

En la ciudad de Madrid, a 14 de noviembre de 2012.

Vistos por mí, D. Manuel Ponte Fernández, Magistrado-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 11, los presentes autos de procedimiento ordinario, seguidos ante este Juzgado con el número de registro núm. 82/11, a instancia del Abogado del Estado, en representación y defensa del Ministerio de Cultura, siendo demandada la entidad mercantil Gheko Films, S.L., con CIF B-... y domicilio en Urb. Park Beach, Oficina, Crtra. Nac. 340, Km 164,5, Estepona (Málaga), representada por el procurador D. Raúl Sánchez Vicente y asistida por el Letrado D. Alberto Salido González. La cuantía del recurso es indeterminada.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado, previa declaración de lesividad por parte del Ministerio de Cultura, interpuso recurso contencioso administrativo el día 14 de octubre de 2011 contra la resolución presunta por la que se concede la calificación de la obra cinematográfica "La Mula", así como la atribución a la misma de la nacionalidad española.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, la parte actora expuso cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación y terminó por suplicar a este Juzgado se dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso se revoque y anule la resolución impugnada, por no ser conforme a Derecho.

TERCERO.- En su contestación a la demanda, el Abogado del Estado se opuso a las pretensiones de la parte demandante; y tras exponer cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación, solicitó se dictase sentencia por la que se desestime el recurso y confirme el acto recurrido, toda vez que el mismo es ajustado a Derecho.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la admitida, quedando seguidamente los autos conclusos para dictar sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto la resolución presunta del Ministerio de Cultura por la que se concede la calificación de la obra cinematográfica "La Mula", así como la atribución a la misma de la nacionalidad española.

El Abogado del Estado expone, en apoyo de su pretensión de anulación del acto administrativo, que, con fecha 1 de julio de 2008, se presentó ante el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Visuales solicitud de aprobación de una coproducción internacional para la película titulada "La Muía", por parte de la mercantil "Gheko Films", S.L., de conformidad con el artículo 5 de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre y en el Real Decreto 526/2002, de 14 de junio, por el que se regulan medidas de fomento y producción de la cinematografía y la realización de películas en coproducción.

Mediante Resolución del Director General del Instituto de la Cinematografía y las Artes Visuales de 18 de septiembre de 2008, se aprobó el proyecto con determinadas

características, lo que implicaba la concesión provisional de la nacionalidad de la obra. Posteriormente, con fecha 1 de abril de 2009, se accedió a las modificaciones solicitadas el día 26 de enero del mismo año.

Con fecha 1 de septiembre de 2010, las sociedades Gheko Films y Gheko Films Sur, S.L. presentaron sendas solicitudes de calificación por edades de la película, no coincidiendo exactamente ni las empresas productoras ni el director de la película entre la solicitud y la documentación aportada.

Requerida información adicional, se dictó resolución de 18 de octubre de 2010, por parte del Director del ICAA, denegando la solicitud de calificación de la película. Recurrida la resolución en reposición, el mismo fue resuelto en sentido estimatorio, pues la denegación expresa de la solicitud de calificación se había producido con fecha posterior al vencimiento del plazo que establece el artículo 6 del Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre.

Con posterioridad, con fecha 3 de diciembre de 2010, el Ministerio de Cultura acuerda iniciar el procedimiento de declaración de lesividad de la obtención, por silencio administrativo positivo, de la calificación por edades de la película. Con fecha 21 de marzo de 2011, el Ministerio dictó resolución, conforme al informe de la Abogacía General del Estado, por el que anula las actuaciones y ordena iniciar de nuevo el procedimiento de lesividad, manteniendo la suspensión de la eficacia de la calificación, el cual, en síntesis, finalizó, con fecha 15 de julio de 2011, mediante Resolución del Ministerio de Cultura por la que se declara lesiva para el interés público la obtención por silencio administrativo positivo de la calificación por edades de la obra titulada "La Mula" y se acordaba mantener la suspensión de la eficacia de la calificación.

