

La sentencia de 18-11-2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE)

Un desafío para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y los artistas musicales en el ámbito audiovisual

Sumario

-

La sentencia de 18-10-2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE), al declarar que los usuarios no tienen que pagar la remuneración equitativa y única prevista en el 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE cuando efectúen actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado (sincronizado) fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos, supone un paso atrás en la debida protección de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas musicales en el ámbito audiovisual. Este trabajo tiene por objeto profundizar, desde un punto de vista crítico, en la doctrina fijada en esta sentencia, alertar sobre sus perniciosos efectos para los titulares de los derechos afectados en el mercado afectado, concretar cómo se ha aplicado (tanto en el procedimiento judicial del que trae causa como en las tarifas de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual afectadas), explicar las razones por las que resulta improcedente realizar una interpretación ultra vires de tal sentencia y, por último, sugerir posibles soluciones, tanto desde el punto de vista legislativo interno español como desde la perspectiva de una posible revisión por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la doctrina fijada en la sentencia.

Abstract

-

The ruling of 10-18-2020 of the Court of Justice of the European Union in case C-147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE), declaring that users do not have to pay the equitable and single remuneration provided for in 8.2 of Directives 92/100/EEC and 2006/115/EC when they carry out acts of public communication of audiovisual recordings that contain the fixation of audiovisual works in which phonograms published for commercial purposes or reproductions thereof have been incorporated (synchronized), It represents a step backwards in the due protection of the intellectual property rights of phonogram producers and musical artists in the audiovisual field. The purpose of this work is to deepen, from a critical point of view, the doctrine established in this ruling, to warn about its harmful effects for the holders of the affected rights in the affected market, specify how it has been applied (both in the judicial procedure for which the case is brought and in the rates of the affected intellectual property rights management entities), explain the reasons why it is inadmissible to carry out an ultra vires interpretation of such a ruling and, finally, to suggest possible solutions, both from the Spanish internal legislative point of view and from the perspective of a possible review by the Court of Justice of the Union itself. European doctrine established in the ruling.

Title: *The ruling of 10-18-2020 of the Court of Justice of the European Union in Case C-147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE). A challenge for the protection of*

intellectual property rights of phonogram producers and musical artists in the audiovisual field

Palabras clave: *Remuneración por la comunicación pública de fonogramas, fonograma, reproducción de fonogramas, sincronización, comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas.*

Keywords: *Remuneration for the public communication of phonograms, phonogram, reproduction of phonograms, synchronization, public communication of audiovisual recordings containing the fixation of audiovisual works in which phonograms have been incorporated.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.05

2.2024

Recepción
05/02/2024

-

Aceptación
09/04/2024

-

1. Planteamiento del trabajo

- 2.1. El procedimiento judicial previo
- 2.2. El planteamiento de la cuestión prejudicial
- 2.3. El procedimiento ante el TJUE
 - a. Las posiciones de AGEDI y AIE
 - b. La posición del Reino de España
 - c. La posición de la Comisión Europea
 - d. La posición de ATRESMEDIA
 - e. La vista oral
 - f. Las conclusiones del Abogado General del TJUE

3. *La Sentencia. Inexactitudes y errores que contiene*

4. *Crítica de la Sentencia*

- 4.1. Concepto de «fonograma» en la Sentencia y su trascendencia para la resolución de la cuestión prejudicial planteada
- 4.2. Concepto de «reproducción» aplicado a un fonograma publicado con fines comerciales. El error fundamental cometido en la Sentencia
- 4.3. Los acuerdos contractuales alcanzados entre los titulares de titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de obras audiovisuales. Las licencias de «sincronización» como causa de los pronunciamientos de la Sentencia

5. *Aplicación de la Sentencia*

- 5.1. Aplicación de la Sentencia en el procedimiento judicial en que se planteó la cuestión prejudicial
- 5.2. Aplicación de la Sentencia por AGEDI y AIE en sus tarifas generales
- 5.3. Improcedencia de realizar una interpretación *ultra vires* de la Sentencia en el ámbito de la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos

6. *Posibles soluciones a la errónea doctrina fijada en la Sentencia*

- 6.1. Modificación del TRLPI
- 6.2. Revisión por el TJUE de la doctrina fijada en la Sentencia

7. *Conclusiones*

8. *Bibliografía*

-

1. Planteamiento del trabajo¹

La doctrina fijada en la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto C-147/19 (ATRESMEDIA/AGEDI-AIE) (en lo sucesivo, la «**Sentencia**»)² sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 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 (en lo sucesivo, «**Directiva 92/100/CEE**») y 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 (en lo sucesivo, «**Directiva 2006/115/CE**»)³ va a condicionar los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en el ámbito audiovisual en España durante los próximos años, al menos hasta que, legislativamente o mediante la modificación de tal doctrina, se corrijan sus efectos negativos y manifiesta incongruencia, aspectos sobre los que incidiré a lo largo de este trabajo.

Mientras, se han venido produciendo sentencias judiciales por parte de diferentes Juzgados y Tribunales en España aplicando, de forma más o menos acertada, la doctrina fijada por la Sentencia⁴, cuyo contenido y efectos también ha sido objeto de comentarios⁵, opiniones, trabajos doctrinales, etc.

Igualmente, los usuarios de los derechos de propiedad intelectual afectados por la doctrina de la Sentencia vienen reivindicando, también de forma más o menos correcta, la aplicación de las misma en el ámbito tarifario de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales y de los productores de fonogramas⁶.

¹ Antonio López Sánchez es abogado especializado en materia de propiedad intelectual con más de veinticinco años de experiencia en el ámbito jurídico de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales y de los productores de fonogramas. Las interpretaciones, comentarios y criterios que expresa en este trabajo son personales y derivan de su conocimiento general en el ámbito indicado y específico de la temática de este trabajo pues participó, como abogado de AGEDI y AIE, en el procedimiento judicial en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia del TJUE, en el procedimiento prejudicial tramitado ante el TJUE y en varios de los recursos pendientes de resolución ante el Tribunal Supremo en los que se va a aplicar la doctrina fijada por el TJUE.

² ECLI:EU:C:2020:935.

³ La redacción de dicho precepto es idéntica en ambas Directivas puesto que la Directiva 2006/115 CE lo que hizo fue codificar la Directiva 92/100/CEE por las modificaciones sustanciales habidas en la misma desde la fecha de su publicación.

⁴ Ejemplificativamente, y de entre otros asuntos, constan admitidos por la Sala de lo civil del Tribunal Supremo mediante auto de 28-6-2021 los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por AGEDI y AIE contra la sentencia nº 1035/2021, de 19-11-2021, dictada por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tenerife en el recurso de apelación 1314/2021 (ECLI:ES:APTF:2021:3083).

⁵ Véanse los comentarios descriptivos sobre el contenido de la Sentencia del jurista Don José Luis González Sanjuan en su trabajo «*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*», publicado en Actas de derecho industrial y derecho de autor, 41 (2020-2021), pp. 377-392, [Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales](#); y de la Profesora de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide Doña María Serrano Fernández en el trabajo «*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: Caso Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. contra Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes y Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE) (TJCE 2020, 259)*», Revista de Derecho Patrimonial de Aranzadi, nº 55, 2021.

⁶ Artistas intérpretes o ejecutantes, EGDPI (AIE) y Agedi entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual (AGEDI).

Algunas de las tesis defendidas por ciertos usuarios, de forma manifiestamente oportunista y alentados por algunos asesores que han detectado una oportunidad de obtener un lucro personal a costa de los titulares de los derechos en liza, tienen como objetivo minorar, e incluso eliminar, la protección de los artistas musicales y productores de fonogramas en el ámbito audiovisual⁷.

Estos condicionamientos me han empujado a realizar este trabajo con tres objetivos: realizar un examen crítico de la doctrina fijada en la Sentencia sobre la interpretación del art. 8.2 de la Directiva 2006/115/CE, repasar la aplicación de la doctrina de la Sentencia tanto en el procedimiento judicial en que se planteó la cuestión prejudicial como en las tarifas generales de AGEDI y AIE y, en tercer término, sugerir posibles soluciones a la errónea doctrina fijada en la Sentencia.

2. Antecedentes de la Sentencia

2.1. El procedimiento judicial previo

La cuestión prejudicial resuelta por la Sentencia fue planteada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en el seno del recurso de casación 952/2016 interpuesto por ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (en lo sucesivo, «ATRESMEDIA») contra la sentencia nº 59/2016, de 22-2-2016, dictada por la sección 28ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación 672/2013⁸ derivado del procedimiento ordinario nº 551/2010 tramitado ante el Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid resuelto mediante sentencia nº 110/13, de 10-6-2013.

El procedimiento judicial en que se planteó la cuestión prejudicial se inició el 29-7-2010 por AGEDI y AIE contra ATRESMEDIA, titular de varios canales de televisión en España, reclamando 17.093.260 € por el uso de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos en el periodo de 6 años y siete meses transcurrido entre 1-6-2003 y 31-12-2009 (comunicación pública y reproducción para tal fin de dichos fonogramas), siendo incontrovertido que ATRESMEDIA no satisfizo por tal concepto a AGEDI y AIE cantidad alguna⁹.

⁷ Véase, a este respecto, el trabajo «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”» del Catedrático de derecho civil de la Universidad Rey Juan Carlos y abogado del despacho Cuatrecasas Don Rafael Sánchez Aristi (2023), revista InDret 3-2023. Dicho trabajo refleja, en general, la interpretación que los usuarios de derechos de propiedad intelectual (especialmente, los organismos de radiodifusión) hacen de la Sentencia y sus efectos, opuesta diametralmente a la que se defiende aquí. Si el lector de este trabajo hace un ejercicio de comparación entre ambos, podrá tener una adecuada perspectiva de los términos actuales del debate.

⁸ ECLI:ES:APM:2016:3842.

⁹ Desde el punto de vista económico, y según la información obrante en el procedimiento principal, hacer hincapié en dos datos: (i) En el periodo 2007 a 2009 (único que se pudo comparar) ATRESMEDIA pagó a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) por el uso del repertorio autoral gestionado por la misma (esencialmente, musical) la cantidad de 56.690.185,82 €, mientras AGEDI-AIE reclamaron por estos mismos tres ejercicios un total de 7.370.450,00 €, es decir, un 13% de lo pagado a SGAE; y (ii) los ingresos publicitarios de ATRESMEDIA en el partido controvertido (1-6-2003 y 31-12-2009) fueron de 4.751.491 miles de euros, es decir, que la tarifa reclamada por AGEDI y AIE suponía, en términos globales, el 0,36% de sus ingresos de publicidad.

La base jurídica de la reclamación judicial de AGEDI y AIE a ATRESMEDIA fue la aplicación de los arts. 108.4, 115 y 116.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en lo sucesivo, «TRLPI»), tanto en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el TRLPI (en lo sucesivo, «Ley 23/2006»)¹⁰, como en su redacción posterior a ésta.

En este sentido, recordar que las normas jurídicas esenciales para la resolución del procedimiento en cuestión, aun cuando fueron modificadas durante el tiempo a que se refiere el mismo, esencialmente como consecuencia de la entrada en vigor de dicha Ley 23/2006, no sufrieron cambios relevantes en lo que afectaba al fondo de la controversia; así, tanto el texto original del TRLPI como el texto derivado de la Ley 23/2006, prevén de idéntica manera (i) la obligación de los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para las modalidades de comunicación pública que interesan al objeto de esta litis de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas¹¹; (ii) el derecho exclusivo de los productores de fonogramas de autorizar la reproducción de los mismos¹²; (iii) el concepto de fonograma¹³; y (iv) el concepto de obra audiovisual¹⁴.

Dejando de lado en este momento, por no ser relevantes para el objeto de este trabajo, tanto las alegaciones fácticas de ATRESMEDIA¹⁵ como las cuestiones afectantes a la metodología económica utilizada por AGEDI y AIE para concretar la cuantía de la reclamación¹⁶ y otros argumentos jurídicos alegados en la contestación de la demanda¹⁷, respecto del asunto más tarde

¹⁰ BOE de 8-7-2006 y en vigor desde el 29-7-2006.

¹¹ Arts. 108.2 y 116.2 de la redacción original del TRLPI y arts. 108.4 y 116.2 de la redacción del TRLPI dada por Ley 23/2006.

¹² Art. 115 TRLPI que, en la redacción original de su primer párrafo establecía que «Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, directa o indirecta, de los mismos», mientras que en la redacción dada a dicho precepto por Ley 23/2006 establece «Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, según la definición establecida en el artículo 18». El párrafo segundo es idéntico antes y después de la Ley 23/2006.

