

Efectos de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de sincronización audiovisual de fonogramas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19), caso «Atresmedia».

Sumario

El 18 de noviembre de 2020 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó un importante fallo en materia de sincronización audiovisual de fonogramas. A pesar de haber transcurrido más de dos años, aún no se han materializado los efectos directos de esa resolución, llamada a alterar significativamente la tarifa que las entidades de gestión de los productores de fonogramas y los artistas musicales pueden percibir de los organismos de radiodifusión televisiva y de otros operadores que realicen actos de comunicación pública de obras audiovisuales en las que se hayan sincronizado fonogramas. La doctrina del Tribunal de Justicia implica que, tras la sincronización del fonograma en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual, la ulterior comunicación pública de esa grabación audiovisual no comporta una comunicación al público del fonograma o fonogramas sincronizados en ella. Por consiguiente, no ha lugar a exigir de los sujetos que realicen esos actos de comunicación pública el pago de la remuneración equitativa que, a nivel interno, prevén los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas respectivamente, y a nivel comunitario el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115. Más allá de los efectos inmanentes al proceso judicial del que traía causa la cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal de Justicia, circunscritos al operador televisivo que era parte en ese litigio, debemos preguntarnos las consecuencias que el nuevo entendimiento sobre la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales provoca para el sector en su conjunto. Asimismo, es deber del intérprete del Derecho preguntarse si la doctrina de la sentencia «Atresmedia» está llamada a producir repercusiones más allá de los objetos a los que el caso se refería (fonogramas y obras audiovisuales), debiendo extenderse a otros casos de sincronización (de fonogramas en otros bienes inmateriales o de otros objetos en obras audiovisuales); así como de la concreta modalidad de explotación que estaba en juego en el litigio de origen. El artículo también se interroga sobre la proyección en el tiempo de la doctrina sentada en la sentencia.

Abstract

On November 18, 2020, the Court of Justice of the European Union issued an important ruling on the synchronization of phonograms in audiovisual works. Despite more than two years having elapsed, the direct effects of this resolution, which calls for a significant change in the tariff that collective management organizations of phonogram producers and musical performers can claim from television broadcasting organizations and other similar operators, have not yet materialized. The doctrine of the Court of Justice implies that, after the synchronization of the phonogram in an audiovisual recording containing the fixation of an audiovisual work, the subsequent public communication of that audiovisual work does not imply a communication to the public of the phonogram or phonograms synchronized on it. Therefore, there is no room to require the

subjects who carry out these acts of public communication to pay the equitable remuneration that, internally, is provided for in articles 108.4 and 116.2 of the Copyright and Related Rights Acts, for performers and phonogram producers respectively, and at the European level, in article 8.2 of Directive 2006/115. Beyond the immanent effects of the judicial process that gave rise to the preliminary ruling request resolved by the Court of Justice, circumscribed to the television operator that was a party to said litigation, one must find the consequences that the new understanding on the synchronization of phonograms in audiovisual works brings to the entire sector as a whole. Likewise, it is the duty of the interpreter of the Law to ask himself if the doctrine of the "Atresmedia" judgment is bound to produce repercussions that go beyond the objects to which the case refers (phonograms and audiovisual works), by means of extending it to other cases of synchronization (of phonograms in other objects or of other objects in audiovisual works); as well as the specific form of exploitation that was at stake in the original dispute. The article also asks about the projection in time of the doctrine established in the ruling.

Title: *Effects of the doctrine established by the Court of Justice of the European Union in matters of audiovisual synchronization of phonograms. Judgment of the Court of Justice of the European Union of November 18, 2020 (C-147/19), «Atresmedia» case.*

-

Palabras clave: Remuneración equitativa y única por la comunicación al público de fonogramas — Sincronización de fonogramas — Comunicación al público de una grabación audiovisual que contiene la fijación de una obra audiovisual en la que se han incorporado uno o más fonogramas

Keywords: *Single equitable remuneration for the communication to the public of phonograms — Synchronization of phonograms — Communication to the public of an audiovisual recording containing the fixation of an audiovisual work in which one or more phonograms have been incorporated*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.04

3.2023

Recepción
10/4/2023

-

Aceptación
3/7/2023

Índice

1. Introducción

2. Los antecedentes del caso: la controversia planteada en el asunto principal

3. El pronunciamiento del TJUE: comunicar al público una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en que se haya sincronizado un fonograma no implica comunicar al público el fonograma

3.1. El fonograma como fijación exclusivamente sonora

3.2. Una fijación audiovisual que no es un fonograma tampoco es una «reproducción» de un fonograma

4. La resolución del litigio principal: la sentencia del Tribunal Supremo

5. La doctrina de la Sentencia del TJUE en el asunto «Atresmedia» y sus efectos inmediatos o directos

5.1. Recapitulación sobre la doctrina de la Sentencia

5.2. Los efectos inmediatos del fallo: el ajuste de la tarifa de AGEDI-AIE para televisiones

a. El ajuste tarifario propuesto por AGEDI-AIE a las televisiones

b. Obras audiovisuales versus grabaciones audiovisuales según AGEDI y AIE

c. Los anuncios publicitarios

d. Los videoclips o vídeos musicales

6. La doctrina de la Sentencia del TJUE en el asunto «Atresmedia» y sus efectos mediatos o indirectos

7. Extensión de la doctrina de la Sentencia a la sincronización de y en otros bienes inmateriales

7.1. La aplicación de la doctrina de la Sentencia a otros bienes inmateriales de origen

a. La extensión natural de la doctrina de la Sentencia a los fonogramas en general

b. La extensión natural de la doctrina de la Sentencia a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en los fonogramas

c. Sobre la posibilidad de extender la doctrina de la Sentencia a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas directamente en una grabación audiovisual

d. La imposibilidad de extender la doctrina de la Sentencia a la sincronización de obras musicales en obras audiovisuales

7.2. La aplicación de la doctrina de la Sentencia a otros bienes inmateriales de destino

a. La extensión del alcance de la Sentencia a toda clase de obras audiovisuales

b. Los videojuegos

c. Las grabaciones audiovisuales que no contienen la fijación de una obra audiovisual

d. Las emisiones o transmisiones de radiodifusión televisiva

8. Extensión de la doctrina de la Sentencia a otras modalidades de explotación de las obras audiovisuales

9. Extensión en el tiempo de los efectos de la Sentencia

10. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Hace ya más de dos años que fue dictada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19), ECLI:EU:C:2020:935, en el caso Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. («Atresmedia») v. Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales («AGEDI») y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España («AIE»), en adelante la «Sentencia». Se trata de una resolución clave para el mercado de explotación de fonogramas sincronizados en producciones audiovisuales.

A pesar del tiempo transcurrido, y de la importancia del fallo, la aplicación práctica de la doctrina sentada en la Sentencia aún no se ha consumado y siguen existiendo muchas dudas acerca del alcance exacto de todas sus repercusiones. El propósito de este trabajo no es tanto, o no solo, exponer la doctrina de la Sentencia, lo que es menos necesario pues resulta ya relativamente conocida para el público especializado¹, como tratar de aclarar algunas dudas interpretativas a que se sigue prestando y reflexionar sobre la serie de consecuencias, tanto directas como indirectas, que puede comportar, empezando desde luego por el impacto sobre la gestión colectiva de los derechos sobre los fonogramas.

El plan al que me atenderé será el siguiente. En primer lugar, parece ineludible hacer una descripción, aunque sea sintética, del caso y de la historia procesal en las sucesivas instancias, tanto antes como después de que el asunto fuera referido al TJUE. A continuación, tras acuñar la doctrina que se desprende de la Sentencia, procede delimitar los efectos *directos* de la Sentencia,

* Rafael Sánchez Aristi (rafael.aristi@urjc.es) es catedrático de Derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid) y socio del Área de Propiedad Intelectual de Cuatrecasas (Madrid). Las opiniones expresadas en este artículo expresan su punto de vista personal y no de las organizaciones para las que presta servicios. El autor agradece la lectura del manuscrito inicial y los comentarios al mismo hechos por sus compañeros Nora Oyarzabal Oyonarte y Álvaro Bourkaib Fernández de Córdoba.

¹ Reseñas o comentarios breves de la Sentencia pueden encontrarse varios. Cabe dar aquí las principales referencias: CASAS VALLÉS, «Nueva Cuestión Prejudicial ante el TJUE. AGEDI/AIE c. ATRESMEDIA, Sincronización de fonogramas, comunicación pública de obras audiovisuales y remuneración equitativa y única de artistas y productores», Blog de ALADDA (<http://aladda.es/nueva-cuestion-prejudicial-agedi-aie-c-atresmedia-sincronizacion-de-fonogramas-comunicacion-publica-de-obras-audiovisuales-y-remuneracion-equitativa-y-unica-de-artistas-y-productores/>); CUERVA DE CAÑAS, «Reseña de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19): ¡váyase con su música a otra parte (que no sea una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual que incorpore un fonograma sincronizado)!\», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n° 93 (mayo-agosto 2021), pp. 87 ss.; FERNÁNDEZ AÑÓN, «Atresmedia se libra de una indemnización millonaria», Blog del Máster en Propiedad Intelectual UAM-CIPI (<https://blog.cipi.es/blog2-intelectual/item/182-atresmedia-se-libra-de-una-indemnizacion-millonaria>); GONZÁLEZ SAN JUAN, «La remuneración equitativa y única relativa a la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales [Comentario de la STJUE (Sala Quinta), de 18 de noviembre de 2020, Asunto C-147/19, Atresmedia]», *ADI*, n° 41 (2020-21), pp. 377 ss.; LÓPEZ RICHART, «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 18 de noviembre de 2020», en SÁNCHEZ ARISTI y MORALEJO IMBERNÓN (eds.), *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual* (coord. R.), 2ª ed., Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2022, pp. 1163 ss.; OYARZABAL OYONARTE, Y ZABALLOS DEL RÍO, «Sentencia TJUE: sincronización de fonogramas en obras audiovisuales y derecho de remuneración por comunicación pública», Blog de Propiedad Intelectual y Tecnologías de Cuatrecasas (<https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/sentencia-tjue-sincronizacion-de-fonogramas-en-obras-audiovisuales-y-derecho-de-remuneracion-por-comunicacion-publica-1>); SERRANO FERNÁNDEZ, «El Derecho de Comunicación pública de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas. Comentario a la sentencia TJUE de 18 de noviembre de 2020 (Sala Quinta), asunto C-147/19», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 55, 2021.

no en el sentido de los desatados en el procedimiento en cuyo seno se dictó, sino de los llamados a producirse en el sector de actividad de que se trata. Finalmente, exploraré lo que podrían llamarse consecuencias o repercusiones *indirectas* de la Sentencia, distinguiendo a su vez entre las que tienen que ver con el ámbito objetivo de referencia (aplicación de la doctrina a otros objetos o bienes inmateriales), con el ámbito material (aplicación de la doctrina a otras modalidades de explotación) y con el marco temporal (aplicación de la doctrina a situaciones pasadas y efectos hacia el futuro).

2. Los antecedentes del caso: la controversia planteada en el asunto principal

La controversia resuelta por la Sentencia tiene su origen en un litigio que enfrentaba a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de los productores fonográficos (AGEDI) y de los artistas intérpretes o ejecutantes del ámbito musical (AIE), frente a Atresmedia en su condición de operador de televisión comercial en abierto. AGEDI y AIE habían demandado a Atresmedia reclamando el pago de alrededor de 17 millones de euros por la remuneración equitativa ligada a actos de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos realizados entre junio de 2003 y diciembre de 2009 a través de los canales de televisión explotados por Atresmedia, y por la reproducción no autorizada de fonogramas realizada para dichos actos de comunicación. Así como la remuneración equitativa por la comunicación pública es única para ambos colectivos y se trata de un derecho remuneratorio de gestión colectiva obligatoria que AGEDI y AIE gestionan a través de la Oficina Conjunta de Recaudación creada al efecto por esas entidades, la reproducción es un derecho exclusivo hecho valer únicamente por los productores a través de AGEDI.

El derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de fonogramas se contempla para los artistas en el artículo 108.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, («TRLPI»), y para los productores en el artículo 116.2 TRLPI. Esos preceptos son reflejo a nivel interno del derecho previsto a nivel comunitario en el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual («**Directiva 2006/115**»)², y a nivel internacional en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 («**Convención de Roma**») y el artículo 15 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (la «OMPI») sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas («TOIEF»). El derecho de reproducción de los productores de fonogramas está recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 115 TRLPI.

El Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, en su sentencia 110/2013, de 10 de junio, ECLI:ES:JMM:2013:439, estimó en parte la demanda de AGEDI y AIE y acordó que, con el límite de lo solicitado en ella, la indemnización por los expresados conceptos debía determinarse en ejecución de sentencia de acuerdo con dos criterios: (i) el uso efectivo del repertorio de las demandantes llevado a cabo por Atresmedia durante ese periodo; y (ii) los acuerdos a los que

² Versión codificada de la Directiva 92/100/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (la «**Directiva 92/100**» y, junto con la Directiva 2006/115, las «**Directivas 92/100 y 2006/115**»).

dichas entidades de gestión hubieran llegado con otras cadenas de televisión de similares características para autorizar el uso de su repertorio. Pero señaló que debían excluirse de los usos que darían lugar a indemnización los actos de comunicación pública de fonogramas que hubieran sido incorporados o «sincronizados» en obras audiovisuales (películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios), así como la reproducción de los mismos. En opinión del Juzgado, la sincronización de un fonograma en una obra audiovisual mediante una licencia remunerada provoca, necesariamente, la desaparición del fonograma como tal y la aparición de una obra derivada nueva y autónoma (sic), y por tanto los derechos de remuneración por comunicación pública y reproducción del fonograma se extinguen con el pago de la sincronización³.

Se trata de una decisión que viene a concordar en gran medida con la que, a la postre, se desprende de la Sentencia del TJUE, si bien desde un punto de vista conceptual cabe reprochar a la sentencia de primera instancia que tratase la sincronización del fonograma como si equivaliera a la sincronización de las obras musicales en él fijadas, ya que se refería a que la sincronización del fonograma comporta una transformación o realización de una obra derivada. En rigor, como explicará después el TJUE, no es que la sincronización comporte una transformación del fonograma, aunque provoque en cualquier caso su dilución como bien inmateral, la cual sin embargo opera por vía de reproducción.

Recurrida en apelación la sentencia de instancia por AGEDI y AIE, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) en su sentencia 29/2016, de 25 de enero, ECLI:ES:APM:2016:3842, suscribió la tesis de las recurrentes, favorable a la pervivencia del fonograma incluso tras su sincronización en una obra audiovisual, por lo que la ulterior comunicación pública de ésta implicaría una comunicación pública del fonograma en ella sincronizado, y por tanto devengaría la remuneración equitativa y única a favor de artistas y productores fonográficos. El razonamiento de la Audiencia es de signo opuesto al del Juzgado: la sincronización no puede provocar la transformación del fonograma porque el fonograma no es una obra, lo que implica es simplemente la reproducción del fonograma en la obra audiovisual, y esta –a diferencia de lo que luego apreciará el TJUE– no es suficiente para causar su dilución⁴.

³ Según la sentencia del Juzgado (F. de D. 7º), “la sincronización del fonograma preexistente en una obra audiovisual mediante la correspondiente licencia remunerada provoca necesariamente la aparición de una obra derivada absolutamente nueva y autónoma. Por tratarse de una obra con autonomía propia, frente al fonograma [...] que en ella se ha incorporado, no pueden seguir generándose derechos de remuneración por comunicación pública y reproducción instrumental de ésta para los productores del fonograma y los artistas que la interpretaron/ejecutaron, porque tales derechos expiran con el pago de la sincronización y la transformación de la obra musical y el soporte fonográfico en una obra musical”.

⁴ Según la sentencia de la Audiencia, “Ahora bien, el fonograma no es una obra. El fonograma es un mero soporte que contiene la fijación del concreto modo de ejecución que un determinado artista ha llevado a cabo, en un momento dado, de la secuencia de sonidos que constituye la obra propiamente dicha. En otras palabras: la obra es la ideación creativa y original de la secuencia de sonidos y el fonograma es el objeto que recoge una cierta ejecución de esa secuencia. Consiguientemente, si el fonograma no es una obra, no es posible ejercer sobre él operación alguna que comporte un fenómeno de transformación en sentido técnico-jurídico y, correlativamente, tampoco es posible que nazca del fonograma una obra derivada, precisamente porque aquello sobre lo que se opera en el curso de la sincronización no puede ser catalogado como obra en sentido alguno. Por más que la sincronización del fonograma en la obra audiovisual genere en el plano estético y creativo una síntesis superadora de sus elementos visuales y auditivos, y por más que ello dé lugar a la transformación de la obra sonora (normalmente musical) cuya concreta ejecución se encuentra fijada en el fonograma objeto de sincronización, lo cierto es que las cualidades de los sonidos fijados en el fonograma son objetivamente las mismas antes y después de la sincronización. Ello hace que la fijación sonora que queda en la obra audiovisual después de la sincronización

En consecuencia, la Audiencia revocó la sentencia de instancia y estimó íntegramente la demanda, dando por bueno el montante de la indemnización reclamada, ya que, según observa el tribunal, dicha suma había sido fijada teniendo en cuenta los acuerdos a los que AGEDI y AIE habían llegado con otras cadenas de televisión de similares características –generalistas y de ámbito estatal–, y no se había constatado que Atresmedia hubiera hecho un uso efectivo del repertorio de las actoras menor que el de esas otras cadenas.

Atresmedia interpuso recurso de casación cuestionando la interpretación que la Audiencia había hecho de los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI, así como de los preceptos comunitarios de referencia: el artículo 8.2 de la Directiva 92/100 y el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115 [de idéntico contenido, pero aplicables ambos *rationae temporis*, dado que la reclamación abarcaba el periodo de junio de 2003 a diciembre de 2009].

Antes de resolver el recurso, por providencia de 10 de enero de 2019, la Sala acordó dejar en suspenso la deliberación, votación y fallo y oír a las partes sobre la procedencia de plantear cuestión prejudicial. Tras formular cada una las alegaciones que consideró pertinentes, por auto de 13 de febrero de 2019 el Alto Tribunal entendió necesario plantear al TJUE sendas cuestiones prejudiciales, a saber:

«1. El concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8, apartado 2, de las Directivas 92/100 y 2006/115, ¿incluye la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual?»

2. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, ¿está obligada al pago de la remuneración equitativa y única prevista en el art. 8, apartado 2, de tales Directivas una entidad de radiodifusión televisiva que utilice, para cualquier tipo de comunicación al público, una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra cinematográfica o audiovisual en la que se haya reproducido un fonograma publicado con fines comerciales?»

Presentaron observaciones escritas Atresmedia, AGEDI, AIE, el Gobierno español y la Comisión Europea. Las mismas partes formularon sus observaciones orales durante la vista, celebrada el 30 de enero de 2020. El abogado general, Sr. Evgeni Tanchev emitió sus conclusiones el 16 de julio de 2020.

3. El pronunciamiento del TJUE: comunicar al público una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en que se haya sincronizado un fonograma no implica comunicar al público el fonograma

del fonograma no pueda ser considerada, en tanto que simple réplica de los sonidos fijados en el fonograma sincronizado, sino como una reproducción de ese mismo fonograma. Reproducción cuya comunicación pública, al igual que la del fonograma propiamente dicho, genera el derecho de remuneración equitativa que contemplan los Arts. 108-4 y 116-2 de la Ley de Propiedad Intelectual”.