Argumenta, en síntesis, el Abogado del Estado, que el acto administrativo declarado lesivo incurre en infracción del ordenamiento jurídico, a tenor de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre y del Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre. En concreto, el artículo 28 del Real Decreto señala que "tendrán la consideración de películas españolas previa aprobación del proyecto de coproducción por el ICAA o por la Comunidad Autónoma competente, y podrán tener acceso a las ayudas establecidas para las películas españolas de manera proporcional a la participación del coproductor español o con domicilio o establecimiento permanente en España en los términos del artículo 2". Manifiesta esta parte que se ha producido la vulneración del artículo 29 del Real Decreto, pues se han producido modificaciones sustanciales el proyecto, que impiden considerar que la película presentada a calificación se ajuste al proyecto presentado en su día. En concreto, las modificaciones afectan a las entidades coproductoras, el director de la película, los guionistas, el director de fotografía, el compositor de música y el presupuesto de la película. Dichas modificaciones no fueron comunicadas por las productoras a la Administración, al contrario de aquellas circunstancias que fueron en su día aprobadas.

En consecuencia, a la vista de todas las modificaciones producidas, argumenta esta parte que el proyecto en su día presentado a calificación no se adecúa al aprobado en su día, por lo que, de acuerdo con los artículos 22 del Real Decreto 526/2002 de 14 de junio y 33 del Real Decreto 2062/2008, de 12 de noviembre, la calificación otorgada

por silencio administrativo positivo no resulta conforme a Derecho, por lo que procede su anulación.

Por su parte, la representación de Gheko Films, Sur, S.L., en su contestación, se opuso a los pedimentos formulados de contrario, argumentando, en primer lugar, que la Administración aplica normativa ya derogada, puesto que en el momento de dictarse la resolución por la que se aprobó la modificación sustancial del proyecto -1 de abril de 2009- el Real Decreto 526/2002, de 14 de diciembre, ya había sido derogado, estando en vigor el Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, del Cine.

Añade esta parte que la solicitud de calificación por edades de la película instada con fecha 1 de septiembre de 2009 fue acompañada de toda la documentación exigida, sin que la Administración apreciara disparidad o error alguno entre los datos de la solicitud y la documentación aportada.

Añade esta parte que la inicial resolución denegatoria de la calificación de 18 de octubre de 2010 se fundamentaba en unos hechos falsos, y cuestiona, a continuación, la resolución de inicio del procedimiento de lesividad, de 3 de diciembre de 2010, por la que se suspendía la eficacia de la calificación, argumentando que no existe relación entre el embargo preventivo de unos bienes por parte del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Estepona y la concesión de calificación por edades de una película. Asimismo, la parte argumenta que la resolución de 21 de marzo de 2011, manifestando que la propia resolución reconoce que la calificación por silencio administrativo no supone lesión alguna para el interés público.

Manifiesta, a continuación la demandada que la resolución declarada lesiva no es contraria los artículos 5 de la Ley 55/2007, del Cine, y artículos 21 y 23 del Real Decreto 526/2002, de 14 de junio, por el que se regulan medidas de fomento y promoción de la cinematografía y realización de películas en coproducción, al cumplir todos los requisitos exigidos por tales preceptos, y ello conforme al artículo 4 del Convenio Europeo de Coproducción Cinematográfica y al artículo 33 del Real Decreto 2062/2008, conforme a los cuales argumenta la demandante que con la obtención de la aprobación a la coproducción le fue concedida provisionalmente la nacionalidad española, la cual, de acuerdo con el artículo 5.2 del Convenio Europeo, es irrevocable, salvo en caso de incumplimiento de los compromisos iniciales en materia artística, económica y técnica, lo que no se ha producido.

Añade la parte, en lo que respecta a la existencia de más de un director, que el injustificado abandono por parte del director a solo unos días de finalización del rodaje hizo necesaria la participación de un director suplente, resultando imposible la paralización del rodaje.

Manifiesta, a continuación la parte que no concurren los requisitos para la declaración de lesividad y denuncia las irregularidades cometidas en este expediente, como la recusación de la Subsecretaría del Ministerio de Cultura, que fue rechazada o la denegación del acceso al expediente administrativo, a lo que añadía la caducidad del procedimiento de declaración de lesividad por transcurso del plazo de seis meses desde su inicio hasta la declaración de lesividad, habiéndose, además, infringido los límites previstos en el artículo 106 de la Ley 30/92. En consecuencia, interesaba esta

parte la desestimación de la demanda interpuesta, con confirmación del acto administrativo declarado lesivo.