¹³ El art. 114. TRLPI, citado como infringido en el recurso de casación, no fue modificado por la Ley 23/2006.

¹⁴ El art. 86.1 TRLPI, citado como infringido en el recurso de casación, no fue modificado por la Ley 23/2006.

¹⁵ ATRESMEDIA negó, en la primera instancia, haber usado fonogramas publicados con fines comerciales en los canales de televisión de su titularidad en el periodo controvertido, afirmando haber dado instrucciones internas precisas al efecto y apelando a que, si se hubiera producido algún uso de tales fonogramas, el mismo derivaría de error, accidente, incumplimiento de normas internas dadas, en programas de zapping o en grabaciones audiovisuales adquiridas a terceros; tales alegaciones fueron desestimadas por la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid, con base en la argumentación que consta en su Fundamento de derecho sexto. ATRESMEDIA no recurrió en apelación la sentencia de primera instancia, ni tampoco impugnó la misma en el trámite de oposición al recurso de AGEDI y AIE, por lo que esta cuestión devino firme.

¹⁶ La reclamación económica (17.093.260 €) de AGEDI y AIE a ATRESMEDIA en este procedimiento no derivó de la aplicación de las tarifas generales vigentes de AGEDI y AIE vigentes en el periodo controvertido, sino del resultado de aplicar a ATRESMEDIA los acuerdos alcanzados por AGEDI y AIE con otras entidades de radiodifusión sobre los mismos derechos de propiedad intelectual; dichas entidades de radiodifusión eran TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. (TVE), GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (TELECINCO), SOGECABLE, S.A. (CUATRO) y GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA, S.A. (SEXTA).

¹⁷ ATRESMEDIA alegó que la reproducción de fonogramas para su comunicación al público a través de las cadenas de televisión de su titularidad estaba incurso límite establecido en el art. 31.1 TRLPI para «reproducciones provisionales». Tal alegación fue desestimada en el Fundamento de derecho octavo de la sentencia de primera

resuelto en la Sentencia he de resaltar que ATRESMEDIA alegó, básicamente, que los fonogramas publicados con fines comerciales reproducidos (incorporados o sincronizados) en grabaciones audiovisuales de la tipología de películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios no tenían la condición de reproducciones de dichos fonogramas y, por tanto, no devengan obligación alguna de pago de la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

La construcción de ATRESMEDIA partía de la premisa de reconocer la existencia de dos tipologías de grabaciones audiovisuales emitidas por televisión en las que se incorporan fonogramas comerciales: por un lado, aquellas en las que AGEDI y AIE sí tendrían derecho al cobro de la remuneración establecida en el art. 108.4 y 116.2 TRLPI, al no tener las mismas la condición de fijación de una obra audiovisual; y, por otro lado, aquellas otras en las que AGEDI y AIE no tendrían derecho al cobro de la remuneración establecida en el art. 108.4 y 116.2 TRLPI, por tener el carácter de fijación de una obra audiovisual (cinematográfica o de otro tipo).

A partir de tal premisa, la construcción de la tesis defendida por ATRESMEDIA se resume en considerar que la reproducción (o sincronización) de un fonograma comercial preexistente en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no es, realmente, un acto de reproducción del fonograma de los previstos en el art. 115 TRLPI, sino un acto de transformación (art. 21 TRLPI) del fonograma, que provoca su dilución y desaparición en el conjunto de la obra audiovisual.

ATRESMEDIA completaba su discurso con su personal interpretación del art. 2 b) del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (en adelante, «**TOIEF**»)¹⁸, de la que se derivaría que el fonograma pierde su carácter de tal al incorporarse a una obra cinematográfica o audiovisual, motivo por el cual en ningún caso se podría considerar como «fonograma» a una fijación de música u otros sonidos incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.

De hecho, y aun cuando la literalidad de la Declaración concertada al art. 2 b) del TOIEF parece clara, la interpretación alternativa propuesta por ATRESMEDIA fue finalmente asumida en la Sentencia.

La sentencia nº 110/13, de 10-6-2013, dictada en la primera instancia por el Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid¹⁹, asumió las tesis de ATRESMEDIA, concluyendo que no hay derecho de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales, ni de reproducción de los mismos, cuando la comunicación o reproducción que se realiza es de una «obra audiovisual», declarando consecuentemente que no se devenga remuneración para los artistas musicales y los productores de fonogramas por la emisión de películas cinematográficas,

instancia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid, sin que ATRESMEDIA la reprodujera en apelación.

¹⁸ El instrumento de ratificación por España del TOIEF fue publicado, junto con el texto del TOIEF, en el Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 148 de 18 de junio de 2010. El TOIEF fue aprobado, en nombre de la Comunidad Europea, mediante Decisión del Consejo de 16 de marzo de 2000 (Diario Oficial de la Unión Europea –DOUE– de 11 de abril de 2000 –L/89/6–), y entró en vigor en la Unión Europea (UE) el 14 de marzo de 2010 (DOUE de 4 de febrero de 2010 –L/32/1–). El art. 2 del TOIEF define fonograma de la siguiente forma: «Fonograma: 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».

¹⁹ ECLI:ES:JMM:2013:439.

series de televisión y anuncios publicitarios, aun cuando en dichas grabaciones audiovisuales consten reproducidos fonogramas publicados con fines comerciales²⁰.

Por ello, la sentencia de 1ª instancia solo se estimó parcialmente la demanda interpuesta por AGEDI y AIE contra ATRESMEDIA, derivando para ejecución de sentencia la cuantificación de la cantidad adeudada pero (textual):

«..., , debiendo excluirse de esa liquidación, según se señala en el fundamento séptimo de esta sentencia, la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales que están incorporados (sincronizados) en las obras audiovisuales (las películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios) y la reproducción instrumental de los mismos....»

AGEDI y AIE interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en base a dos alegaciones; la alegación primera, que se corresponde a la cuestión posteriormente resuelta por la Sentencia, se articuló bajo el siguiente enunciado:

«Infracción de los arts. 3, 131, 108.4 y 116.2 TRLPI en relación tanto con los arts. 18, 23, 86, 87, 107.1, 114, 115 y 120 TRLPI, con el art. 3.1 CC así como con el art. 2 de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, y con los arts. 2 b), 7, 11 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o ejecución y fonogramas de 20 de diciembre de 1996. La reproducción instrumental y la comunicación pública por ANTENA 3 de de todo tipo de grabaciones audiovisuales en las que se reproduzca un fonograma publicado con fines comerciales está sujeta al pago de las remuneraciones reclamadas.»

Tras oponerse ATRESMEDIA al recurso de apelación de AGEDI y AIE, asumiendo íntegramente los razonamientos de la sentencia de 1ª instancia, el mismo fue resuelto por la sentencia nº 29/2016, de 25-1-2016, dictada por la especializada sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación 672/2013, que revocó la sentencia recurrida estimando íntegramente la demanda interpuesta por AGEDI y AIE contra ATRESMEDIA.

Esta sentencia de apelación asumió las tesis de AGEDI y AIE, afirmando que la transformación alegada por ATRESMEDIA solo puede predicarse de algo que pueda conceptualizarse como obra y, en tanto el fonograma no es una obra, no es posible ejercer sobre él operación alguna que comporte su transformación, concluyendo que el fonograma sincronizado en una obra audiovisual, en tanto réplica de los sonidos fijados en el fonograma, deber ser considerado como una reproducción del fonograma generadora de la remuneración establecida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI²¹.

ATRESMEDIA interpuso contra dicha sentencia recurso de casación articulado en base a cuatro motivos formulados bajo los siguientes enunciados:

«PRIMERO.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción del artículo 2 (b) del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, por cuanto aquel precepto excluye con claridad irrefutable del concepto de fonograma a las

²⁰ El razonamiento íntegro de la sentencia de instancia al respecto consta en su Fundamento de derecho séptimo y puede consultarse en ECLI:ES:JMM:2013:439.

²¹ El razonamiento íntegro de la sentencia de apelación al respecto consta en su Fundamento de derecho segundo y puede consultarse en ECLI:ES:APM:2016:3842.

fijaciones de los sonidos de una ejecución o interpretación en una obra cinematográfica o audiovisual.»

«SEGUNDO.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción del apartado 1 del artículo 114 LPI y el artículo 3 (b) 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, en relación con el apartado 1 del artículo 86 LPI, también en cuanto al concepto de fonograma, en la medida en que la ley española y la internacional indican claramente que el fonograma es una “fijación exclusivamente sonora”, lo que impide considerar que se pueda usar o reproducir un fonograma en el caso de una fijación de sonidos de una ejecución o interpretación en una obra audiovisual.»

«TERCERO.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción de los apartados 1 y 2 del artículo 21 LPI, en la medida en que la sentencia recurrida rechaza que la sincronización de una obra musical fijada en un fonograma da lugar a una transformación de esa obra, que queda integrada en un contexto creativo mayor y distinto, y sobre la que existen unos propios derechos de propiedad intelectual, distintos de los existentes sobre el fonograma.»

«CUARTO.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción de los artículos 108.4 y 116.2 LPI, en relación con el artículo 108.5 LPI, por cuanto la comunicación pública de obras audiovisuales (películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios) no constituyen actos de uso de fonograma o de reproducción de fonograma, por lo que no pueden dar lugar a remuneración alguna a favor del productor del fonograma o de los artistas intérpretes y ejecutantes.»

AGEDI y AIE se opusieron al recurso de casación, alegando los motivos por los que entendían que no concurrían las infracciones legales denunciadas tras lo cual la Sala 1ª del Tribunal Supremo dictó providencia de 12-11-2018 señalando para la votación y fallo del recurso de casación el 19-12-2018.

2.2. El planteamiento de la cuestión prejudicial

Sorprendentemente, y pese a que ATRESMEDIA no planteó en ningún momento, ni en el procedimiento judicial previo ni en su recurso de casación, que la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE fuera necesaria para resolver el litigio²², la Sala 1ª del Tribunal Supremo se planteó, motu proprio, la procedencia de formular cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la interpretación de dicho precepto, poniéndolo de manifiesto a las partes para que se pronunciaran al respecto.

Finalmente, la Sala 1ª del Tribunal Supremo dictó auto de 13-2-2019 en el que, apelando a las posiciones contrapuestas de las partes, la existencia de opiniones contrapuestas en la doctrina²³ y a las soluciones contrapuestas a la cuestión en Estados ajenos a la UE²⁴, plantea cuestión prejudicial formulando al TJUE las siguientes preguntas:

²² ATRESMEDIA no citó como infringido por la sentencia recurrida en casación el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, ni mucho menos sugirió la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

²³ Sin citar o referenciar a qué opiniones y autores se refería.

²⁴ Los antecedentes citados por el Tribunal Supremo fueron la sentencia de 20-5-1998 del Tribunal Supremo de Australia -*Phonographic Performance Co of Australia Ltd contra Federación de Estaciones de Televisión Comerciales*

«1.- El concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE ¿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. 8.2 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?»

2.3. El procedimiento ante el TJUE

Ante el TJUE presentaron alegaciones escritas las partes en el procedimiento principal (ATRESMEDIA, AGEDI y AIE), el Reino de España y la Comisión Europea²⁵.

Sorprendentemente, ningún otro Estado miembro de la UE se personó en el procedimiento ni presentó alegaciones a una cuestión prejudicial cuya resolución, obviamente, no sólo iba a afectar a los derechos de los productores de fonogramas y artistas musicales de todos los Estados miembros, sino también a las relaciones entre las entidades de gestión de cada uno de dichos Estados miembros con las entidades de radiodifusión que operan en los mismos.

a. Las posiciones de AGEDI y AIE

AGEDI presentó sus observaciones escritas a 7-6-2019²⁶ y, respecto de la primera pregunta formulada por el Tribunal Supremo, concluía señalando que la misma debería ser respondida en sentido afirmativo puesto que la incorporación de un fonograma en una grabación audiovisual que contiene una obra audiovisual suponía una «reproducción» de dicho fonograma en el sentido del art. 8.2 de la Directiva 2006/115.

AIE presentó sus observaciones escritas a 12-6-2019 y, respecto de la primera pregunta formulada por el Tribunal Supremo, concluía solicitando al TJUE que respondiera concretando que el concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE incluye la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual.

En lo que corresponde a la segunda pregunta formulada al TJUE, AGEDI concluyó que procedía responder indicando que el art. 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 debía interpretarse en el

de Australia (S95/1997)- y sentencia de 12-7-2012 del Tribunal Supremo de Canadá -*Sound contra Motion Picture Theatre Associations of Canada y otros*-.

