

La relación entre cultura y mercado en el Derecho de la Unión Europea: de la excepción a la diversidad cultural

Marcos Vaquer Caballería

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

2013

CUADERNOS DE DERECHO DE LA CULTURA nº 2

Director de la colección:

Marcos Vaquer Caballería (UC3M)

Consejo Editorial:

Icía Alzaga Ruiz (UNED)

Domenico D'Orsogna (Università di Sassari, Italia)

Javier García Fernández (UCM)

Luciano Parejo Alfonso (UC3M)

Francisco Piñón (Universidad Nacional de Tres de Febrero, Argentina)

Jesús Prieto de Pedro (UNED)

Honorio Velasco Maíllo (UNED)

Secretaria de redacción:

Raquel Rivera

Cuadernos de Derecho de la Cultura quiere ser un portal abierto para la difusión de los mejores trabajos de investigación que se desarrollan en el seno del Instituto, así como de otros estudios y colaboraciones externas que merezcan ser publicados. Para garantizar su calidad, los originales cuya publicación se nos proponga serán sometidos a una evaluación ciega por pares. Con objeto de favorecer su máxima difusión y visibilidad, se ofrece en acceso abierto en el repositorio institucional de la Universidad Carlos III, *e-Archivo*, bajo una licencia *Creative Commons*, de modo que estos *Cuadernos* sean accesibles a todos en todas partes.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada

Disponible en e-Archivo: <http://hdl.handle.net/10016/17617>

Edita:

INSTITUTO INTERUNIVERSITARIO PARA LA COMUNICACIÓN CULTURAL
UC3M-UNED

C/Madrid 126, 28903 Getafe (Madrid) España

Despacho 15.1.59 Correo-e: icultura@pa.uc3m.es

Tel.: (+34) 91 624 57.81 Fax: (+34) 91 624 57.37

<http://www.uc3m.es/iicc>

ÍNDICE

	pág.
<u>La relación entre cultura y mercado en el Derecho de la Unión Europea: de la excepción a la diversidad cultural</u>	6
I. <u>Algunos conceptos esenciales del Derecho de la cultura en Europa. Los Estados de cultura y la singularidad de los bienes y servicios culturales.</u>	6
II. <u>Valor cultural y política cultural en la Unión Europea: la evolución de los Tratados.</u>	10
III. <u>Del dicho al hecho. Entre la insensibilidad, el respeto y el servicio a la cultura en el Derecho derivado y en los actos de las Instituciones.</u>	14
IV. <u>Conclusión</u>	21
<u>Bibliografía de referencia</u>	22

Resumen:

Desde la fundación de la Comunidad Económica Europea, la cultura siempre ha estado presente en los Tratados comunitarios, pero su tratamiento en ellos ha ido cambiando con la evolución hacia la Comunidad Europea y de ésta a la Unión Europea. Al principio, la cultura era principalmente concebida como una excepción al mercado interior, con Maastricht pasó a ser afirmada como una política comunitaria transversal y desde Lisboa la libertad y la diversidad culturales son ya principios del Derecho europeo. En este trabajo, se estudia esta evolución tan notable de los tratados y se constata que la misma no se ha trasladado con igual claridad a la doctrina emanada por la Comisión y el Tribunal de Justicia para su desarrollo y aplicación.

Palabras clave:

Unión Europea, Mercado interior, Excepción cultural, Diversidad cultural.

Abstract:

Since the foundation of the European Economic Community (EEC) culture has always been present in the European Treaties, but its treatment has developed and evolved together with the transition from the EEC towards the European Community (EC) and from there to the European Union EU). At the beginning, culture was primarily conceived as an exception to the internal market. Then, in the Maastricht Treaty it became a transversal communitary policy. From the Treaty of Lisbon onwards cultural freedom and cultural diversity are already established as principles of European Law. In this paper we aim to study this remarkable evolution of the European treaties examining to which extent it has not been reflected with equal clarity in the doctrine issued by the European Commission and the European Court of Justice regarding its development and implementation.

Key Words:

European Union, Internal market, Cultural exception, Cultural diversity.

La relación entre cultura y mercado en el Derecho de la Unión Europea: de la excepción a la diversidad cultural

Marcos Vaquer Caballería

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

Director del Instituto Interuniversitario para la Comunicación Cultural

* * *

I. Algunos conceptos esenciales del Derecho de la cultura en Europa. Los Estados de cultura y la singularidad de los bienes y servicios culturales.