3.1. El fonograma como fijación exclusivamente sonora

Antes de entrar en el fondo del asunto, el TJUE aclara, con carácter preliminar, que las cuestiones prejudiciales remitidas no versan sobre los propios actos de sincronización de fonogramas comerciales en las grabaciones audiovisuales controvertidas en el asunto principal, pues constaba que la incorporación de los fonogramas se había efectuado con la autorización de los titulares de derechos afectados y a cambio de una remuneración abonada de conformidad con los acuerdos contractuales aplicables.

Lo que el órgano jurisdiccional remitente deseaba saber, señala el TJUE, es si los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de los fonogramas publicados con fines comerciales tienen derecho a percibir la remuneración equitativa y única prevista en el artículo 8, apartado 2 de la Directiva 92/100 [refundida después en la Directiva 2006/115], cuando las grabaciones audiovisuales en que los fonogramas comerciales se hayan incorporado sean objeto de comunicación pública posterior.

En este sentido, considera que las cuestiones planteadas deben analizarse conjuntamente y las reformula así: *«si el artículo 8.2 de la Directiva 92/100 y el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115 deben interpretarse en el sentido de que los usuarios tienen que pagar la remuneración equitativa y única que contemplan ambas disposiciones cuando efectúen la comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contenga la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas».*

La Sentencia recuerda que el respectivo artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 prevé que los Estados miembros establecerán la obligación del usuario de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma, que se utilice para la radiodifusión inalámbrica o para cualquier tipo de comunicación al público, de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores del fonograma.

Partiendo de esa base, el TJUE considera que es necesario, para responder a la cuestión prejudicial, determinar si una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de fonogramas comerciales debe calificarse de «fonograma» o «reproducción de dicho fonograma» a efectos del artículo 8.2 de la Directiva 92/100 y de la Directiva 2006/115.

El Tribunal de Justicia observa que ni las Directivas 92/100 y 2006/115, ni otros instrumentos adoptados por la Unión en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, definen el concepto de «fonograma», así como tampoco contienen una remisión a los ordenamientos de los Estados miembros para determinar el alcance de ese concepto. Siendo así, el TJUE recuerda que es reiterada la jurisprudencia que determina que, en estos casos, el tenor de una disposición del Derecho de la Unión debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la UE. Los criterios interpretativos serán, de acuerdo con la jurisprudencia, el tenor de esa disposición, su contexto (en particular su génesis y el Derecho internacional), y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. En este caso, según la Sentencia, las disposiciones de las Directivas 92/100 y 2006/115 deben interpretarse a la luz del Derecho internacional, en especial de los tratados que dichos instrumentos jurídicos tienen justamente por objeto aplicar, tal y como se recoge explícitamente en los considerandos de ambas Directivas.

Como ya hiciera el abogado general en sus conclusiones, el TJUE señala que de la exposición de motivos de la propuesta de directiva que precedió a la adopción de la Directiva 92/100, se desprende que, habida cuenta de que los términos empleados en ella eran fundamentales en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines y de que su significado ya había quedado armonizado en su mayoría por tratados internacionales, procedía remitirse a los conceptos que figuran en especial en la Convención de Roma que, si bien no forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión (la UE no es parte de ella), produce efectos indirectos en el seno de la Unión.

A tenor del artículo 3, letra b), de la Convención de Roma, un fonograma es toda fijación «exclusivamente sonora» de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos, de lo que el Tribunal deduce que no puede incluirse en ese concepto una fijación de imágenes y sonidos, ya que esta fijación no puede calificarse de «exclusivamente sonora».

Por su parte, la sentencia recuerda que procede interpretar el concepto de «fonograma» que figura en el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115 (que sustituyó al de la Directiva 92/100 sin modificarlo) respetando el concepto equivalente del TOIEF, ya que las disposiciones de este tratado sí que forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión. Así, el artículo 2, letra b), del TOIEF, define fonograma como *«toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual»*.

Observa el Tribunal, en línea con las conclusiones del abogado general, que de la «Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI», elaborada por la OMPI (la «**Guía OMPI**»)⁵, documento interpretativo elaborado por la OMPI que, aunque no tiene fuerza vinculante, contribuye a la interpretación del TOIEF, se desprende que el TOIEF habría actualizado la definición de «fonograma» de la Convención de Roma, con el efecto de que *«en el caso de que una fijación audiovisual no cumpla los requisitos para poder considerarse obra, la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en dicha fijación audiovisual debe considerarse fonograma»*.

Sin perjuicio de esta última observación, el TJUE concluye que procede considerar que tanto el TOIEF como la Guía OMPI excluyen que una fijación de sonidos incorporada en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual esté comprendida, a efectos de dicha disposición, en el concepto de «fonograma».

El Tribunal es consciente de que, como destacaron AGEDI y AIE, la declaración concertada sobre el artículo 2, letra b), del TOIEF que adoptó la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 20 de diciembre de 1996 (la «Declaración Concertada»), constituye también un factor importante para la interpretación de esa disposición, y que de acuerdo con la Declaración Concertada, *«la definición de fonograma prevista en el Artículo 2.b) no sugiere que los derechos sobre el fonograma sean afectados en modo alguno por su incorporación en una obra cinematográfica u otras obras audiovisuales»*. Sin embargo, para el TJUE, ello no desvirtúa la conclusión anterior.

⁵ Disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

El TJUE aclara que de la Declaración Concertada puede deducirse que un fonograma incorporado en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual pierde su condición de «fonograma» en la medida en que forme parte de tal obra, sin que ello afecte a los derechos sobre ese fonograma en caso de que se utilice con independencia de la obra en cuestión. Según la Sentencia, esta interpretación se ve corroborada por la Guía OMPI, que indica que la Declaración Concertada pretende dejar claro que los «*fonogramas solo pueden utilizarse en [una obra cinematográfica u otra obra audiovisual] a partir de los arreglos contractuales adecuados, teniendo en cuenta debidamente los derechos de los productores de fonogramas previstos en el [TF]. En caso de que se utilicen de nuevo con independencia de la obra audiovisual, deben ser considerados fonogramas*»⁶.

Como explica el TJUE, en el presente caso la incorporación de los fonogramas controvertidos en obras audiovisuales se efectuó con la debida autorización de los titulares de derechos afectados y a cambio de una remuneración que les fue abonada de conformidad con los acuerdos contractuales. Por otro lado, las pretensiones de AGEDI y AIE no hacían alusión alguna a que esos fonogramas se utilizasen de nuevo con independencia de la obra audiovisual en la que se incorporaron.

Con base en todo lo anterior, se ratifica que procede considerar que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no puede calificarse de «fonograma» a los efectos del artículo 8, apartado 2, de las Directivas 92/100 y 2006/115.

3.2. Una fijación audiovisual que no es un fonograma tampoco es una «reproducción» de un fonograma

Tras dejar aclarado que la fijación de sonidos incorporada a una obra audiovisual no es un fonograma, el Tribunal analiza, en consonancia con las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial remitente, si la incorporación de un fonograma en la grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual constituye la «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales», en el sentido del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115. Como tampoco las Directivas 92/100 y 2006/115 definen el concepto de «reproducción de un fonograma» ni se remiten de forma expresa al Derecho de los Estados miembros para definir su alcance, debe realizarse una interpretación autónoma y uniforme.

Según el abogado general en sus conclusiones, para realizar la interpretación y comenzando con el contexto, debe recordarse que el término «reproducción» no solo se encuentra en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, sino también en el artículo 7 de la Directiva 92/100 y en la posterior reaparición de esta disposición en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (la «**Directiva 2001/29**»).

⁶ De otro modo, la sincronización no sería una explotación más del fonograma sino una suerte de *canto del cisne* que causaría la extinción del fonograma a todos los efectos. La Declaración Concertada significa también que se puede crear un nuevo álbum fonográfico a partir de los temas de la banda sonora de una película, el cual pase a comercializarse como fonograma de manera separada del propio film, fenómeno harto frecuente en la práctica.

A este respecto, según el abogado general, puede entenderse que el término «reproducción» se refiere, bien al proceso de reproducir un determinado elemento, o bien al resultado de esa reproducción; ambas nociones estarían vinculadas además a derechos de distinta naturaleza: lo que prohíbe el artículo 2, letra c) de la Directiva 2001/29 es el acto de reproducción no autorizado, mientras que el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 se refiere a la remuneración por ciertos usos de *una* reproducción, entendida como copia de un fonograma, es decir, el uso de un ejemplar del fonograma. Se trataría de dos acepciones distintas de la misma palabra.

Así, continúa el abogado general, el acto de copiar una grabación preexistente de una canción en la banda sonora de una película puede considerarse un acto de reproducción, porque es lo que se está haciendo: la canción se reproduce e incorpora en el conjunto audiovisual. Tal acto de reproducción –en el sentido en que este término se utiliza a los efectos del derecho de reproducción– tiene lugar cuando se sincroniza el fonograma. Sin embargo, considera el abogado general que el hecho de que la sincronización de un fonograma preexistente sea un *acto* de reproducción de ese fonograma no convierte a la obra audiovisual resultante en *una* reproducción de ese fonograma.

El TJUE, siguiendo la misma línea que la del abogado general en sus conclusiones, señala que el artículo 3, letra e), de la Convención Roma, define la «reproducción» como «la *realización* de uno o más ejemplares de una fijación» y que, resulta obligado declarar que tal definición se refiere al *acto de realizar* una reproducción de la fijación de que se trate. Ahora bien, ese acto, que es objeto del derecho de carácter preventivo contemplado en el artículo 2 de la Directiva 2001/29, no es objeto de las disposiciones del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, las cuales no establecen tal derecho de carácter preventivo, sino un derecho de carácter compensatorio, cuyo elemento desencadenante es la comunicación al público de la interpretación o ejecución de una obra fijada sobre un fonograma o sobre la reproducción de dicho fonograma. Es decir, la reproducción en el contexto de las Directivas 92/100 y 2006/115 debe entenderse en el sentido de un *ejemplar del fonograma* derivado de dicho acto de reproducción.

Lo anterior conduce al TJUE a establecer que, dado que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no puede calificarse de «fonograma» a los efectos del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, tal grabación tampoco podrá, por razones idénticas, constituir un «ejemplar» de ese fonograma ni, por tanto, estar incluida en el concepto de «reproducción» de dicho fonograma a los efectos de esas mismas disposiciones.

Sentado lo anterior, el TJUE concluye en el sentido de que procede considerar que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no podrá calificarse ni como «fonograma» ni como «reproducción de dicho fonograma» a los efectos del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115. Por consiguiente, la comunicación al público de esa grabación audiovisual no genera el derecho de remuneración que contemplan las mencionadas disposiciones.

El TJUE aclara que la interpretación llevada a cabo no pasa por alto los objetivos de las Directivas 92/100 y 2006/115 tendentes a garantizar la continuidad del trabajo creativo y artístico de los autores y artistas intérpretes y ejecutantes y, de este modo, permitir que se alcance un equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de

fonogramas a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros en poder emitir dichos fonogramas o comunicarlos al público en condiciones razonables. Según el Tribunal de Justicia, en circunstancias como las controvertidas en litigio principal, esos objetivos deben alcanzarse mediante la celebración, con motivo de la incorporación de los fonogramas o las reproducciones de dichos fonogramas en las obras audiovisuales de que se trate, de acuerdos contractuales entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de las obras, de modo que la remuneración de los derechos afines sobre los fonogramas como consecuencia de esa incorporación se realice a través de esos acuerdos contractuales (v. apartado 55 de la Sentencia).

La respuesta final a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente es que el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 y el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/1158 deben interpretarse en el sentido de que los usuarios no tienen que pagar la remuneración equitativa y única que contemplan ambas disposiciones cuando efectúen una comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas.

4. La resolución del litigio principal: la sentencia del Tribunal Supremo

Tras la contestación del TJUE, el Tribunal Supremo dio solución al litigio principal mediante la STS 67/2021, Civil, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:354). En ella el Alto Tribunal explica, en primer lugar, que la transposición llevada a cabo en los artículos 108.4 y 116.2 del TRLPI del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 no ha incrementado la protección de los titulares de derechos afines, puesto que se ha limitado a trasladar a los preceptos de Derecho nacional la previsión de las Directivas 92/100 y 2006/115, sin realizar ningún añadido relevante. Por tal razón, el TS sostiene que para resolver el recurso se debe seguir la interpretación del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 realizada por el TJUE en la Sentencia. A continuación, tras realizar un resumen de la Sentencia, el Tribunal Supremo concluye que, en atención a la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales, procede estimar el recurso de casación formulado por Atresmedia, revocar la sentencia de apelación y confirmar la del Juzgado.

En el fundamento de derecho cuarto, el Tribunal Supremo da respuesta a la cuestión alegada por AGEDI y AIE relativa a que el pronunciamiento del TJUE es irrelevante para la decisión del litigio principal. Sostenían AGEDI y AIE que la indemnización que solicitaron en la demanda no había sido calculada sobre la base de la intensidad de uso de dichos fonogramas en los canales explotados por Atresmedia, sino a partir de un informe pericial que tomaba como metodología de cálculo la comparación de los acuerdos alcanzados por AGEDI y AIE con otras televisiones de la misma clase, estando esa metodología desvinculada de la intensidad de uso de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos.

El Tribunal Supremo rechaza ese alegato, al entender que la cuestión de si la comunicación pública de obras audiovisuales en las que se habían incorporado fonogramas originaba para Atresmedia la obligación de pagar una remuneración equitativa a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes o ejecutantes, había sido decisiva tanto en primera como en segunda instancia. Según el Alto Tribunal, si la sentencia de apelación estimó el recurso de AGEDI y AIE no fue por considerar que esa cuestión fuera irrelevante, sino porque, considerándola relevante: (i) consideró que el usuario estaba obligado a pagar la remuneración por la comunicación pública

de obras audiovisuales en las que se hubieran incorporado fonogramas, y no solo por los fonogramas no incorporados en obras audiovisuales, y (ii) entendió que en los convenios de otras cadenas de televisión generalistas con AGEDI y AIE se había tenido en cuenta igualmente el uso de fonogramas incorporados en obras audiovisuales.

En el fundamento de derecho quinto, el Tribunal Supremo se refiere a una nueva cuestión suscitada por AGEDI y AIE en el contexto del recurso de casación, a saber, si los anuncios publicitarios deben considerarse obras audiovisuales. AGEDI y AIE sostenían que no, y que por tanto la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales sincronizados en anuncios publicitarios devenga la remuneración equitativa prevista en los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI.

Con independencia de que señala que se trata de una cuestión planteada de modo extemporáneo en casación, puesto que no formaba parte de la demanda y solo se enunció de forma muy sucinta por AGEDI y AIE en el recurso de apelación, motivo suficiente para que decayese, el Tribunal Supremo no pierde la oportunidad de dar una guía al respecto, indicando que no puede excluirse a priori que un anuncio publicitario pueda protegerse por derechos de autor, salvo que no reúna los requisitos exigibles para ser considerado como obra, en concreto la originalidad. Continúa el Alto Tribunal explicando que el propio TRLPI, en su artículo 90.6, hace expresa referencia a «las obras audiovisuales de carácter publicitario», con lo que deja claro que la finalidad publicitaria de una creación audiovisual no excluye su carácter de obra protegible por derechos de autor, lo cual es coherente con el principio de que las creaciones originales se protegen por la propiedad intelectual con independencia de su posible función o finalidad práctica o comercial.

5. La doctrina de la Sentencia del TJUE en el asunto «Atresmedia» y sus efectos inmediatos o directos

En lo que sigue, vamos a explorar los efectos a los que, con independencia de la opinión que a cada cual merezca, debe o puede conducir –en buena lógica– la doctrina fijada en la Sentencia. A tal fin distinguiremos entre los efectos directos y los indirectos. Los primeros guardan relación con el estricto problema suscitado en el litigio principal que dio origen a la cuestión prejudicial y a la respuesta del TJUE, esto es, la sincronización de fonogramas en grabaciones que contienen la fijación de obras audiovisuales, y son los que examinaremos en este apartado tras efectuar una recapitulación de la doctrina fijada en la Sentencia, para no perder nunca de vista el núcleo de partida de nuestro análisis.

5.1. Recapitulación sobre la doctrina de la Sentencia

La Sentencia se centra en la interpretación de si comunicar al público una grabación que contenga una obra audiovisual implica comunicar al público los fonogramas que se hubieran sincronizado en tal clase de grabación. La conclusión es que no, y la razón tiene que ver con la definición de qué es un fonograma (*corpus mysticum*) y una reproducción de un fonograma (*corpus mechanicum*).

Dado que un fonograma es una fijación exclusivamente sonora, y la fijación audiovisual que contiene una obra audiovisual es un bien inmaterial que combina imágenes y audio, no puede al mismo tiempo *ser* o *contener* un fonograma: al incorporarse en el film, el fonograma pasa a

integrarse en la banda sonora de ese otro bien inmaterial que es la obra audiovisual, perdiendo su propia autonomía como bien inmaterial.

Al mismo tiempo, esa fijación audiovisual donde se incorpora o sincroniza un fonograma tampoco es una reproducción de un fonograma, en el sentido de un «ejemplar», porque el ejemplar de un fonograma debe reunir las mismas características que este, es decir, debe contener una fijación exclusivamente sonora de una ejecución o de otros sonidos. El TJUE aclara que el hecho de que para sincronizar un fonograma en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual haya que *efectuar un acto de reproducción*, no hace que la grabación audiovisual resultante *sea una reproducción* del fonograma.

En suma, debido al proceso de sincronización del fonograma en una obra audiovisual, cuando esta se comunica al público no puede decirse que se esté comunicando ni un fonograma ni una copia o reproducción de un fonograma. Sin perjuicio de lo cual, la pérdida de la condición de fonograma causada por la sincronización audiovisual no afecta a las explotaciones de que el fonograma sea objeto como tal a posteriori, siempre que sea con independencia de la obra audiovisual en la que se hubiera incorporado.

5.2. Los efectos inmediatos del fallo: el ajuste de la tarifa de AGEDI-AIE para televisiones

Las consecuencias directas del fallo del TJUE son de la especie que apunta el Tribunal Supremo en su sentencia: dado que en las tarifas reclamadas AGEDI y AIE contemplaban la comunicación pública tanto de fonogramas no incorporados en fijaciones audiovisuales de obras audiovisuales como de fonogramas incorporados en ellas, será necesario determinar la proporción de unos y de otros, dado que el derecho a percibir la remuneración se circunscribe a los primeros. Eso significa que la tarifa de AGEDI y AIE por la comunicación pública de fonogramas para operadores de televisión debe sufrir un ajuste general, más allá del ajuste que se aplique a la indemnización reclamada frente a Atresmedia en el litigio principal del caso resuelto por el TJUE, el cual se determinará en ejecución de sentencia.

