aduanero Común (partida 3707). Según el artículo 60 del Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas a cambio de una remuneración "que no se

7 — Sentencia de 10 de diciembre de 1968, Comisión/Italia (7/68, Rec. pp. 589 y ss., especialmente p. 598); véase la reciente sentencia de 9 de julio de 1992, Comisión/Bélgica (C-2/90, Rec. p. I-4431), apartados 23 y 26; véase la definición de «mercancías» en las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, de 19 de septiembre de 1991, en el asunto últimamente citado (Rec. 1992, p. I-4460), punto 18.

rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías"». [8]

8. Sin embargo, con ello no se ha dicho, en absoluto, que la *explotación* de películas esté comprendida en las disposiciones del Tratado relativas a la circulación de mercancías. Aunque la explotación en un Estado miembro de una película cinematográfica realizada en otro Estado miembro supone un movimiento de mercancías con cruce de fronteras, en el sentido de que en el país de explotación debe importarse al menos una copia de dicha película, [9] opino que el meollo de la explotación de películas no radica en los intercambios materiales de cintas de películas. [10] Como el Tribunal de Justicia confirmó en las sentencias Coditel, la película cinematográfica se diferencia de otros productos culturales que suponen la puesta en circulación, en grandes cantidades, de soportes materiales (libros, discos compactos, casetes de vídeo). En efecto,

«la película pertenece a la categoría de obras literarias y artísticas que se ponen a disposición del público por la vía de representaciones que pueden repetirse hasta el infinito y cuya comercialización está comprendida en la circulación de servicios, cualquiera que sea el modo de difusión al público, cine o televisión.» [11]

9. Por consiguiente, el aspecto esencial de la explotación de una película radica en la puesta a disposición, por el productor, de los derechos de distribución en un mercado determinado, así como en la cesión, con carácter temporal, de los derechos de representación pública en el mercado de que se trate. [12] La cesión (con cruce de fronteras) de un soporte material de película no es más que una consecuencia lógica, por lo que no cabe hablar de circulación de mercancías con arreglo al Tratado. Me parece evidente que aquí se trata de una prestación de servicios remunerada —normalmente determinado porcentaje de los ingresos recaudados con las proyecciones—, de modo que también se reúne este elemento del concepto comunitario de servicios establecido en el artículo 60 del Tratado. [13]

8 — Sentencia de 11 de julio de 1985, Cinéthèque (asuntos acumulados 60/84 y 61/84, Rec. p. 2605), apartado 10. Compárese, asimismo, con la sentencia de 7 de mayo de 1985, Comisión/Francia (18/84, Rec. p. 1339), apartado 12, en la que el Tribunal rehúsa calificar de servicio los trabajos de imprenta, «porque las actividades del impresor conducen directamente a la producción de un objeto material que, además, está clasificado como tal en el Arancel Aduanero Común [...]».

9 — Es por ello que la acción comunitaria, al crearse el mercado común, se haya dirigido primeramente a la supresión de los contingentes de importación de películas procedentes de otro Estado miembro: véanse, en particular, los artículos 5 a 10 de la Directiva 63/607/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1963, para la aplicación de las disposiciones del Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en materia de cinematografía (DO 1963, p. 2661; EE 06/01, p. 25). La segunda Directiva adoptada en esta materia obliga a los Estados miembros a suprimir a más tardar el 31 de diciembre de 1966 *todos* los contingentes de importación de películas que tengan la nacionalidad de uno o varios Estados miembros: artículo 7 de la Segunda Directiva 65/264/CEE del Consejo, de 13 de mayo de 1965, para la aplicación de las disposiciones de los Programas generales para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de cinematografía (DO 1965, p. 1437; EE 06/01, p. 63). El párrafo tercero del artículo 7 de esta Directiva aclara que la supresión de los contingentes implicará el derecho de importación ilimitada de copias, contratipos y material publicitario.

10 — El comercio intracomunitario de materiales, soportes de sonido, películas y otros productos materiales necesarios para el *producción* de una película está comprendido evidentemente en las disposiciones del Tratado en materia de circulación de mercancías: véase en relación con los productos utilizados para la emisión de mensajes televisados la sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartado 7; véase también la sentencia de 18 de junio de 1991, Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT) (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 14. Por otra parte, los productos fotográficos o cinematográficos, entre ellos la película cinematográfica, son objeto de un capítulo específico, a saber el capítulo 37 del Arancel Aduanero Común: véase el Reglamento (CEE) nº 2658/87 del Consejo, de 23 de julio de 1987, relativo a la Nomenclatura Arancelaria y Estadística y al Arancel Aduanero Común (DO 1987, L 256, pp. 1 y ss., especialmente pp. 249 a 252).