La cultura es, sin duda alguna, una de las ideas constituyentes y aglutinantes de Europa dentro del panorama internacional. Algunos Estados miembros de la Unión Europea han desarrollado entre los siglos XIX y XX diversas construcciones dogmáticas destinadas a plasmar el valor y la singularidad de la cultura como bien jurídico y procurar el respeto por su espacio autónomo (tanto frente al Estado como frente al mercado) dentro del ordenamiento. No es éste el lugar adecuado para desarrollar estas teorías, sobre las que ya existe una amplia literatura científica, pero sí conviene al menos recordarlas brevemente. Me refiero, en particular, a:

- a) La doctrina alemana del Estado de cultura o *Kulturstaat*, inspirada en el siglo XIX por el pensamiento pre-idealista de autores como Schiller, Goethe y von Humboldt, que no sólo afirma la institución de la libertad o la autonomía de la cultura, sino que se afirma que el Estado está a su servicio, es decir, que está obligado a intervenir para contribuir a su reconocimiento, en el bien entendido de que cuando lo hace decide sobre algo que le es ajeno pero que lo impregna y lo somete (HUBER, en HÄBERLE, ed., 1982: 122-145). En Alemania, esta doctrina tuvo acogida expresa en la Constitución de Baviera de 1946 y en el Tratado de Unificación, y el Tribunal Constitucional Federal ha interpretado el artículo 5.3 de la Ley Fundamental (que proclama que el arte y la ciencia son

libres) como una “cláusula del Estado de cultura” (*Kulturstaatsklausel*: sentencia de 5 de marzo de 1974, *BVerfGE* 36, p. 327).

En España, algunos entendemos que esta doctrina ha sido acogida en nuestra Constitución cultural (PRIETO, 1994: 213, VAQUER, 1998: 177), en la que la autonomía de la cultura se proclama como derecho de libertad (art. 20.1.b Const. esp.) pero también de prestación, es decir, como misión de los poderes públicos (art. 44 Const. esp.). En este sentido, el artículo 149.2 Const. esp. puede ser interpretado como síntesis de la doctrina del Estado de cultura, pues afirma que “el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial”. También en el constitucionalismo italiano ha tenido recepción la doctrina del *Kulturstaat*, principalmente a partir de la obra de SPAGNA MUSSO (1961).

- b) La doctrina italiana de los *beni culturali*, cuyo punto de arranque se encuentra en los trabajos de la *Comisión Franceschini*, instituida y comisionada por Ley de 26 de Abril de 1964, nº 310, del Parlamento Italiano para estudiar las condiciones vigentes y las necesidades en orden a la tutela y valorización de las cosas de valor cultural. En su Primera Declaración, la Comisión definió ya los bienes culturales en los siguientes términos: “*Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i Beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i Beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà.*”

Inspirado en el texto de esta Declaración, Massimo Severo Giannini publicó en 1976 su ya clásico estudio sobre “I beni culturali”, donde se sientan las bases de una doctrina medular en la dogmática italiana posterior sobre patrimonio cultural. El gran iuspublicista italiano, y destacado miembro de la Comisión, caracteriza la naturaleza jurídica de los bienes culturales en torno a dos notas: *inmaterialidad* y *publicidad*. El autor se apoya en el concepto de *bien* de Pugliatti, para afirmar que el bien cultural tiene como soporte una cosa, pero no se identifica con la cosa misma, sino que, como bien, se adjetiva de aquel *valor cultural* inherente a la cosa. Por ello, la misma cosa es (o puede ser) elemento material de varios bienes

jurídicos: en particular, de un bien patrimonial y un bien cultural (GIANNINI, 1976: 24). A partir de estas premisas, califica al bien cultural como *inmaterial* porque la cosa material es soporte del bien pero no el bien en sí mismo; éste se da en el valor cultural, que es inmaterial (GIANNINI, 1976: 26). Lo califica, en segundo lugar, como *público* “no en cuanto bien de propiedad, sino en cuanto bien de fruición” (GIANNINI, 1976: 31).

En España, esta diferenciación entre cosa y bien y entre bien patrimonial y bien cultural puede entenderse acogida en el artículo 46 Const. esp. y ha tenido asimismo amplia recepción doctrinal.

- c) La doctrina francesa del *service publique culturel*, basada, precisamente, en la peculiaridad de la cultura como objeto de la acción de las Administraciones públicas. Esta peculiaridad y algunas “reticencias liberales” hicieron larga y penosa la evolución de la jurisprudencia contenciosa del Consejo de Estado francés y de la doctrina de los autores hasta aceptar, primero, que la cultura pudiera ser objeto de servicio público y normalizar, después, la categoría misma del “servicio público cultural” hasta el punto de dudar del encaje de este servicio en una de las categorías tradicionales y generales de servicio público del Derecho francés: el administrativo y el industrial o comercial (PONTIER, RICCI y BOURDON, 1996: 61-67), llegándose a postular su erección en un *tertium genus* singular (André-Hubert MESNARD, 1990: 186 y ss.).

La singularidad del servicio público cultural puede fundamentarse y caracterizarse al menos por los siguientes aspectos diferenciales:

1º) Se trata de un servicio público de promoción de una actividad que tiene una racionalidad propia, protegida por derechos fundamentales de libertad, de forma que la objetividad en el servicio a dicha actividad exige su neutralidad. Como ha dicho MESNARD (1990: 186), “la cultura, bajo la forma dinámica de la acción y la animación culturales, no «se da» (a diferencia de la enseñanza), y menos aún «se ordena»”.

2º) Se trata de una actividad administrativa (un “servicio público” en sentido amplio) de promoción de la cultura (o “fomento”, también en sentido amplio). Por ello, aunque dicha actividad admite y presenta todas las modalidades típicas

de actividad administrativa (intervención, sanción, etc.), su expresión natural o dominante se produce a través de las actividades de servicio público y de fomento, ahora en sentido estricto, es decir, las actividades prestacional e incentivadora típicas de la Administración.