No puede acogerse el argumento, según el cual, lo dictaminado por la Sentencia sería a fin de cuentas inocuo para la tarifa de AGEDI y AIE porque esta no estaba calculada sobre la base de la intensidad de uso de los fonogramas. Como hemos visto, este argumento fue esgrimido en casación por dichas entidades y rechazado por el Alto Tribunal. Una tarifa por disponibilidad no fluctúa en función de la mayor o menor intensidad de uso del repertorio, pero se apoya en la premisa de que el usuario está retribuyendo por un uso potencial del repertorio, es decir, por un uso que podría llegar a hacer. Sin embargo, conforme a lo dictaminado por la Sentencia, no es cuestión de que los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales sean objeto de un uso menor –*rectius* nulo– pudiendo ser objeto de un uso potencialmente mayor, sino de que *no pueden ser objeto de uso en absoluto* cuando se comunica al público la obra audiovisual en la que se hayan incorporado. Ninguna tarifa por disponibilidad puede servir para retribuir por un uso que es potencialmente inviable.

Así pues, la no toma en consideración de los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales no es un aspecto de orden cuantitativo relacionado con la intensidad de uso, sino de orden cualitativo o conceptual, y como tal se trata de un *prius* para la (re)construcción de la tarifa de AGEDI y AIE. La tarifa de AGEDI y AIE para televisiones siempre ha estado basada en la premisa

de que los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales eran objeto de comunicación pública cuando tales obras se comunicaban al público. Como vamos a ver en el siguiente epígrafe al glosar las tarifas de AGEDI y AIE de los años 2015 y 2016, esas entidades proporcionaban en sus tarifas una estimación indirecta del uso típico de fonogramas en cada tipología de programación televisiva. Entre las tipologías de programación que tenían en consideración estaban la de ficción-películas y los espacios de publicidad. Ello es indicativo de que, desde su punto de vista, los fonogramas sincronizados en esos tipos de obras audiovisuales debían computarse a efectos de su tarifa.

De este modo, con independencia de que fuese o no una tarifa por uso efectivo, el importe de la tarifa provenía de un cálculo, aunque fuera estimativo, en el que se reflejaba el uso medio o típico de fonogramas por un canal de televisión, en el bien entendido de que los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales también eran objeto de comunicación pública cuando dichas obras eran comunicadas al público. Dado que la Sentencia ha dictaminado que esa premisa era errónea, cualquier tarifa anterior al fallo del TJUE no puede considerarse espontáneamente ajustada con dicho pronunciamiento.

Cuál deba ser el ajuste dependerá del peso que en cada tipología de canal tenga el uso de los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales frente a los no sincronizados en tales obras. Así, para un canal temático de cine y series la aplicación de la doctrina establecida en la Sentencia implicará la práctica imposibilidad de que AGEDI y AIE puedan reclamar tarifa alguna al sujeto que explota el canal, pues todos los contenidos comunicados serían fijaciones audiovisuales del tipo contemplado en la Sentencia. En un canal generalista el ajuste deberá ser correlativo a la parte de la programación que se corresponda con cine, series, spots publicitarios y cualesquiera otras obras audiovisuales.

En fin, la mejor evidencia de que las tarifas anteriores de AGEDI y AIE sí tenía en consideración el uso de fonogramas sincronizados en obras audiovisuales, es que las propias AGEDI y AIE, a pesar de su alegato en sede casacional, han elaborado una propuesta para las televisiones en la que se refleja un ajuste del tipo tarifario como consecuencia de lo dictaminado por la Sentencia.

a. El ajuste tarifario propuesto por AGEDI-AIE a las televisiones

En efecto, el 28 de marzo de 2022 AGEDI y AIE hicieron pública una propuesta de tarifa para televisiones, con el propósito declarado de llevar a cabo una adaptación a la doctrina que se desprende de la Sentencia (la «**Propuesta**»)⁷. En ella se lee:

«En los términos establecidos en la parte dispositiva de la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19, queda excluido del ámbito de la tarifa de AGEDI-AIE la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos incorporados o sincronizados en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales de acuerdo con la definición de éstas que describe en esta nota previa.

⁷ Disponible en: http://www.agedi-aie.es/images/stories/2022/Propuesta_tarifa_TV.pdf. La Propuesta no es una tarifa general propiamente dicha, pues no consta aprobada por AGEDI-AIE como tal. Tampoco constituye un replanteamiento general de la estructura tarifaria de esas entidades, sino que solo pretende dar cauce al ajuste derivado de la Sentencia.

Igualmente, como consecuencia del contenido de la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19, queda excluido del ámbito de la tarifa de AGEDI la reproducción de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se encuentren incorporados o sincronizados fonogramas publicados con fines comerciales, de acuerdo con la definición de éstas que se indica a continuación».

La Propuesta contiene una tarifa de uso efectivo («TUE») en la que, sobre una base de ingresos gravable, eliminadas algunas deducciones, se aplica un tipo tarifario en forma de un porcentaje del 5,72% modulado a su vez por la intensidad de uso de fonogramas publicados con fines comerciales de cada usuario⁸. No se proporciona ninguna parametrización para determinar la intensidad media de fonogramas en cada tipología de programación, como en cambio sí hacían AGEDI y AIE en sus tarifas generales anteriores.

Así, tanto las tarifas de 2016 como las de 2015 admitían que, para aplicar la TUE, el usuario optara entre llevar a cabo una medición precisa del uso efectivo, o acogerse a una suerte de estimación indirecta denominada «medición por tipología de programación». Conforme a esta, cada usuario estimaba cuál era su intensidad en el uso de fonogramas con base en su parrilla de programación y el porcentaje de uso de fonogramas aplicable a cada tipo de programa de acuerdo con el cuadro facilitado por AGEDI y AIE, a saber: un 5% para concursos, un 11,9% para deportes, un 3,3% para programas divulgativos y culturales, un 4,9% para ficción y películas, un 3% para informativos, un 4,1% para *infoshows*, un 12,6% para «miscelánea», un 20,1% para los programas musicales, un 14,2% para los espacios de publicidad, un 1,4% los televentas y un 21,3% para otros programas⁹.

Tampoco incluye la Propuesta una tarifa por disponibilidad promediada («TDP»), en la que se predetermine un valor general del uso de fonogramas, sin necesidad de medir el nivel concreto de intensidad de uso del usuario y ni siquiera de aproximarle mediante estimación indirecta. De nuevo, ello contrasta con lo que hacían AGEDI y AIE en épocas anteriores. En las tarifas de 2015 y 2016, además de la ya mencionada parametrización de la medición de la intensidad de uso para la TUE, estaba la posibilidad de acogerse a una TDP, consistente en aplicar una asignación predeterminada del uso de fonogramas basada en la media de intensidad de uso de fonogramas, según se tratase de canales generalistas o temáticos. Para los canales generalistas la intensidad media asignada en el tarifario de 2015 era de un 7,6%. Por su parte, los diferentes canales temáticos recibían una asignación de uso de fonogramas que iba desde el 6,3% en canales de ficción-películas, al 80,6% en los musicales o el 0% en los televentas. Ídem en las tarifas de 2016,

⁸ En las tarifas generales de AGEDI y AIE para emisoras de televisión del año 2016, que son las tarifas vigentes, el tipo tarifario es del 6,58%, a multiplicar por la intensidad de uso de los fonogramas. Ese mismo tipo tarifario se preveía en las tarifas generales de esas dos entidades para el año 2015. Ello implicaría que AGEDI y AIE cifran en aproximadamente un 13% el ajuste derivado de descontar los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales. Vid. las tarifas de AGEDI y AIE del año 2016 en: https://www.agedi-aie.es/images/stories/pdf_tarifas/Tarifas-Generales-AGEDI-AIE-LIBROIV.pdf; mientras que las del año 2015 se pueden ver aquí: http://agedi-aie.es/images/stories/pdf_tarifas/tarifastelevision.pdf.

⁹ Estos valores de intensidad de uso de fonogramas, por lo demás, no dejan de resultar llamativos: así, que el uso de fonogramas en programas deportivos más que duplique el uso en la programación de ficción y películas; o que en la categoría innominada de «otra programación», a pesar de no especificar su género, se pueda no obstante establecer que el uso de fonogramas será superior al de los programas musicales.

aunque en estas, para los canales generalistas, se fijaba directamente el tipo tarifario para cuatro tramos posibles de intensidad de uso de fonogramas.

Es decir, por paradójico que pueda resultar, la Propuesta está peor pertrechada que los tarifarios precedentes para poder llevar a cabo una estimación del ajuste que habría que realizar a fin de eliminar de la ecuación los fonogramas utilizados en géneros de programación, o en canales temáticos, donde se localicen fijaciones audiovisuales que contengan obras audiovisuales. No solo ha desaparecido el método de estimación indirecta para los usuarios que se acojan a la TUE, sino que se deja de proporcionar una TDP que refleje una asignación predeterminada del uso de fonogramas basada en la media de intensidad de uso para cada tipo de programación o de canal temático. De haberla proporcionado, se podría apreciar, por contraste con la preasignación efectuada en tarifarios anteriores, cómo valoran AGEDI y AIE el impacto del uso de fonogramas en los canales generalistas o en los canales temáticos de ficción-películas, entre otros.

b. Obras audiovisuales versus grabaciones audiovisuales según AGEDI y AIE

En la Propuesta, tras transcribir la definición legal de obras y de grabaciones audiovisuales, se trazan dos subconjuntos en los que se enumeran los distintos tipos de contenidos que «se considerarán por AGEDI y AIE» obras o grabaciones audiovisuales respectivamente. En el primer subconjunto, el de obras audiovisuales, se incluyen las películas cinematográficas (largometrajes y cortometrajes), así como las obras audiovisuales de ficción creadas o divulgadas por televisión (telefilmes, tv *movies*, series de televisión, telenovelas, series de gran formato, dibujos animados, mini series y series de animación).

Por su parte, en el subconjunto de grabaciones audiovisuales se incluyen¹⁰: los espacios informativos, incluidos reportajes de contenido informativo, entrevistas, encuestas, coloquios, charlas y tertulias; las retransmisiones deportivas, taurinas, circenses y de actos públicos en general; los programas de variedades, magacines, *talk shows*, *reality shows*, galas, festivales y los programas llamados «de entretenimiento» (v. gr. cámara oculta, zapping, vídeos caseros); los programas de carácter didáctico; los concursos, competiciones y sorteos; los espacios de presentación, avance de programaciones y «de continuidad» (v. gr. carta de ajuste, minutos musicales); los programas musicales y los videoclips; los espacios y anuncios publicitarios, incluidos los programas de televenta, tele tienda y los espacios de autopromoción; los sketches, chistes, monólogos, pantomimas y parodias; las obras teatrales, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas (conocidas como «obras de gran derecho»); y los documentales y docudramas, *salvo los que reúnan las notas de originalidad y creatividad propias de cualquier obra audiovisual* y consten reconocidos como obras audiovisuales por las entidades de gestión de derechos de los autores del ámbito audiovisual (actualmente, SGAE y DAMA).

Cabe hacer diversas apreciaciones sobre esta clasificación. Comenzando por los documentales y docudramas, las propias AGEDI y AIE admiten la posibilidad de que sean calificables como obras y no como meras grabaciones audiovisuales. Lo subordinan a la presencia del elemento de originalidad y creatividad y al reconocimiento como tales por parte de otras entidades de gestión,

¹⁰ Las categorías de la enumeración son tributarias, incluso en su denominación literal, de las manejadas en la “clasificación de espacios teledifundidos” que se contiene en el art. 201 del Reglamento SGAE, si bien la calificación que realizan AGEDI y AIE no coincide en todos los casos con la que efectúa SGAE. En seguida lo vamos a ver con algunos ejemplos concretos.

en particular las de autores del ámbito audiovisual. En efecto, tanto SGAE como DAMA consideran los documentales y docudramas como contenidos incluidos en la categoría de obras audiovisuales (cfr. art. 142 del Reglamento SGAE y arts. 19 y 20 del Reglamento General de DAMA)¹¹. Será por tanto la regla, no la excepción, que los documentales y docudramas sean obras audiovisuales, por lo que deberían incluirse en el primer subconjunto estableciendo allí, si acaso, una salvedad de signo contrario.

Más allá de ese caso, si nos atentemos a los criterios de esas mismas entidades de gestión de los autores audiovisuales, estas también califican como obras audiovisuales algunos programas que, sin embargo, AGEDI y AIE incluyen en el segundo subconjunto. Así sucede con las adaptaciones dramatizadas de obras literarias, las obras dramáticas adaptadas específicamente para televisión, y las obras dramático-musicales adaptadas específicamente para televisión, que pueden ser registradas como obras audiovisuales ante SGAE y entrar por consiguiente en el reparto de la bolsa audiovisual con los porcentajes correspondientes a las distintas partes de autoría (cfr. art. 142 del Reglamento de SGAE). Otro tanto cabe decir de los sketches y monólogos, que DAMA incluye en el elenco de obras audiovisuales, siempre que reúnan el rasgo de la originalidad (cfr. arts. 19 y 20 del Reglamento General de DAMA).

De hecho, la clave para diferenciar una obra audiovisual de una grabación audiovisual es, como las propias AGEDI y AIE intuyen al delimitar qué documentales y docudramas podrán ser considerados obras, que el contenido de la grabación consista en una creación original. Esa originalidad, a su vez, según el legislador (art. 87 TRLPI), le puede venir dada a la obra audiovisual por la conjunción de tres posibles factores, de los cuales el tercero es contingente: (i) la labor de dirección-realización; (ii) las llamadas «partes literarias» de la obra audiovisual (argumento, adaptación, guion y diálogos); y (iii) la parte musical. Decimos que esta tercera parte es contingente porque la propia definición de obra audiovisual del artículo 86 TRLPI ya dice que estas consisten en una serie de imágenes asociadas, *con o sin sonorización incorporada*, de tal modo que se asume que una serie de imágenes asociadas, incluso sin sonido, también puede ser una obra audiovisual. Por otro lado, si la composición musical incorporada a la obra audiovisual no está creada *ad hoc* para esa obra, el compositor tampoco será autor de la obra audiovisual (art. 87.3 *in fine* TRLPI).

El legislador no ha establecido tipologías o categorías de obras audiovisuales. Lo que hace es trazar una definición de obra audiovisual (art. 86 TRLPI), exigir el requisito general de la originalidad (art. 10.1 TRLPI) y establecer las posibles aportaciones autorales a esa clase de obras (art. 87 TRLPI). A partir de ahí delimitar qué sea y qué no sea una obra audiovisual es algo que deberá ser determinado caso a caso, sobre la base de estimar si en la grabación audiovisual se da la presencia de elementos autorales originales (v. gr. dirección-realización, guion, diálogos, en

¹¹ DAMA define los documentales como obras audiovisuales en las que, como rasgo principal, la estructura narrativa se configura como un proyecto de investigación o recopilación de datos o hechos singulares que utiliza el lenguaje audiovisual como forma de exposición y desarrollo de ciertas hipótesis propuestas al espectador a modo de elementos de convicción y que, además sirve a sus autores para alcanzar una conclusión temática o simplemente estética a través de los hechos expuestos de sus autores. Los docudramas, por su parte, son definidos como una especie de documental que incorpora, como característica específica adicional, una acción dramática o dramatizada para subrayar determinadas partes del contenido del documental. Para evitar dudas –dice DAMA– el *making of* de una obra audiovisual se entenderá incluido en el género “documental”. Vid. art. 20.4 y 5 del Reglamento General de DAMA.

su caso banda sonora). A lo sumo se podría llegar a convenir que en todo un género de programación televisiva no es dable pensar que vayan a existir esa clase de elementos, pero eso es algo que –a falta de determinación legal o reglamentaria– debería establecerse en virtud de un acuerdo de amplio consenso, en el que concurren no solo las entidades de gestión afectadas¹², sino también los propios usuarios del medio televisivo. No en vano, ya hemos visto cómo algunos géneros son calificados como potenciales obras audiovisuales por otras entidades, y del mismo modo que un sketch o un monólogo pueden eventualmente ser una obra audiovisual televisiva, otro tanto puede ocurrir con un programa de otro tipo, a condición de que presente aportaciones autorales originales (v. gr. un programa cultural, didáctico, de concurso o de entretenimiento)¹³.

Dentro del subconjunto de grabaciones audiovisuales no obras, tal y como está delimitado por la Propuesta, nos fijamos todavía en dos categorías cuya adscripción en ese subconjunto es más que cuestionable. Nos referimos, por un lado, a los espacios y anuncios publicitarios, y por otro a los videoclips o vídeos musicales.

c. Los anuncios publicitarios

La exclusión por AGEDI y AIE de los anuncios publicitarios resulta tanto más llamativa, por cuanto conforman, junto a las películas cinematográficas y las series de televisión, las tres categorías de obras audiovisuales así definidas por la sentencia del Juzgado, a la postre confirmada por el Tribunal Supremo al resolver definitivamente la controversia entre AGEDI y AIE y Atresmedia. Recordemos que AGEDI y AIE solicitaron excluir en casación a los anuncios publicitarios de los efectos de lo dispuesto por el TJUE en la Sentencia, y que el Tribunal Supremo lo rechazó, aclarando que los anuncios publicitarios se pueden proteger por derechos de autor, hasta el punto de que son expresamente aludidos como obras audiovisuales en el artículo 90.6 del TRLPI, lo cual se debe considerar perfectamente plausible, dado que la finalidad publicitaria de una creación no está reñida con su carácter de obra protegible.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad regula, en sus artículos 20 y 21, el contrato de creación publicitaria, partiendo de la base de que el desarrollo de este tipo de creaciones da lugar al alumbramiento de un objeto sobre el que recaen derechos de autor, los cuales se presumen cedidos al anunciante o agencia. En este sentido, es un fenómeno bien conocido que las agencias de publicidad se esfuerzan por lograr la realización de spots cada vez

¹² Que por cierto no son solo las de autores audiovisuales. EGEDA también maneja sus propias definiciones de obras y grabaciones audiovisuales. Y es una distinción importante para esa entidad porque, en principio, a efectos de reparto de algunos derechos solo se considerarán las grabaciones audiovisuales que sean al mismo tiempo obras audiovisuales, mientras que en los restantes derechos podrán entrar a reparto pero previa reivindicación por parte de sus titulares (art. 3º del Reglamento de Reparto de Derechos EGEDA). Tras recordar que el elemento definitorio de las obras audiovisuales es el de la originalidad, se especifica que se considerarán obras audiovisuales las cinematográficas, las *telemovies*, series de ficción, series de animación, documentales y teleteatro, y en cambio no se incluirán en reparto como obras audiovisuales los reportajes, los programas de variedades y magazines, ni el resto de grabaciones audiovisuales *que no tengan la consideración de obras de creación* (art. 4º del Reglamento de Reparto de Derechos).

¹³ Significativamente SGAE contempla, dentro de las obras audiovisuales, la subcategoría residual de las “obras originales escritas para televisión” (art. 154 del Reglamento SGAE), la cual puede abarcar cualquier creación con un ingrediente literario que derive en una realización audiovisual original. Por su parte, DAMA no descarta que puedan ser obras audiovisuales “las obras audiovisuales de contenido informativo creadas para publicaciones de prensa digital” (art. 19 Reglamento General de DAMA), las cuales no tienen características diferentes de las piezas videográficas de contenido informativo que se emplean en el medio televisivo.

más creativos e impactantes, lo cual hace que los anuncios publicitarios contengan ingredientes artísticos y estéticos elevados, a lo cual no obsta que se trate de creaciones de corta duración¹⁴.