SEGUNDO.- El procedimiento anulatorio de actos de la Administración anulables, favorables a los interesados, se desarrolla, conforme al artículo 103 de la Ley 30/92, reformado por la Ley 4/99, en dos fases: En una primera es la Administración la que debe declarar, en sede administrativa, lesivo un acto administrativo, lo que no constituye sino un presupuesto procesal para que la propia Administración, y contra lo que sucede en el caso de actos nulos, sea la que impugne el acto declarado lesivo ante esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En cuanto a esta declaración de lesividad, cabe destacar que la vigente doctrina jurisprudencial (STS de 28 de febrero de 1994) ha eliminado la exigencia de la doble lesión jurídica y económica, vigente bajo la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, de manera que, no obstante la dicción actual, tanto del artículo 103 de la Ley 30/92, como del artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, que mantienen el término lesividad, basta en la actualidad que el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico en los términos del artículo 63.1 de la Ley 30/92 para que pueda ser declarado lesivo y, en esta sede jurisdiccional, anulado.

Asimismo, y en lo que aquí ahora interesa, tal declaración de lesividad no constituye sino un acto de trámite previo a un proceso jurisdiccional, que, como tal, resulta inimpugnable, sin perjuicio de que la misma puede ser examinada y enjuiciada en el presente proceso, en cuanto tiene por objeto el acto sobre el que recae la misma; en particular, si la declaración de lesividad no se ha adoptado conforme a las garantías legalmente previstas o fuera extemporánea.

Así pues, por evidentes razones de índole técnico procesal, ha de ser examinada en primer lugar la conformidad a Derecho de la declaración de lesividad, respecto de la cual se plantea, en primer lugar, por la entidad demandada la caducidad del procedimiento al haber transcurrido para su resolución más de los seis meses previstos en el artículo 103.3 de la Ley 30/92. Pues bien, este motivo ha de ser desestimado, pues si bien, conforme se desprende del expediente administrativo, el acuerdo por el que se inicia el procedimiento de lesividad fue dictado con fecha 3 de diciembre de 2010 y la Resolución que acuerda dicha lesividad se produjo con fecha 15 de julio de 2011, con fecha 21 de marzo de 2011 (folio 1371 del expediente administrativo), se dictó acuerdo mediante el que anulaban las actuaciones practicadas en el procedimiento, se acordaba la retroacción de las mismas, y, mediante Resolución de la misma fecha se acordaba el inicio del procedimiento de declaración de lesividad. Así, no es posible estimar caducado el procedimiento de lesividad, pues, siempre que no haya transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años que establece el artículo 103.2 de la Ley 30/92, nada impide a la Administración la anulación de actuaciones y el reinicio del procedimiento, conservando las actuaciones del anterior procedimiento, conforme a los artículos 64 y 66 de la Ley 30/92.

En segundo lugar, igualmente debe desestimarse la alegación referida a la falta de audiencia de los interesados.

En efecto, el artículo 103.2 de la Ley 30/92 establece que “la declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos en el artículo 84 de esta Ley”. Por su parte, este último precepto dispone que “instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.3”, añadiendo en su apartado segundo que “los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”.

Pues bien, teniendo en cuenta que los defectos formales únicamente tienen transcendencia anulatoria, conforme al artículo 63.2 de la Ley 30/92, cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin hayan generado indefensión, en el caso que nos ocupa consta en el expediente administrativo, al folio 1611, que, con fecha 6 de mayo de 2011 se dio vista del expediente a los interesados, por lo que han tenido oportunidad de alegar cuanto ha convenido a sus intereses, lo que consta efectuado mediante escrito presentado el 8 de junio de 2011 (folio 1690 del expediente administrativo) . Por último, en cuanto a la solicitud de recusación de la Subsecretaría de Cultura, desestimada mediante la Resolución de 15 de julio de 2011, tampoco puede dar lugar a la estimación del presente recurso contencioso-administrativo.

Así, por una parte, sin perjuicio de que la desestimación de la misma es conforme a Derecho, al no acreditarse la existencia de causa de recusación alguna de las previstas en el artículo 28.2 de la Ley 30/92, conforme establece el artículo 28.3 del mismo texto legal y reiterada doctrina jurisprudencial, la intervención de funcionario incurso en causa de abstención o de recusación no atendida, no es vicio de nulidad de pleno derecho, sino, en su caso, de anulabilidad cuando la intervención del funcionario que debió haberse abstenido o cuya recusación debió haber sido estimada haya sido decisiva en el sentido del acto administrativo (STS 29 de abril de 1993). Así, la incidencia de la abstención o recusación, en lo que respecta a la validez del acto dictado, queda remitido al estudio de fondo del asunto, sin implicar en todo caso la invalidez del acto.

Pues bien, en el asunto que nos ocupa, la recusación formulada, y, se insiste, correctamente desestimada, en ningún caso podría dar lugar a la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, pues no se aprecia que la actuación de la funcionaría recusada haya tenido influencia decisiva en la resolución, que aparece, en esencia basada en los informes previos que sustentan la declaración de lesividad del acto administrativo posteriormente impugnado, tal y como se constata en el expediente administrativo.