3º) La cultura es un valor jurídico, proclamado además como esencial al Estado (art. 149.2 Const. esp.). Si participa de la esencia del Estado, no puede ser ajeno a ninguna de sus actividades, por lo que puede afirmarse la horizontalidad o transversalidad de la cultura como valor, que escapa a la división material de competencias, sectorial de políticas y departamental de las Administraciones. Esta transversalidad hace que sea responsabilidad indiferenciada de los diversos poderes públicos, y pone de relieve la particular importancia en este campo de las relaciones de coordinación y concertación interadministrativa.

4º) Estas peculiaridades han dado lugar a técnicas organizativas también singulares, algunas de tradición histórica muy arraigada: peculiar es, desde luego, la organización de las Universidades y de las Academias, por ejemplo, dando lugar a inacabables discusiones sobre su naturaleza y encaje en las categorías organizatorias convencionales. Y lo mismo ocurre también con instituciones más contemporáneas, como el Centro *Georges Pompidou* en Francia (al que se dio la forma de un “*établissement public à caractère culturel*”) que reflejan el amplio recurso del sector público cultural a formas organizativas singulares, ya sean de Derecho público (en España, por ejemplo, los Museos del Prado y Reina Sofía) o de Derecho privado (como las fundaciones museísticas italianas o las escénicas españolas, como los Teatros Lírico de Madrid y del Liceo de Barcelona).

Estas tres teorizaciones nacen en ordenamientos jurídicos diversos entre sí y tienen un alcance asimismo dispar: la primera nos habla del encaje constitucional de la cultura en su sentido más holístico, mientras que la segunda y la tercera persiguen institucionalizar el régimen de Derecho público de sus dos principales componentes o dimensiones: respectivamente, los bienes (*beni culturali*) y la actividad (en particular, la desplegada por los poderes públicos: *service public culturel*). Pero también tienen en común (1º) la afirmación de la autonomía de la cultura, entendida como ámbito de la dignidad humana y las relaciones sociales gobernado por su propia lógica, no

subsumible ni subordinable a la lógica económica, mercantil o patrimonial, y (2º) su extensión a otros ordenamientos europeos, de manera que forman parte de una cierta comunidad de ideas. Constituyen, pues, la base sobre la que poder afirmar un acervo europeo en materia de Derecho de la cultura.

II. Valor cultural y política cultural en la Unión Europea: la evolución de los Tratados.

La Comunidad Económica Europea nació, como su propio nombre indica, al servicio de la consecución de fines económicos, que siguieron siendo preponderantes cuando las diversas comunidades se reunieron en una única Comunidad Europea, lo que explica la ausencia de la cultura (*expressis litteris*) de entre los principios del Tratado de la Comunidad Europea, donde el mercado interior se erigía en objetivo principal (art. 2 TCE), articulado a su vez a través de dos grandes instrumentos: las libertades comunitarias y la política de la competencia.

Eso no significa que la cultura estuviera por completo al margen durante estas primeras etapas históricas de la integración europea sino que, o bien ocupaba una posición marginal como variable exógena del mercado que podía justificar límites y modulaciones al mismo, o bien era considerada como un sector económico en el que desarrollar dicho mercado. La cuestión radicaba, pues, en determinar su encaje en relación con él. Así:

a) En materia de libre circulación de mercancías, ya el antiguo artículo 36 TCEE, después el art. 30 TCE y actualmente el art. 36 TFUE permiten a los Estados miembros prohibiciones o restricciones cuantitativas justificadas por razones de “protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional”, siempre que no constituyan “un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”.

Siguiendo la misma lógica y por lo que se refiere a la política de la competencia, primero el artículo 87.3.d) TCE y hoy el art. 107.3.d) TFUE permiten considerar compatibles con el mercado interior “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 Unión en contra del interés común”. Ahora bien, la redacción de este inciso nos ilustra bien sobre la perspectiva adoptada por los Tratados acerca de la relación de la cultura con el mercado, ya que es fácil observar ciertas trampas del lenguaje en las condiciones a que somete su compatibilidad con él. En efecto: ¿puede estar objetivamente destinada una ayuda a “promover la cultura y la protección del patrimonio” y sin embargo actuar “en contra del interés común”? y ¿cómo fomentar la diversidad cultural sin alterar “las condiciones de los intercambios”? La conflictividad a que conducen estos juicios condicionantes parece difícilmente resoluble.

b) Más allá de la cultura como excepción y de acometer algunas acciones culturales aisladas y más bien simbólicas, el Derecho europeo empezó pronto a ocuparse del “sector cultural” sin hacer “política cultural”¹, sino más bien económica a partir de títulos competenciales diversos y, en particular, del armonizador de carácter general que tiene atribuido para implantar el mercado interior (primero art. 100 TCEE, después art. 94 TCE y actualmente art. 115 TFUE). Expresado en otros términos, la Comunidad Europea se aplicó antes a desarrollar una política del “mercado interior de la cultura” (ALCOCEBA en VV.AA., 1998: 185) que no una genuina política cultural propia, para la que carecía de título competencial específico.