Cuestión distinta es que las creaciones audiovisuales publicitarias puedan quedar fuera del perímetro de gestión de algunas entidades de gestión de autores audiovisuales. Es el caso de DAMA, que deja expresamente fuera del repertorio que gestiona «los espacios publicitarios» (vid. art. 19.2 de su Reglamento General). Ello está en conexión con que DAMA no gestiona derechos exclusivos de gestión colectiva voluntaria¹⁵, sino solo derechos de gestión colectiva obligatoria, y en particular los recogidos en el artículo 90 TRLPI, siendo así que con relación a la comunicación pública que llevan a cabo las televisiones (art. 90.4 TRLPI)¹⁶, el apartado 6 de ese artículo señala que «*los derechos establecidos en los apartados 3 y 4 de este artículo (...) no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario*». Nótese que lo dispuesto en este precepto revela una dilución de las obras incorporadas en las obras audiovisuales de carácter publicitario, al menos a los efectos de la percepción de los derechos remuneratorios ligados a la posterior comunicación pública de esas obras publicitarias, lo cual avalaría que los fonogramas incorporados en obras audiovisuales publicitarias deban correr una suerte pareja.

Frente a ello, dado que SGAE sí dice extender su gestión a los derechos exclusivos que los autores se hayan podido reservar en el contrato de producción audiovisual, esta entidad no excluye los espacios publicitarios de su ámbito de gestión. Así, el apartado séptimo del artículo 54 del Reglamento SGAE se refiere a la posibilidad de registrar «*obras musicales creadas expresamente para una obra publicitaria*», que se condicionará a que se acredite documentalmente la reserva expresa de algún derecho exclusivo de explotación de los administrados por la entidad. Más adelante, el artículo 164 bis de ese Reglamento define el concepto de «primera fijación de obras musicales» como «*la incorporación en una obra audiovisual (película cinematográfica, spot publicitario para televisión, obras audiovisuales escritas para televisión, documentales [...], etc.), en una obra multimedia o en una cuña radiofónica de carácter publicitario de obras musicales pertenecientes al repertorio SGAE*». Es decir, para SGAE los spots publicitarios son un tipo de obra audiovisual en la que se puede sincronizar una obra musical, y la música del spot se puede haber creado para la incorporación en él, con lo que el autor musical obtendrá la condición de autor de esa obra audiovisual que es el spot.

d. Los videoclips o vídeos musicales

Por lo que se refiere a los videoclips, que AGEDI y AIE igualmente catalogan como meras grabaciones audiovisuales, parece aún más claro que se trata en la práctica totalidad de las ocasiones de auténticos cortometrajes con un contenido audiovisual muy sofisticado¹⁷, el cual es

¹⁴ Existen célebres certámenes y festivales en los que los spots son premiados por este tipo de elementos. Así, el Cannes Lions (<https://www.canneslions.com/>), o los AME Awards (<https://www.ameawards.com/>).

¹⁵ Salvo el caso de los derechos respecto de obras audiovisuales incluidas en publicaciones de prensa (vid. art. 7.13 de los Estatutos de DAMA).

¹⁶ Vid. apartados 1 a 12 del artículo 7 de los Estatutos de DAMA.

¹⁷ Como «cortometraje en que se registra, generalmente con fines promocionales, una única canción o pieza musical» es definido el videoclip por el Diccionario de la RAE, siendo así que el cortometraje es a su vez definido como una «película de corta duración, inferior a la del medimetraje y frecuentemente no superior a 30 min.», y que la película es, entre otras acepciones, una «obra cinematográfica».

resultado de la conjunción de una labor de dirección-realización, sobre la base de un guion y/o argumento, que puede resultar tan original como en otros tipos de obras audiovisuales¹⁸.

Algunos de los videoclips más célebres de la historia evidencian una compleja labor de montaje, a la vez que suelen incorporar efectos de vestuario, decorados y coreografías, cuando no se valen de efectos especiales y de animación¹⁹. La ejecución corre a cargo de los artistas musicales intérpretes de la obra musical de que se trate, aunque normalmente se les exige una actuación que penetra también en el terreno de lo actoral, y con frecuencia aparecen acompañados de otros intérpretes, tales como bailarines o actores que suelen ejecutar acciones mudas en interacción con el artista o artistas musicales a cuya promoción sirve el videoclip. En rigor, los videoclips, en tanto productos de naturaleza promocional, se incardinan en la más general categoría de las obras audiovisuales de carácter publicitario, junto con los spots.

6. La doctrina de la Sentencia del TJUE en el asunto «Atresmedia» y sus efectos mediatos o indirectos

La Sentencia está delimitada, como es lógico, por los hechos del caso y las cuestiones prejudiciales que habían sido elevadas al TJUE, pero es deber del aplicador del Derecho preguntarse si lo establecido por el TJUE arrastra consecuencias que van más allá de los estrictos hechos del caso, o si su doctrina concuerda con lo que cabría interpretar para otras realidades similares llegado el caso.

Es algo que se hace comúnmente con las sentencias que sientan jurisprudencia, puesto que esta, en general, *complementa* el ordenamiento jurídico (art. 1º.6 del Código civil), de forma que puede ayudar al intérprete a resolver casos idénticos o que presenten suficiente relación de analogía con los resueltos por el órgano judicial del que emane la jurisprudencia. En el caso de la jurisprudencia del TJUE se establece además la vinculación del juez nacional con los dictados que emanen de aquella, cuando se trate de aplicar el Derecho de la Unión. Conforme al artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»²⁰.

A modo de ejemplo, baste recordar lo sucedido en su día con la sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006, *SGAE v. Rafael Hoteles S. A.*, C-306/05, EU:C:2006:764. Como es sabido, esta

¹⁸ Si acudimos de nuevo al Reglamento de SGAE, vemos que para esta entidad los videoclips son obras que pueden tener un director-realizador (art. 54.6º y 145.4). Concretamente se refiere a ellos como “una realización visual de una obra musical preexistente que, habitualmente, utiliza para su difusión un soporte videográfico, analógico o digital y destinada a su explotación comercial o promocional” (art. 202.B.3).

¹⁹ Piénsese en videoclips como los de “Thriller”, de Michael Jackson (<https://www.youtube.com/watch?v=sOnqjklTMAA>), “Vogue”, de Madonna (<https://www.youtube.com/watch?v=GuIQSAiODqI>), “Sledgehammer”, de Peter Gabriel (<https://www.youtube.com/watch?v=OJWJE0x7T4Q>), “Take on me”, del grupo A-ha (<https://www.youtube.com/watch?v=djV11Xbc914>) o “Losing my Religion”, de R.E.M. (<https://www.youtube.com/watch?v=xwtdhWltSlg>), por mencionar solo algunos de los más conocidos. El primero de los citados fue incluido en 2009 en el National Film Register de la Library of Congress de Estados Unidos.

²⁰ Pasa algo parecido con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Según el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

resolución determinó que la instalación de receptores de televisión en las habitaciones de un hotel constituye un supuesto de comunicación al público, por más que los clientes del hotel se encuentren dentro de la zona de cobertura de las emisiones originales.

Aunque la petición de decisión prejudicial se refería a la interpretación del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, relativo al derecho de comunicación al público de los autores, pues los derechos que estaban en juego eran los de los autores musicales y audiovisuales miembros de SGAE, el Tribunal Supremo no dudó en aplicar esa doctrina al caso de las grabaciones audiovisuales, a pesar de que el derecho de comunicación al público de los productores audiovisuales no se regula en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, como es obvio, y ni siquiera radica en el artículo 3.2 de esa misma Directiva, en el cual se contempla el derecho de puesta a disposición del público de los titulares de derechos afines²¹.

Así sucedió desde la primera de las resoluciones de nuestro Alto Tribunal en la que se recibió la doctrina del caso Rafael Hoteles, la STS 428/2007, Civil, de 16 de abril, ES:TS:2007:3246, que se refería a una reclamación de la entidad de gestión de los productores audiovisuales, EGEDA, frente a la empresa titular del establecimiento Hotel Puente Romano, de Málaga²². En ella se estima el recurso de casación interpuesto por EGEDA, razonando, entre otras cosas, que *«tampoco obsta que la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea aluda concretamente a los autores, en tanto el caso que se enjuicia se refiere a los productores de grabaciones audiovisuales, porque, aparte del carácter general de la «comunicación al público» respecto de todos los derechos de propiedad intelectual, en cualquier caso, una elemental regla de lógica formal no permite que una misma cosa pueda ser y no ser a la vez o al mismo tiempo. Por ello, si en el supuesto de los hoteles contemplado hay acto de comunicación pública para los autores también lo hay para los titulares de derechos afines»* (fundamento de derecho tercero).

Sintomáticamente, en este caso EGEDA había solicitado que se suspendiera la tramitación de la casación hasta tanto se resolviera la cuestión prejudicial en el asunto C-306/05, el del caso Rafael Hoteles, que provenía de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; o que subsidiariamente el Tribunal Supremo planteara su propia cuestión prejudicial ante el TJUE. La Sala llegó a dictar un Auto, de 20 de julio de 2006, acordando plantear una cuestión prejudicial, pero como quiera que el 19 de diciembre de 2006 recibió comunicación del secretario del TJUE adjuntando copia de la Sentencia de 7 de diciembre de 2006, dio traslado a las partes para que se pronunciasen sobre si procedía mantener o no aquella cuestión. En este trámite, EGEDA manifestó que, visto el contenido de la Sentencia dictada en el asunto Rafael Hoteles, resultaba innecesario mantener la cuestión prejudicial planteada por la Sala, lo que determinó que el Alto Tribunal acordase no mantener la solicitud de decisión prejudicial y continuara la tramitación del recurso de casación.

²¹ De hecho, no existe a nivel comunitario ningún reconocimiento del derecho de comunicación al público de los productores de grabaciones audiovisuales, aparte de la modalidad consistente en la puesta a disposición del público.

²² Fue seguida por muchas otras, también referidas curiosamente a los derechos sobre grabaciones audiovisuales y no al derecho de los autores. Vid., por ejemplo, las SSTS, Civil, 845/2007, de 6 de julio, ECLI:ES:TS:2007:4830, 700/2008, de 10 de julio, ECLI:ES:TS:2008:3636, 1081/2008, de 14 de noviembre, ECLI:ES:TS:2008:6230, 36/2009, de 26 de enero, ECLI:ES:TS:2009:75, y 203/2009, de 25 de marzo, ECLI:ES:TS:2009:1248.

Estas extensiones son por tanto lógicas y a nadie sorprenden, siempre que en efecto existan los suficientes elementos comunes entre el supuesto de hecho enjuiciado por el TJUE y el supuesto nuevo. El propio Reglamento de Procedimiento del TJUE no es ajeno a esta realidad, cuando en su artículo 99 contempla la posibilidad de que el Tribunal de Justicia resuelva mediante auto motivado, a propuesta del juez ponente y oído el abogado general, *«cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable»*. Esta previsión es una invitación a no plantear nuevas cuestiones prejudiciales cuando la respuesta a las mismas pueda ya encontrarse en la jurisprudencia del TJUE, y ello no solo ocurre cuando haya una relación de perfecta identidad entre la cuestión prejudicial nueva y aquella que el TJUE ya hubiera resuelto, sino también cuando la respuesta a la cuestión se pueda claramente *deducir* de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia.

Pues bien, volviendo al tema que nos ocupa, si el TJUE ha dictaminado que los fonogramas que se sincronizan en fijaciones audiovisuales que contienen obras audiovisuales se diluyen en el seno de esas fijaciones y no son objeto de comunicación pública cuando la grabación audiovisual se comunique, es legítimo preguntarse si ese efecto se podría producir también en relación con otros bienes inmateriales, tanto si contemplamos el bien inmaterial de recepción o de destino, como si contemplamos el bien inmaterial incorporado o de origen. Es decir, si hay razones para que una dilución análoga a la descrita en la Sentencia se produzca aunque lo sincronizado en una obra audiovisual no sea un fonograma, o aunque un fonograma se sincronice en algo distinto de una fijación audiovisual que contenga una obra audiovisual.

En segundo lugar, es dable plantear si, dado que la comunicación pública de una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no comporta la comunicación pública de los fonogramas incorporados en aquella, ese mismo efecto se produce con relación a otras formas de explotación de la grabación audiovisual en cuestión, distintas de la comunicación al público, y en particular con la puesta a disposición del público.

Por último, con independencia del efecto de la Sentencia en el procedimiento que dio origen a la cuestión prejudicial y del ajuste sobre la tarifa de AGEDI y AIE a que deba dar lugar, se debe indagar qué consecuencias tiene lo establecido por el TJUE respecto de las cantidades pagadas por los usuarios del sector televisivo a esas entidades en el pasado, así como respecto de las que deban pagar los productores audiovisuales por la sincronización de fonogramas en el futuro; es decir, los efectos de la doctrina de la Sentencia desde el punto de vista temporal.

7. Extensión de la doctrina de la Sentencia a la sincronización de y en otros bienes inmateriales

En el caso de la Sentencia, el siguiente escalón interpretativo al que se enfrenta el aplicador del derecho, una vez constatado que los fonogramas pierden su autonomía cuando se sincronizan, es si, desde el punto de vista del objeto de origen sometido al proceso de sincronización, el efecto de dilución podría sucederle a algo que no fuese un fonograma publicado con fines comerciales, por ejemplo a una obra musical sincronizada en una obra audiovisual o a una interpretación artística fijada directamente en ella.

Un interrogante similar aparece desde el punto de vista del objeto de destino, en el sentido de si un efecto análogo de dilución del fonograma se produce cuando sea objeto de sincronización en otro tipo de bien inmaterial, y señaladamente en una mera grabación audiovisual, esto es, una grabación audiovisual que no contenga la fijación de una obra audiovisual²³.

7.1. La aplicación de la doctrina de la Sentencia a otros bienes inmateriales de origen

a. La extensión natural de la doctrina de la Sentencia a los fonogramas en general

Debemos comenzar por aclarar la aplicación de la doctrina de la Sentencia a ciertos bienes inmateriales, como precipitado de los propios términos de la Sentencia. Hablamos aquí de una extensión *natural* de la Sentencia a ciertos objetos porque ese efecto se produce sin necesidad de realizar un esfuerzo interpretativo propiamente dicho.

El primer ejemplo de esa extensión natural de la doctrina sentada en la Sentencia se refiere a la categoría de los fonogramas en general. Aunque el tribunal remitente había formulado una duda interpretativa relativa al artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, y aunque estas se refieren exclusivamente a la remuneración equitativa anudada a la comunicación pública de «fonogramas publicados con fines comerciales», lo cierto es que el TJUE realiza todo su análisis en torno al concepto de «fonograma» en general, género que engloba la especie de los fonogramas publicados con fines comerciales.

Para llegar a la conclusión de que la comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de los mismos no genera el derecho de remuneración equitativa del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, el TJUE razona que esa clase de grabaciones audiovisuales no son «fonogramas», debido a un efecto de dilución que aqueja a *todo fonograma* que se sincronice en la banda sonora de obras audiovisuales. Por consiguiente, la doctrina de la Sentencia es válida para la sincronización de cualquier clase de fonogramas, sean o no fonogramas publicados con fines comerciales.

Los fonogramas publicados con fines comerciales son aquellos que no están destinados, en origen, a la actividad de comunicación pública por usuarios profesionales, sino al consumo directo por los miembros del público. Este consumo directo por el público se hacía tradicionalmente mediante la distribución de ejemplares físicos, mientras que en la actualidad puede hacerse a través de la descarga en línea o el disfrute en *streaming*. Es en esos casos donde tiene sentido que se genere un derecho remuneratorio por dar a esos fonogramas una *segunda vida* a través de la radiodifusión u otras formas de comunicación pública. Los fonogramas que son *nativos* del medio profesional no pasan por la fase de consumo directo por el público y, en consonancia con ello, no generan ese derecho remuneratorio²⁴.

²³ Sabemos que la Sentencia contiene alguna alusión a este tema pero se debe sopesar el alcance que procede darle, como después veremos.

²⁴ En la jerga del sector se suele hablar de “música de librería” (o *library music*) para referirse a esos fonogramas no comerciales. En el Reglamento de Reparto de AGEDI se observa la contraposición entre ambos tipos de fonogramas, cuando en su artículo 4.3.b) dice: “*con el fin de primar la música que supone una mayor inversión, originalidad y una apuesta por el desarrollo de los artistas, a la hora de asignar los derechos que les corresponden, se incluirá una ponderación diferente sobre las grabaciones producidas con el objetivo principal de ser consumidas a través de los canales habituales, tanto físicos como digitales, por el público en general (conocida como “música comercial”),*

Tenemos así un primer nivel de extensión de la doctrina de la Sentencia a un bien inmaterial que no es estrictamente el contemplado en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, pero este paso es fácil de dar porque al fin y al cabo los fonogramas comerciales no son sino una especie del género fonogramas, y es lógico que el efecto disolvente de la sincronización audiovisual no se limite a ese tipo concreto de fonogramas, que viene definido únicamente por el modo de comercialización (venta/suministro al por menor al público *versus* venta/suministro en el mercado mayorista para usos profesionales), y no por las características del objeto en tanto bien inmaterial.

b. La extensión natural de la doctrina de la Sentencia a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en los fonogramas

En el ámbito todavía de los efectos naturales de la Sentencia, debemos también incluir a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en el fonograma, que siguen la suerte del fonograma en el que se hubieran incorporado. Si el fonograma pierde su autonomía como bien inmaterial, la pierden las interpretaciones que hubieran quedado fijadas en él, porque estas no se fijan de modo directo en la grabación audiovisual, sino que llegan hasta ella previamente fijadas en el fonograma.

Cuando se autoriza la sincronización se está ejercitando el derecho de reproducción, tanto sobre el fonograma como sobre las interpretaciones artísticas fijadas en él. Normalmente, esa autorización la presta el productor de fonogramas, quien ejercita tanto su propio derecho de reproducción, que le pertenece originariamente por el hecho de generar la producción fonográfica, como el derecho de reproducción de los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones estén fijadas en el fonograma, que le pertenece derivativamente a través del contrato de producción fonográfica celebrado con esos artistas²⁵.

El derecho de reproducción no se proyecta sobre la *actuación* en sí, sino sobre la *fijación* de la misma que quedó incorporada en el fonograma. La interpretación o ejecución artística fijada en un fonograma sufre ya una dilución anterior a la dilución del propio fonograma cuando este se sincroniza en una fijación audiovisual. De esta forma, no cabe sostener que la actuación artística, como tal, es *vuelta a fijar* en la grabación audiovisual en la que se sincronice el fonograma, ya que aquella habría perdido su condición de bien inmaterial cuando fue objeto de previa fijación en el fonograma.

respecto de aquellas otras grabaciones publicadas con fines comerciales pero producidas con un objetivo principal distinto del anterior, que suponen, por tanto, una menor inversión y creatividad y que no apuestan por el desarrollo de artistas (conocida comúnmente como “música de librería” o “música de producción”). Esa ponderación diferente que aplica AGEDI a unos y otros fonogramas se traduce en un peso en el reparto diez veces menor de los fonogramas de música de librería frente a los fonogramas de música comercial (un coeficiente de reparto del 0,2 frente a otro del 2).