²⁵ De conformidad con el art. 23.2 del Protocolo sobre el Estatuto del TJUE, la Secretaría del TJUE puso de manifiesto el 27-3-2019 la petición de decisión prejudicial, recordando el derecho de las partes, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, el Parlamento Europeo, el Consejo y el Banco Central Europeo, de presentar observaciones escritas sobre la petición de decisión prejudicial en el plazo de dos meses.

²⁶ AGEDI y AIE, pese a comparecer ante el TJUE conjuntamente en un primer momento, más tarde desdoblaron su representación de forma que, ante el TJUE, sólo actué en nombre y representación de AIE. La representación y dirección letrada de AGEDI ante el TJUE correspondió a Don Juan José Marín López, abogado y catedrático de derecho civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

sentido de que una entidad de radiodifusión televisiva que utiliza, 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 realiza un acto de comunicación al público de un fonograma, o de una reproducción de un fonograma, y está obligada a pagar la remuneración prevista en ese artículo.

AIE alegó, respecto de la segunda pregunta formulada al TJUE, que su respuesta se encontraba condicionada por la respuesta que se diera a la primera pregunta, señalando que la respuesta afirmativa a la primera de las preguntas formulada por el Tribunal Supremo conllevaba, necesariamente, la respuesta afirmativa a la segunda de las preguntas y, por tanto, la respuesta a la segunda pregunta formulada por el Tribunal Supremo habría de responderse afirmando que 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, está obligada al pago de la remuneración equitativa y única prevista en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

b. La posición del Reino de España

El Reino de España presentó sus observaciones mediante escrito de 12-6-2019 suscrito por la Abogacía del Estado²⁷ en el que, tras hacer un repaso al marco jurídico de aplicación, concluyó sobre las cuestiones prejudiciales planteadas lo siguiente.

Respecto de la primera cuestión planteada al TJUE, señalaba que habría de responderse, en línea a lo expuesto por AGEDI y AIE, que en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales comprende la realizada en la banda sonora de una grabación audiovisual con independencia de que ésta, por su originalidad, sea acreedora de la consideración de obra audiovisual.

Y respecto de la segunda cuestión planteada al TJUE, se habría de responder afirmando que cualquier usuario de una grabación audiovisual que contenga la reproducción de fonogramas publicados con fines comerciales y que lleve a cabo su radiodifusión inalámbrica o realice cualquier tipo de comunicación al público de la misma, debe abonar la remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de dichos fonogramas.

c. La posición de la Comisión Europea

La Comisión Europea presentó sus observaciones mediante escrito de 7-6-2019²⁸ proponiendo que se diera una única respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas consistente en que *«la noción de fonograma (o de una “reproducción” de un fonograma) cuya comunicación al público da lugar a remuneración conforme al artículo 8(2) de la directiva 2006/115 no incluiría la obra audiovisual a la que se ha incorporado un fonograma. Cuando la obra que se comunica al público es la obra audiovisual como tal, no se está “utilizando” o comunicando al público un “fonograma” a efectos del artículo 8(2) de la directiva»*.

²⁷ Concretamente por el Abogado del Estado Don Alejandro Rubio González.

²⁸ Suscrito por D. Eric Gippini Fournier, Consejero jurídico de la Comisión Europea, y Doña Julie Samnadda, miembro de su Servicio Jurídico.

d. *La posición de ATRESMEDIA*

Por su parte, ATRESMEDIA presentó sus observaciones mediante escrito de 30-5-2019²⁹ en el que, tras hacer un repaso sobre el objeto de la cuestión prejudicial, el origen de la controversia, la definición de fonogramas en Tratados Internacionales y legislación nacional, y el hecho de que la obra cinematográfica o audiovisual contempla a autores, artistas intérpretes o ejecutantes, en ningún caso al fonograma, concluía, respecto de la primera pregunta formulada por el Tribunal Supremo, que el TJUE debería responder afirmando que el concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE no incluye la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual.

Respecto de la segunda pregunta formulada por el Tribunal Supremo, ATRESMEDIA concluyó que el TJUE habría de responder afirmando que 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, no está obligada al pago de la remuneración equitativa y única prevista en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

e. *La vista oral*

Con fecha 12-12-2019 se citó a las partes personadas en el procedimiento para la celebración de la vista oral del procedimiento el 30-1-2020, notificándose a la misma fecha un documento en que constaban las siguientes preguntas que el TJUE solicitaba que fueran respondidas en la vista oral:

«1. Pregunta dirigida a AGEDI y a AIE

Se solicita a AGEDI y a AIE que tomen posición específicamente sobre las consideraciones que figuran en los apartados 31 a 35 de las observaciones escritas de la Comisión Europea.

2. Pregunta dirigida a todos los participantes en la vista oral

Se solicita a los participantes en la vista oral que se pronuncien sobre la pertinencia, en su caso, para el presente asunto, de la sentencia de 29 de julio de 2019, Pelham y otros (C-476/17, EU:C:2019:624)»

Las consideraciones expuestas en los apartados 31 a 35 de las observaciones presentadas por la Comisión Europea consistían en unas «*observaciones preliminares sobre la reproducción*», ajenas a la cuestión prejudicial planteada, en las que la Comisión Europea, aun reconociendo no conocer en detalle los hechos del litigio, confesaba que no acertaba a entender «*qué actos de reproducción de un fonograma estaría llevando a cabo un canal de televisión que emite una obra audiovisual a la que se ha incorporado un fonograma de forma autorizada*»; tales «*observaciones preliminares*» fueron respondidas en el acto de la vista por los representantes de AGEDI y AIE de forma aparentemente satisfactoria para el TJUE en tanto, como puede apreciarse a la vista del texto de la Sentencia, no merecieron mención alguna en la Sentencia.

Respecto de la cuestión de los efectos para la cuestión prejudicial planteada del contenido de la sentencia del TJUE de 29-7-2019 en el asunto C-476/17 (Pelham), tampoco parece que el TJUE

²⁹ Suscrito por el letrado Don Carlos Aguilar Fernández.

los considerara a la vista del texto de la Sentencia, y ello sin perjuicio de la referencia a la misma realizada en las conclusiones presentadas por el Abogado General, sobre la que incidiré más tarde.

Cabe destacar que, durante la celebración de la vista, se preguntó expresamente por el TJUE a los representantes de AGEDI y AIE cuál era el tratamiento en España, a nivel de derechos de autor, de la cuestión de la sincronización de obras musicales preexistentes en obras audiovisuales y, específicamente, si existía algún derecho de remuneración similar al controvertido para los autores de obras musicales.

Tuve la oportunidad de responder personalmente, recordando al TJUE que, en España, los autores de las obras musicales preexistentes tienen los derechos exclusivos de autorizar o prohibir su reproducción (sincronización) en cualquier clase de soporte audiovisual (art. 18 TRLPI) y la comunicación pública de tales soportes (art. 20 TRLPI), aún en el caso de que se admitiera que tal sincronización supone un acto de transformación de la obra musical (art. 21.2 TRLPI).

También recordé al TJUE que los autores de obras preexistentes son equiparados, en España, a los autores de la obra audiovisual (art. 90.1 TRLPI), reconociéndose a todos ellos las remuneraciones de los arts. 90.3 y 90.4 TRLPI de forma que un autor de una obra musical preexistente que, directamente o a través de su editor, haya autorizado la sincronización de la misma en una obra audiovisual, y la comunicación pública de ésta, percibe en España de las televisiones la remuneración por la comunicación pública de su obra musical «*de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión*» (SGAE) cuando la obra audiovisual en la que se ha incorporado se emite³⁰.

f. Las conclusiones del Abogado General del TJUE

El Abogado General del TJUE Don Evgeni Tanchev presentó sus conclusiones el 16-6-2020³¹, proponiendo que el TJUE contestara a las cuestiones prejudiciales planteadas de la siguiente forma:

«Los conceptos de “fonograma” y de “reproducción de [un] fonograma” que se emplean en el artículo 8, apartado 2, 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, y en el artículo 8, apartado 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

³⁰ En esta misma línea se pronuncia la resolución 7-7-2020 de la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual por la que se admite a trámite la solicitud de inicio del procedimiento de determinación de tarifas presentada por VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) E/2019/001 (accesible en <https://www.culturaydeporte.gob.es>), en la que se reconoce claramente el derecho de los autores de obras preexistentes (visuales, en el caso resuelto por la SPCPI) a percibir las remuneraciones establecidas en los arts. 90.3 y 90.4 TRLPI, señalando, entre otras cuestiones, que «19. Por lo demás, de la sistemática de conjunto del artículo 90 se desprende con claridad que todos los derechos de remuneración contemplados en la norma tienen un tratamiento homogéneo. Los tres derechos de remuneración de los apartados 2, 3 y 4 se reconocen a favor de los autores mencionados en el apartado 1: los de obras audiovisuales y los de obras preexistentes, transformadas o no. Son derechos inalienables e irrenunciables por actos inter vivos y no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario (art. 90.6 TRLPI). Se harán efectivos a través de entidades de gestión colectiva (art. 90.7 TRLPI).»

³¹ ECLI:EU:C:2020:597

intelectual, no incluyen una obra audiovisual a la que se ha incorporado un fonograma tras haberse obtenido la autorización del titular o de los titulares de derechos sobre el fonograma conforme exige el artículo 2, letra c), de 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.

Cuando la obra comunicada al público es una obra audiovisual como tal, no es un “fonograma”, en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 y del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115, que se “utilice” o comunique al público.

Por consiguiente, el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 y el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115 no exigen a los Estados miembros que dispongan que el usuario debe pagar una “remuneración equitativa y única” al titular o a los titulares de derechos sobre el fonograma incorporado cuando la obra audiovisual sea objeto de “comunicación al público”.»

3. La Sentencia. Inexactitudes y errores que contiene

La parte dispositiva de la Sentencia dictada por el TJUE en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo declara textualmente lo siguiente:

«El artículo 8, apartado 2, 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, y el artículo 8, apartado 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, 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.»

Sin perjuicio de la crítica a la fundamentación jurídica de tal declaración, entiendo relevante que se conozcan algunas inexactitudes y errores que contiene el texto de la Sentencia en tanto condicionan el criterio expresado en su parte dispositiva, dejando de lado otros, menos relevantes, en los que incurre a la hora de hacer referencia al derecho español aplicable y al describir el litigio principal.

La Sentencia comienza reconociendo el incuestionable hecho de que ATRESMEDIA procedió a comunicar al público, a través de los canales de televisión de su titularidad, grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de obras audiovisuales en las que constan incorporados fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos³² para, sin solución de continuidad, afirmar en su párrafo 25 lo siguiente:

«25. A este respecto, las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional remitente no versan sobre la reproducción de esos fonogramas con ocasión de su incorporación en las mencionadas grabaciones audiovisuales, pues precisa que tal incorporación se efectuó con la autorización de los titulares de derechos afectados y a cambio de una remuneración que les fue abonada de conformidad con los acuerdos contractuales aplicables.»

³² Párrafo 24 de la Sentencia.

Siendo cierta la primera de las afirmaciones formuladas en dicho párrafo 25³³, no ocurre lo mismo con la segunda puesto que, si se lee con atención el auto de 13-2-2019 del Tribunal Supremo planteando la cuestión prejudicial, en ningún momento se afirma, ni se parte en el mismo, de que los fonogramas incorporados a las grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de una obra audiovisual emitidos en los canales de ATRESMEDIA lo hayan sido con autorización de los titulares de los derechos (productores de fonogramas y artistas musicales), ni mucho menos que los titulares hayan percibido remuneración alguna de conformidad con los acuerdos contractuales aplicables por tal comunicación pública.

El error cometido por la Sentencia viene precedido y, posiblemente, condicionado, por el cometido por el Abogado General del TJUE Don Evgeni Tanchev en las Conclusiones presentadas el 16-7-2020 ante el propio TJUE, en cuyo párrafo 32 se señalaba textualmente lo siguiente:

«... En el auto de remisión se señala claramente que la «sincronización» de los fonogramas en cuestión se llevó a cabo después de haberse obtenido la correspondiente licencia...»

Curiosamente, y como consta en la nota a pie de página 13 de las Conclusiones del Abogado General, la existencia de una licencia previa de «sincronización» del fonograma habría sido reconocida «*claramente*» por el Tribunal Supremo en el apartado 3 del Antecedente de hecho Primero del auto de 13-2-2019 (en el que, a la hora de concretar los contornos del litigio principal en el que se plantea la cuestión prejudicial, se reproduce parcialmente una parte del Fundamento de derecho séptimo de la sentencia de 10-6-2013 del Juzgado de 1ª instancia a fin de dejar constancia de la argumentación del Juzgado) y en el apartado 2 del Fundamento de derecho quinto del auto de 13-2-2019 (en el que el Tribunal Supremo describe las dudas interpretativas que motivan el planteamiento de la cuestión prejudicial reflejando los enfrentados argumentos mantenidos por las partes).