El panorama descrito empieza a cambiar a partir de la instauración de la Unión por el Tratado de Maastricht de 1992, al introducirse nuevos preceptos que no sustituyen a los ya mencionados, sino que se añaden a ellos, pero que ya no son reglas de excepción, sino reglas ordinarias y principios conformadores de la “constitución cultural europea” (VAQUER, 1998: 156). En efecto:

1º) Maastricht introdujo la acción cultural entre las políticas europeas en el entonces artículo 151 TCE y actual artículo 167 TFUE. No es este el lugar para comentar monográficamente el precepto, pero sí para destacar que la antigua excepción pasa a ser una política, y que ésta no es meramente sectorial sino también horizontal, porque el

¹ Así lo afirmaba la propia Comisión en su Comunicación al Consejo *Community action in the cultural sector* de 22 de noviembre de 1977: “*Just as the ‘cultural sector’ is not in itself ‘culture’, Community action in the cultural sector does not constitute a cultural policy*” sino que en su mayoría “*involves freedom of trade, freedom of movement and establishment, harmonization of taxation systems and legislation*”.

Tratado manda a la Unión tener “en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones” del mismo, “en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas”. Así pues, la diversidad cultural no es ya sólo una responsabilidad de los Estados que la Unión acepte respetar, exceptuando las reglas de los propios políticos, sino también un valor y una política propios.

2º) El nonato Tratado por el que se establece una Constitución para Europa avanzaba por la misma dirección al incluir:

- a) Una mención a la cultura en el Preámbulo y en los fines de la Parte Primera (art. I-3.3, p. 4º).
- b) La cultura como ámbito de la acción de apoyo, coordinación o complemento (art. I-17.c), manteniendo la exclusión de toda armonización en su artículo III-280, que es reproducción casi literal del citado 151 TCE, pero con supresión de la exigencia de unanimidad del Consejo de Ministros en todo caso.

3º) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 proclama la libertad de las artes y las ciencias en su artículo 13 con una formulación claramente evocadora de la *Kulturstaatsklausel* de la Constitución alemana (“Las artes y la investigación científica son libre. Se respeta la libertad de cátedra”), mientras que su artículo 22 afirma la diversidad cultural, religiosa y lingüística (“La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”). Se trata, como se ve, de derechos de libertad, pero no de participación y/o prestación como el derecho a la cultura del artículo 44 de la Constitución española. El título IV, “solidaridad”, de la Declaración recibe otros derechos típicos de prestación de los llamados “de tercera generación”, como el derecho a la seguridad social y la ayuda social, a la salud o al medio ambiente, pero no así el derecho a la cultura.

4º) El tratado de Lisboa culmina, por el momento, esta evolución en 2007 introduciendo por fin a la cultura entre los objetivos de la Unión en el actual artículo 3.3 TUE: “La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo”.

Como resultado final de esta evolución y parafraseando la clásica fórmula del “Estado de cultura”, ¿podríamos concluir que la Unión Europea es hoy, además de una unión económica y política, también una “Unión de cultura”? Quizás sea prematuro alcanzar tal conclusión, pero sí importa destacar que sí se proclama ya una Unión al servicio de la diversidad cultural, que ha incorporado como un objetivo propio, y que no se conforma con respetarla sino que se obliga a fomentarla en el conjunto de sus políticas.

Por lo demás, esta transición desde la “excepción cultural” a la “diversidad cultural” no es exclusiva de la Unión Europea sino una corriente más general del Derecho internacional, donde su principal manifestación hasta ahora ha sido la Convención de la UNESCO para la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005, que fue impulsada sobre todo por Francia y Canadá con fuertes resistencias de EE.UU., pese a las cuales pudo ser aprobada, ha entrado en vigor y no sólo los Estados miembros sino también la propia UE -como organización supranacional de ámbito regional- se ha adherido a ella.

Los juristas sabemos bien que una regla excepcional y un principio tienen muy distinta eficacia. Ambos son normas, sí, pero la primera debe interpretarse y aplicarse de forma restrictiva mientras que los principios tienen una *vis expansiva* y deben inspirar u orientar la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento. Además, y por lo que hace a su contraste con el mercado interior, si la cultura es una excepción al mismo su apreciación constituye un mero juicio de subsunción, mientras que si es un principio, la apreciación de su concurrencia y sus efectos en un caso concreto exigen un juicio de ponderación, entre cultura y mercado, en pie de igualdad como principios que son ambos del ordenamiento unitario europeo. Así pues, que la cultura haya pasado de ser reconocida como excepción a afirmada como principio es una evolución muy relevante, que debería tener consecuencias prácticas.

III. Del dicho al hecho. Entre la insensibilidad, el respeto y el servicio a la cultura en el Derecho derivado y en los actos de las Instituciones.

La evolución descrita en el Derecho originario de la Unión Europea (los Tratados) no se ha trasladado siempre ni suficientemente a su Derecho derivado ni a sus actos de ejecución (Directivas, Decisiones, etc.). Para constatarlo sin perdernos en la espesura del bosque de las decisiones y los fallos emitidos, podemos repasar la doctrina de las instituciones europeas de forma esquemática distinguiendo el *quid* (los bienes culturales), el *quis* (las industrias culturales) y el *quomodo* (las ayudas al sector).