²⁵ La Ley establece una presunción de cesión de los derechos de explotación al productor cuando el artista esté ligado a él por un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios (art. 110 TRLPI). En cualquier caso, aunque el artista conservara su derecho de reproducción y autorizase directamente al productor audiovisual, al sumarse a la autorización dada en paralelo por el productor, causaría el mismo efecto. Es indiferente que el artista se relacione contractualmente de manera directa con el productor audiovisual, pues no por ello su actuación llegará directamente a la grabación audiovisual, sino igualmente a través del fonograma. La pérdida de la condición de fonograma la liga la Sentencia a la sincronización como fenómeno, no al modo en que se hayan adquirido los derechos para realizarla.

Así lo corroboran las normas aplicables sobre la materia, de las cuales se desprende que los artistas intérpretes o ejecutantes gozan del derecho de autorizar o prohibir la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, pero no la (re)fijación de las que ya se encuentren fijadas²⁶. Por otro lado, a los artistas se les reconoce el derecho de autorizar o prohibir la reproducción de las fijaciones de sus actuaciones²⁷, pero no de las actuaciones en sí, las cuales, una vez fijadas, desaparecen como bien inmaterial para dar a luz un bien inmaterial nuevo: la fijación de la interpretación o ejecución²⁸. Ese bien inmaterial es el que queda integrado en el soporte de que se trate (v. gr. fonograma) para, a partir de ahí, explotarse junto con dicho soporte y, en su caso, diluirse con el mismo.

La fijación también influye en el derecho de comunicación al público de los artistas: estos ostentan un derecho de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus actuaciones, pero dejan de ostentarlo cuando estas han sido fijadas²⁹, a salvo la modalidad de puesta a disposición del público³⁰. Todo lo más, los artistas pueden percibir un derecho de simple remuneración ligado a los actos de comunicación al público de sus actuaciones fijadas, si y en la medida en que un derecho de ese tipo se contemple por el legislador. Por el momento, en el Derecho de la Unión, solo está contemplado en relación con los fonogramas y con el alcance ahora delimitado por la Sentencia³¹.

En la figura número uno se representa ese primer proceso de dilución de la actuación artística en el fonograma y la ulterior dilución de este en la fijación audiovisual. La actuación artística se simboliza mediante un triángulo, el fonograma mediante un círculo y la fijación audiovisual mediante un cuadrado. El contorno discontinuo expresa la dilución del correspondiente bien inmaterial en el siguiente³².

²⁶ Cfr. artículo 6 (ii) del TOIEF, artículo 7.1 de las Directivas 92/100 y 2006/115 y artículo 106.1 TRLPI.

²⁷ Cfr. artículo 2.b) de la Directiva 2001/29 y artículo 107.1 TRLPI. Ídem el artículo 7 del TOIEF, aunque este solo respecto de las fijaciones fonográficas.

²⁸ La actuación solo es susceptible de fijación o de comunicación pública en vivo (arts. 106 y 108.1.a/ TRLPI); la fijación de la actuación es el objeto sobre el que se proyectan todos los demás derechos de los artistas (arts. 107, 108.1.b/, 108.4, 108.5 y 109 TRLPI). La duración de los derechos de los artistas varía dependiendo de si solo se ha alumbrado la actuación, o también una fijación de la misma: una vez que esta existe y se divulga lícitamente, el plazo se cuenta a partir de ese momento (artículo 112 TRLPI).

²⁹ Cfr. artículo 6 (i) del TOIEF, artículo 8.1 de las Directivas 92/100 y 2006/115 y artículo 108.1.a) TRLPI.

³⁰ Cfr. artículo 10 del TOIEF (para actuaciones fijadas en fonogramas), artículo 3.2 de la Directiva 2001/29 y artículo 108.1.b) TRLPI.

³¹ El Tratado OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de la OMPI, adoptado por la conferencia diplomática celebrada el 24 de junio de 2012 en Beijing ("**Tratado de Beijing**"), prevé en su artículo 12.3 que, independientemente de la cesión de los derechos exclusivos, en las legislaciones nacionales se podrá otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir una remuneración equitativa por todo uso de la interpretación o ejecución fijada en una fijación audiovisual. El Tratado de Beijing no ha sido ratificado por la UE ni por sus Estados miembros.

³² Nótese que el primer nivel de dilución se refiere a la interpretación o ejecución artística: la explotación del fonograma donde se haya grabado una *actuación* artística comporta una explotación de la *fijación* de esa actuación. Cuando el fonograma se sincroniza en una obra audiovisual, opera la dilución de segundo nivel que se representa en la figura más a la derecha, y que es la establecida por la Sentencia.

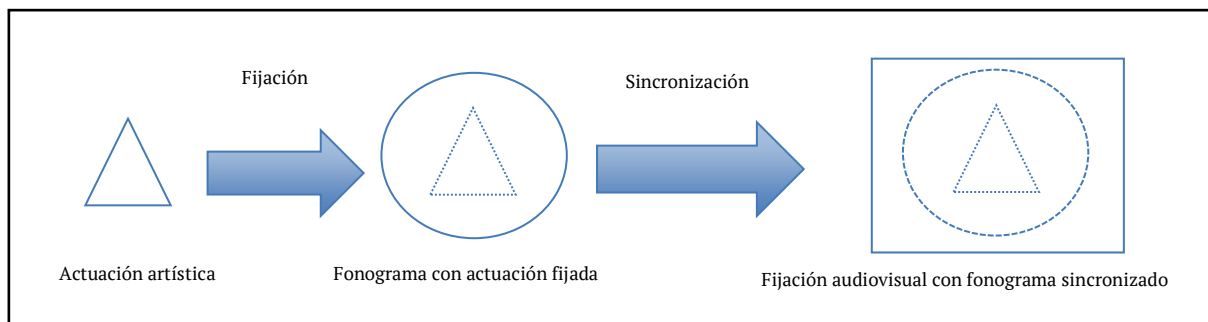


Fig. 1.- Sucesiva dilución de una actuación artística en un fonograma y del fonograma en una fijación audiovisual

En resumidas cuentas, no hay modo de que la interpretación o ejecución del artista musical que ha quedado fijada en un fonograma, logre *traspasar*, en su condición de actuación artística, hasta el nivel de la grabación audiovisual, sobreponiéndose al hecho de que el fonograma –que es el vehículo en el que quedó fijada– se diluya dentro de la grabación audiovisual. La reproducción del soporte fonográfico en que haya quedado fijada una interpretación o ejecución artística en un soporte audiovisual posterior, no constituye una suerte de nueva fijación de esa actuación artística en el segundo soporte.

c. *Sobre la posibilidad de extender la doctrina de la Sentencia a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas directamente en una grabación audiovisual*

Nos proponemos ahora intentar dilucidar si las interpretaciones o ejecuciones artísticas que quedan fijadas de manera directa en una grabación audiovisual que contiene la fijación de una obra audiovisual, pueden sufrir una dilución similar a las que, fijadas previamente en un fonograma, son objeto de sincronización junto con el fonograma en tal clase de grabación audiovisual.

Cuando una interpretación o ejecución artística se fija directamente en una grabación audiovisual sufre solo el primer nivel de dilución, propio del acto de fijación, al que nos hemos referido en el epígrafe anterior: la interpretación o ejecución *stricto sensu* se habría desvanecido y lo que quedará es su fijación, objeto de las explotaciones subsiguientes a través del soporte en que haya sido grabada.

Si la grabación audiovisual es explotada como tal directamente, el artista conserva los derechos que el ordenamiento le reconoce sobre la fijación de una de sus actuaciones, que básicamente son los derechos exclusivos de reproducción y de distribución. En sede de comunicación al público el artista no conserva derecho exclusivo más que sobre la modalidad de puesta a disposición del público, sin perjuicio de que se le pueda reconocer algún derecho de tipo remuneratorio³³.

³³ Es verdad que habitualmente estos derechos los cederá al productor audiovisual, de manera que en la práctica el artista no conservará ningún derecho sobre su actuación fijada en la obra audiovisual, e incluso puede haber presunciones legales al respecto. Así, en España rige una presunción de ese tipo (art. 110 TRLPI), que es coherente con el Derecho UE (vid. artículo 2.6 de las Directivas 92/100 y 2006/115). El Tratado de Beijing contempla que los Estados parte introduzcan presunciones de cesión de esos derechos en los contratos en que el artista haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual (art. 12.1).

El legislador de la Unión, a diferencia de lo que sucede en sede de fonogramas, no ha previsto un derecho de remuneración equitativa a favor de los artistas por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales en que hayan quedado fijadas sus actuaciones. No obstante, a nivel interno sí tienen los artistas intérpretes o ejecutantes derecho a percibir la remuneración que proceda, como derecho de gestión colectiva obligatoria, por los actos de comunicación al público en general de grabaciones audiovisuales donde hayan quedado fijadas sus actuaciones (art. 108.5 TRLPI), así como en caso de haber cedido el derecho de puesta a disposición del público (art. 108.2 y 3 TRLPI)³⁴.

A partir de ahí, para que sucediera algo análogo a lo establecido por la Sentencia tendría que producirse una ulterior sincronización de la propia grabación audiovisual en un bien intelectual superior, como consecuencia de la cual aquella perdiera su condición de tal. Habría que pensar en casos, ciertamente infrecuentes, como la creación de una obra audiovisual consistente en un *collage* o recopilación de obras audiovisuales preexistentes, o la inclusión de partes de una obra audiovisual en una obra multimedia. Al dar el productor audiovisual su consentimiento para la incorporación de la obra audiovisual, se produciría la dilución de esta en el nuevo ente inmaterial, sin que la posterior comunicación pública del bien resultante equivaliese a una explotación de la grabación audiovisual que en él hubiese quedado incorporada, lo que afectaría al derecho del productor de la grabación audiovisual de origen y, por añadidura, a las actuaciones artísticas que estuvieran fijadas en ella³⁵.

En la figura dos se muestra cómo operaría ese proceso de dilución de la actuación artística en la grabación audiovisual y de ésta en una obra audiovisual o multimedia posterior. La actuación artística se simboliza mediante un triángulo, la grabación audiovisual mediante un cuadrado y la obra de recepción posterior mediante un pentágono. El contorno discontinuo expresa la dilución del correspondiente bien inmaterial en el siguiente³⁶.

³⁴ Estos derechos remuneratorios no tienen correlato en ningún precepto comunitario ni internacional que rija en España, pues –como hemos dicho– el Tratado de Beijing no ha sido ratificado por nuestro país ni por la UE. Por tanto, esa protección adicional dispensada por nuestro legislador no responde a la necesidad de dar cumplimiento a mandatos normativos supranacionales.

³⁵ Como veremos en el epígrafe a continuación, no se verían afectados en cambios los derechos autorales que se proyectasen sobre la obra-grabación audiovisual de origen, porque en ese caso el derecho de transformación hace que perviva un vínculo permanente entre la obra originaria y la obra derivada, de tal modo que la explotación de la segunda implica la explotación de la primera.

³⁶ El primer nivel de dilución se refiere a la interpretación o ejecución artística: la explotación de la grabación audiovisual que incorpore una interpretación o actuación artística sí comporta una explotación de la fijación de esa interpretación o ejecución artística. A partir de ahí puede operar la dilución de segundo nivel cuando la grabación audiovisual se sincroniza en otra, lo que se representa en la figura más a la derecha.

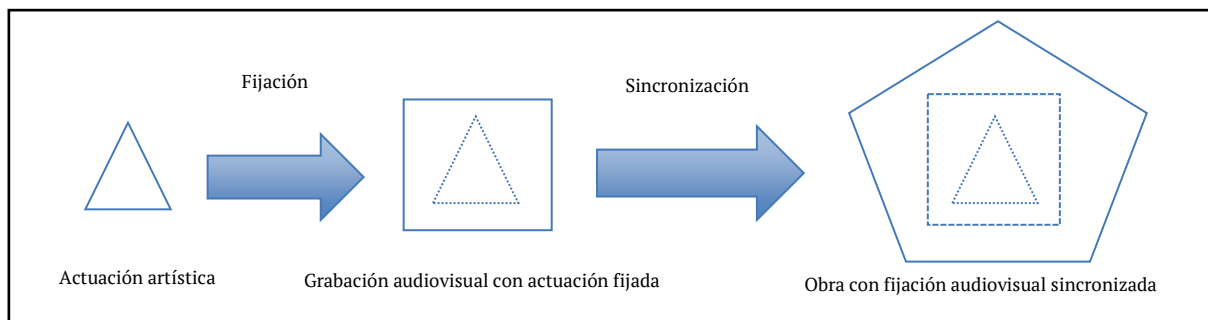


Fig. 2.- Sucesiva dilución de una actuación artística en una primera grabación audiovisual y de ésta en una obra posterior

No obstante, a diferencia del caso resuelto por la Sentencia, tendría que darse que ese nuevo ente inmaterial en el que se incorporase la primera grabación audiovisual, tuviese unas características que resultasen inconciliables con la propia definición de grabación audiovisual. En el caso de los fonogramas, hemos visto que su conceptualización como fijaciones puramente sonoras impide seguir reconociendo su autonomía cuando ese discurso sonoro se asocia a un discurso visual. Sin embargo, la definición de grabación audiovisual comporta ya la suma de sonido e imágenes, por lo que se trata de un ente inmaterial mucho más resistente que el fonograma a los procesos de incorporación en entes inmateriales superiores.

d. La imposibilidad de extender la doctrina de la Sentencia a la sincronización de obras musicales en obras audiovisuales

Trasladándonos al campo de los derechos de autor y de las obras, nos proponemos evaluar si la sincronización de una obra musical en una obra audiovisual produce una dilución parecida a la que el TJUE ha establecido para los fonogramas, de manera que la ulterior comunicación pública de la obra audiovisual no comporte la comunicación pública de la obra musical en ella sincronizada. Anticipamos ya que nuestra conclusión es que no se produce una dilución de ese tipo, y que esa conclusión no varía con independencia de si la obra musical llega a la obra audiovisual tras haber sido grabada en un fonograma, o bien por vía de una sincronización directa a través de una interpretación artística directamente fijada en la banda sonora de la obra audiovisual. A continuación desarrollamos las razones que conducen a esa conclusión.

Para ello nos centraremos en el caso en el que la obra musical ha sido previamente grabada en un fonograma y es objeto de sincronización audiovisual a través de ese fonograma, por ser el que guarda más similitud con el supuesto resuelto en la Sentencia y porque, dada su mayor complejidad, las conclusiones que se alcancen en él son extrapolables al otro.

La grabación de una obra musical en un fonograma causa en aquella un efecto puramente reproductivo. La obra musical, que consiste en un discurso sonoro, no sufre ninguna alteración expresiva ni contextual por el hecho de ser reproducida en un fonograma, que no en vano es definido como una fijación *exclusivamente sonora*. De hecho, se habla de «reproducción mecánica» para referirse a la reproducción fonográfica, precisamente porque se trata de la clase más neutra de reproducción que cabe imaginar de una obra musical.

A diferencia de las interpretaciones artísticas fijadas en el fonograma, la obra musical grabada en el fonograma no se ve alterada en su conformación inmaterial. La interpretación artística se diluye una vez fijada, hasta el punto de que el bien inmaterial «actuación» desaparece y nace el

bien inmaterial «fijación». Esto no sucede con las obras, en las que la fijación no marca un antes y un después, y por tanto mantienen intacta su configuración inmaterial aunque hayan sido fijadas en un soporte de grabación³⁷.

No hay pues dilución de la obra musical en el fonograma en que haya quedado reproducida. Cualquier ulterior explotación del fonograma será también explotación de la obra musical en él reproducida. Entre esas posibles explotaciones del fonograma, y de la obra musical en él reproducida, está la sincronización en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual.

Cuando el fonograma es fijado en la banda sonora de una obra audiovisual ello provoca un efecto reproductivo del fonograma, poniéndose por tanto en juego el derecho de reproducción (del fonograma y de la actuación artística en él fijada). Con ello no se quiere decir que la grabación audiovisual sea una reproducción o copia del fonograma –que no lo es, como bien ha señalado la Sentencia–, sino que para poder llevar a efecto la sincronización del fonograma este debe ser sometido a un acto o proceso de reproducción.

En el caso de la obra musical fijada en el fonograma ese mismo proceso de sincronización tiene la virtualidad de producir un impacto transformativo, no meramente reproductivo. La transformación de una obra preexistente se puede producir no solo a través de la creación de una nueva obra en la que se hayan alterado los elementos expresivos de aquella, como ocurre cuando se confecciona una traducción o un arreglo musical, sino también cuando la obra preexistente, aunque intacta desde el punto de vista expresivo, se incorpora en una obra posterior, de tal forma que queda rodeada de un contexto expresivo diferente, lo que provoca el efecto transformativo. Se habla en estos casos de incorporación material, para subrayar que la obra, pese a ser insertada o incluida en el objeto de destino, permanece intacta en su configuración intelectual. El caso prototípico de incorporación material es precisamente la sincronización de una obra musical en otra audiovisual, procedimiento mediante el cual el discurso sonoro de la obra musical originaria queda asociado o superpuesto a una secuencia de imágenes³⁸.

Sin embargo, y curiosamente, mientras que para el fonograma el impacto reproductivo resulta suficiente para provocar su dilución como bien inmaterial, para las obras ni siquiera un efecto transformativo es capaz de borrar los contornos de su conformación inmaterial. Son las características del fonograma como fijación, y como fijación exclusivamente sonora por más señas, y la consecuente no atribución al productor de fonogramas de un derecho de transformación, las que explican ese fenómeno, aparentemente contradictorio.

En primer lugar, el fonograma padece las consecuencias de ser un bien inmaterial de espiritualización débil, por oposición a las obras, que son bienes inmateriales en donde el *corpus mysticum* se halla claramente alejado del *corpus mechanicum*. El fonograma no puede prescindir de su base material, no en vano se define como una «fijación». Las obras en cambio pueden existir

³⁷ Es sintomático que, mientras para los artistas el derecho de fijación y el derecho de reproducción se reconocen de forma separada como derechos autónomos (cfr. arts. 106 y 107 TRLPI), para las obras la fijación es solo una variante, junto a la multiplicación en ejemplares, dentro del derecho de reproducción (cfr. art. 18 TRLPI).

³⁸ Vid. MARISCAL GARRIDO-FALLA, *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 128-132, y las referencias que allí se dan sobre la transformación por incorporación material.

aunque se manifiesten a través de soportes incorporales. Son mucho menos dependientes, o nada dependientes –con matices en el caso de las obras fotográficas y plásticas en general–, de su exteriorización en un soporte físico.

Por otro lado, al ser definido el fonograma como fijación exclusivamente sonora, no es posible seguir aceptando su pervivencia dentro de un bien inmaterial que consiste en la conjunción de los sonidos con una serie de imágenes. Sin embargo, la obra musical, incorporada en la banda sonora del film merced al fonograma, sobrevive sin problemas al proceso de sincronización audiovisual porque, a diferencia del fonograma, no hay una definición legal de «obra musical» que impida asumir su pervivencia como bien inmaterial a pesar de su asociación con un discurso visual al cual se sincronice.