11 — Sentencia de 6 de octubre de 1982, Coditel II (262/81, Rec. p. 3381), apartado 11, con remisión a la sentencia de 18 de marzo de 1980, Coditel I (62/79, Rec. p. 881), apartado 12.

12 — Véase la definición de «actividades de distribución y de alquiler de películas» en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 68/369/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativa a la realización de la libertad de establecimiento para las actividades no asalariadas de distribución de películas (DO 1968, L 260, p. 22; EE 06/01, p. 107).

13 — Sobre el elemento de la retribución o contraprestación como característica del concepto comunitario de servicio y, más en general, del concepto de actividad económica con arreglo al Tratado CEE, véanse, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 1976, Donà (13/76, Rec. p. 1333), apartado 12; la sentencia de 5 de octubre de 1988, Steymann (196/87, Rec. p. 6159), apartado 14, y la sentencia de 4 de octubre de 1991, Grogan (C-159/90, Rec. p. I-4685), apartados 16 a 21.

10. Todo ello no significa necesariamente que siempre sean aplicables las disposiciones del Tratado relativas a la circulación de servicios. Para esto también se requiere (de conformidad con el párrafo primero del artículo 59 del Tratado CEE) que el prestador del servicio sea nacional de un Estado miembro y esté establecido en la Comunidad y que el servicio prestado tenga carácter intracomunitario. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este carácter existe, en particular, cuando i) el prestador del servicio se desplaza a otro Estado miembro para prestar el servicio; [14] ii) el destinatario del servicio se desplaza a otro Estado miembro para recibir el servicio; [15] iii) ninguno de los dos se desplaza a otro Estado miembro, pero el servicio lo presta una persona establecida en un Estado miembro distinto del país del destinatario del servicio. [16]

11. Opino que, en la mayor parte de los casos, la explotación en un Estado miembro de películas realizadas en otro Estado miembro estará comprendida en esta última categoría, dado que esta prestación de servicios no requiere que el productor (prestador del servicio) ni el distribuidor explotador (destinatario del servicio) crucen las fronteras interiores de la Comunidad.

Sin embargo, deseo señalar aún que, si el productor extranjero mantiene una presencia económica continua en el país en el que se realiza la prestación del servicio —sea a través de una sucursal, de un agente autónomo o de cualquier otra forma—, entonces no rigen las disposiciones del Tratado relativas a la prestación de servicios, sino las correspondientes al derecho de establecimiento (artículos 52 a 58 del Tratado). [17] Esto emana de la norma de prioridad contenida en el artículo 60 del Tratado, que sólo declara aplicables las disposiciones relativas a la circulación de servicios en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas (entre otras) a la libre circulación de personas.

**¿Es contrario el Decreto a las disposiciones del Tratado en materia de circulación de servicios?**

12. Así pues, en las circunstancias descritas estoy de acuerdo en que el presente asunto debe examinarse bajo la perspectiva del régimen del Tratado relativo a la circulación de servicios. Concretamente, se trata de saber si una normativa, como la contenida en el Decreto, constituye una restricción a la libre circulación de servicios contraria al artículo 59 del Tratado.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia existe tal incompatibilidad cuando un prestador de servicios es discriminado por razón de su nacionalidad o por el hecho de estar establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que debe prestarse el ser-

14 — Según las sentencias denominadas de los «guías turísticos», el artículo 59 también es aplicable cuando el prestador y el destinatario del servicio están establecidos en el mismo Estado miembro, pero el servicio es ofrecido en el territorio de otro Estado miembro: sentencias de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia (C-154/89, Rec. p. I-659), apartado 10; Comisión/Italia (C-180/89, Rec. p. I-709), apartado 9, y Comisión/Grecia (C-198/89, Rec. p. I-727), apartado 10.

15 — Sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 10; sentencia de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, Rec. p. 195), apartado 15.

16 — Sentencia de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 13.