Limitándose el Tribunal Supremo a describir el razonamiento del Juzgado de 1ª instancia, además en sede de antecedentes, y los razonamientos de las partes, no es razonable concluir de estos antecedentes que el auto de remisión reconoce «*claramente*» que la «sincronización» se ha realizado previa autorización o licencia de los titulares.

La realidad es que en el procedimiento principal no se fijó como controvertido hecho alguno que tuviera relación con las licencias de «sincronización» otorgadas por los titulares de los derechos sobre los fonogramas a los productores de obras audiovisuales, ni se practicó prueba alguna al respecto.

Es más, durante todo el procedimiento judicial previo ninguna de las partes aportaron o solicitaron prueba alguna tendente a la acreditación de que la reproducción o sincronización de los fonogramas publicados con fines comerciales se hizo con autorización de los productores de fonogramas y artistas musicales, ni del contenido de las licencias de reproducción o sincronización de fonogramas preexistentes suscritas por tales titulares con los productores de las obras audiovisuales, ni mucho menos de que la contraprestación de tales licencias abarcara también la remuneración de los titulares, no sólo por la reproducción o «sincronización» del

³³ Efectivamente, las preguntas formuladas por el Tribunal no versan sobre la reproducción de los fonogramas publicados con fines comerciales en las grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de una obra audiovisual.

fonograma en el soporte audiovisual, sino por los sucesivos actos de comunicación pública que se realizaran de este último.

El contenido del párrafo 25 de la Sentencia no pasaría de ser un mero error, incongruencia o anécdota si no fuera por la trascendencia que, para la propia Sentencia y sus razonamientos, tienen esos supuestos acuerdos contractuales alcanzados entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de obras audiovisuales, cuestión que trataré más adelante.

4. Crítica de la Sentencia

La fundamentación jurídica de la Sentencia pivota sobre las dos siguientes cuestiones que se plantean y desarrollan en la misma.

En primer lugar, sobre si una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se haya incorporado o reproducido un fonograma publicado con fines comerciales debe calificarse como «fonograma» a efectos del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE. Esta cuestión es desarrollada en los párrafos 31 a 47 de la Sentencia.

Y, en segundo lugar, sobre si una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se haya incorporado o reproducido un fonograma publicado con fines comerciales debe calificarse como una «reproducción de un fonograma» a efectos del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE. Esta cuestión es desarrollada en los párrafos 48 a 52 de la Sentencia.

4.1. Concepto de «fonograma» en la Sentencia y su trascendencia para la resolución de la cuestión prejudicial planteada

La Sentencia aborda las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo desde una perspectiva, a mi juicio, errónea.

Y es errónea porque la primera cuestión que desarrolla, consistente en determinar si la fijación de una obra audiovisual³⁴ en la que se haya incorporado o reproducido un fonograma publicado con fines comerciales debe calificarse como «fonograma» a efectos del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, ni fue planteada por el Tribunal Supremo en el auto de 13-2-2019 formulando la cuestión prejudicial³⁵, ni fue defendida por ninguna de las partes en el procedimiento judicial previo.

La ausencia de planteamiento durante el procedimiento judicial previo y por el Tribunal Supremo de esta cuestión no es fruto de error, olvido u omisión, sino consecuencia de la evidencia de que, conforme al derecho español aplicable y a la luz de lo establecido en el art. 114.1 TRLPI, no puede existir ninguna duda de que un «fonograma» es la *«fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos»*.

³⁴ Grabación audiovisual.

³⁵ Como puede apreciarse, el Tribunal Supremo pregunta por el concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, y no sobre el concepto de «fonograma».

Por tanto, si la «fijación», en tanto incorporación de sonidos en cualquier medio y en cualquier forma (normalmente, en un soporte material) a partir de la cual pueda reproducirse o comunicarse al público, debe ser «*exclusivamente sonora*» para que pueda ser considerada «fonograma», es una obviedad que los sonidos de una grabación audiovisual que contenga la «fijación» de una obra audiovisual no pueden ser nunca considerados como «fonograma» a efectos de dicho art. 114.1 TRLPI.

Y si la definición, ya de por sí clara, del art. 114.1 TRLPI se pone en relación con lo establecido en el art. 3 b) 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 (en lo sucesivo, «**Convención de Roma**»)³⁶ y en el art. 2 b) del TOIEF, resulta aún más evidente que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual, por más que en la misma se haya incorporado un fonograma publicado con fines comerciales (o una reproducción del mismo), nunca puede considerarse «fonograma», motivo por el cual extraña sobremanera que la Sentencia dedique a este asunto la mayor parte de su contenido.

Cuestión distinta, como veremos, es si, cuando tal grabación audiovisual³⁷ es comunicada al público (por televisión), se devenga o no la remuneración por la comunicación pública de la reproducción del fonograma en beneficio de los artistas musicales y productores del mismo.

En todo caso, la Sentencia comienza por dejar constancia de que ninguna de las Directivas de la UE facilita una definición del concepto de «fonograma» o contienen una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar el alcance del concepto de fonograma³⁸, razón por la cual es necesario acudir a los instrumentos de derecho internacional para concretarlo.

Dichos instrumentos, a los que hace referencia en la Sentencia y que he citado anteriormente, son el art. 3 b) de la Convención de Roma, que define «fonograma» como «*toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos*», y el art. 2 b) del TOIEF, que 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.*»

A partir de tales definiciones, la Sentencia acude a un documento cuyo contenido (e interpretación por parte del TJUE) tiene especial relevancia en el desarrollo de su fundamentación jurídica y al que atribuye, en la práctica, la autoridad de interpretación «auténtica» del TOIEF.

Tal documento es la «*Guía sobre los Tratados de derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*» (en lo sucesivo, la «**Guía**»), editada por la OMPI en 2003 y escrita por

³⁶ La Convención de Roma entró en vigor en España el 14-11-1991, tal y como consta en su Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de la misma fecha.

³⁷ En tanto fijación de una obra audiovisual en la que se haya incorporado o reproducido un fonograma publicado con fines comerciales.

³⁸ Párrafo 32 de la Sentencia.

el Dr. Mihály Ficsor³⁹, del que se afirma en la Sentencia que es “*«un documento interpretativo elaborado por la OMPI que, sin tener fuerza vinculante, contribuye, no obstante, a la interpretación del TF (TOIEF)»*».

La realidad, sin embargo, es que, como consta en el Prefacio de la propia Guía, firmado por el entonces Director General de la OMPI Don 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.*»

Es decir, la interpretación «auténtica» del TOIEF dada por la Guía que constituye, en la práctica, el único fundamento de la Sentencia es, realmente, una particular y personal interpretación realizada por un jurista (Dr. Mihály Ficsor) en un documento en el que se advierte, expresamente, que los puntos de vista que refleja no tienen por qué coincidir con los de la OMPI.

Pero es que, con la finalidad de otorgar una mayor fuerza a las opiniones expresadas por el Dr. Mihály Ficsor en la Guía, el TJUE da un paso más y equipara la misma, analógicamente, a la «*Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*» publicada por la OMPI en 1978, sin apercibirse de que ésta no fue escrita por ningún tercero, sino por el entonces Director del Departamento de Derechos de Autor e Información de la Oficina Internacional de la OMPI Don Claude Masouyé, tal y como consta en su Prefacio⁴⁰.

De esta cuestión nos apercibe el profesor Don André Lucas⁴¹, señalando lo siguiente:

«En primer lugar, se observa que se basa principalmente, si no únicamente, en la autoridad de la Guía de los Tratados sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos administrada por la OMPI, que la Corte presenta como un "documento interpretativo elaborado por la OMPI" y que, según él, debe contribuir a la interpretación del TPIS, al igual que la Guía del Convenio de Berna publicada por la OMPI en 1978, a la que se refirió en su jurisprudencia anterior. La comparación es atrevida. En efecto, el autor de la Guía del Convenio de Berna, sí ha sido correctamente identificado (C. Masouyé), actuó como director del "Departamento de Derecho de Autor e Información de la Oficina Internacional de la OMPI", según indicó el Director General de la Organización de la época (Arpad Bosch) en su prefacio, en el que especifica que la preparación del trabajo quedó inscrita "entre las actividades de la OMPI". La Guía de 2003, por el contrario, efectivamente publicada por la OMPI, es obra de un autor (el Sr. Ficsor) de quien el Sr. Kamil Idris, Director General de la OMPI en ejercicio, dice en el prefacio que es un "experto de renombre" pero cuyas opiniones personales expresadas en el libro "no reflejan necesariamente las de la Organización". No sólo no tiene, como reconoce el Tribunal de Justicia, "fuerza jurídica vinculante", sino que sólo defiende sobre la cuestión que nos interesa una opinión dentro de una doctrina que, como veremos más adelante, está más dividida de lo que indica el Abogado General Tanchev en sus conclusiones.»

³⁹ Públicamente accesible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

⁴⁰ Accesible en <https://tind.wipo.int/record/35093>. Nótese, además, cómo en tal Prefacio no hay mención ni referencia alguna a que los puntos de vista expresados en la Guía del Convenio de Berna sean los personales del Sr. Masouyé, ni mucho menos a que los mismos no reflejen los de la OMPI, por la elemental razón de que la Guía del Convenio de Berna sí recoge los puntos de vista de la OMPI sobre este Convenio.

⁴¹ En su comentario crítico a la Sentencia publicado en el nº 78 (enero 2021) de la revista «PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES» editada por el Institut de Recherche en Propriete Intellectuelle (páginas 54 a 63). Don André Lucas es un jurista de reconocido prestigio que, actualmente, es profesor emérito de la Universidad de Nantes y Director Científico de la revista señalada. La traducción es mía.

En todo caso, lo que hace la Sentencia es trasladar la opinión del Dr. Mihály Ficsor sobre el art. 2 b) del TOIEF reflejada en la Guía, según la cual lo que se hizo en el mismo fue actualizar la definición de «fonograma» contenida en el art. 3 b) de la Convención de Roma, ampliando el concepto para incluir aquellos fonogramas que no son fijaciones de sonidos, sino de «representaciones de sonidos», y señalando, en lo que interesa a la cuestión objeto de este estudio, lo siguiente:

«PPT-2.7. El segundo aspecto es que la expresión "exclusivamente sonora" se ha sustituido por una frase más larga: "que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual." En la Propuesta Básica, se había propuesto otra frase: "una fijación audiovisual, la representación de sonidos e imágenes o la parte sonora de éstos no es un fonograma". La frase que aparece en el punto b) 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. 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".

PPT-2.8. La declaración concertada que se adoptó respecto del punto b) ofrece una aclaración importante. Indica que los derechos sobre un fonograma no quedan afectados por la incorporación de éste una obra cinematográfica u otra obra audiovisual. Esto significa que los fonogramas sólo pueden utilizarse en dichas obras a partir de arreglos contractuales adecuados, teniendo en cuenta debidamente los derechos de los productores de fonogramas previstos en el Tratado. En caso de que se utilicen de nuevo con independencia de la obra audiovisual, deben ser considerados fonogramas. (De hecho, esto puede suponer un campo bastante grande de fijaciones sonoras, ya que los sonidos de la música de una obra audiovisual frecuentemente se fijan de forma independiente- motivo por el cual la fijación debe reconocerse como "fonograma" en virtud de esta definición- y son incorporados posteriormente a la obra audiovisual.).

PPT-2.9. Durante los debates de la Comisión Principal de la Conferencia Diplomática, también se aclaró que "la banda sonora de una película cinematográfica, cuando se separa de la película, es decir, cuando se publica como grabación sonora, debe poder ser considerada fonograma".»

Realmente, desde mi punto de vista, lo que hace la ya famosa frase «*que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual*», incluida en el art. 2 b) del TOIEF, no es modificar el sentido del término «fonograma», sino hacer frente a un viejo debate planteado en ordenamientos anglosajones (que no en los europeos) sobre si la banda sonora «original» grabada en el proceso de producción de la obra audiovisual constituye parte de la obra audiovisual o una grabación sonora (fonograma) incorporada o yuxtapuesta generadora de derechos desde el mismo momento de su grabación⁴².