TERCERO.- Rechazados, en consecuencia, los motivos de impugnación referidos a la declaración de lesividad y al procedimiento que la precede, procede, a continuación, entrar a enjuiciar el fondo del asunto, ceñido a analizar la conformidad o no a Derecho del acto administrativo presunto por el que se obtuvo la calificación de la obra cinematográfica “La Mula”, o, en otras palabras, si el citado acto, obtenido por silencio administrativo positivo, incurre en algún tipo de infracción del ordenamiento jurídico.

Debe comenzarse precisando cuál es el marco normativo con arreglo al cual ha de resolverse la presente litis. Así, si bien la normativa en vigor en el momento de producirse el acto administrativo aquí impugnado era, además de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, el Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla el texto legal, y a pesar de que la Administración cita indistintamente este último reglamento y el Reglamento que deroga, es decir, el Real Decreto 526/2002, de 14 de junio, por el que se regulan medidas de fomento y promoción de la cinematografía y la realización de películas en coproducción, es este último texto reglamentario es que es de aplicación, en lo que respecta a la concesión de la nacionalidad española a la obra, pues, conforme a las normas generales de derecho transitorio, era el vigente en el momento de presentarse la solicitud de aprobación de la coproducción, el día 1 de julio de 2008, así como la aprobación inicial del proyecto, el día 18 de septiembre de 2008, con referencia al cual, se produce el otorgamiento por silencio administrativo de la calificación por edades y la condición de película española.

Pues bien, un primera cuestión que ha de clarificarse para la resolución del litigio es la distinción entre el otorgamiento de la nacionalidad española a la obra cinematográfica y la calificación por edades, siendo este último el acto objeto de impugnación en el presente procedimiento: En lo que respecta al primero de los aspectos, conforme al artículo 8 de la Ley del Cine, la calificación de la película se configura como un presupuesto de la comercialización, difusión o publicidad de la obra cinematográfica, y tiene por objeto la inclusión de la misma en el grupo de edad del público al que va destinada, lo que se produce mediante Resolución del Director del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, previo informe de la Comisión de Calificación, en lo que constituye una potestad de policía administrativa, lo que es nítidamente distinguible, entiende este Juzgador del otorgamiento de la nacionalidad española a la obra, respecto de la cual el artículo 5 de la Ley del Cine establece los requisitos, y en lo que respecta, en concreto, a las coproducciones, el apartado segundo del precepto remite a la regulación específica, pues la nacionalidad se encuentra vinculada al acceso al sistema de ayudas y medidas de fomento establecidas específicamente para las películas españolas, de modo proporcional a la participación del productor español, conforme establecía el artículo 19 del Real Decreto 526/2002, aplicable al presente caso como ya se ha razonado. Así las cosas, una primera conclusión puede ya extraerse a los efectos de resolución del litigio, pues, no obstante la vinculación que la Administración lleva a cabo entre ambas instituciones, los razonamientos contenidos en el acuerdo por el que se declara la lesividad del otorgamiento por silencio de la calificación por edades -ha de entenderse, conforme a la calificación solicitada por el interesado- no se refieren al ejercicio de esta potestad de policía, sino a las alteraciones del proyecto inicial que habrían determinado la no concesión de modo definitivo de la nacionalidad española, conforme a la supuesta inobservación del artículo 22 "in fine" del citado Reglamento, vinculado, como ya se ha puesto de manifiesto, a la actividad administrativa de fomento.

En este sentido, no comparte este Juzgador la conclusión jurídica de la Administración, conforme a la cual la expedición del certificado de nacionalidad se configura como requisito previo a la calificación por edades de la película, pues lo único que dispone el texto reglamentario aplicable (artículo 22) es que el

reconocimiento definitivo de la nacionalidad española se otorgará cuando la película se presente a calificación, pero nada tiene que ver la nacionalidad de la obra cinematográfica con la calificación de la misma por grupos edades, pues aquél requisito se vincula -se insiste- al acceso a determinadas medidas de fomento y el segundo es requisito para la distribución, comercialización y exhibición de la película. En consecuencia, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado contra el acto presunto que otorga la calificación de la película por grupo de edades ha de ser desestimado, pues esta resolución no tiene por objeto determinar la adecuación de la obra sometida a calificación al proyecto original eventualmente presentado.