17 — Véase la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), apartado 21; véase también la sentencia de 25 de julio de 1991, Factortame II (C-221/89, Rec. p. I-3905), apartado 20.

vicio. [18] En la sentencia Säger el Tribunal añadió que el artículo 59 también exige suprimir cualquier discriminación, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando prohíbe u obstaculiza de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos. [19]

13. ¿Existe, en tal caso, trato discriminatorio de los prestadores de servicios de otro Estado miembro o cualquier otra restricción a la circulación de servicios? Difícilmente puede negarse que el Decreto favorece a los productores de películas españolas respecto de los productores de películas de otros Estados miembros: el sistema de licencias para el doblaje y la distribución de películas de países terceros está supeditado exclusivamente a la producción y distribución de una película *española*. En la práctica, esto supone una considerable ventaja para los productores españoles, como resulta de los datos del ICAA citados por la Comisión. Las películas estadounidenses suponen más del 40 % del total de películas distribuidas en España y representan más del 70 % en términos de recaudación y de espectadores. Las películas estadounidenses en versión doblada representan más de dos tercios del total. Como consecuencia del Decreto impugnado, por cada cuatro licencias de doblaje de estas películas debe distribuirse al menos una película española. En tales circunstancias no puede negarse que el Decreto pone a los productores de películas de *otros Estados miembros* en una posición más desfavorable que a los productores españoles, pues a aquéllos se les deniega la ventaja de la obligación de distribución y de los correspondientes ingresos de taquilla.

14. Con cuanto precede queda desvirtuado inmediatamente el argumento del Gobierno español de que el Decreto no tiene ningún efecto restrictivo a la distribución de películas procedentes de otros Estados miembros: en la misma medida en que el Decreto tiene un efecto protector para los prestadores de servicios que sean productores de películas establecidos en España, perjudica a los prestadores de servicios que sean productores establecidos en otro Estado miembro. [20] Dado que sus películas quedan excluidas del sistema de distribución obligatoria que, como se ha dicho, sólo rige para las películas españolas, la prestación de servicios de los productores de otros Estados miembros resulta menos incentivada y, por tanto, obstaculizada: con dicho sistema, tanto la promoción como la distribución de sus películas en España se ven obstaculizadas. Además, esta restricción tiene carácter discriminatorio, pues a los productores de películas de otros Estados miembros se les deniega una ventaja concreta que sí se les concede a los productores de películas españolas.

15. Es reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las normativas nacionales, que entrañan un trato discriminatorio de las prestaciones de servicios procedentes de otro Estado miembro, sólo son compatibles con el Derecho comunitario si pueden acogerse a

18 — Véase la sentencia de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299), apartado 25; véanse más recientemente, entre otras, la sentencia Comisión/Alemania, citada en la nota anterior, apartado 25; las sentencias denominadas de los «guías turísticos», antes citadas; semtemcias Comisión/Francia, apartado 12; Comisión/Italia, apartado 15, y Comisión/Grecia, apartado 16; sentencia ERT, citada en la nota 10, apartado 19; las sentencias «Mediawet» de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), apartado 14, y Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 10; sentencia de 20 de mayo de 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351), apartado 27.

19 — Sentencia Säger, apartado 12.

20 — Véase la sentencia «Mediawet» Comisión/Países Bajos, apartado 23.

una disposición expresa del Tratado que establezca una excepción. [21]

La única excepción expresa a la que España podría acogerse es la contenida en el artículo 66 en relación con el artículo 56 del Tratado, que admiten regímenes discriminatorios que estén justificados por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Me parece que eventualmente sólo puede tomarse en consideración la primera causa de justificación, el orden público.

**¿Puede justificarse el régimen invocando el orden público?**

16. El Gobierno español, que además estima que en el Decreto no hay ningún elemento de discriminación, alega que el régimen controvertido persigue objetivos culturales justificados desde el punto de vista del Derecho comunitario, a saber, la protección del cine de producción nacional de un Estado miembro. En defecto de normativa comunitaria los Estados miembros, dentro de los límites que les autoriza el Derecho comunitario, pueden fijar los objetivos políticos y determinar los instrumentos necesarios para su consecución.

El Parlamento Europeo, ya en un informe de 1983, reconoció la parte fundamental que el cine representa en el patrimonio cultural de la Comunidad y la necesidad de que sea protegido en la misma medida que otros elementos de ese patrimonio. [22]

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico surge la pregunta de en qué medida puede recogerse en el concepto de orden público, con arreglo al artículo 66 en relación con el artículo 56 del Tratado, un régimen nacional o regional que, con miras a proteger la propia producción cinematográfica en el marco de una política orientada a la conservación del patrimonio cultural, concede a los productores cinematográficos nacionales una importante ventaja competitiva en perjuicio de los productores de otros Estados miembros.

17. De la actual jurisprudencia comunitaria se deduce que hay muy pocas posibilidades de que esto se produzca. El Tribunal de Justicia retiene al respecto una *interpretación estricta* del concepto de «orden público» con arreglo al artículo 56 del Tratado CEE: según la sentencia Bouchereau, para poder invocar esta causa de justificación es preciso:

«en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la Ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». [23]

El Tribunal de Justicia ha declarado desde antiguo, en materia de circulación de mercancías, que, en todo caso, están excluidos de este concepto, recogido en el artículo 36 del Tratado, los motivos de política económica. [24] El Tribunal también ha confirmado esta doctrina en materia de circulación de servi-

21 — Véase la sentencia de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders (352/85, Rec. p. 2085), apartado 32; sentencia Collectieve Antennevoorziening Gouda, apartado 12; sentencia Comisión/Países Bajos, apartado 15.