III.1. El *quid*: los bienes culturales.

La doctrina de las instituciones europeas sobre los bienes culturales puede resumirse en las siguientes ideas-fuerza:

a) Las cosas soporte de bienes culturales son también, y sin perjuicio de ello, mercancías. Siendo “norma fundamental” del Tratado la eliminación de todos los obstáculos a la libre circulación de las mercancías entre los Estados miembros, “las excepciones a esta norma fundamental son de interpretación estricta”. Así se pronuncia el Tribunal en la Sentencia de 10-12-1968, Comisión c. Italia, as. 7/68 en relación con un impuesto que gravaba la exportación de bienes culturales, y de nuevo a propósito de los libros en la Sentencia de 10-01-1985, Leclerc, as. 229/83.

b) La Directiva 93/7/CEE (traspuesta en España por la Ley 36/1994, de 23 de diciembre) sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y los Reglamentos 92/3911/CEE del Consejo y 93/752/CEE de la Comisión sobre su exportación, supusieron en su momento un avance tan necesario como importante para la protección del patrimonio cultural dentro de la Unión y en sus fronteras exteriores, respectivamente. Pero no puede dejar de recordarse que también confundieron deliberadamente valor patrimonial y valor cultural cuando limitaron su ámbito objetivo de aplicación a los bienes que superasen ciertos umbrales de valor económico, desconociendo la autonomía del valor cultural.

c) La armonización de las legislaciones sobre propiedad intelectual fue iniciada antes de la aparición de la política cultural europea, al amparo del título genérico de consecución del mercado interior, al que me he referido más atrás, y nos ofrece una manifestación de la primacía de intereses patrimoniales y mercantiles sobre el derecho de acceso a la cultura: me refiero a la Directiva del Consejo 93/98/CEE, de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección de los derechos de autor y de determinados derechos afines, y la Directiva 2006/116/CE, que deroga a la anterior. Si la duración de los derechos exclusivos de explotación había sido fijada en Convenio de Berna de 1886 en la vida del autor + 50 años, que por ejemplo en España se amplió en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 a la vida + 60 años, las Directivas los han extendido nuevamente a la vida + 70 años.

III.2. El *quis*: las relaciones de la Administración con las industrias culturales.

En relación con el régimen jurídico de las industrias culturales, sean lucrativas o no y sean de titularidad pública o privada, las principales consideraciones a tener en cuenta son las siguientes:

a) El punto de partida es que las industrias culturales son empresa, a los efectos del Derecho comunitario de la competencia. A tal efecto, el concepto de empresa es independiente de su estatuto jurídico y no excluye automáticamente a una entidad por el hecho de que no persiga un objetivo lucrativo².

b) Ahora bien, los servicios culturales pueden ser considerados servicios de interés general (económico o no)³. En consecuencia:

² Sentencias TJCE de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, as. C-41/90 (referida a un ente público), y de 16 de noviembre de 1995, Fédération Française des Sociétés d'Assurances, as. C-244/94 (referida a un ente privado sin ánimo de lucro). Doctrina aplicada en particular a las fundaciones en la Sentencia TPI de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK, as. ac. T-213/95 y T-18/96.

³ No es siempre fácil distinguir entre ambas familias. En su primera Comunicación sobre *Los servicios de interés general en Europa*, de 1996 (DOCE 96/C 281/03), la Comisión incluyó *a priori* ciertos sectores – la cultura entre otros- entre los servicios de interés no económico general, pero ha abandonado esta pretensión [a partir de su segunda Comunicación en la materia, de 20 de septiembre de 2000, COM(2000) 580 final], sobre la base del carácter casuístico y dinámico de la distinción tal y como la ha interpretado la jurisprudencia del TJCE. En su Comunicación de 20 de noviembre de 2007, [COM(2007) 725 final], la Comisión asume que la cuestión de cómo distinguir entre servicios económicos y no económicos no puede recibir “una respuesta *a priori*, sino que requiere un análisis de cada caso particular”, donde lo determinante no es ni el sector de la actividad, ni el sujeto que la realiza ni la forma en que se financia, aisladamente considerada, sino que “el Tribunal se basa en un grupo de criterios relacionados con las

b.1) Los servicios culturales no económicos (o de carácter exclusivamente social⁴) no están sujetos a las reglas del mercado interior. Pero sí están sometidos al Tratado, lo que significa que les son aplicables los principios de no discriminación y libre circulación de personas, por ejemplo. En las Sentencias de 15-3-1994, Comisión c. España, C-45/93, y de 16-01-2003, Comisión c. Italia, as. C-388/01, el Tribunal rechaza la justificación cultural para exceptuar el principio de trato nacional en la normativa de acceso a los museos públicos.

b.2) Los servicios culturales “de interés económico general” se someten además al mercado interior y se rigen por las normas que lo vertebran: libre prestación de servicios⁵, Derecho de la competencia y de las ayudas de Estado.