Tercero, y enlazado con lo acabado de decir, la atribución a los autores de un derecho de transformación permite seguir sosteniendo un vínculo intelectual entre la obra derivada y la obra preexistente, lo que hace que esta nunca termine de diluirse en aquella a pesar del proceso transformativo. De conformidad con el artículo 21.2 del TRLPI, *«los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación»*³⁹. Si no es porque las obras preexistentes sometidas a un proceso de derivación intelectual subsisten como entes inmateriales en el seno de la obra derivada, no se explicaría que el autor de la obra preexistente tuviese algo que decir sobre la explotación de la obra derivada, incluida la explotación a través de una nueva transformación⁴⁰.

En definitiva, el derecho de transformación es el testigo que indica que las obras sobreviven, desde el punto de vista inmaterial, pese a haber sido sometidas a un proceso de incorporación o derivación que dé como resultado una obra nueva. O, si se prefiere, es el instrumento que se pone en manos de los autores, tras constatar esa supervivencia, para que de forma consecuente puedan controlar unas explotaciones –las de la obra derivada– que también son explotaciones de su obra.

Por esa misma razón, al carecer los artistas y los productores del derecho de transformación, sus prestaciones no sobreviven al proceso de sincronización de los fonogramas y de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en ellos. A diferencia de lo que sucede con los autores y las obras en un proceso de derivación, no existe un vínculo intelectual entre la grabación audiovisual y el fonograma (junto con las interpretaciones que incorpore) sincronizado en ella.

En la figura número tres se muestra cómo pervive la obra musical sincronizada en una obra audiovisual a través de un previo fonograma, el cual sin embargo se diluye en la obra audiovisual. La obra musical se simboliza mediante un rombo, el fonograma mediante un círculo y la obra

³⁹ Como es sabido, el derecho de transformación, que solo existe para los derechos de autor, no está armonizado a nivel comunitario.

⁴⁰ Ciertamente, la mejor muestra de que la obra originaria sigue estando reconocible, como bien inmaterial, dentro de la obra derivada es que el autor de aquella conserva el derecho de autorizar las transformaciones hechas a partir de la obra derivada.

audiovisual mediante un cuadrado. El contorno discontinuo expresa la dilución del correspondiente bien inmaterial, allí donde se produce.

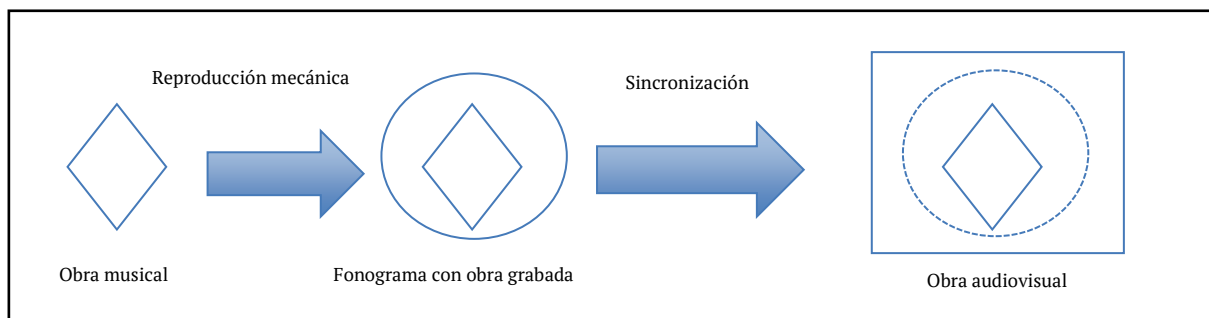


Fig. 3.- Sincronización en obra audiovisual de obra musical previamente grabada en fonograma.

Si esa supervivencia de la obra musical se produce incluso habiendo sido incorporada en el film a través de un previo fonograma en el que se hubiera reproducido, tanto más sucederá así cuando la obra musical se haya sincronizado directamente en la obra audiovisual, mediante interpretación artística que se fija en el audiovisual, sin que se recurra a una grabación fonográfica previa que sirva de médium para el acceso de la composición musical a la banda sonora del film.

Recapitulando, no obstante el proceso de transformación, la ley ha dispuesto la subsistencia intelectual de la obra preexistente en el seno de la obra derivada, cosa que no sucede con los fonogramas, en los que el proceso de sincronización audiovisual, incluso con efectos puramente reproductivos, destruye la esencia de su *corpus mysticum*. En consecuencia, la comunicación al público de la obra audiovisual sí comporta la comunicación al público de las obras musicales sincronizadas en el film, tanto si la sincronización se ha efectuado a través de una interpretación artística directamente fijada en el film, como si se ha hecho a partir de una grabación fonográfica preexistente en la que la obra musical ya se hubiera grabado.

7.2. La aplicación de la doctrina de la Sentencia a otros bienes inmateriales de destino

a. La extensión del alcance de la Sentencia a toda clase de obras audiovisuales

Pasemos ahora a pensar en otros posibles soportes de destino del fonograma. La Sentencia se refiere estrictamente a las grabaciones audiovisuales que contengan fijaciones de obras audiovisuales.

Aunque las obras audiovisuales a las que se refería la contienda de origen entre AGEDI-AIE y Atresmedia eran películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios, y estos son los tres objetos a los que se circunscribe la cuestión prejudicial, la conclusión a la que llega el TJUE no habla de tipos concretos de obras audiovisuales, sino en general de «grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas». Por lo tanto, su doctrina ha de extenderse a cualesquiera clases de obras audiovisuales.

Según hemos visto, las propias AGEDI-AIE admiten que los documentales y los docudramas son susceptibles de incluirse en esa categoría. A ellos cabe añadir, conforme a lo señalado *supra*, las

adaptaciones de obras literarias, dramáticas y dramático-musicales para televisión, los videoclips y, potencialmente, los sketches, los monólogos y los programas de tipo didáctico, cultural, concurso o entretenimiento, todos ellos en la medida en que se compongan de aportaciones autorales originales.

Más allá de eso, parece lógico preguntarse si la sincronización del fonograma en otros bienes inmateriales está llamada a producir un mismo efecto de dilución. La pregunta parece pertinente cuando tales entes inmateriales contengan un discurso expresivo similar al de las obras audiovisuales, en el sentido de que el sonido se combine con imágenes en movimiento. Si la razón por la que el fonograma deja de serlo y explotarse como tal, es porque pasa a integrarse en un bien inmaterial que ya no se define como una fijación exclusivamente sonora, esto puede suceder no solo en el caso de la sincronización en obras audiovisuales. Así, se nos ocurren al menos tres supuestos en los que los fonogramas pueden quedar integrados en un bien intelectual compuesto por algo más que sonidos, y más en concreto por una combinación de sonidos con imágenes.

b. Los videojuegos

El primero de ellos es el caso de la sincronización de fonogramas en videojuegos. Sobre la naturaleza jurídica de estos se ha discutido mucho y se sigue discutiendo. Por un lado, es claro que para su funcionamiento necesitan basarse en un *software*, el cual permite la interacción del jugador y el desarrollo de partidas con distintos desenlaces. Sin embargo, su capacidad expresiva no se agota en la propia de un programa de ordenador, antes al revés, los elementos más característicos del videojuego son sus elementos gráficos, sonoros y textuales. En efecto, los videojuegos se componen de aportaciones de diversos géneros (texto, música, imágenes) que se perciben como una secuencia dinámica a través de una pantalla, razón por la cual se les ha asimilado habitualmente a las obras audiovisuales, como si se tratara de un género de ellas, cercano al de las películas de animación⁴¹.

Sea como fuere, más allá de su exacta categorización, lo cierto es que los videojuegos son obras que se componen de elementos de distintos géneros, y que uno de esos elementos es la banda sonora, para cuya elaboración a menudo se acude a la sincronización de fonogramas, y en esto es claro que se asimilan a las obras audiovisuales: como el productor audiovisual, el del videojuego deberá acudir al productor de fonogramas para obtener una licencia de sincronización, la cual se compondrá de un clausulado muy similar al de la licencia de sincronización para una película o una serie.

⁴¹ Vid. GONZÁLEZ GOZALO, “La obra audiovisual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. La STJUE de 23 de enero de 2014, Nintendo vs. PóBox, C-355/12, ECLI:EU:2014:25, dice que los videojuegos son un tipo de material complejo que incluye no sólo un programa de ordenador, sino también “elementos gráficos y sonoros que, aunque codificados en lenguaje informático, tienen un valor creativo propio que no puede reducirse a dicha codificación”, y que en la medida en que esos elementos gráficos y sonoros participan de la originalidad de la obra, “están protegidos, junto con el conjunto de la obra, por los derechos de autor en el régimen establecido por la Directiva 2001/29”. Las recientes aportaciones doctrinales sobre el tema parecen situarse en esta línea, según la cual el videojuego es una obra atípica de tipo híbrido, protegible en tanto creación intelectual original (art. 10.1 LPI), sin una regulación específica en nuestro ordenamiento (vid. RAMOS GIL DE LA HAZA Y MARTÍNEZ CRESPO, “Comienza la partida. Punto de situación sobre determinados aspectos jurídicos de los videojuegos”, *pe. i., revista de propiedad intelectual* nº 62, 2019).

Por consiguiente, si el fonograma que se sincroniza en una obra audiovisual no genera, en caso de comunicación pública de esta, el derecho remuneratorio del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, todo parece indicar que la sincronización del fonograma en un videojuego deberá producir un efecto similar, de manera que la posterior comunicación pública del videojuego tampoco tendrá la virtud de generar la remuneración equitativa a la que se refiere el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115.

Es cierto que los videojuegos se comercializan de forma diferente a las obras audiovisuales. Su forma tradicional de llegar al consumidor ha venido siendo a través de ejemplares tangibles distribuidos al por menor en tiendas y grandes superficies, algo que recordaba a la modalidad de explotación de las obras audiovisuales conocida como *home video*. Sin embargo, en la actualidad los videojuegos se adquieren y consumen en línea, como tantos otros productos que han pasado a comercializarse como servicios (v. gr. el software, o las propias películas). En ese sentido, las plataformas de distribución de videojuegos en línea llevan a cabo actos de comunicación al público. Asimismo, entra dentro del ámbito de ese derecho la transmisión por Internet de partidas de jugadores famosos, celebradas en recintos a los que también acude público presencial, así como la transmisión en servicios de compartición de contenidos en línea de vídeos en los que un *influencer* va comentando el videojuego a medida que juega una partida, proporcionando consejos para que otros jugadores consigan superar las dificultades que ofrece, o simplemente manifestando su opinión sobre la calidad del videojuego, comparándolo con otros similares o con versiones anteriores.

Por lo tanto, tiene relevancia determinar si en todos esos casos en que el videojuego es objeto de actos de comunicación pública, se estaría produciendo la comunicación pública de los fonogramas en él sincronizados. A la luz de la doctrina de la Sentencia, la respuesta más probable es que no, pues sería jurídicamente incoherente llegar a una conclusión distinta por el hecho de que el TJUE solo se estaba pronunciando a propósito de obras audiovisuales, o a propósito de determinados tipos de obras audiovisuales.

c. Las grabaciones audiovisuales que no contienen la fijación de una obra audiovisual

El segundo caso que se debe examinar es el de las meras grabaciones audiovisuales o grabaciones audiovisuales que no contienen la fijación de una obra audiovisual. Es el único supuesto de los tres que estamos analizando sobre el que la Sentencia contiene una alusión, para contraponerlo al caso de la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales.

Tras señalar, en el apartado 39, la definición de fonograma plasmada en el artículo 2.b) del TOIEF («*toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual*»), en el apartado 40 la Sentencia acude a la Guía OMPI para observar que «*en el caso de que una fijación audiovisual no cumpla los requisitos para poder considerarse obra, la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en dicha fijación audiovisual, debe considerarse «fonograma»*».

Ciertamente, la cuestión no tiene ulterior recorrido ni se traslada a la *ratio decidendi* de la Sentencia, pudiendo considerarse un *obiter dicta* sin impacto real en el objeto del procedimiento ante el TJUE ni en el del litigio principal. De hecho, el TJUE se viene a remitir a las conclusiones

del abogado general sobre este punto⁴², las cuales se limitaban a parafrasear la Guía OMPI, sin aportar argumento alguno adicional para sostener esa apreciación⁴³. Es decir, la Sentencia refleja esa observación procedente de la Guía OMPI a fin de apuntalar la respuesta dada a la cuestión que le había sido planteada, que se refería a obras audiovisuales, pero no se llega a pronunciar sobre la sincronización de fonogramas en meras grabaciones audiovisuales, dado que no necesitaba emitir un pronunciamiento sobre eso para resolver el asunto llegado a su conocimiento.

Debemos recordar, por lo demás, que la Guía OMPI, como la propia Sentencia no ignora, carece de fuerza vinculante, pues se trata de un material de estudio publicado a posteriori por la propia OMPI, que por descontado no ha sido suscrito por los Estados parte de los Tratados adoptados en la Conferencia Diplomática mantenida en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996⁴⁴.

Para ser más exactos, aunque con el respaldo editorial de la OMPI, que fue su comitente, la Guía OMPI no pasa de ser un trabajo doctrinal elaborado por el Dr. Mihály FICSOR, tal y como consta al comienzo de la misma. Según se lee en el Prefacio de la Guía OMPI, escrito por el entonces Director General de OMPI, Sr. Kamil Idris, *«esta guía fue encomendada por la OMPI y escrita por el Dr. Mihály Ficsor, especialista de este tema de renombre internacional. Los puntos de vista expresados en la Guía son los del Dr. Ficsor y no reflejan necesariamente los de la Organización»*. Así lo resalta también el propio FICSOR en sus agradecimientos, donde advierte: *«Cabe señalar que, aunque he basado, en toda la medida de lo posible, los análisis de esta publicación en fuentes oficiales (actas de conferencias diplomáticas, documentos de la OMPI, etc.), también he hecho constar mi propia opinión sobre muchos aspectos - que no reflejan necesariamente la posición de la OMPI»*⁴⁵.

En el pasaje que ahora nos ocupa es evidente que FICSOR no basa su afirmación en ningún material o fuente oficial, sino que se trata de una inferencia basada en su punto de vista personal. Si se observa, tras consignar que el periodo añadido en la definición de fonograma del artículo 2.c) del TOIEF, por contraposición con la del artículo 3.b) de la Convención de Roma (*«que no sea en forma*

⁴² El apartado 40 de la Sentencia, tras la remisión al pasaje de la Guía OMPI acabado de transcribir, según el cual cabe considerar fonograma la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en una fijación audiovisual que no cumpla los requisitos para considerarse obra, concluye: *“extremo recordado asimismo en esencia por el Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones”*.

⁴³ Tras transcribir en el apartado 49 de sus conclusiones la definición de fonograma en el artículo 2 del TOIEF, el abogado general observa cómo esa definición supone ampliar el concepto de «fonograma» definido en la Convención de Roma de dos maneras: *“En primer lugar, como reflejo de la evolución de la tecnología en la música, la definición del WPPT comprende asimismo las «representación[es] de sonidos», por ejemplo las grabaciones de sonidos sintéticos, como sintetizadores, que nunca se han generado como sonidos reales antes de la realización de la fijación”*. En el apartado siguiente añade: *“Además, en segundo lugar, la definición de «fonograma» a efectos del WPPT también engloba las fijaciones de sonidos o representaciones de sonidos incluidas en una fijación audiovisual que no constituya una «obra» a efectos de los derechos de autor. Se trata de un cambio sustancial”*. Y sin más añadidos ni explicaciones, da por concluida esta cuestión.

⁴⁴ La Sentencia es bien consciente de ello, pues prácticamente a continuación resalta cómo, por contraste, “la declaración concertada sobre el artículo 2, letra b), del TF que adoptó la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 20 de diciembre de 1996, que constituye, conforme al artículo 31, apartado 2, letra a), del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un factor esencial para la interpretación de esa disposición” (apartado 42).

⁴⁵ Por consiguiente, buscar apoyo en la Guía OMPI para interpretar algún pasaje del TOIEF es equivalente a buscarlo en cualquier otra obra doctrinal suscrita por un académico de prestigio, sin que proceda sobredimensionar su valor interpretativo, ni desde luego atribuirle un carácter normativo.

de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual»), «se acordó durante las consultas informales, y se adoptó como parte de la definición sin una explicación de fondo de las razones de ello y sin debate alguno»⁴⁶, el autor de la guía agrega: «el efecto de esta frase es que, en el caso de que una fijación audiovisual no cumpla los requisitos para poder considerarse obra, la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en dicha fijación audiovisual, debe considerarse fonograma».

Como se desprende de lo dicho por el propio FICSOR esta conclusión no puede provenir de las justificaciones dadas a la introducción de esa frase en la parte final del artículo 2.b) TOIEF, puesto que ninguna explicación de fondo se había dado para introducirla ni tampoco se había producido debate alguno en torno a ella. FICSOR enuncia lo que, en su opinión, sería un efecto concomitante de la alusión a «una obra cinematográfica o audiovisual», y es que si la fijación audiovisual no reúne los requisitos para poder considerarse obra, entonces *la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en aquella*, sí debe considerarse fonograma⁴⁷.

Existen otras interpretaciones, que FICSOR no baraja, y que permitirían explicar de forma alternativa por qué el artículo 2.b) del TOIEF alude a las obras cinematográficas o audiovisuales y no, en general, a las grabaciones audiovisuales. alguna de esas explicaciones es tan sencilla como que el concepto de fijación audiovisual, como bien intelectual separable de la obra audiovisual (o de otro tipo) que se haya fijado en ella, es ajeno a los tratados administrados por la OMPI.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas («**Convenio de Berna**») se refiere a las obras cinematográficas, a las cuales asimila las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía (art. 2.1); en definitiva, se refiere a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales. Para ellas contiene diversas reglas, en materia de criterio de protección (art. 4) país de origen (art. 5), duración de la protección (art. 7), derechos de reproducción y adaptación cinematográficas (art. 14), derechos de los titulares de obras cinematográficas (art. 14 bis) y presunción relativa al productor de ese tipo de obras (art. 15)⁴⁸.

⁴⁶ Vid. M. FICSOR, “Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI”, ed. OMPI, Ginebra (Suiza), 2003, § PPT-2.7, p. 242.

⁴⁷ Es significativo que no se hable aquí de no reunir los requisitos para considerarse obra *audiovisual*, sino para considerarse obra *en general*. Si la fijación audiovisual contuviera la fijación de una obra dramática, dramático-musical o coreográfica, entonces no se daría el supuesto de hecho que conduce a la conclusión enunciada por la Guía OMPI en el pasaje luego extractado por el abogado general y por el TJUE.

⁴⁸ Junto con ello, el Anexo del Convenio de Berna, que contiene disposiciones especiales relativas a los países en vías de desarrollo, se refiere hasta en dos ocasiones a las “fijaciones audiovisuales”, pero en ambos casos se trata de fijaciones audiovisuales que contienen obras. De un lado, está la alusión a la fijación audiovisual que incorpore la traducción de textos, realizada para finalidades docentes por un organismo de radiodifusión (art. II.9.c/), y por otro la previsión de que la posibilidad de reemplazar el derecho exclusivo de reproducción por una licencia forzosa remunerada también se aplicará a “*la reproducción audiovisual de fijaciones audiovisuales efectuadas legalmente y que constituyan o incorporen obras protegidas, y a la traducción del texto que las acompañe en un idioma de uso general en el país donde la licencia se solicite, entendiéndose en todo caso que las fijaciones audiovisuales han sido concebidas y publicadas con el fin exclusivo de ser utilizadas para las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria*” (art. III.7.b/).