22 — Se hace claramente alusión al «Rapport fait au nom de la commission de la jeunesse, de la culture, de l'éducation, de l'information et des sports sur la promotion du cinéma des pays de la Communauté» elaborado por la Sra. Marie-Jeanne Pruvot, *Parlement européen, Documents de séance 1983-1984*, 15 de julio de 1983, PE 76.975/final.

23 — Sentencia de 27 de octubre de 1977 (30/77, Rec. p. 1999), apartado 35.

24 — Véase la sentencia de 19 de diciembre de 1961, Comisión/Italia (7/61, Rec. pp. 633 y ss., especialmente p. 657). Este principio ha sido confirmado recientemente, entre otras, en la sentencia de 7 de febrero de 1984, Duphar (238/82, Rec. p. 523), apartado 23; sentencia de 11 de junio de 1985, Comisión/Irlanda (288/83, Rec. p. 1761), apartado 28; sentencia de 5 de junio de 1986, Comisión/Italia (103/84, Rec. p. 1759), apartado 22.

cios. En este sentido declaró en la sentencia Bond van Adverteerders:

«[...] los objetivos de política económica, como garantizar a la fundación pública nacional la totalidad de los ingresos procedentes de mensajes publicitarios específicamente destinados al público del Estado de que se trate, no pueden constituir razones de orden público en el sentido del artículo 56 del Tratado». [25]

Sin embargo, esto no significa que está excluida la aplicación del artículo 36 (y, cabe pensar, la del 56) «por el mero hecho de que una normativa nacional, justificada por circunstancias objetivas que obedezcan a las exigencia de los intereses que protege, permita alcanzar también otros objetivos de naturaleza económica». [26] Ello es así con mayor razón cuando el objetivo de carácter económico sea necesario para permitir la realización de un objetivo mencionado en dicha disposición (*in casu* la protección de la salud). [27]

Sin embargo, aunque se cumpla el requisito material de la sentencia Bouchereau, el Tribunal impone, además, una severa *exigencia de proporcionalidad*: en Bond van Adverteerders recordó que:

«las medidas adoptadas en virtud de este artículo, no deben ser desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido. Como excepción a un principio fundamental del Tratado, el artículo 56 debe, en efecto, interpretarse de modo que sus efectos se limiten a lo necesario para la protección de los intereses que pretende garantizar». [28]

18. La estricta definición del concepto y la exigencia de proporcionalidad hacen que sólo excepcionalmente pueda invocarse el concepto de orden público para normativas nacionales, en la medida en que produzcan efecto sobre la circulación de servicios entre Estados miembros. Aunque su contenido puede variar en cierta medida de un Estado miembro a otro, [29] este concepto contempla exclusivamente «amenazas reales y suficientemente graves que afecten a un interés fundamental de la sociedad». Además, no abarca ningún objetivo económico, lo cual implica que no ampara regímenes nacionales o regionales que, so pretexto de proteger intereses fundamentales, persiguen exclusiva o principalmente un objetivo económico. Por último, incluso cuando el régimen tenga realmente por objetivo mantener el orden público, sólo podrá ser tolerado a condición que dicho objetivo no pueda ser alcanzado por medio de regímenes menos restrictivos o en su caso menos discriminatorios o no discriminatorios.

En relación con la prestación de servicios en el sector audiovisual esto quedó esclarecido en la sentencia Bond van Adverteerders y en la reciente sentencia sobre el Decreto flamenco del cable.

19. En el asunto citado en primer lugar se debatía el régimen neerlandés, vigente a la

25 — Sentencia Bond van Adverteerders, apartado 34; véanse también las sentencias «Mediawet»: sentencia Collectieve Antennevoorziening Gouda, apartado 11, y sentencia Comisión/Países Bajos, apartado 15.

26 — Sentencia de 6 de octubre de 1987, Nertsvoederfabriek Nederland (118/86, Rec. p. 3883), apartado 15; sentencia de 10 de septiembre de 1984, Campus Oil (72/83, Rec. p. 2727), apartado 36; véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Mancini en la sentencia Duphar (238/82, Rec. 1984, pp. 546 y ss., especialmente pp. 549 y 550).

27 — Sentencia Nertsvoederfabriek Nederland, apartado 15.