Sin embargo, el artículo 106.2 del TFUE permite a los Estados establecer modulaciones a la competencia en la prestación de estos servicios en la medida en que lo exija “el cumplimiento de la misión específica” confiada a las empresas encargadas de su gestión. Así, por ejemplo, pueden establecer relaciones directas o privilegiadas de colaboración con agentes del tercer sector. En el contexto de su doctrina general sobre este artículo, el Tribunal tiene por ejemplo establecido que “un Estado miembro puede ... considerar que un sistema de asistencia social ... implica necesariamente, para alcanzar sus objetivos, que la admisión en dicho sistema de operadores privados en calidad de prestadores de servicios de asistencia social esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo”, como hacía en el caso de autos una Ley de la Lombardía en Italia (Sentencia de 17 de junio de 1997, Sodemare, asunto C-70/95). El Tribunal también ha confirmado que puede encontrar amparo en el artículo 106.2 TCE una normativa alemana (la *Rettungsdienstgesetz* de Renania-Palatinado) por la que se

condiciones de funcionamiento del servicio considerado”. Sobre la diferenciación entre los servicios de interés económico general y los no económicos, me permito remitir a Marcos VAQUER en Erminio FERRARI, ed., 2007: 313-331.

⁴ Para el Tribunal de Justicia, sólo cuando los servicios, en este u otros sectores, desempeñaran una función “*de carácter exclusivamente social*” puede aceptarse la exclusión de su interés económico y, por ende, de la aplicación del artículo 106 del Tratado y con él de todas sus normas reguladoras del mercado interior y la competencia. Sentencias de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, as. ac. C-158/91 y C-160/91 y de 22 de enero de 2002, Císal, C-218/00.

⁵ La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (conocida como *Directiva Bolkestein*) ha excluido de su ámbito de aplicación a los “servicios no económicos de interés general” y a algunos “servicios de interés económico general”, como los

reserva a los poderes públicos la responsabilidad sobre los servicios de ambulancia y se les habilita para conceder su prestación a organizaciones sin ánimo de lucro -y ello pese a calificar a tales servicios como una actividad económica- por razón de la misión de interés general que cumplen⁶.

En general, “en ausencia de reglamentación específica (...), los Estados miembros gozan de amplias competencias para definir la lista de sus servicios económicos de interés general así como sus modalidades de funcionamiento, incluidos, en su caso, los apoyos públicos que puedan resultar necesarios”, correspondiendo a la Comisión sólo que las disposiciones del Tratado “se apliquen sin error manifiesto”⁷.

c) “Una política cultural puede constituir una razón imperativa de interés general que justifique una restricción a la libre prestación de servicios”, si bien “las exigencias derivadas de las medidas destinadas a poner en práctica tal política no deben resultar en ningún caso desproporcionadas con relación al citado objetivo y sus modalidades de aplicación no deben entrañar discriminaciones en perjuicio de los nacionales de los demás Estados miembros”, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en Sentencias tales como la de 13-12-2007, *United Pan-Europe*, as. C-250/06, y la de 3-3-2011, *Comisión c. Reino de Bélgica*, as. C-134/10.

III.3. El *quomodo*. El fomento de la cultura.

a) La propia UE tiene sus programas de fomento cultural, tales como el Programa Cultura (establecido por Decisión nº 1855/2006/CE, gestionado por la Agencia Ejecutiva creada para gestionar este sector y dotado, para el periodo financiero 2007-2013, con cerca de 400 millones de euros), las Capitales Europeas de la Cultura o los diversos premios que otorga.

audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos y la radiodifusión, pero no así al resto de los servicios culturales, a los que les son aplicables sus disposiciones dirigidas a ampliar el mercado interior.

⁶ En materia cultural, pueden verse por ejemplo las Conclusiones del Consejo de 22 de mayo de 2008 sobre las competencias interculturales, en las que alienta “el fomento de medios de comunicación sin ánimo de lucro radicados en la sociedad civil” (DOUE C 141/15, de 7 de junio de 2008).

⁷ Comisión europea, *Servicios de interés económico general y ayudas estatales* (documento no oficial de debate), 12 de noviembre de 2002, par. 3 y 12.

b) El fomento cultural de los Estados miembros plantea desde luego más problemas. Como ya se ha advertido, las ayudas de los Estados destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio pueden considerarse compatibles con el mercado interior cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común (art. 107.3.d) TFUE). La Comisión Europea ejerce, bajo el control del Tribunal de Justicia, la supervisión sobre la compatibilidad con los Tratados de las ayudas de los Estados miembros.

Aunque la jurisprudencia en la materia ha vacilado, se ha impuesto la tesis del conocido como “paquete Altmark” según la cual las compensaciones concedidas por los Estados, cuyo importe no exceda de cuanto resulte necesario para la realización de la misión de interés general u obligación de servicio público, no representan una ventaja para las empresas beneficiarias y, por lo tanto, no constituyen una ayuda estatal en el sentido del art. 107 del TFUE⁸. Si no son ayuda de Estado, tampoco existe respecto de ellas el deber de notificación a la Comisión del art. 108.3 TFUE⁹.