Por su parte el Tratado OMPI de Derecho de Autor («**TODA**»), aprobado en la misma conferencia diplomática que el TOIEF, se refiere única y exclusivamente a los autores de obras cinematográficas para reconocer a su favor el derecho de alquiler (art. 7)⁴⁹, sin que encontremos en ese tratado alusión alguna a las fijaciones audiovisuales que puedan contener esas u otra clase de obras, o una combinación de imágenes y sonidos que no merezcan la consideración de obra.

En cuanto a la Convención de Roma, encontramos en ella una alusión a las fijaciones visuales o audiovisuales de interpretaciones o ejecuciones artísticas, para establecer que si el artista consentía la incorporación de su actuación en una de esas fijaciones dejaba de ser aplicable la protección mínima prevista a su favor en el artículo 7 de dicha convención (art. 20). Pues bien, esas fijaciones visuales o audiovisuales en las que hubiese intervenido un artista no podían sino *ser o contener* obras, dado que la propia definición de artista parte de la premisa de que este es «*todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística*» (art. 3.a/ de la Convención de Roma). Se trata asimismo de la definición de artista intérprete o ejecutante que acogió el propio TOIEF y que se reflejará posteriormente en el más reciente Tratado de Beijing⁵⁰.

En suma, en ninguno de los tratados administrados por la OMPI hay la menor contemplación de fijaciones audiovisuales que no contengan obras audiovisuales, u otra clase de obras, en las que hayan intervenido artistas intérpretes o ejecutantes, sin que tampoco se reconozca un derecho afín a los productores de grabaciones audiovisuales sobre la fijación producida por ellos. No hay dos categorías de fijaciones audiovisuales, sino solo una. Habida cuenta de ello, es perfectamente entendible que el TOIEF, al trazar la definición de fonograma, tan solo excluyese la incorporación de sonidos o de una representación de sonidos en la banda sonora de una obra cinematográfica o audiovisual. Lo extraño habría sido que se hubiera referido a un bien inmaterial –fijación audiovisual– que ni siquiera posee la categoría de tal en el marco de los tratados de la OMPI.

Pues bien, frente a la carencia de peso normativo de la Guía OMPI, en la hipótesis de que se planteara ante el TJUE una cuestión prejudicial referida, de manera específica, a la sincronización de fonogramas en meras grabaciones audiovisuales, el TJUE no podría dejar de tener en consideración que el artículo 2.1.c) de la propia Directiva 2006/115 contiene una definición de «película», conforme a la cual se entiende por tal «*la obra cinematográfica o audiovisual o imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido*»⁵¹. Es decir, el Derecho de la Unión maneja un concepto unitario que abarca no solo otras obras audiovisuales distintas de las cinematográficas,

⁴⁹ La asimilación al concepto de obra cinematográfica de cualquier obra audiovisual es aplicable también en este contexto, dada la remisión del artículo 3 del TODA a los artículos 2 a 6 del Convenio de Berna.

⁵⁰ Vid. el respectivo artículo 2.a) de cada uno de esos instrumentos, en donde se puntualiza que lo interpretado o ejecutado podrán ser también expresiones del folclore. La definición de “fijación audiovisual” que se contiene en el artículo 2.b) del Tratado de Beijing no describe la fijación audiovisual como objeto sino como acto, como lo demuestra la salvedad que respecto de esa definición se contiene en la declaración concertada relativa al artículo 2.b) del Tratado de Beijing, la cual remite al artículo 2.c) y no al artículo 2.b) del TOIEF. En todo caso, solo se puede referir a fijaciones audiovisuales que contengan obras en las que intervengan artistas intérpretes o ejecutantes pues el fin y ámbito de aplicación del Tratado de Beijing se circunscribe a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes.

⁵¹ Esta previsión ya estaba en el artículo 2.1.c) de la Directiva 92/100/CEE. La definición de película, a efectos de determinar el plazo de protección de los derechos de los productores de la primera grabación de una película, se contiene igualmente en el artículo 3.3. de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

sino incluso cualquier conjunto de «imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido».

En la Directiva 2006/115 se reconocen algunos derechos a los productores de películas, mejor dicho de las primeras fijaciones de películas. Así, el derecho de alquiler o préstamo (art. 3.1.d/) y el derecho de distribución (art. 9.1.c/). A ellos se añaden el derecho de reproducción y el de puesta a disposición del público reconocidos a esos productores en los artículos 2.d) y 3.2.c) de la Directiva 2001/29 respectivamente. En suma, en el Derecho de la Unión todas las grabaciones audiovisuales tienen estatus de objeto protegible por sí mismas, tanto si contienen como si no la fijación de una obra audiovisual o de cualquier otra obra.

La contraposición entre unas y otras grabaciones audiovisuales se aprecia al leer el artículo 2.2 de la Directiva 2006/115, en virtud del cual los Estados miembros deberán atribuir, como mínimo a su director principal, la condición de autor o coautor «de la obra cinematográfica o audiovisual». Ello es indicativo de que, en Derecho de la Unión, si bien las meras «imágenes en movimiento con o sin acompañamiento de sonido» son también «películas», no son obras y no conllevan una labor de dirección que merezca ser premiada con un derecho autoral, sino a lo sumo conllevan una labor de producción que debe ser recompensada con un derecho afín al de autor.

Tenemos pues que obras audiovisuales por un lado y grabaciones audiovisuales que no son obras por otro, son dos especies pertenecientes a un mismo género, el de las películas, siendo así que en algunas películas habrá como mínimo un director que merecerá que se le asigne un derecho de autor, mientras que en otras tan solo se podrá reconocer la labor –no autoral– del productor de la primera fijación de la película.

En definitiva, no parece haber motivos, bajo Derecho de la Unión, para que la sincronización de un fonograma en una mera grabación audiovisual desate efectos distintos a la sincronización de un fonograma en una grabación audiovisual que a su vez contiene una obra audiovisual. Porque la diferencia entre uno y otro tipo de películas no guarda relación con los factores que determinan que el fonograma pierda su condición de tal y se diluya en la fijación audiovisual.

La diferenciación entre las películas que son obras audiovisuales y las películas que no lo son radica en la presencia en las primeras de aportaciones autorales, que sin embargo están ausentes en las segundas. Sin embargo, el motivo por el que el fonograma pierde su autonomía como bien inmaterial cuando se sincroniza en una grabación audiovisual no tiene que ver con la conjunción del fonograma con elementos de tipo autoral o creativo, sino sencillamente con el hecho de que el discurso sonoro del fonograma se asocie a un discurso mixto, en parte sonoro y en parte visual. No podría ser de otra manera, dado que el fonograma no es una obra, ni los productores y artistas fonográficos ostentan un derecho de transformación. La sincronización de un fonograma, a diferencia de la de una obra musical, no pone en marcha el derecho de transformación, sino el de reproducción. Y esto sucede tanto si el fonograma se sincroniza en una película que es obra audiovisual como en una película que no lo es.

Cuando el fonograma se sincroniza en una mera fijación audiovisual, el resultado no es *todo él* un fonograma, puesto que un fonograma no incorpora imágenes, ni siquiera es una fijación

mixta, en parte fonográfica y en parte audiovisual. Es *solo* una fijación audiovisual, mejor dicho *sigue siendo* una fijación audiovisual, aunque *con* sonorización o *con más* sonorización que la que tenía antes de esa sincronización.

Este resultado es el más coherente desde un punto de vista conceptual, pues los fonogramas se definen primeramente por su carácter de fijaciones exclusivamente sonoras, mientras que la advertencia adicional del TOIEF sobre la no calificación como fonograma de la banda sonora de un film, no añade en rigor nada esencial a aquella primera caracterización. La opinión doctrinal de la Guía OMPI de que se puede seguir llamando fonograma a la banda sonora de una fijación que incorpora imágenes y sonidos es refutable, máxime cuando se averigua por qué el TOIEF se limitó a mencionar a las obras cinematográficas y audiovisuales y no aludió en general a toda clase de fijaciones audiovisuales, y se combina con la conceptualización que el Derecho de la Unión hace de las «películas».

Recapitulando, si el fonograma se reproduce de un modo análogo tanto si el bien inmaterial de destino es una película que contiene una obra audiovisual como si es una película que contiene una mera grabación audiovisual, y en ambos casos ha habido un licenciamiento en origen del acto de sincronización, la consecuencia consistente en que el fonograma sometido a ese proceso de sincronización pierda su condición de fonograma, y la comunicación pública de la película de destino no comporte la comunicación pública del fonograma en ella sincronizado, debería ser la misma.

d. Las emisiones o transmisiones de radiodifusión televisiva

Si se observa la actividad de los organismos de radiodifusión televisiva, y más en concreto la de aquellos canales denominados generalistas, se ve que los contenidos audiovisuales pregrabados (v. gr. películas, series, documentales) representan un porcentaje variable de su parrilla de programación, pero en todo caso son solo una parte de la misma. Al lado de esos contenidos, las televisiones ofrecen programas de producción propia que, a menudo, ni siquiera se registran con carácter previo a su emisión sino que se realizan en directo en los estudios de la cadena.

Es habitual que esos programas televisivos también hagan uso de música pregrabada para la sonorización de las imágenes, aunque frecuentemente se busca generar un tapiz sonoro que se oiga en segundo plano al mismo tiempo que las voces de los presentadores o invitados que aparecen en pantalla. También hacen uso las televisiones de música grabada para generar efectos de sonido con finalidad de demarcar el inicio y fin de los programas o la transición entre los mismos (sintonías de cabecera y cierre, cortinillas, ráfagas, etc.).

Por todo ello, en la medida en que esos usos afecten a fonogramas publicados con fines comerciales, los operadores de televisión vienen satisfaciendo a AGEDI y AIE la remuneración equitativa contemplada en los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI, que a su vez son el reflejo a nivel interno del derecho contemplado en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115. De hecho, tras el dictamen de la Sentencia y de conformidad con la Propuesta, cabe pensar que este sería el único uso por el que las cadenas de televisión deberían retribuir a partir de ahora a los artistas y productores fonográficos, ya que el TJUE ha establecido que los fonogramas previamente sincronizados en obras audiovisuales no generan el derecho de remuneración del artículo 8.2 de

las Directivas 92/100 y 2006/115 cuando las películas a las que se hayan incorporado son objeto de comunicación al público.

La cuestión es si, más allá de la dilución del fonograma previamente sincronizado en una obra audiovisual, cabe pensar en un efecto parecido cuando los fonogramas se sincronizan de manera directa por los propios entes televisivos en el resto de su programación, y son por tanto embebidos en las emisiones o transmisiones de radiodifusión.

La incorporación de un fonograma en un programa de televisión no pregrabado implica, como la incorporación en una obra audiovisual o en una mera grabación audiovisual, un acto de reproducción que puede calificarse de sincronización. De hecho, es así como lo vienen a tratar los propios productores de fonogramas, por más que la forma de gestionar ese tipo de sincronización difiera de la que los productores fonográficos emplean cuando se trata de la sincronización en una obra cinematográfica o audiovisual.

Mientras que la sincronización de un fonograma en una obra audiovisual se canaliza a través de permisos que otorgan los propios productores de forma individualizada, es decir, no es una forma de explotación que sea objeto de gestión colectiva, la incorporación de fonogramas en la actividad ordinaria de los operadores de televisión se articula mediante una autorización que los productores de fonogramas confieren a través de AGEDI. De ahí que la tarifa de AGEDI-AIE para televisiones haya incorporado siempre el derecho de reproducción, en el entendimiento de que los organismos de radiodifusión llevan a cabo actos de reproducción de fonogramas para realizar su propia programación.

Esto se refleja en la ya citada Propuesta, lanzada por AGEDI-AIE a las televisiones en 2022, como se reflejaba también en las tarifas generales que ambas entidades aprobaron en 2016. Así, en la Propuesta, al enumerar las distintas modalidades de explotación que serían objeto de la tarifa, se describen dos conceptos: la comunicación pública de fonogramas («CPF») y la reproducción («REP»), diciendo con relación a esta última lo siguiente:

«Por lo que respecta a la REP llevada a cabo por emisoras de televisión de difusión inalámbrica y plataformas digitales, cableoperadores y otras entidades con oferta multicanal, la autorización concedida y que es objeto de aplicación de esta tarifa, faculta a la entidad radiodifusora, en concepto de REP, a realizar la grabación de los fonogramas del repertorio de AGEDI por los propios medios de la entidad y para sus propias emisiones, sin limitación en cuanto al número de utilizaciones de tales grabaciones.

Sin perjuicio de las exclusiones previamente expuestas, quedan excluidas otras modalidades de reproducción de fonogramas que AGEDI no gestiona colectivamente. Entre otros, esta tarifa no incluye:

- *la sincronización o primera fijación de los fonogramas:*
 - *En soportes sonoros o audiovisuales destinados a la publicidad, sin perjuicio de que la reproducción para la comunicación pública y/o comunicación pública de esos fonogramas sincronizados quedan comprendidas en el ámbito de las presentes tarifas.*

- En obras cinematográficas conforme a la definición dada a tal concepto en el apartado 1 (Nota Previa).

- La asociación directa o indirecta de los fonogramas con marcas, productos o servicios».

Como puede verse, se asume que el operador de televisión necesita realizar actos de reproducción de fonogramas para sus propias emisiones, y se pone cuidado en deslindar esta modalidad de reproducción de «otras modalidades de reproducción de fonogramas que AGEDI no gestiona colectivamente», entre las que está la sincronización de fonogramas en obras cinematográficas y otras obras audiovisuales como los *soportes* destinados a publicidad.

Es decir, la Propuesta califica la sincronización en productos audiovisuales pregrabados como otra modalidad de reproducción de fonogramas, con la diferencia de que parece reservar el término «sincronización» para los casos en que el derecho de reproducción se gestiona de forma individualizada, mientras que cuando se gestiona a nivel colectivo se refiere sin más a reproducción del fonograma. Sin embargo, el derecho que se pone en juego es exactamente el mismo, dado que los productores de fonogramas no ostentan un derecho de transformación, por lo que toda sincronización de fonogramas no pasa de comportar un acto de reproducción del fonograma.

Por consiguiente, a priori, las mismas razones que conducen a plantear la dilución del fonograma cuando este es sincronizado en cualquier tipo de fijación audiovisual, llevan a considerar que el fonograma reproducido en el marco de un proceso de producción de programas de televisión pierde igualmente su condición de fijación exclusivamente sonora, de forma que la comunicación al público ulterior, a través de alguna de las modalidades de comunicación que las entidades de radiodifusión tienen reconocidas, de las emisiones o transmisiones televisivas que contengan programas en los que se hayan sincronizado fonogramas, no comportaría una comunicación al público de los fonogramas en ellas incorporados, ni devengaría la remuneración equitativa reconocida en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115.

8. Extensión de la doctrina de la Sentencia a otras modalidades de explotación de las obras audiovisuales

El derecho que estaba en juego en el litigio de origen de la Sentencia era el de remuneración equitativa del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, el cual abarca la utilización del fonograma para la radiodifusión inalámbrica o cualquier otro tipo de comunicación al público. En los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI se habla directamente de la utilización del fonograma «*para cualquier forma de comunicación pública*».

En consonancia con ello, AGEDI-AIE gestionan ese derecho remuneratorio de productores y artistas fonográficos para una variada gama de modalidades de comunicación pública, desde la ambientación musical a la ejecución pública en establecimientos de hostelería, hoteles y otros locales, hasta llegar a la radiodifusión por emisoras de radio u operadores de televisión.

A su vez, dentro de los específicos epígrafes tarifarios, se pueden comprender diversas formas de comunicación. Así, conforme a las tarifas generales de AGEDI-AIE aprobadas en 2016, que son

las que continúan en vigor, en el epígrafe para emisoras de televisión se explica que la tarifa abarca, en concepto de comunicación pública, las siguientes modalidades de explotación:

- «• *Emisión o difusión inalámbrica de fonogramas por medio de la televisión y en programas propios de la emisora.*
- *Retransmisión o difusión inalámbrica, por el citado medio, de fonogramas contenidos en programas emitidos lícitamente por otra emisora de televisión.*
- *La transmisión, dentro del territorio nacional, que lleve a cabo la propia emisora, de forma simultánea, inalterada e íntegra de las emisiones antes descritas, sin posibilidad de incorporación a la señal de otros contenidos o datos adicionales a los de la emisión original, a través de Internet o telefonía móvil de dichas operaciones (Simulcasting).*
- *Transmisión por cable, de forma simultánea e íntegra y dentro del ámbito territorial en el que se lleve a cabo la emisión, de fonogramas difundidos en sus propios programas por la emisora.*
- *Incorporación de las emisiones del usuario a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de dicha emisión a través de otra emisora de televisión o de transmisión por cable.*
- *Ejecución pública por parte de una emisora con vistas a su emisión, sin exigir del público asistente precio de entrada ni contraprestación de clase alguna».*

Los efectos directos que la Sentencia está llamada a causar tienen por tanto, como mínimo, la amplitud que se deriva de todas esas modalidades de explotación, las cuales vienen siendo consideradas por AGEDI-AIE como formas de comunicación pública susceptibles de gestionarse en el marco de lo dispuesto en los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI. Si la emisora de televisión efectúa cualquiera de esos actos de explotación con obras audiovisuales no habrá duda de que eso no comportará la comunicación al público de los fonogramas sincronizados en ellas⁵².

La cuestión es si, toda vez que el TJUE concluyó que la comunicación al público de una obra audiovisual en la que se hubiese sincronizado un fonograma no comportaba la comunicación al público del fonograma en cuestión, dada la pérdida de su condición de fonograma a causa del proceso de sincronización, tiene algún sentido pensar que ese efecto en cambio no se produce cuando la obra audiovisual de destino, en lugar de ser objeto de un acto de comunicación pública, lo sea de un acto de puesta a disposición del público.

Para resolver esa cuestión debemos preguntarnos si, en el razonamiento del TJUE sobre la pérdida de la condición de fonograma, jugó algún papel la consideración del posterior acto de explotación de la obra audiovisual de destino. La respuesta es negativa, ya que la razón por la que el fonograma se diluye en la obra audiovisual tiene que ver con el acto de reproducción a que es sometido el fonograma para lograr su incorporación a la obra audiovisual, no con la ulterior explotación de esta. Es aquella incorporación la que, según el TJUE, provoca que el fonograma deje de ser lo que era. La conclusión a la que arriba la Sentencia es solo una declinación de ese primer postulado: dado que el fonograma pierde su condición de tal cuando es sincronizado en

⁵² Dejamos ahora aparte si eso también sucede o no con todas las grabaciones audiovisuales en general. En este epígrafe nos proponemos examinar la extensión de la doctrina de la Sentencia desde el punto de vista de los actos de explotación, no de los objetos explotados. Lógicamente, puede darse la acción combinada de esas dos clases de extensión.

la obra audiovisual, los actos de explotación a que ulteriormente se someta la obra audiovisual ya no serán actos de explotación del fonograma.

Ciertamente, la Sentencia no habla *in genere* de actos de explotación, sino que se refiere de manera específica a la comunicación al público de la obra audiovisual. Ello se debe a que la cuestión prejudicial se circunscribía a ese tipo de actos de explotación, contemplados en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115. Los hechos del litigio de origen se remontaban a los años 2003 a 2009, época en la que las cadenas de televisión no efectuaban actos de puesta a disposición del público, por lo que es lógico que la controversia versara sobre actos de comunicación al público propios de la radiodifusión terrestre.