28 — Sentencia Bond van Adverteerders, apartado 36.

29 — Sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337), apartado 18; sentencia Bouchereau, apartado 34.

sazón, que contenía una prohibición de difundir por cable programas de radio y televisión, emitidos desde otros Estados miembros, que incluyeran mensajes publicitarios específicamente destinados al público neerlandés o subtítulos en neerlandés. El derecho a difundir mensajes publicitarios estaba reservado a una fundación cuyos ingresos los utilizada el Estado para subvencionar a los organismos de radiodifusión y a la prensa nacionales. El Gobierno neerlandés había alegado que las mencionadas prohibiciones perseguían un objetivo no económico de orden público, a saber conservar el carácter no comercial y pluralista del sistema de radiodifusión nacional. Sin contradecir este argumento, el Tribunal de Justicia aplicó la mencionada exigencia de proporcionalidad. Según admitió el propio Gobierno neerlandés, no se había cumplido dicho requisito: se podían alcanzar, en todo caso, los mencionados objetivos con otros medios menos restrictivos y no discriminatorios. [30]

20. Menos éxito tuvo todavía el Gobierno belga en el asunto del Decreto flamenco del cable. Un Decreto de la Comunidad Flamenca prohibía a las sociedades de televisión transmitir, por sus redes de distribución de programas de radio y televisión, servicios de radiodifusión de otros Estados miembros que no se realizaran en una de las lenguas del Estado miembro en que estuviera establecido el servicio de radiodifusión. Para justificar esta restricción discriminatoria el Gobierno belga había invocado objetivos de política cultural, en particular conservar el carácter pluralista de la prensa escrita (que participa directamente en los ingresos por publicidad de las televisiones nacionales), la conservación y el desarrollo del patrimonio artístico y la viabilidad de los servicios de radiodifusión nacionales. El Tribunal de Justicia no quedó convencido por estos argumentos y en cambio encontró un indicio (concretamente en los argumentos primero y tercero) de que el régimen controvertido tenía por finalidad restringir la competencia efectiva a los servicios de radiodifusión nacionales para poner a salvo los ingresos por publicidad de dichos servicios. [31] Además, añadió el Tribunal siguiendo la opinión del Abogado General: [32]

«las justificaciones aducidas por el Gobierno belga no pueden englobarse en las excepciones a la libre prestación de servicios admitidas por el artículo 56, a saber, orden público, seguridad y salud públicas». [33]

21. Si aplico esta jurisprudencia al presente asunto, debo concluir que un régimen como el contenido en el Decreto no puede acogerse a la excepción de orden público establecida en el artículo 56. El Decreto no constituye un medio de protección contra una «amenaza real y suficientemente grave» de un interés fundamental de la sociedad. Además, me parece que, como en el asunto del Decreto flamenco del cable, está inspirado en motivos de política económica. Aunque la finalidad del Decreto es promover películas en alguna de las lenguas oficiales españolas, sin embargo me parece que persigue sobre todo afianzar la industria nacional del cine, [34] ya que sólo se ofrece a los productores de películas españolas la ventaja de una distribución suficiente.

30 — Sentencia Bond van Adverteerders, apartado 37.

31 — Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Bélgica (C-211/91, Rec. p. I-6757), apartado 9.

32 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro, de 24 de noviembre de 1992 (Rec. p. I-6769), punto 5.

33 — Sentencia Comisión/Bélgica, apartado 10.

34 — Esto también aparece claramente en el pasaje, citado por la Comisión en sus observaciones escritas, de la exposición de motivos del proyecto de ley que desembocaría en la Ley nº 3/80, antecesora del Decreto.

**¿Puede justificarse el régimen invocando la protección del patrimonio cultural?**

22. Actualmente en la Comunidad se concede una importancia cada vez mayor al desarrollo de las culturas de los Estados miembros y de sus regiones. Así pues, me parece oportuno examinar brevemente si para un régimen como el de autos no se puede hallar con arreglo al Decreto comunitario una causa de justificación distinta del orden público y si, en particular, no puede invocarse una razón imperiosa de interés general que guarde relación con la protección del patrimonio cultural.

La importancia que se concede al patrimonio cultural aumentará aún más cuando haya entrado en vigor el Tratado de la Unión Europea. Deseo recordar que este Tratado impone a la Comunidad aportar una contribución «al desarrollo de las culturas de los Estados miembros», [35] misión que, según el artículo 128 del Tratado, se cumplirá «dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común» (apartado 1). Además, este artículo establece que la Comunidad tendrá en cuenta «los aspectos culturales» en su actuación *en virtud de otras disposiciones del Tratado* (apartado 4).