Por lo demás, los criterios aplicados para determinar los límites de las ayudas de los Estados miembros en materia de cultura quizás pueden observarse mejor recurriendo a un esquema como éste:

⁸ Sentencias TJCE de 22 de noviembre de 2001, Ferring, as. C-53/00 y de 24 de julio de 2003, Altmark Trans GmbH, as. C-280/00.

⁹ Comisión europea, *Servicios de interés económico general y ayudas estatales*, cit., par. 57, y Decisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general.

CRITERIOS DE CONTROL ¹⁰	PARÁMETROS DE CONTROL	FUENTES
<p><i>Necesidad</i> para la promoción de la cultura</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Se reconoce la soberanía de los Estados para definir el campo semántico de cultura (subsidiariedad, art. 5 TCE). - “ (...) las disposiciones de excepción a la prohibición de conceder ayudas estatales deben aplicarse de manera restrictiva. El concepto de «cultura» en el sentido definido en la letra d) del apartado 3 del artículo 87 debe interpretarse, pues, de modo restrictivo”¹¹. - El Estado debe alegarla en el procedimiento, pues la Comisión no la considera de oficio. - El Estado debe identificar y separar la ayuda dirigida a este fin: “a menos que un Estado miembro establezca una definición y una financiación separada para las ayudas únicamente destinadas a promover la cultura, éstas no pueden generalmente autorizarse en virtud de la letra d) del apartado 3 del artículo 87”. 	<ul style="list-style-type: none"> - Comunicación audiovisual¹², par. 2.3.b). - Comunicación radiodifusión¹³, par. 26. - Decisión 98/466/CE, de 21-1-1998, <i>Société française de production</i>. - Comunicación radiodifusión, par. 27.
<p><i>Proporcionalidad</i> a las finalidades perseguidas</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La ayuda sólo puede financiar costes de la actividad cultural incentivada, pero nunca otras actividades industriales o comerciales del destinatario. 	<ul style="list-style-type: none"> - Decisión 1999/133/CE, de 10-6-1998, <i>CELF</i>, par. XI.

¹⁰ Tomo estos criterios de Carmen CAMBA, 2002: 498.

¹¹ Esta doctrina contrasta con las Resoluciones del Consejo de 21 de enero de 2003 sobre el lugar de la cultura en la Unión Europea (2002/C 32/02), que “considera importante iniciar (...) un trabajo de mejora de la aplicación de los apartados 2 y 4 del artículo 151 del Tratado”, y sobre el desarrollo del sector audiovisual (2002/C 32/04), que reafirma que “lo audiovisual entraña fundamentalmente una dimensión cultural y constituye una expresión creativa, especialmente de identidades” e invita a la Comisión a que “considere la importancia y el papel de las ayudas públicas (...) y a que tome todo tipo de iniciativa que permita a los Estados miembros elegir, prever y aplicar regímenes de ayuda al sector respetando las normas del Tratado”. Similar es el caso del libro, en el que la Resolución del Consejo de 12 de febrero de 2001 (2001/C 73/03) “invita a la Comisión a tener en cuenta, al aplicar las normas en materia de competencia y de libre circulación de mercancías, el valor cultural particular del libro y su importancia para el fomento de la diversidad cultural”.

¹² Comunicación de la Comisión sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual, de 26-9-2001, COM (2001)534 final. Como ella misma advierte, sus determinaciones sobre criterios específicos de la Comisión para evaluar las ayudas estatales (par. 2.3.b) están inspirados en la Decisión N3/98, de 3 de junio de 1998.

¹³ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2001/C 320/04).

	<ul style="list-style-type: none"> - Incluso dentro del objeto tutelado, imposición de límites cuantitativos relativos (a la ayuda en sí y a la territorialización de la actividad). - Compatibilidad con ayudas nacionales para otros fines y con las comunitario-europeas. 	- Comunicación audiovisual, par. 2.3.b)
<i>No discriminación</i> por razón de nacionalidad.	- La definición del destinatario de las ayudas debe respetar el principio de trato nacional (art. 12 TCE): “los regímenes de ayudas no pueden, por ejemplo: reservar las ayudas a los nacionales de un país, exclusivamente; exigir que los beneficiarios sean empresas nacionales (...), o exigir que los trabajadores de empresas extranjeras (...) respeten las normas de trabajo nacionales”.	- Comunicación audiovisual, par. 2.3 a); también Decisión 89/441/CEE, de 21-12-1998, producción de películas griegas.
<i>No obstaculización</i> de la libre circulación de mercancías, servicios, personas o capitales dentro de la Comunidad ⇒ No alterar las condiciones de los intercambios y la competencia en la Comunidad.	<ul style="list-style-type: none"> - Limitación del objeto posible de la ayuda: creación o producción, pero no postproducción. - “Si bien es cierto que la diversidad cultural y lingüística propicia la compartimentación de los mercados”, la ayuda no puede contribuir a reforzar dicha compartimentación. Sin embargo: - Son admisibles las ayudas condicionadas a cierta territorialización o a un uso lingüístico de la producción cultural. 	<ul style="list-style-type: none"> - Comunicación audiovisual, par. 2.3.b). - Decisión 97/238/CE, de 2-10-1996, <i>Société française de production</i>, par. VIII. - Comunicación audiovisual, par. 2.3.b); Decisiones 89/441/CEE, de 21-12-1998, producción de películas griegas, y 199/133/CE, películas en francés; Sentencia de 5-03-2009, as. C-222/07, financiación de películas en lenguas oficiales.
<i>No favorecer</i> a empresas o productos singulares	- La ayuda no puede colocar a una empresa en una posición ventajosa a la hora de comercializar sus servicios en otros Estados miembros o parte del Acuerdo EEE ni hacer más difícil la penetración en el mercado nacional de los servicios de empresas extranjeras	- Decisiones 97/238/CE, de 2-10-1996, <i>Société française de production</i> , par. VIII y (2012) 3025 final, de 8-5-2012, <i>Ciudad de la Luz</i> .