CUARTO.- No obstante, con el fin de ahuyentar todo atisbo de indefensión y aun asumiendo, a efectos dialécticos, el planteamiento jurídico de la Administración, conforme al que la certificación de nacionalidad va indisolublemente unido a la calificación por edades se entrará a valorar la conclusión que lleva a declarar la lesividad del acto administrativo para concluir, igualmente, que el acto administrativo es conforme a Derecho.

Así, el precepto clave en el litigio, y en cuya vulneración funda la Administración su recurso contencioso-administrativo, es el artículo 22 del Real Decreto 526/2002, conforme al cual “el Director General del ICAA o el órgano que corresponda de la Comunidad Autónoma competente, a la vista de los informes previstos, en su caso, en el artículo anterior y de otros que puedan solicitarse, resolverá sobre la aprobación del proyecto de coproducción. La resolución aprobatoria del proyecto llevará implícita la concesión provisional de la nacionalidad española de la película a efectos de la eventual solicitud de las medidas de fomento que puedan ser de aplicación. El reconocimiento definitivo de la nacionalidad española se otorgará cuando la película se presente a calificación, siempre y cuando aquélla se adecuó al proyecto aprobado en su día”.

Pues bien, partiendo de las normas jurídicas han de interpretarse no solamente atendiendo al sentido literal de las mismas, sino “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, conforme al artículo 3 del Código Civil, entiende este Juzgador que el examen que del proyecto ha de hacerse en el momento de otorgar a la obra cinematográfica, ha de referirse necesariamente al cumplimiento por parte del mismo de los requisitos exigidos en los artículos 21 y 23 del Reglamento, los cuales, sin que sea necesaria aquí su reproducción, hacen referencia a la proporción de participación entre los coproductores de la película, tanto en el aspecto económico, como en el técnico y artístico. Es decir, en buena lógica con su carácter de normas de fomento de la cinematografía española, estas normas tienen a velar por la comprobación de la efectiva participación española en la obra, tanto en el aspecto económico, como en el creativo o artístico -personal de creación, técnico, artístico-, como en lo que se refiere incluso a los lugares de rodaje. Así las cosas, la resolución que contiene la declaración de lesividad se fundamenta en la alteración del proyecto original, concretamente en los siguientes aspectos, que aparecen concretamente detallados en el informe obrante a los folios 1789 y siguientes del expediente administrativo: Añadido de un segundo director, desaparición de uno de los guionistas, sustitución del director de fotografía, sustitución del compositor de música y omisión de datos relativos al presupuesto. Y concluye la resolución afirmando que tales

alteraciones constituyen modificaciones sustanciales que afectan a los autores de la obra, conforme al artículo 5.1 de la Ley del Cine.

Pues bien, no puede compartir este Juzgador la conclusión alcanzada por la Administración, por cuanto que, conforme a la interpretación teleológica que ha de darse a esta norma, tal alteración únicamente puede considerarse relevante para el otorgamiento o no de la nacionalidad española a la obra en cuanto ponga de manifiesto una vulneración de los diferentes requisitos que establecen los artículos 21 y 23 del Reglamento, que evidencie que la concesión provisional de la nacionalidad española en el momento de presentación del proyecto original no deba ser ratificada, sin que la resolución administrativa contenga siquiera una referencia al incumplimiento de los mismos. En otras palabras, no toda alteración del proyecto original ha de determinar la no concesión de la nacionalidad española, pues la posición jurídica de la Administración podría llegar al resultado absurdo de denegar el certificado de nacionalidad, cuando el cambio de algunos de los autores de la obra lo haya sido incluso para incrementar la participación española en la producción.

En consecuencia, el recurso contencioso-administrativo ha de ser desestimado, al apreciarse la conformidad a Derecho del acto presunto de concesión de la calificación de la obra cinematográfica.

QUINTO.- En lo que respecta a las costas procesales, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 139.1 de la L.J.C.A., conforme al cual no procede efectuar especial pronunciamiento en esta materia al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por la Constitución,

## FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado contra la resolución presunta por la que se concede la calificación de la obra cinematográfica "La Mula", así como la atribución a la misma de la nacionalidad española, que se confirma por ser conforme a Derecho; sin hacer especial pronunciamiento en relación a las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia en la forma prevenida en el art. 248.4 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, advirtiéndole que contra la misma cabe interponer, ante este mismo Juzgado, recurso de apelación en el plazo de los quince días siguientes a su notificación, para su resolución por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. Manuel Ponte Fernández.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el lmo. Sr. Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.