A modo de ejemplo, por lo que se refiere a este último aspecto se puede llamar la atención sobre el nuevo artículo 92, apartado 3, letra d) del Tratado CEE previsto por el Tratado de la Unión Europea. Con arreglo a esta disposición, podrán considerarse compatibles con el mercado común «las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común».

23. La diversidad de culturas, no obstante las dificultades inherentes, constituye una de las riquezas de la Comunidad. Se deduce de numerosas sentencias que el Tribunal de Justicia no es insensible a esta diversidad y a las necesidades específicas que entrañan los esfuerzos por conservar las particularidades culturales.

En materia de *circulación de servicios* puedo remitirme a los asuntos de los «guías turísticos», en los que el Tribunal reconoció expresamente «la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional» [36] y «la valoración de las riquezas históricas y la mejor difusión posible de los conocimientos relativos al patrimonio artístico y cultural de un país» [37] como razones imperativas de interés general que pueden justificar una restricción a la libre circulación de servicios.

En fecha aún más reciente el Tribunal de Justicia reconoció en sus sentencias «Mediawet» que una política cultural nacional, dirigida a salvaguardar la libertad de expresión de las

35 — Letra p) del artículo 3 del Tratado CEE tal como es modificado por el artículo G del Tratado de la Unión Europea. El texto de este Tratado se publicó en el DO 1992, C 191, p. 1.

36 — Sentencia de 28 de febrero de 1991, Comisión/Italia, ya citada en la nota 14, apartado 20; confirmado por el Tribunal de Justicia en las sentencias «Mediawet»: sentencia Collectieve Antennevoorziening Gouda, apartado 14, y sentencia Comisión/Países Bajos, apartado 18.

37 — Sentencia Comisión/Francia, ya citada en la nota 14, apartado 17; sentencia Comisión/Grecia, ya citada en la nota 14, apartado 21; desde entonces, confirmado asimismo en las sentencias «Mediawet», en el mismo apartado al que se ha hecho referencia en la nota anterior.

diferentes corrientes sociales, culturales, religiosas y filosóficas en un Estado miembro (*in casu* los Países Bajos), persigue un objetivo comunitario justificado:

«Es cierto que, entendida en este sentido, una política cultural puede constituir una razón imperativa de interés general que justifique una restricción a la libre prestación de servicios. Efectivamente, el mantenimiento del pluralismo que esta política neerlandesa pretende garantizar está relacionado con la libertad de expresión, protegida por el artículo 10 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que figura entre los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario [...]» [38]

24. Asimismo, en el ámbito de la libre *circulación de trabajadores* el Tribunal se muestra comprensible respecto de las medidas nacionales o regionales que persiguen la conservación de la identidad cultural de un pueblo. Esto queda ilustrado con la sentencia Groener en la que el Tribunal, respondiendo a la cuestión de si era compatible con el Derecho comunitario una normativa irlandesa que, para un puesto de profesor en un centro docente público, exigía probar un conocimiento suficiente de la lengua irlandesa, declaró lo siguiente:

«El Tratado CEE no se opone a la adopción de una política enfocada hacia la defensa y promoción de la lengua de un Estado miembro que, al mismo tiempo, es la lengua nacional y la primera lengua oficial. Ahora bien, la puesta en práctica de semejante política no debe menoscabar una libertad fundamental, como es el caso de la libre circulación de trabajadores. Por consiguiente, las exigencias derivadas de las medidas de ejecución de una política de este tipo no deben ser desproporcionadas, en ningún caso, en relación con el fin perseguido; y sus modalidades de aplicación no deben suponer discriminación alguna en detrimento de nacionales de otros Estados miembros.» [39]

25. Por último, en su jurisprudencia sobre libre *circulación de mercancías* el Tribunal también ha dado muestras de esta apertura a objetivos culturales (y aún más amplios, socioculturales) que en principio no sean discriminatorios.

En la sentencia Cinéthèque el Tribunal estimó que persigue un objetivo justificado con arreglo al Derecho comunitario un régimen nacional que, «para alentar la creación de obras cinematográficas sin distinción de origen, da prioridad durante un breve período inicial a la difusión de dichas obras en sala». El artículo 30 no es aplicable a tal régimen en la medida en que los obstáculos causados a los intercambios intracomunitarios por la aplicación de esta prohibición no vayan más allá de cuanto sea necesario para alcanzar dicho objetivo. [40]

En los recientes asuntos del cierre dominical el Tribunal también ha confirmado que corresponde a los Estados miembros «hacer opciones en relación con las peculiaridades socioculturales nacionales o regionales tomando en consideración los requisitos que

38 — Sentencia Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, apartado 23; sentencia Comisión/Países Bajos, apartado 30; este punto acaba de ser confirmado expresamente por el Tribunal de Justicia: sentencia de 3 de febrero de 1993, Vereniging Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Rec. p. I-487), apartados 9 y 10.