Si el asunto se hubiese planteado en un estadio tecnológico más reciente, habrían estado en juego con toda probabilidad otras formas de explotación que las televisiones realizan de sus programas, lo mismo que si la demandada en el asunto principal hubiese sido una plataforma de vídeo a la carta. La cuestión no habría tenido como telón de fondo, o no solo, el derecho de remuneración equitativa del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, pero el razonamiento acerca de lo que sucede cuando un fonograma se sincroniza en una obra audiovisual no parece que hubiera podido variar, en tanto dicho razonamiento no guarda relación con el modo en que la obra audiovisual se explote posteriormente. En efecto, no tendría demasiado sentido pensar que el fonograma puede estar al mismo tiempo diluido y no diluido en la grabación audiovisual, dependiendo del modo en que esta sea explotada⁵³: la dilución del fonograma acontece con carácter previo a conocer la clase de actos de explotación a que se someterá la grabación audiovisual de destino.

Así pues, de acuerdo con esta interpretación, cuando una obra audiovisual en que se haya sincronizado un fonograma sea objeto de explotación a través de un acto de puesta a disposición del público, ello no comportará la explotación del fonograma sincronizado, el cual no podría ser ya por su parte objeto de explotación, ni a través de la puesta a disposición del público ni a través de la comunicación al público⁵⁴.

Esta última precisión viene a cuento de que, haciendo abstracción de las consecuencias de la Sentencia, la puesta a disposición del público de un contenido audiovisual en el que se hayan sincronizado fonogramas no parece que pudiera dar lugar, en cualquier caso, a la puesta a disposición del público de los fonogramas en cuestión, y sí, a lo sumo, a su comunicación al público.

⁵³ Piénsese que un mismo operador televisivo puede hacer actos de explotación diversos del mismo contenido audiovisual, por ejemplo de comunicación pública lineal y de puesta a disposición en Internet. No vemos que la Sentencia dé pie a sostener que para este segundo tipo de actos el fonograma sí que subsiste al proceso de sincronización y puede ser objeto de una explotación en paralelo a la de la grabación audiovisual.

⁵⁴ Es sintomático que, conforme a la Propuesta, AGEDI y AIE prevean que el ajuste derivado de la Sentencia no solo tiene consecuencias en el valor del derecho de comunicación al público, sino también en el del derecho de reproducción instrumental. En efecto, el tipo tarifario de la propuesta, del 5,72%, se desglosa en un 4,88% por la comunicación pública y un 0,84% por la reproducción, mientras que en las tarifas generales de 2016 el tipo tarifario del 6,58% se desglosa en un 5,61% para la comunicación pública y un 0,97% para la reproducción [en las de 2015 era un 4,87% para la comunicación pública y un 1,71% la reproducción]. Sin embargo, la Sentencia se pronuncia únicamente sobre el derecho de remuneración por la comunicación al público del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115: la afectación sobre el valor de la reproducción es un efecto reflejo, probablemente lógico, pero no directamente extraíble de la doctrina de la Sentencia.

La posibilidad de acceder a demanda a una película o capítulo de serie a través de un servicio de televisión interactiva o una plataforma de vídeo a la carta, no implica que los fonogramas sincronizados en el film sean, por eso mismo, susceptibles de un acceso a petición por parte de los miembros del público: toda vez que el sujeto a quien se haya hecho accesible a petición la película o la serie comienza el disfrute de la misma, el contenido fonográfico que acompaña a las imágenes le vendrá dado de manera lineal, exactamente igual que si visionase la película o la serie en el marco de una parrilla de programación de una televisión convencional⁵⁵.

Ello es así, en primer lugar, porque el espectador no conocerá siquiera qué fonogramas se encuentran incorporados en el film⁵⁶. La falta de información precisa sobre qué fonogramas se contienen en el film, equivale a una falta de accesibilidad real a esos fonogramas, pues solo en un sentido muy hipotético se puede afirmar que permanece en el plano de lo accesible aquel contenido cuya presencia se ignora. Segundo, aun suponiendo que se facilitara información lo bastante detallada sobre los fonogramas sincronizados en el film, incluido minuto y segundo del metraje en que suena cada uno, es inverosímil pensar que los usuarios van a emplear la película o la serie como conducto para acceder a los fonogramas, o fragmentos de los mismos, que hayan servido para la sonorización del film⁵⁷. En suma, no se puede decir que hay acceso a petición a la sonorización del contenido audiovisual, cuando el espectador ignora de antemano de qué sonorización se trata y cuándo va a empezar a disfrutarla⁵⁸.

La doctrina que emana de la Sentencia sería coherente con este entendimiento, e incluso lleva un punto más allá las consecuencias de la sincronización de fonogramas: la explotación del contenido audiovisual de destino no comporta la explotación del contenido fonográfico de origen sincronizado en aquel, ni bajo la misma modalidad de explotación del propio audiovisual, ni bajo ninguna otra. Así, tanto dará que la obra audiovisual se ponga a disposición del público o se comunique al público, pues ni lo uno ni lo otro provocará que el fonograma, por su parte, sea objeto de puesta a disposición del público o de comunicación al público.

⁵⁵ Si la interactividad viene dada por tener la facultad de decidir el momento en que se comienza a disfrutar de un contenido, o se reinicia su disfrute tras una pausa, es claro que el usuario de un servicio audiovisual a petición toma esas decisiones con respecto al visionado de la película o la serie, no con respecto a la escucha de los fonogramas eventualmente sincronizados en ella.

⁵⁶ La información que se proporciona al usuario cuando se pone a disposición un contenido audiovisual en un servicio interactivo no incluye detalle de los álbumes fonográficos, o partes de los mismos, que se encuentren incorporados en aquel. Esa es una información de carácter técnico que permanece en el nivel de las *cue sheets* que manejan las productoras y las entidades de gestión, o que a lo sumo puede hallarse en sitios web especializados, pero que no traspasa al canal de comercialización al público de las series o films.

⁵⁷ A lo sumo, la experiencia demuestra que la banda sonora de una película o una serie puede ser un feliz hallazgo musical para el espectador, quien a posteriori hallará la manera de disfrutarla mediante la adquisición de un ejemplar del disco, o a través de su escucha en un servicio de música en *streaming*. Sin embargo, comportamientos patológicos aparte, nadie recurre a las películas o a las series como soportes para disfrutar de forma habitual de la música en ellas sincronizada.

⁵⁸ No está de más recordar que las propias AGEDI y AIE, en el Libro I de su tarifario general de 2016 (p. 6), hacen equivaler los usos interactivos que sirven a poner los fonogramas a disposición del público de fonogramas con aquellos que permiten al usuario seleccionar fonogramas concretos. Si el contenido puesto a disposición no permite al usuario la localización y selección de fonogramas concretos, no da lugar a una puesta a disposición de los fonogramas.

9. Extensión en el tiempo de los efectos de la Sentencia

Las sentencias del TJUE en procedimientos de decisión prejudicial interpretan las normas de Derecho de la Unión en respuesta a cuestiones planteadas por los tribunales de los Estados miembros. Aunque lo habitual es que el tribunal remitente plantee la cuestión como una duda entre la compatibilidad de una norma de derecho nacional y una norma de Derecho de la Unión, cabe la posibilidad de plantearla en abstracto, solicitando una interpretación de las normas de la Unión sin contrastarlas con ninguna norma nacional.

Esto tenderá a ocurrir cuando la norma nacional sea idéntica o cuasi idéntica a la norma comunitaria: la duda se refiere entonces a los efectos de la propia norma comunitaria, y por añadidura de la norma nacional, no a la compatibilidad entre ambas. Así sucedía en el caso que nos ocupa, en donde el Tribunal Supremo solicitó al TJUE que interpretase el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, pero no porque dudase de la compatibilidad con él de nuestros artículos 108.4 y 116.2 TRLPI.

Una resolución emanada del TJUE en este tipo de procedimientos no es constitutiva de un estado de cosas, derecho o relación jurídica, porque su misión no es resolver sobre el fondo de la controversia de origen, sino proporcionar al juez remitente un criterio a propósito del alcance de una disposición de Derecho de la Unión sobre la que dicho juez ha manifestado dudas de interpretación. La respuesta a la pregunta planteada surge en el marco de un litigio concreto, pero surte el efecto de interpretar el Derecho comunitario con efectos en toda la Unión y para todas las instituciones de los Estados miembros y de la propia Unión y no solo para las partes del procedimiento principal (eficacia *erga omnes*)⁵⁹.

Son también, por definición, sentencias interpretativas de preceptos preexistentes, y en esa medida sus efectos operan *ex tunc*. Es decir, aunque su interpretación sea vinculante para los jueces nacionales a partir del momento en que son promulgadas –empezando por el órgano remitente–, los efectos de esa interpretación se remontan al momento de adopción del acto interpretado o enjuiciado⁶⁰. De hecho, otro tribunal nacional, mejor conocedor del Derecho de la Unión, ha podido haber aplicado la disposición a la que se refería la cuestión prejudicial de manera coincidente con lo resuelto por el TJUE y sin necesidad de haberle preguntado. Por tanto, las sentencias del TJUE vinculan a todos, pero obligarán a variar el comportamiento solo de aquellos operadores que no lo vinieran ajustando a la interpretación establecida en ellas.

La doctrina relativa a la retroacción de efectos al momento de adopción de la disposición o acto de cuya interpretación se trata, recogida después en numerosas resoluciones posteriores del TJUE⁶¹, fue formulada por primera vez en la Sentencia de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Denkavit italiana Srl*, C-61/79, ECLI:EU:C:1980:100, cuyos apartados 16 a 18 merecen transcribirse:

⁵⁹ Vid. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 440 y 442.

⁶⁰ Vid. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, p. 440.

⁶¹ SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, p. 440, nota nº 83, recoge un copioso elenco de esas resoluciones. Entre ellas, cita la sentencia de 4 de mayo de 1999, *Sürül*, C-262/96, ECLI:EU:C:1999:228, y la sentencia de 3 de octubre de 2002, *Barreira Pérez*, C-347/00, ECLI:EU:C:2002:560.

«(16) La interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177, da el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario, aclara y especifica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. De esto resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

(17) Únicamente con carácter excepcional podría el Tribunal de Justicia, como ha reconocido en su sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455), con arreglo a un principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario y teniendo en cuenta los graves problemas que su sentencia podría crear, por lo que respecta al pasado, en las relaciones jurídicas establecidas de buena fe, llegar a limitar la posibilidad de que cualquier interesado invoque la disposición así interpretada con el fin de cuestionar esas relaciones jurídicas.

(18) No obstante, tal limitación sólo puede admitirse en la misma sentencia que resuelva sobre la interpretación solicitada. La exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho comunitario implica que compete exclusivamente al Tribunal de Justicia decidir acerca de las limitaciones temporales que hay que poner a la interpretación dada por él» [subrayado añadido].

Es pues facultad del TJUE establecer limitaciones temporales a los efectos de sus sentencias prejudiciales, aunque en la práctica el TJUE ha hecho un uso excepcional de esa facultad⁶². En alguna sentencia ha precisado cuáles son las circunstancias bajo las cuales cabe considerar procedente introducir esa clase de limitaciones⁶³.

Por consiguiente, yendo al caso que nos ocupa, en ausencia de limitaciones temporales, que la Sentencia no ha establecido, todas las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la disposición de

⁶² Vid. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, pp. 440-441, quien no obstante dice que el TJUE ha admitido excepcionalmente la posibilidad de limitar temporalmente los efectos de sus sentencias por tribunales nacionales, en particular en procedimientos contencioso-administrativos, cuando esos tribunales dispusieran de tal facultad con arreglo al Derecho procesal nacional. También recuerda este autor que los Estados miembros están facultados para introducir requisitos para el ejercicio de los derechos que puedan surgir como consecuencia de una sentencia retroactiva del TJUE, por ejemplo cuando la sentencia confirma el carácter ilegal de un impuesto nacional.

⁶³ Así, cabe citar la Sentencia de 27 de abril de 2006, Sarah Margaret Richards y Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256, en la que, tras establecer que “sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición que haya interpretado con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe” (apartado 40), se añade: “el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, cuando, por una parte, existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión de las Comunidades Europeas” (apartado 42).

cuya interpretación se trata, en este caso el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, deben ponerse en línea con lo resuelto por el TJUE.

Eso implica, por descontado, que desde la fecha de la Sentencia en adelante las entidades que gestionan los derechos de los productores de fonogramas (en España AGEDI) y de los artistas intérpretes o ejecutantes del medio musical (en España AIE), no podrán seguir percibiendo una tarifa que remunere la comunicación pública de fonogramas sincronizados en obras audiovisuales, lo que implica ajustar su tarifa previa a la Sentencia, en la que se partía de la premisa de que la comunicación pública de obras audiovisuales comportaba la comunicación al público de los fonogramas sincronizados en ellas. Como ya hemos analizado *supra*, en España ese ajuste todavía no se ha producido.

Pero, más allá de ese ajuste hacia el futuro, debe tenerse en cuenta la situación que se plantea respecto de aquellos usuarios que han estado satisfaciendo a AGEDI y AIE una tarifa por el uso de fonogramas en televisión que no excluía la parte de los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales. Como la Sentencia ha puesto de manifiesto *ex post facto*, esos usuarios estuvieron pagando cantidades que no retribuían ningún uso del repertorio de AGEDI-AIE, que era supuestamente el concepto por el que se recaudaron, por cuanto tal uso no se producía cuando los operadores de televisión comunicaban al público obras audiovisuales con fonogramas sincronizados en ellas.

En consecuencia, más allá del ajuste a futuro de la tarifa de AGEDI y AIE, con efectos desde la publicación de la Sentencia, los usuarios que hubieran hecho pagos anteriores a esa fecha podrán solicitar a esas dos entidades la regularización de lo pagado de más, en la misma proporción del ajuste que corresponda hacer para lo venidero. Las acciones a interponer, en caso de que AGEDI y AIE no se aviniesen a regularizar voluntariamente la situación de esos usuarios, irían dirigidas a obtener la restitución de unas cantidades para las que el contrato habría dejado de procurar una cobertura causal suficiente.

Por último, un efecto mediato de la Sentencia y del consiguiente ajuste de la tarifa de AGEDI y AIE para televisiones, podría consistir en una tendencia al alza de los precios exigidos a los productores de obras audiovisuales por la sincronización de los fonogramas. Los productores fonográficos, sabedores de que no podrán obtener un retorno por la ulterior comunicación al público de esas obras audiovisuales vía reparto de la recaudación de AGEDI-AIE, tratarían de repercutir sobre la cabeza de los productores audiovisuales, en el momento de autorizar la sincronización, el valor de lo dejado de percibir de manos de los operadores de televisión⁶⁴. A su vez, de producirse ese alza de precios en el mercado de la sincronización, los productores audiovisuales procurarían repercutir ese mayor coste a los operadores de televisión en el contrato de venta de los derechos.

⁶⁴ Podría entenderse que el apartado (55) de la Sentencia contiene una llamada en ese sentido, cuando tras señalar la importancia de alcanzar un equilibrio entre el interés de los artistas y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por la difusión de los fonogramas y el interés de los terceros en poder emitir dichos fonogramas o comunicarlos al público en condiciones razonables, señala que ese objetivo debe alcanzarse “mediante la celebración, con motivo de la incorporación de los fonogramas o las reproducciones de dichos fonogramas en las obras audiovisuales de que se trate, de acuerdos contractuales adecuados entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de las obras, de modo que la remuneración de los derechos afines sobre los fonogramas como consecuencia de la incorporación se realice a través de esos acuerdos contractuales”.

Ahora bien, en el trance de elevar los precios de las licencias de sincronización para intentar paliar los efectos económicos de la Sentencia, los productores fonográficos deberán cuidarse de hacer partícipes a los artistas de los rendimientos procedentes de la sincronización. La observación viene a propósito no ya de lo dispuesto en el ya citado apartado (55) de la Sentencia, donde se contiene esa llamada a asegurar un correcto equilibrio de los intereses de ambos grupos de titulares, sino de que una elevación del precio de las licencias de sincronización que no vaya acompañada de una participación equitativa de los artistas en las plusvalías procedentes de esas licencias, podría potenciar el mercado de la fijación directa de la banda sonora de obras audiovisuales a través de interpretaciones o ejecuciones artísticas, reduciendo el tamaño del mercado de la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales.

10. Bibliografía

CASAS VALLÉS, Ramón, «Nueva Cuestión Prejudicial ante el TJUE. AGEDI/AIE c. ATRESMEDIA, Sincronización de fonogramas, comunicación pública de obras audiovisuales y remuneración equitativa y única de artistas y productores», Blog de ALADDA, 2019 (<http://aladda.es/nueva-cuestion-prejudicial-agedi-aie-c-atresmedia-sincronizacion-de-fonogramas-comunicacion-publica-de-obras-audiovisuales-y-remuneracion-equitativa-y-unica-de-artistas-y-productores/>).

CUERVA DE CAÑAS, Juan, «Reseña de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19): ¡váyase con su música a otra parte (que no sea una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual que incorpore un fonograma sincronizado)!\», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 93 (mayo-agosto 2021), pp. 87-105.

FERNÁNDEZ RAÑÓN, Claudia, «Atresmedia se libra de una indemnización millonaria», Blog del Máster en Propiedad Intelectual UAM-CIPI (<https://blog.cipi.es/blog2-intelectual/item/182-atresmedia-se-libra-de-una-indemnizacion-millonaria>);

FICSOR, Mihály, «Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI», ed. OMPI, Ginebra (Suiza), 2003.

GONZÁLEZ GOZALO, «La obra audiovisual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GONZÁLEZ SAN JUAN, José Luis, «La remuneración equitativa y única relativa a la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales [Comentario de la STJUE (Sala Quinta), de 18 de noviembre de 2020, Asunto C-147/19, Atresmedia]», *ADI*, nº 41 (2020-21), pp. 377 ss.

LÓPEZ RICHART, «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 18 de noviembre de 2020», en SÁNCHEZ ARISTI y MORALES IMBERNÓN (eds.), *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual* (coord. R.), 2ª ed., Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2022, pp. 1163 ss.

MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia, *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

OYARZABAL OYONARTE, Nora y ZABALLOS DEL RÍO, Marta, «Sentencia TJUE: sincronización de fonogramas en obras audiovisuales y derecho de remuneración por comunicación pública», Blog de Propiedad Intelectual y Tecnologías de Cuatrecasas (<https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/sentencia-tjue-sincronizacion-de-fonogramas-en-obras-audiovisuales-y-derecho-de-remuneracion-por-comunicacion-publica-1>).

RAMOS GIL DE LA HAZA Y MARTÍNEZ CRESPO, «Comienza la partida. Punto de situación sobre determinados aspectos jurídicos de los videojuegos», *pe. i., revista de propiedad intelectual* n° 62, 2019).

SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2020.

SERRANO FERNÁNDEZ, «El Derecho de Comunicación pública de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas. Comentario a la sentencia TJUE de 18 de noviembre de 2020 (Sala Quinta), asunto C-147/19», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 55, 2021.