Tal debate no es baladí si asumimos que la grabación de la banda sonora «original» de cualquier obra cinematográfica o audiovisual, especialmente en lo que corresponde a la fijación de las

⁴² Este también es el punto de vista de la Abogacía del Estado del Reino de España que, en sus observaciones presentadas en la cuestión prejudicial, concretamente en su párrafo 47, hizo hincapié en exactamente esta cuestión.

interpretaciones de obras musicales contenidas en la misma, no se realiza, en la práctica, de forma conjunta a la grabación de las interpretaciones actorales.

Lo habitual y, además, lógico, es que la grabación de la «música» de la obra cinematográfica o audiovisual se realice en un soporte exclusivamente sonoro (es decir, en un «fonograma») que, más tarde y durante el proceso de producción, se incorpora, mediante su reproducción («sincronización», si se quiere), en la fijación de la obra audiovisual hasta culminar su versión definitiva.

Desde esta perspectiva, es también lógico y normal que se planteara la cuestión de si tales fijaciones exclusivamente sonoras de la interpretación de obras musicales que, posteriormente, se incorporan a la versión definitiva de la obra audiovisual, deberían considerarse como «fonograma» a efectos del sistema de protección de los derechos conexos o afines a los derechos de autor.

Y es a esto a lo que se responde, de forma negativa, en el art. 2 b) del TOIEF, en la línea ya anticipada en la «*Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas*»⁴³, que concretamente en su apartado 3.7, señala que:

«Las fijaciones de imágenes (películas mudas), o de imágenes y sonidos (televisión y películas sonoras), quedan así excluidas de la noción de “fonograma” a efectos de la Convención. (Véase, para lo que afecta a los artistas intérpretes o ejecutantes, el artículo 19 de ésta.)».

Obviamente, si la fijación de los sonidos de la ejecución de una obra musical, realizada *ad hoc* en soporte exclusivamente sonoro, no publicada ni difundida con anterioridad, e incorporada durante el proceso de producción de una obra audiovisual, no puede ser considerada un «fonograma», mucho menos puede ser considerado «fonograma» aquella otra fijación de sonidos extraída o reproducida de un fonograma publicado con fines comerciales e incorporada a la fijación de la obra audiovisual.

Ahora bien, que la fijación de una obra audiovisual y, por tanto, todo su contenido, no pueda considerarse como un «fonograma» no implica que los derechos sobre el «fonograma» desaparezcan con su incorporación a la fijación de una obra audiovisual.

Y precisamente por ello, para clarificar que el art. 2 b) TOEIF no conlleva la pérdida de sustantividad de los fonogramas preexistentes que se puedan incorporar a la banda sonora de una obra audiovisual, se acordó la Declaración concertada al art. 2 b) TOEIF, que textualmente señala lo siguiente:

«Queda entendido que 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 otra obra audiovisual»

Por tanto, lo que hace tanto el TOEIF como la Convención de Roma es diferenciar el ámbito de protección del fonograma del correspondiente a las fijaciones visuales o audiovisuales, de forma que, por una parte, se excluyen las fijaciones visuales o audiovisuales del concepto de «fonograma» y, por otro, se clarifica que la protección de los artistas, respecto de sus

⁴³ Accesible en <https://tind.wipo.int/record/35090>. Escrita por Don Claude Masouyé, publicada por la OMPI en 1982 y reimpressa en 2003 (ISBN 92-805-0066-X).

interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, es diferente de la protección respecto de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en grabaciones audiovisuales.

Ilustrativo de lo expuesto en el párrafo anterior es el párrafo 19.2 de la Guía de la Convención de Roma en el que, al hilo de la interpretación del art. 19 de dicha Convención⁴⁴, se señala lo siguiente con ejemplos bien claros:

«... Esto quiere decir que, a partir de ese instante, el artista deja de estar protegido contra cualesquiera utilizaciones que puedan hacerse de su prestación incorporada a la película, lo mismo si esta última ha sido producida para ser explotada en las salas cinematográficas, que si lo ha sido para la televisión. Por ejemplo: un actor «rueda» una película, o actúa en una emisión televisiva: es evidente que el mero hecho de su presencia en el plató constituye, por su parte, un consentimiento a la fijación de imágenes y de sonidos con el fin de realizar la película destinada, según los casos, a la proyección pública en las salas cinematográficas o a la televisión. Para esa misma película, un músico interpreta trozos musicales en un estudio, autorizando que su prestación sea fijada en la pista sonora con idéntico destino. Las prestaciones de ambos son, pues, incorporadas a la película con su consentimiento. Si, después de terminado el montaje de la película, ésta es utilizada con fines distintos de aquellos para los que fue producida (por ejemplo: algunas de sus escenas son incorporadas a otra película o a otra emisión; se hacen de ella videogramas que son puestos a la venta en el mercado, etcétera...), ni el actor ni el músico podrán invocar la Convención para reclamar una remuneración por esas utilizaciones. Su único recurso se encuentra en manos del productor de la película original; y esto, tan sólo en el caso de que así se halle estipulado en los contratos que uno y otro hayan suscrito con él...»

Mi expresado punto de vista coincide con el del autor de la Guía Dr. Mihály Ficsor, que en su trabajo *«Comentarios sobre Atresmedia - qué derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes son o no aplicables en caso de incorporación de fonogramas en obras audiovisuales»*⁴⁵, y bajo el subtítulo *«Mala interpretación de un comentario hecho en la Guía de la OMPI»*⁴⁶, señala textualmente lo siguiente⁴⁷:

«El comentario citado en el párrafo 45 de la sentencia aparece verdaderamente en la Guía de la OMPI. Sin embargo, se refiere únicamente a los derechos de los productores de fonogramas y únicamente a la autorización de la incorporación de fonogramas a obras audiovisuales, es decir, al acto de sincronización. No aborda la cuestión de qué tipo de impacto puede tener dicha incorporación en el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas a una remuneración única y equitativa en virtud del artículo 12 de la Convención de Roma, el artículo 15 del WPPT y el artículo 8(2) de la Directiva. 2006/115/CE. En consecuencia, no se desprende de estas observaciones lo que de ellas ha deducido el TJUE. La observación según la cual, si un fonograma incorporado a una obra audiovisual se vuelve a utilizar de forma independiente, se considera fonograma, se ha hecho únicamente desde el punto de vista de los derechos de los productores de fonogramas. Cuando un fonograma

⁴⁴ Dicho precepto señala lo siguiente: *«No obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el artículo 7.»*

⁴⁵ *«Comments on Atresmedia -- what rights of performers are, or are not, applicable in case of embodiment of phonograms in audiovisual Works»*, <http://www.copyrightseesaw.net/en/papers>.

⁴⁶ *«Misinterpretation of a comment made in the WIPO Guide»*.

⁴⁷ La traducción es mía.

existente se incorpora a una obra audiovisual, la situación no es la misma que cuando la primera fijación de los sonidos la realiza el productor de la obra audiovisual en paralelo a la fijación de las imágenes. No es lo mismo porque, mientras los productores de obras audiovisuales se convierten en productores de fonogramas cuando los sonidos fijados por ellos por primera vez se publican de forma independiente, no ocurre lo mismo cuando se incorpora a la banda sonora un fonograma preexistente; el productor es el productor del fonograma originalmente grabado siempre que se publique por separado.»

Es decir, que el TJUE no solo asume erróneamente los comentarios de la Guía como interpretación «auténtica» del TOEIF, sino que, además, el propio autor de dichos comentarios (Dr. Mihály Ficsor) afirma que el TJUE se ha equivocado al interpretarlos y aplicarlos en la Sentencia.

A mayor abundamiento, resaltar que la interpretación que defiende sobre que los derechos sobre el «fonograma» no desaparecen con su incorporación a la fijación de una obra audiovisual es también asumida expresamente por las legislaciones en materia de propiedad intelectual de otros países miembros de la Unión Europea que, en concreto, señalo a continuación.

La Ley de derechos de autor y derechos conexos de la República de Croacia⁴⁸, reconoce en su art. 136 a los artistas musicales el derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública de una «interpretación musical fijada en un fonograma» que es «incorporada en una obra audiovisual»; y en su art. 142 a los productores de fonogramas el derecho a una remuneración equitativa en el caso de comunicación pública de un fonograma publicado con fines comerciales incorporado en una obra audiovisual.

La Ley n° 633, de 22-4-1941, de protección de los derechos de autor y otros derechos relacionados con su ejercicio de la República de Italia⁴⁹, reconoce en su art. 73 el derecho de los artistas musicales y de los productores de fonogramas a una compensación por cualquier forma de utilización lucrativa de los fonogramas mediante la cinematografía, la radiodifusión y la televisión.

4.2. Concepto de «reproducción» aplicado a un fonograma publicado con fines comerciales. El error fundamental cometido en la Sentencia

La adecuada lectura, comprensión e interpretación de la locución «o de una reproducción de dicho fonograma» (publicado con fines comerciales) contenida en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE es la clave de la resolución por la Sentencia del debate jurídico subyacente a la cuestión prejudicial planteada.

La Sentencia, en su párrafo 48, se remite a la definición del concepto «reproducción» obrante en el art. 3 e) de la Convención de Roma, según el cual se limitaría a «la realización de uno o más ejemplares de una fijación».

⁴⁸ Accesible en <https://www.wipo.int/wipolex/es/members/profile/HR>, publicada el 14-10-2021 y en vigor desde el 22-10-2021.

⁴⁹ Accesible en https://www.wipo.int/directory/es/details.jsp?country_code=IT y actualizada hasta 22-9-2022.

Sin embargo, la Sentencia es consciente de que el art. 2 de 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 (en lo sucesivo, «**Directiva 2001/29/CE**»), citado en su párrafo 49, reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de las fijaciones de sus actuaciones; este mismo precepto reconoce a los productores de fonogramas idéntico derecho exclusivo respecto de sus fonogramas.

Y también es consciente la Sentencia de que lo establecido en el citado art. 2 de la Directiva 2001/29/CE es consistente con el contenido del art. 7 del TOIEF, en el que se reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar «*la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma*»; por su parte, el art. 11 del TOIEF reconoce, en idénticos términos, el derecho exclusivo de los productores de fonogramas de autorizar «*la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma*».

Partiendo del alcance del concepto de «reproducción» expuesto, es indiscutible que la inclusión (incorporación, encarte o «sincronización») de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual⁵⁰ es un acto de reproducción del mismo, puesto que el cambio de formato o soporte sonoro del fonograma a un formato o soporte audiovisual no puede considerarse, en ningún caso, como una nueva fijación del fonograma, sino una reproducción del mismo.

Como es sabido, la reproducción del fonograma, una vez que existe este porque los sonidos han sido objeto de la primera «*fijación exclusivamente sonora*», puede hacerse «*por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma*», según disponen los citados arts. 2 de la Directiva 2001/29/CE y los arts. 7 y 11 del TOIEF.

Por ello, a la Sentencia no le queda otra opción que asumir las tesis del Abogado General del TJUE Don Evgeni Tanchev para poder fundamentar que la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación que contenga la fijación de una obra audiovisual no es, realmente, una reproducción del fonograma a efectos de lo previsto en los art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE; analizo a continuación los argumentos expuestos respecto de esta cuestión por el Abogado General en sus Conclusiones.

En dichas Conclusiones, tras reconocer que, a efectos del derecho de reproducción reconocido en el art. 2 c) de la Directiva 2001/29/CE y de reiterada jurisprudencia del propio TJUE, «*debería pues derivarse que la sincronización (que, a efectos prácticos, implica una reproducción reconocible del fonograma) constituye (un acto de) reproducción*»⁵¹, e incluso que «*parecería coherente desde el punto de vista lógico y lingüístico considerar que el resultado de un acto de reproducción constituye “una reproducción” del elemento reproducido*»⁵², el Abogado General del TJUE defiende que la

⁵⁰ Entendiendo por grabaciones audiovisuales, de acuerdo con el art. 120.1 TRLPI, «*las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley*».

⁵¹ Párrafo 34 de las Conclusiones.

⁵² Párrafo 63 de las Conclusiones.

palabra o concepto «reproducción» tiene un significado diferente en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE y en el art. 2 c) de la Directiva 2001/29/CE.

Tal construcción, desarrollada en los apartados 64 a 70 de las Conclusiones del Abogado General, resulta ciertamente compleja y pugna con la evidencia de que, en las licencias de «sincronización» del fonograma, lo que autorizan los productores de fonogramas y los artistas musicales (más bien solo los primeros, pero actuando también en nombre de los segundos) es la reproducción del fonograma publicado con fines comerciales.