39 — Sentencia de 28 de noviembre de 1989, Groener (C-379/87, Rec. p. 3967), apartado 19.

40 — Sentencia Cinéthèque, apartados 23 y 24.

emanan del Derecho comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad». [41]

26. De esta jurisprudencia se sigue que un régimen encardinado en la política cultural de las autoridades nacionales o regionales puede acogerse, en su caso, a una *razón imperativa de interés general*, reconocida por el Derecho comunitario, la cual justifique determinadas restricciones a la circulación intracomunitaria de personas, mercancías o servicios. Se trata de medidas que persiguen la conservación y la gestión de riquezas históricas y artísticas o la difusión de los conocimientos artísticos y de la cultura (sentencias de los «guías turísticos»), [42] que están dirigidas a salvaguardar la libertad de expresión pluralista de las diferentes corrientes sociales, culturales, religiosas y filosóficas en un país (sentencias «Mediawet») o que están dirigidas a la protección de una lengua nacional (sentencia Groener). Esta razón imperativa de interés general puede definirse de un modo general como la protección, el desarrollo y la difusión del propio patrimonio cultural de un Estado miembro o de una de sus regiones, en un contexto *pluralista* y como *parte de una herencia* cultural *común* a los Estados miembros (denominada en lo sucesivo, «protección del patrimonio cultural»).

Sin embargo, es evidente que tal razón imperativa no puede justificar obstáculos que van más allá de lo que es necesario para alcanzar el objetivo perseguido. [43] Además, con tales regímenes tampoco pueden perseguirse objetivos de carácter económico (aunque no tiene por qué quedar excluido que se alcancen efectos económicos derivados). [44] Por último, según declaró el Tribunal en la sentencia Groener (*supra*, punto 24), las modalidades de aplicación de tal política cultural (en dicho asunto, política lingüística) no deben suponer discriminación alguna en detrimento de nacionales de otros Estados miembros.

27. Por lo que se refiere a este último requisito, a saber el carácter no discriminatorio de la medida, en mi opinión no cabe excluir cierta agilización de la jurisprudencia. Las medidas adoptadas para la protección del patrimonio cultural de un Estado miembro o de alguna de sus regiones a menudo entrañarán una ventaja directa o indirecta de los propios artistas o instituciones culturales (por ejemplo, la creación de un premio cinematográfico o literario o alentar de otro modo a los artistas o a las asociaciones artísticas). [45] También cuando tales medidas guarden relación con las prestaciones de servicios comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 59 del Tratado CEE, es decir, en la

41 — Sentencia de 16 de diciembre de 1992, B & Q (C-169/91, Rec. p. I-6635), apartado 11; véase la formulación similar, pero algo distinta, en las anteriores sentencias del descanso dominical: sentencia de 23 de noviembre de 1989, Torfaen (C-145/88, Rec. p. 3851), apartado 14; sentencias de 28 de febrero de 1991, Conforama (C-312/89, Rec. p. I-997), apartado 11, y Marchandise (C-332/89, Rec. p. I-1027), apartado 12.

42 — Procede recordar que, según el apartado 1 del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a «tomar parte libremente en la vida cultural de la Comunidad» y a «gozar de las artes». Es reiterada jurisprudencia que el Tribunal de Justicia se deja inspirar por tales «indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido»: véase la sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold (4/73, Rec. p. 491), apartado 13; sentencia ERT, apartado 41.

43 — En relación con este control de la proporcionalidad véase también, además del citado pasaje de las sentencias Groener y Cinéthèque: sentencia Collectieve Antennevoorziening Gouda, apartados 24 y 25; sentencia Comisión/Países Bajos, apartados 31, 42 y 43.

44 — Véanse más arriba el punto 17 y las sentencias citadas en la nota 26. Véase también la citada sentencia Veronica Omroep Organisatie, en la que se justifica la imposición de una prohibición económica como medio para alcanzar un objetivo de política cultural: apartados 10 y ss.

45 — Conviene que tales medidas sean lo más transfronterizas posibles, por ejemplo, mediante la creación de premios literarios o cinematográficos para un territorio lingüístico común a varios Estados miembros. De este modo se pone de relieve, como desea el Tratado de la Unión Europea (*supra*, punto 22), el formar parte de la propia cultura de un patrimonio cultural común.

medida en que las actividades culturales contempladas en dicha disposición constituyan una actividad económica con arreglo al artículo 60 del Tratado CEE y no sea una cuestión puramente interna de determinado Estado miembro, [46] podrán, en su caso, beneficiarse de una justificación con arreglo al Derecho comunitario.