IV. Conclusión.

Los Tratados europeos han evolucionado notablemente para abrirse, entre otros valores, a la diversidad cultural, que ya no reciben como algo ajeno pero respetable, sino como un principio propio de la Unión a cuyo servicio deben orientarse sus poderes y competencias.

Sin embargo, el cuerpo central de la doctrina de las Instituciones europeas -en particular de la Comisión y el Tribunal de Justicia- se fraguó principalmente en las últimas décadas del siglo XX, en una etapa histórica anterior del Derecho unitario europeo, y todavía no se ha adaptado plenamente a la evolución comentada. La Comisión y el Tribunal, como “guardianes de los Tratados” que son, recelan naturalmente de la utilización espuria de la cultura por los Estados miembros como coartada de medidas proteccionistas y restrictivas de la competencia. Hacen bien. Pero no debieran recelar de las medidas dirigidas de forma razonable y proporcionada a promover o proteger la diversidad cultural, aunque afecten –es casi inevitable- a las libertades comunitarias y las transacciones en el mercado. En materia lingüística ya está ampliamente asumido, probablemente por la fuerza simbólica e identitaria de las lenguas nacionales y porque es relativamente sencillo apreciar su protección o fomento en un supuesto de hecho concreto¹⁴. Pero evidentemente la diversidad cultural es una noción mucho más amplia y lábil que la de diversidad lingüística.

Pese a la obligada diplomacia en las relaciones interinstitucionales dentro de la Unión Europea y al característico estilo perifrástico de su jerga burocrática, el Consejo no dejó de mostrar su frustración y desacuerdo con esta situación en sus Resoluciones de 2001 (2001/C 73/03) y 2002 (2002/C 32/02 y 04), ya citadas más atrás extensamente en una nota al pie, en las que “invita” a la Comisión a que tenga en cuenta “el valor cultural” de ciertos bienes, “el fomento de la diversidad cultural” y “la cultura como un elemento esencial de la integración europea”.

¹⁴ El Tribunal ha aceptado la protección de la lengua “como medio de expresión de la identidad y cultural nacionales” y que “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” no se opone a los Tratados (Sentencia de 28-11-1989, Groener, as. C-379/87) y ha fallado en otras varias ocasiones (citadas en el cuadro anterior) a favor de la financiación de películas en las lenguas oficiales, por ejemplo.

Bibliografía de referencia

- CAMBA CONSTENLA, Carmen (2002): *El derecho de la cinematografía en España y en la Unión Europea*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- DEROUT, Anne (1993): *La protection des biens culturels en droit communautaire*. Rennes, Apogée.
- DONDELINGER, Jean (1990): “1992, les relations de la communauté et de la culture”, *Revue du Marché Commun*, nº 334, février.
- FERRARI, Erminio, ed. (2007): *Attività economiche ed attività social nei servizi di interesse generale*. Torino, Giappichelli.
- GIANNINI, Máximo Severo (1976): “I beni culturali”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno XXVI.
- HÄBERLE, Peter, ed. (1982): *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- LOMAN, J.M.E., MORTELMANS, K.J.M. y POST, H.H.G., (1992): *Culture and community law. Before and after Maastricht*. Deventer, Kluwer.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (1994): *El comercio del arte y la Unión Europea*. Madrid, Cívitas.
- MESNARD, André-Hubert (1990): *Droit et politique de la culture*. Paris, PUF.
- PADRÓS REIG, Carles (2000): *Derecho y cultura*. Barcelona, Atelier.
- PONTIER, Jean-Marie, RICCI, Jean-Claude y BOURDON, Jacques (1996): *Droit de la culture*. 2ª ed. París, Dalloz.
- QUADRANTI, Isolde (2006): “La politica culturale europea nel periodo di riflessione sul futuro dell’Unione”, *Aedon Rivista di arti e diritto on line*, Il Mulino.
- PRIETO DE PEDRO, Jesús (1994): *Cultura, culturas y Constitución*. Madrid, Congreso de los Diputados y Centro de Estudios Constitucionales.
- SIERRA, Susana de la (2010): *Derecho del cine: Administración cultural y mercado*, Madrid, Iustel.
- SPAGNA MUSSO, Enrico (1961): *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*. Napoli, Morano.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (1998): *Estado y cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.

- , (2005): “La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial”, *Museos.es*, nº 1.
- VV.AA. (1998): *Cultura y comercio en la comunidad internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 13.