En pura lógica, el resultado de tal autorización o licencia para reproducir un fonograma no puede ser cosa distinta que una reproducción del fonograma, con independencia de que el soporte donde se integre constituya una «grabación» o «fijación» audiovisual, y con ajenidad a que esa fijación pueda ser calificada, desde el prisma autoral, como obra audiovisual.

Finaliza su construcción el Abogado General, en el párrafo 71 de las Conclusiones, asumido expresamente en la Sentencia⁵³, con el siguiente argumento:

«71. Además, puede entenderse que el término «reproducción» se refiere, bien al proceso de reproducir un determinado elemento, o bien al resultado de esa reproducción. 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, apartado 2, se refiere a la remuneración por ciertos usos de una reproducción, entendida como copia de un fonograma, es decir, el uso de un elemento. Se trata de dos significados distintos de una misma palabra.»

Comprenderá el lector el rechazo que causa a cualquier jurista esta clase de argumentaciones en las que, al socaire del oportunismo de la resolución de una concreta problemática, se pone en cuestión el tradicional método gramatical interpretativo de las normas jurídicas, según el sentido propio de sus palabras, para adentrarse en un contingente escenario en el que las palabras y los conceptos pueden tener distintos significados dependiendo de quien realice la interpretación o, más bien, del objetivo perseguido con la misma⁵⁴.

Sobre esta cuestión, el profesor Don André Lucas afirma lo siguiente⁵⁵:

«Además, el jurista desconfía con razón de las nociones de geometría variable que comprometen la legibilidad de la ley y, por tanto, la seguridad jurídica. Se recordará que la Corte había caído en este escollo al admitir, en la sentencia Del Corso, que la noción de comunicación al público debía entenderse de manera diferente según se refiriera al derecho exclusivo previsto en el artículo de la Directiva 2001/29 o el derecho a una retribución justa garantizado por el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115, pero volvió, en la sentencia Reha Training, a un enfoque más ortodoxo, en nombre de "las exigencias de unidad y coherencia

⁵³ Párrafo 49 de la Sentencia.

⁵⁴ El propio TJUE, en el párrafo 32 de la sentencia de 23-3-2000 (asuntos acumulados C-310/98 y C-406/98 *Met-Trans and Sagpol*) (ECLI:EU:C:2000:154), afirma que «no corresponde al Tribunal de Justicia sustituir al legislador comunitario e interpretar una disposición en un sentido contrario a su tenor literal»; en similar sentido se pronuncia el TJUE en el párrafo 50 de la sentencia de 22-5-2008 (Asunto C-361/06 *Feinchemie Schwebda*) (ECLI:EU:C:2008:296) al señalar que «al ser inequívoco el tenor del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/37, la interpretación ... es la única compatible con el imperativo de seguridad jurídica, que exige que toda normativa comunitaria permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone (véase la sentencia de 11 de diciembre de 2007, *Skoma-Lux*, C-161/06, Rec. p. I-0000, apartados 36 y 38)».

⁵⁵ En su comentario crítico a la Sentencia. La traducción es mía.

de los ordenamientos jurídicos". orden de la Unión", para admitir que "no hay razón para afirmar que el legislador de la Unión pretendió conferir al concepto de "comunicación al público" un significado diferente en los contextos respectivos de las directivas 2001/29 y 2006/115». Sin embargo, el resultado es aún más criticable en este caso porque la alegación del Abogado General Tanchev, y que el Tribunal de Justicia acoge con satisfacción, consiste en admitir que el término «reproducción» tiene dos significados diferentes separados por unas pocas líneas en la misma Directiva.»

Especialmente crítico con el argumento del diferente significado de «reproducción» aducido por el Abogado General es el Dr. Mihály Ficsor, que en el apartado «*Dudas sobre la validez de la tesis según la cual la incorporación de un fonograma preexistente en una obra audiovisual no es reproducción del fonograma*»⁵⁶ señala, entre otras cosas, lo siguiente⁵⁷:

«El TJUE, sin embargo, entró en conflicto con este reconocimiento justificado de que la "sincronización" de un fonograma significa un acto de reproducción, a consecuencia del cual se realiza una reproducción en la banda sonora, intentando todavía demostrar que esta reproducción no es una reproducción.

Con el debido respeto, el TJUE parece haber cometido un error al intentar interpretar el concepto de "reproducción" exclusivamente sobre la base de la definición del artículo 3(e) de la Convención de Roma. El Tribunal debería haber tenido en cuenta que, en la UE, se aplica el artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre la sociedad de la información (Directiva 2001/29/CE), según el cual el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción de obras, interpretaciones, fonogramas, etc., es aplicable a cualquier tipo de reproducción: "reproducción directa o indirecta, temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, total o parcial".

Uno de los elementos del concepto amplio de reproducción previsto en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva ya está presente en el propio Convenio de Roma. En el artículo 10 del Convenio se aclara que el derecho de reproducción de fonogramas abarca tanto la reproducción directa como la indirecta. Sin embargo, el artículo 2, apartado 1, de la Directiva establece un derecho de reproducción en una medida aún más amplia (la más amplia posible):

(i) se incluye la referencia a la reproducción "temporal o permanente" porque la Directiva sirve para la implementación del WCT y el WPPT cuando una declaración acordada (relativa al Artículo 1(4) del WCT y a los Artículos 7 y 11 del WPPT) aclara que el derecho de reproducción se aplica plenamente al almacenamiento de obras, interpretaciones y fonogramas en formato electrónico, independientemente de si es temporal o más permanente;

(ii) se hace constar que el derecho de reproducción se aplica independientemente de que sea total o sólo parcial; y

(iii) también se ha transpuesto la frase "cualquier medio y en cualquier forma" que aparece en el Artículo 9(1) del Convenio de Berna sobre el derecho exclusivo de reproducción de los autores, lo que confirma aún más la aplicación más amplia posible del concepto y derecho de reproducción.

Ante una cobertura tan completa del concepto y del derecho de reproducción, la conclusión del TJUE según la cual, con la incorporación de un fonograma preexistente en la banda sonora

⁵⁶ «Doubts about the validity of the thesis according to which the incorporation of a pre-existing phonogram in an audiovisual work is not reproduction of the phonogram». <http://www.copyrightseesaw.net/en/papers>.

⁵⁷ La traducción es mía.

de una obra audiovisual no aparece ninguna reproducción del fonograma, no parece bien fundada.

Así, cuando se difunde y comunica al público una obra audiovisual, con la reproducción de un fonograma preexistente incorporada, también se difunde y comunica la reproducción del fonograma. Es normal que, con la autorización de la sincronización del fonograma, se cedan los derechos exclusivos de reproducción y distribución, así como la cesión de otros derechos exclusivos –como el derecho de alquiler y el derecho de puesta (interactiva) a disposición del público– también está justificado y es habitual. La naturaleza compleja de las obras audiovisuales lo justifica; Para hacer posible la explotación normal de determinados derechos, es necesario concentrar los derechos de autorización en manos del productor de la obra. Sin embargo, no existe ningún obstáculo jurídico o práctico a la aplicación de los derechos a remuneración por parte de los intérpretes y productores de fonogramas; tampoco existe tal obstáculo cuando un derecho exclusivo sólo puede ejercerse mediante gestión colectiva (obligatoria) (véase el caso de los derechos de retransmisión por cable).»

En los párrafos 72 a 78 de sus Conclusiones, el Abogado General, quizá consciente de la debilidad de su discurso, intenta reconfirmar la extraña interpretación legal que mantiene a través de diferentes argumentos que no hacen otra cosa que confirmar lo contrario, es decir, que la interpretación legal que realiza carece de fundamento real. Lo expongo a continuación.

En primer lugar, haciendo gala de aquella máxima de «*excusatio non petita, accusatio manifesta*», y a sabiendas que la primera crítica que se le iba a realizar a su interpretación deriva del contenido de la sentencia de 31-5-2016 del TJUE en el asunto C-117/15 (Reha Training-GEMA)⁵⁸, el Abogado General sale al paso de esta contingencia afirmando, como toda explicación, que el asunto «*difiere de la situación analizada en el asunto Reha Training*».

Obviamente, ambos asuntos no son idénticos y, por tanto, difieren en sus planteamientos, aunque eso no constituye, a mi entender, excusa o argumento suficiente como para otorgar al concepto de «reproducción» un significado diferente en las Directivas 2001/29 y 2006/115.

En segundo lugar, y a falta de argumentos más profundos, el Abogado General se remite a analizar el significado del término «reproducción» en el «*lenguaje corriente*», apelando a consideraciones relativas a lo que entendería una «*persona común*», e incluso incidiendo en lo que él mismo (supongo que como «*persona común*», y no como Abogado General del TJUE) entendería sobre los conceptos jurídicos debatidos, poniendo incluso ejemplos concretos⁵⁹.

Lo cierto es que los planteamientos del Abogado General exceden del escaso acierto para adentrarse en el campo de la paradoja dado que, si bien es cierto que, como señala el Abogado General, nadie consideraría que la película «*El graduado*» (1968) es una reproducción de la canción «*The sound of silence*» de Simon & Garfunkel, también es cierto que cualquier persona que visiona tal película y escuche esta canción en la misma⁶⁰ sabe, a ciencia cierta, por su

⁵⁸ ECLI:EU:C:2016:379. En el párrafo 31 de esta sentencia se señala textualmente lo siguiente: «31. Sentado lo anterior, nada permite afirmar que el legislador de la Unión haya querido conferir al concepto de «comunicación al público» un significado diferente en los respectivos contextos de las Directivas 2001/29 y 2006/115.»

⁵⁹ Párrafo 73 de las Conclusiones.

⁶⁰ O en otras en las que se ha incorporado esta canción, como por ejemplo [Perdidos en la noche \(1969\)](#), [Watchmen \(2009\)](#) o [Bobby \(2005\)](#).

relevancia y éxito comercial, que se trata de la reproducción de la música de un disco de Simon & Garfunkel publicado con fines comerciales en 1964.

Ello debería de haber sido suficiente para que Don Evgeni Tanchev, como «*persona común*», e incluso también como Abogado General del TJUE, hubiera concluido que, cuando se comunica al público por televisión la película «*El graduado*», se está también comunicando al público por televisión la fijación de la interpretación de «*The sound of silence*» realizada por Simon & Garfunkel en 1964 e incorporada en el fonograma comercial publicado en tal fecha⁶¹.

En tercer lugar, el Abogado General decide sumirnos, en los párrafos 74 y 75 de sus Conclusiones, en un sinsentido impropio, a mi entender, de las Conclusiones de un Abogado General del TJUE en una cuestión prejudicial.

Así, afirma primero que «*el acto de copiar una grabación preexistente de una canción en la banda sonora de una película puede considerarse como un acto de reproducción, porque es lo que se está haciendo*», aseverando a continuación que el hecho de que se haya realizado tal reproducción «*no convierte a la obra audiovisual resultante (...) en una reproducción de la canción*».

Es decir, que de lo que pretende convencernos el Abogado General Sr. Tanchev es de que el resultado de un acto de reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales no deriva en la reproducción de tal fonograma, lo cual carece de sentido material y jurídico.

Y, en cuarto lugar, el Abogado General pretende apoyar su argumentación en el precedente constituido por la sentencia de 29-7-2019 del TJUE (C-476/17. Pelham y otros)⁶², de forma hartamente forzada, si se tiene en cuenta los particulares a los que hacemos referencia a continuación.

Debe recordarse que la sentencia de 29-7-2019 del TJUE en el asunto Pelham declara que el art. 2 c) de la Directiva 2001/29/CE debe de interpretarse «*en el sentido de que el derecho exclusivo conferido por esta disposición al productor de fonogramas a autorizar o prohibir la reproducción de su fonograma le permite oponerse a que un tercero use una muestra sonora, incluso muy breve, de su fonograma con el fin de insertarla en otro fonograma, a menos que esa muestra sea incorporada de forma modificada y que no resulte reconocible al escucharla*».

Por ello, si trasladáramos tal interpretación al ámbito del asunto ATRESMEDIA difícilmente podríamos concluir que la sentencia del caso Pelham puede servir como base o argumento de las tesis del Abogado General Sr. Tanchev.