Su fundamento puede hallarse en una aplicación por analogía, a las medidas nacionales relativas a la circulación de servicios, del motivo mencionado en el artículo 36, en relación con la circulación de mercancías, motivo de protección del «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional». Semejante aplicación por analogía encuentra apoyo en la jurisprudencia del Tribunal, [47] en las conclusiones de los Abogados Generales [48] y en la doctrina. [49] No veo ninguna objeción en que el motivo formulado en el artículo 36 sea más restringido que la protección del patrimonio cultural, aunque el Tribunal ha admitido que la enumeración del artículo 36 es limitativa. [50] Esta tesis no obsta para que a los motivos mencionados en el artículo 36 se les conceda un significado que corresponda a la evolución del Derecho comunitario mencionada anteriormente (puntos 22 y siguientes). [51]

28. Sea como fuere, opino que no puede invocarse la razón imperativa de protección del patrimonio cultural en favor del régimen controvertido en el presente asunto, pues no se ha demostrado que el Decreto impugnado persiga en primer lugar la conservación y promoción de la cultura propia. Como se ha dicho antes (punto 21), el Decreto está inspirado sustancialmente en motivos de política económica, pues pretende que las películas españolas sean distribuidas *lo más posible* y no es de tal naturaleza que, a falta de todo control de calidad, fomente la producción de *películas de calidad*. Para llevar a cabo esto último, puedo imaginarme, por lo demás, otras medidas orientadas verdaderamente a la cultura y que pongan menos obstáculos a la circulación de servicios dentro de la Comunidad, tal como la creación de premios para promover buenas películas de calidad.

46 — Por lo que se refiere al primer elemento, véanse las remisiones en la nota 13. En relación con el segundo elemento cabe remitirse en último lugar, entre otras, a la sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartados 37 a 39; sentencia López Brea, citada en la nota 5, apartado 7; sentencia de 19 de marzo de 1992, Batista Morais (C-60/91, Rec. p. I-2085), apartado 7.

47 — Véanse las sentencias Coditel I, apartados 14 y 15, y Coditel II, apartado 13.

48 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Warner, en la sentencia Coditel I y en la sentencia Debauve (52/79, Rec. 1980, pp. 860 y ss., especialmente p. 878); compárense las conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en la sentencia Cinéthèque (Rec. 1985, pp. 2606 y ss., especialmente p. 2615).

49 — Defalque, L.: «Les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent», en *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, I, Bruselas, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992, pp. 201 y ss., especialmente pp. 272 y 273, nº 290; Kapteyn, P. J. G. y VerLoren van Themaat, P.: *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 1987, p. 294; véase, asimismo, la edición inglesa de este libro, realizada por Gormley, L. W.: *Introduction to the law of the European Communities*, Deventer-Boston, Kluwer Law & Taxation, 1989, p. 450.

50 — Opino que puede hacerse una ampliación igual en relación con el motivo, mencionado en el artículo 36, de protección de la salud y vida de las personas y animales y preservación de los vegetales, que queda englobado en el motivo más amplio de protección del medio ambiente. Compárese al respecto la sentencia de 9 de julio de 1992, Comisión/Bélgica (C-2/90, Rec. p. I-4431), cuya solución quizá también se hubiera podido basar en la excepción, entendida en sentido amplio, del artículo 36.

51 — En la citada sentencia Coditel II, el Tribunal mismo declaró que procedía equiparar la protección de la «propiedad artística e intelectual» con la expresión más restringida, utilizada en el artículo 36, de protección de la «propiedad industrial y comercial».

29. Dado que el anterior examen me ha llevado a la conclusión de que el Decreto es incompatible con el artículo 59 del Tratado, no me parece necesario indagar las demás normas comunitarias cuya infracción ha alegado Fedicine en el litigio principal (punto 4).

## Conclusión

30. Propongo al Tribunal de Justicia que responda lo siguiente a la cuestión planteada por el Tribunal Supremo:

«Un régimen nacional que supedita el doblaje de películas procedentes de países terceros a un sistema de licencias, de modo que se obliga al distribuidor a comprometerse contractualmente a distribuir al mismo tiempo una película del Estado miembro de que se trate, implica una discriminación de los productores de películas de otros Estados miembros contraria al artículo 59 del Tratado, por lo cual, dado que persigue principalmente objetivos económicos, no puede acogerse a ninguna causa de justificación reconocida por el Derecho comunitario.»