⁶¹ En este mismo sentido, el abogado Don Eric Jordi Cubells señala en su trabajo «*Sentencia “Atresmedia”: (todavía) menos ingresos para los artistas*», accesible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional/sentencia-atresmedia-todavia-menos-ingresos-para-los-artistas-2020-12-18/>, lo siguiente: «*Para ilustrar este pensamiento, el AG aclara que no considera que la película El graduado sea una “reproducción” de la canción The sound of silence de Simon & Garfunkel. Creo que esta reflexión da la espalda a la realidad socioeconómica y el trasfondo comercial que subyace a la explotación del fonograma y, como resultado, la solución que propone acaba contraviniendo el sentido común. Siguiendo el hilo del ejemplo dado por el AG: si Atresmedia emite El graduado por alguno de sus canales, ciertamente podremos escuchar varias veces a lo largo de la película las delicadas voces de Paul Simon y Art Garfunkel, desplegando sus inconfundibles armonías vocales. No podemos abstraernos de esta evidencia, por la mera construcción teórico-doctrinal de que estas grabaciones están integradas en una obra audiovisual o por la consideración jurídica de que previamente se ha satisfecho una licencia de sincronización; esta conclusión parece poco razonable,...*»

⁶² ECLI:EU:C:2019:624.

Sin perjuicio de ello, los hechos del asunto Pelham parten de una reproducción no autorizada en un fonograma de una muestra sonora («sample») de breve duración tomada de otro fonograma preexistente.

Sin embargo, en el asunto de ATRESMEDIA no se cuestiona que la reproducción del fonograma se ha hecho con autorización del productor del mismo y se da por entendido que la reproducción o «sincronización» es de la totalidad del fonograma, de una parte sustancial del mismo o, en cualquier caso, de una parte del fonograma no modificada, totalmente reconocible y que no constituye un «sample».

Adicionalmente, en el asunto ATRESMEDIA la reproducción del fonograma se realiza en una grabación audiovisual, por lo que hay cambio de soporte (sonoro a audiovisual), mientras que en el asunto Pelham el «sample» del fonograma preexistente se reproduce en un nuevo fonograma, por tanto, no hay cambio de tipo de soporte.

Por otra parte, los derechos de propiedad intelectual involucrados en el asunto Pelham tampoco tienen relación con el asunto ATRESMEDIA puesto que, mientras en el asunto Pelham los derechos involucrados son, esencialmente, los derechos exclusivos de reproducción y distribución del productor de fonogramas establecidos en los arts. 2 c) de la Directiva 2001/29/CE y 9.1 b) de la Directiva 2006/115/CE, en el asunto ATRESMEDIA el derecho involucrado es el de simple remuneración (no exclusivo) por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos de los artistas musicales y productores de fonogramas establecido en el art. 8.2 de la Directiva 2006/115/CE.

Y, por último, ninguno de los tres elementos que constituyen la base para que la sentencia de 29-7-2019 del TJUE en el asunto Pelham limite el derecho exclusivo de reproducción de los productores de fonogramas respecto del uso de muestras sonoras («sample») con base en la libertad de artes proclamada en el art. 13 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE concurren el asunto ATRESMEDIA.

Así, mientras que la sentencia Pelham parte de que el «sample» se use en el nuevo fonograma de forma «modificada», en el asunto ATRESMEDIA el fonograma «sincronizado» se utiliza en la grabación audiovisual emitida por televisión tal y como fue grabado, es decir, sin ninguna modificación de la que pueda surgir una nueva fijación.

Por otro lado, mientras la sentencia Pelham parte de que el «sample» no resulte reconocible al escuchar la nueva grabación de la obra musical, en el asunto ATRESMEDIA el fonograma es totalmente reconocible al escucharlo durante la emisión por televisión de la grabación audiovisual.

Y, así mismo, mientras la sentencia Pelham parte de que el «sample» se use en el proceso de creación de una nueva obra, en el asunto ATRESMEDIA el fonograma no se utiliza en el proceso de creación de la obra audiovisual fijada en la grabación audiovisual, la cual es independiente de la obra musical «preexistente» cuya interpretación o ejecución se encuentra fijada en el fonograma.

El Abogado General finaliza su discurso afirmando que, aunque los términos «reproducción» y «copia» no tienen idéntico significado, están relacionados y, en este caso, a la luz del art. 3 e) de la Convención de Roma, debe entenderse que el concepto de «reproducción» de un fonograma publicado con fines comerciales contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE solo hace referencia a la reproducción en soporte fonográfico de tal fonograma, afirmando, además, que tal interpretación es la que más se ajusta a la jurisprudencia del TJUE, aunque sin citar una sola sentencia TJUE que apoye tal afirmación⁶³.

4.3. Los acuerdos contractuales alcanzados entre los titulares de derechos sobre los fonogramas y los productores de obras audiovisuales. Las licencias de «sincronización» como causa de los pronunciamientos de la Sentencia

Como he señalado, la Sentencia parte de una premisa de hecho errónea afectante al procedimiento principal que lastra toda su fundamentación y que opera a modo de perjuicio a lo largo de la misma.

Tal premisa, reflejada en el párrafo 25 de la Sentencia, y reiterada más tarde, es que *«la incorporación de los fonogramas controvertidos en el litigio principal en obras audiovisuales se efectuó con la autorización de los titulares de derechos afectados y a cambio de una remuneración que les fue abonada de conformidad con los acuerdos contractuales aplicables»*⁶⁴.

Esta cuestión remite, necesariamente, al contenido de las licencias de sincronización suscritas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre el fonograma (productores y artistas musicales, según la Sentencia) con los productores de las obras audiovisuales.

A este respecto, resulta pertinente comenzar recordando que ni en el TRLPI, ni en las Directivas de la UE, ni en ningún Tratado internacional sobre la materia, se reconoce a los autores de obras musicales y/o titulares de derechos afines derecho de «sincronización» alguno por lo que, de principio, se debe ser especialmente cuidadoso a la hora de definirlo y utilizarlo.

En el sector de la música, se emplea el concepto «sincronización» tanto para referirse a la incorporación o reproducción de una obra musical en una grabación audiovisual⁶⁵, como para referirse a la inserción, reproducción, encarte o incorporación de fonogramas publicados con fines comerciales preexistentes en una grabación audiovisual⁶⁶.

⁶³ Párrafo 78 de las Conclusiones.

⁶⁴ Párrafo 46 de la Sentencia.

⁶⁵ Ejemplos de este uso en el ámbito jurisprudencial son (i) la sentencia nº 756/2002, de 15-7-2002, de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2002:5307), en la que se emplea el término «sincronización» para referirse a la incorporación de determinadas obras musicales en un documental titulado *«Barcelona: imágenes de los juegos»*; (ii) la sentencia nº 58/2023, de 25-1-2023, de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI:ES:APB:2023:4310), en la que se resuelve un contencioso relacionado con la sincronización de una obra musical en un spot publicitario; y (iii) la sentencia nº 183/2023, de 27-2-2023, de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid (ECLI:ES:APM:2023:2599), en la que se emplea el término «sincronización» para hacer referencia al uso de una obra musical en un programa de televisión y sus correspondientes anuncios publicitarios.

⁶⁶ Ejemplos de este uso en el ámbito jurisprudencial es la sentencia de 15-5-2000 de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI:ES:APB:2000:6239), en la que se habla de sincronización para referirse a la reproducción de un fonograma en un soporte audiovisual (video denominado «Romario, rei del gol»). En el ámbito fonográfico, también se emplea el concepto de «sincronización» para definir determinados actos de reproducción de fonogramas en otros fonogramas, y no en grabaciones audiovisuales, como es el caso resuelto por la sentencia

Es decir, «sincronización» se emplea indistintamente (y, además, no siempre en el mismo sentido) tanto para autores como para productores de fonogramas aunque, por los distintos derechos que ostentan, es obvio que no puede significar lo mismo «sincronizar» una obra musical que «sincronizar» un fonograma.

Desde luego que, como es evidente, la «sincronización» de una obra musical en una grabación audiovisual (con independencia de que contenga o no la fijación de una obra audiovisual) no implica necesariamente la «sincronización» de un fonograma publicado con fines comerciales⁶⁷ aunque, naturalmente, cuando hay «sincronización» de un fonograma comercial en una grabación audiovisual, normalmente también existe «sincronización» de una obra musical⁶⁸.

En suma, y para sintetizar, cuando además de la obra musical se incorpora una concreta interpretación musical preexistente en una grabación audiovisual mediante su «sincronización», es obvio que entran en liza los derechos de los productores de fonogramas y de los artistas musicales pues, precisamente, lo que se busca por el productor de la grabación audiovisual es la reproducción de una concreta interpretación musical preexistente, ya sea por su calidad musical, relevancia, fama o imagen de los artistas musicales que la realizaron o, simplemente, por motivos de comodidad o precio.

Aclarado el concepto de «sincronización» y su aplicación al ámbito de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y artistas musicales, hemos de apercebir al lector de este trabajo que el contenido de las licencias de sincronización, habitualmente negociadas y otorgadas por el productor fonográfico (y no por los artistas intérpretes o ejecutantes del fonograma) al productor de la grabación audiovisual, es una cuestión fáctica relacionada con el contenido de dichos contratos en los que se autoriza la «sincronización» del fonograma y se acuerda el ámbito de cesión de derechos efectuada.

Como ha quedado expuesto anteriormente en este trabajo, el contenido de dichos contratos o licencias de «sincronización» no fue una cuestión debatida en el procedimiento principal en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta en la Sentencia, y no porque se admitiera por las partes ninguna posición sobre los mismos sino, simplemente, porque no constituyó parte de la controversia de tal litigio.

nº 663/2011, de 11-10-2011 del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2011:6283), tratando sobre «sincronizaciones y mezclas (remix)» de determinado fonograma sin la autorización del su productor.

⁶⁷ Un buen ejemplo podría ser la conocida película cinematográfica española de 2002 «*El otro lado de la cama*» (Premio Goya al mejor sonido), en la que los actores protagonistas interpretan conocidas canciones anteriormente interpretadas por conocidos artistas y grupos musicales como [Kiko Veneno](#), [Tequila](#), [Mastretta](#), [Los Rodríguez](#) o [Coque Malla](#). En la misma hay «sincronización» de obras musicales, pero no de fonogramas publicados dado que la música, como se ha dicho, es interpretada por los propios actores del filme.

⁶⁸ Un buen ejemplo podría ser la sincronización de fonogramas comerciales en la conocida película norteamericana de 1990 «*Pretty Woman*», en la que, además de otras interpretaciones de artistas musicales (Red Hot Chili Peppers, Roxette, etc), el tema musical principal es la canción «*Oh Pretty Woman*» interpretada por Roy Orbison y cuya grabación había sido comercializada en fonograma muchos años antes. Por tanto, en esta película hay «sincronización» de la obra musical «*Oh Pretty Woman*» y del fonograma publicado con fines comerciales del mismo nombre. Dejamos fuera de este discurso supuestos de laboratorio ajenos a la realidad del sector, tales como el caso de una «sincronización» de un fonograma que no contuviera la interpretación de una obra musical sino «otros sonidos» en el sentido del art. 114.1 *in fine* TRLPI, o el de la «sincronización» de un fonograma que contuviera la fijación de una obra musical en dominio público sin ningún arreglo o adaptación.

Es decir, los diferentes órganos judiciales intervinientes en el procedimiento judicial nacional (Juzgado de lo mercantil, Audiencia Provincial y Tribunal Supremo), y, consecuentemente, el TJUE, no dispusieron del contenido de una sola licencia o contrato de «sincronización», sin posibilidad, por tanto, de confirmar el ámbito material de los derechos objeto de tales licencias y sus condiciones.

A pesar de ello, y como también he señalado, la Sentencia parte del prejuicio de que productores fonogramas y artistas musicales cobran en dichas licencias todos los derechos de propiedad intelectual que les corresponden (reproducción y comunicación pública, en lo que aquí interesa) por el uso de los fonogramas en las grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de una obra audiovisual.

Y ello sin verificar si, efectivamente, la contraprestación de tales licencias abarca también la remuneración de los titulares, no sólo por la reproducción o «sincronización» propiamente dicha del fonograma en el soporte audiovisual (lo que en el sector se denomina como «primera fijación»), sino por los sucesivos actos de comunicación pública que se realizan de tal soporte audiovisual.

La Sentencia abandona, pues, el plano del derecho para entrar de lleno en el de la especulación, sin conocimiento suficiente (o, más bien, sin ningún conocimiento) de cómo se opera, en la realidad, en el mercado de la producción fonográfica y audiovisual y del contenido de los contratos suscritos por los productores de fonogramas con los productores de obras audiovisuales que regulan el uso de la música comercial preexistente en el ámbito audiovisual.

Y cuando se abandona el terreno del derecho y se entra en el de la especulación sobre la base, además, de prejuicios o meras apariencias, el resultado tiene todas las posibilidades de ser erróneo; este es el caso de la Sentencia.

Incluso la Sentencia da un paso más al afirmar que uno de los objetivos principales perseguidos por las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE⁶⁹, consistente en otorgar una protección jurídica adecuada a los productores de fonogramas y artistas musicales que les permita recibir unos ingresos suficientes para hacer frente a nuevos trabajos creativos y artísticos y a las inversiones necesarias, cuantiosas y contingentes, que supone la actividad de producción fonográfica, debe alcanzarse a través de estos «acuerdos contractuales» cuyo contenido desconoce.

A este respecto, en el párrafo 55 de la Sentencia se señala textualmente lo siguiente:

«En efecto, en circunstancias como las controvertidas en el 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 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.»

⁶⁹ Considerando séptimo de la Directiva 92/100/CE y quinto de la Directiva 2006/115/CE, cuya literalidad es la siguiente: «El esfuerzo creativo y artístico de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes exige unos ingresos suficientes que sirvan de base a nuevos trabajos creativos y artísticos y que las inversiones necesarias, en particular, para la producción de fonogramas y películas son especialmente cuantiosas y aleatorias. Sólo una protección jurídica adecuada de los titulares de derechos permite garantizar eficazmente dichos ingresos y amortizar dichas inversiones».

Esta visión acredita, en primer lugar, que el TJUE se está pronunciando en términos teóricos ajenos a la realidad del funcionamiento del mercado discográfico puesto que cualquiera que haya tenido una mínima relación con este sector sabe, a ciencia cierta, que los artistas intérpretes (y, por supuesto, los ejecutantes) de los fonogramas comerciales preexistentes que se incorporan a la fijación de obras audiovisuales carecen de relación contractual directa con los productores de las obras audiovisuales, tanto en España como en el resto los países de UE e, incluso, me atrevería a decir, en el mundo.

En este sentido, de conformidad con lo establecido en el art. 7.1 a) y c) de la Convención de Roma, la legislación nacional española de aplicación establece un régimen de presunción *iuris tantum* de cesión por parte del artista de sus derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública previstos en la Ley nacional «*que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato*» cuando la interpretación se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios⁷⁰; y ello sin perjuicio del contenido de los contratos de producción discográfica suscritos entre los artistas musicales y los productores fonográficos en que los primeros ceden sus derechos sobre la fijación de sus interpretaciones a los segundos.

Lo expuesto es explicado con acierto por el profesor Don André Lucas⁷¹:

«Evidentemente, la solución tendrá el efecto de reducir muy significativamente la cantidad de sumas que los productores de grabaciones de sonido y los artistas intérpretes o ejecutantes obtienen de una remuneración equitativa, incluso en Francia, donde las recaudaciones de los canales de televisión están lejos de ser despreciables. La Corte piensa responder de antemano a esta crítica, señalando que, según la jurisdicción de referencia, la incorporación de los fonogramas "se llevó a cabo con la autorización de los titulares de los derechos de que se trate y a cambio de una remuneración pagada a los mismos de conformidad con las disposiciones contractuales aplicables", lo que le parece suficiente para afirmar que dichos arreglos permiten alcanzar los objetivos establecidos en las directivas 92/100 y 2006/115 de protección legal capaz de garantizar la continuidad del "trabajo creativo" de los artistas intérpretes o ejecutantes y la amortización inversiones realizadas por los productores de fonogramas.

Nos permitimos no compartir esta observación optimista. Los productores de fonogramas ciertamente reciben una remuneración de quienes producen las grabaciones audiovisuales que incorporan sus fonogramas a cambio de la autorización que otorgan en virtud del derecho de reproducción (también conocido como sincronización), pero al negarles el derecho a reclamar remuneración a los organismos de radiodifusión que comunican estas grabaciones al público, la sentencia les priva de ingresos significativos. En cuanto a los artistas, su situación es aún menos envidiable. De hecho, generalmente no están asociados con estos "acuerdos contractuales" celebrados aguas arriba, ya que no tienen otro recurso, excepto aquellos cuya notoriedad confiere la facultad de negociar en pie de igualdad, de transferir a los productores, a cambio de una retribución fija, su derecho de reproducción, por lo que es

⁷⁰ El art. 110 TRLPI, según la redacción dada al mismo por Ley 23/2006 (aplicable a la práctica totalidad del periodo reclamado a ATRESMEDIA en el procedimiento principal), establecía textualmente lo siguiente: «*Artículo 110. Contrato de trabajo y de arrendamiento de servicios. Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato. Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación a los derechos de remuneración reconocidos en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 108.*»

⁷¹ En su comentario crítico a la Sentencia. La traducción es mía.

difícil adherirse a la observación del Tribunal según la cual el régimen es celebrado entre los productores de obras audiovisuales y “los titulares de derechos concernidos”. Se notará con interés que la guía publicada por la OMPI, citada por la sentencia, se acerca más a la realidad al referirse a “la conclusión de arreglos contractuales apropiados, teniendo debidamente en cuenta los derechos de los productores de fonogramas previstos en el tratado”.»

Los aspectos de los que alerta el profesor Don André Lucas no pasaron desapercibidos en las observaciones realizadas por AGEDI y AIE ante el TJUE que, resumidamente, pusieron de manifiesto que es materialmente imposible garantizar eficazmente unos ingresos suficientes a los artistas musicales y a los productores de fonogramas en el ámbito estudiado exclusivamente a través de los acuerdos contractuales alcanzados con los productores de obras audiovisuales.

En el caso de las observaciones presentadas por AGEDI, se hizo especial hincapié en que el derecho de remuneración del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE es distinto e independiente del derecho de reproducción reconocido al productor de fonogramas en el antiguo art. 7 de la Directiva 92/100, actual artículo 2 c) de la Directiva 2001/29, motivo por el que la autorización otorgada por el productor para la reproducción de su fonograma en una grabación audiovisual que contiene la fijación de una obra audiovisual no significa que ese productor de fonogramas, así como el artista cuya interpretación o ejecución está fijada en el fonograma, no puedan ejercer el derecho de remuneración del art. 8.2 de la Directiva 2006/115.

Esta indiscutible independencia pugna con el hecho de que la licencia de «sincronización», otorgada por el productor de fonogramas, y la remuneración satisfecha en razón de la misma, subsuma cualquier acto de comunicación pública posterior de la grabación audiovisual en la que se ha incorporado el fonograma comercial; y mucho más aquellos actos de comunicación pública no previstos, en el momento de su firma, por los propios intervinientes en el contrato de «sincronización» (productores de la grabación audiovisual y del fonograma).

Pero lo que aún es más importante: la interpretación de la Sentencia es contraria a la lógica del funcionamiento del mercado puesto que, en el momento de la suscripción del contrato de «sincronización», no es posible prever, con una mínima razonabilidad, la intensidad y relevancia de los actos de comunicación pública de la grabación audiovisual que se van a realizar, muy especialmente en el ámbito de la radiodifusión, dependientes del éxito comercial de la misma.

Ello conlleva la imposibilidad de prever, al momento de la celebración del contrato de «sincronización», los ingresos de explotación que van a generar a lo largo del tiempo por la grabación audiovisual no solo para el productor de la obra audiovisual, sino para terceros (emisoras de televisión incluidas).

Todo ello implica, en suma, que no hay posibilidad real para los productores de fonogramas, en su relación con los productores de las obras audiovisuales, de prever a priori y, por tanto, monetizar tales actos de comunicación pública, cobrando todo su sentido el establecimiento de un derecho de gestión colectiva que posibilite adecuar su remuneración a los ingresos generados por la explotación de la fijación de la obra audiovisual en la que se ha «sincronizado» el fonograma.

Lo expuesto no es una construcción teórica puesto que, cuando se accede a los contratos de «sincronización» efectivamente suscritos entre los productores fonográficos y los productores de

las obras audiovisuales, al menos hasta el dictado de la Sentencia, podemos confirmar cómo la licencia de sincronización excluye el derecho de gestión colectiva obligatoria correspondiente a la comunicación pública de la reproducción del fonograma autorizada, es decir, la remuneración regulada en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

Este tipo de cláusulas se realizan a imagen y semejanza de la práctica habitual en el ámbito autoral, en el que el editor de la obra musical sincronizada en una obra audiovisual se reserva el «contenido económico» de la autorización que otorga para la comunicación pública de la obra musical sincronizada, que se ejerce a través de la entidad de gestión correspondiente (en el caso de España, la SGAE).

Tal práctica contractual habitual tiene incluso reflejo en la vigente tarifa general de la SGAE para la utilización de su repertorio por operadores (emisoras) de televisión⁷², en la que se diferencia el valor tarifario del derecho exclusivo de las obras musicales incluidas en las obras audiovisuales⁷³, incluyendo banda sonora original y música preexistente, del derecho de remuneración (art. 90.4 TRLPI) de la parte musical de la obra audiovisual⁷⁴.

Por tanto, es el propio funcionamiento del mercado, además de la lógica contractual, quien establece, tanto para el ámbito autoral de las obras musicales, como para el ámbito de los derechos conexos de los productores de fonogramas y artistas musicales, la regla de que la remuneración por la comunicación pública de la música preexistente «sincronizada» en la obra audiovisual se gestione colectivamente a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (SGAE, AGEDI y AIE), y ello al ser imposible prever, y menos monetizar, su valor en el momento de la firma del contrato de «sincronización», lo cual es además consistente con el principio de remuneración proporcional contenido en el art. 46.1 TRLPI.

En el caso de las observaciones presentadas por AIE ante el TJUE, se recordó el régimen de presunción *iuris tantum* de cesión por parte del artista de sus derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública al productor de fonogramas que se deduzcan de la «naturaleza y objeto» del contrato cuando la interpretación se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios al que nos hemos referido anteriormente, haciendo hincapié en que la «naturaleza y objeto» del contrato de producción fonográfica suscrito entre el artista musical y el productor de fonogramas no incluye el uso de la fijación de la interpretación artística para otros fines distintos a la explotación de la misma en el ámbito fonográfico, lo cual resulta especialmente notorio en el caso de los «músicos de sesión» empleados para la realización del fonograma, cuya prestación se limita a la concreta grabación de su interpretación musical en un estudio por una cantidad fija.

De hecho, AIE también recordó al TJUE que, como textualmente se reconoce en la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, «*los artistas intérpretes o ejecutantes suelen estar en una posición más débil cuando conceden licencias o ceden sus derechos*» (Considerandos 72 y 75) y la remuneración de los artistas

⁷² Tarifas generales 2023 SGAE. Públicamente accesibles en <https://documentos-sgae.s3.eu-west-1.amazonaws.com/2022/Tarifas+Licencias+22/Tarifas+y+licencias+SGAE+2023.pdf>.

⁷³ Ascendente al 4,9284% en la tarifa por uso efectivo y al 0,7461% en la tarifa por disponibilidad promediada.

⁷⁴ Ascendente al 2,6423% en la tarifa por uso efectivo y al 0,4% en la tarifa por disponibilidad promediada.

intérpretes o ejecutantes *«debe ser adecuada y proporcionada respecto del valor económico real o potencial de los derechos objeto de licencia o cedidos»*, teniendo en cuenta su contribución *«al conjunto de la obra u otra prestación y todas las circunstancias del caso, como las prácticas de mercado o la explotación real de la obra»* (Considerando 73).

La realidad retributiva del artista musical en el ámbito audiovisual es que el mismo percibe una contraprestación del productor de la grabación audiovisual en caso de ser contratado para efectuar una fijación de su interpretación para su incorporación a la grabación audiovisual, con independencia de que la misma contenga o no la fijación de una obra cinematográfica o audiovisual⁷⁵.

Es decir, el músico es contratado bajo contraprestación para que interprete determinadas obras musicales en un estudio y autoriza que su prestación sea fijada en la pista sonora de la grabación audiovisual destinada principalmente, según corresponda, a la exhibición pública en salas cinematográficas, a la emisión por televisión o a su puesta a disposición del público.

Sin embargo, la realidad también es que el productor de la grabación audiovisual no satisface retribución alguna al artista musical cuando utiliza una interpretación musical preexistente fijada en un fonograma publicado con fines comerciales, por la sencilla razón de que, en la práctica, el productor audiovisual no tiene relación directa ni con los artistas intérpretes de tales fonogramas, ni mucho menos con los ejecutantes de los mismos⁷⁶.

El productor de la grabación audiovisual, en este caso, tiene solo relación directa con el productor del fonograma publicado con fines comerciales, que es quien autoriza la reproducción del mismo mediante la licencia de «sincronización», presumiéndose que detenta todos los derechos (tanto originarios como derivados) para conceder tal licencia.

No creo sea muy difícil entender que este hecho, es decir, el uso de un fonograma preexistente en vez del encargo de una nueva fijación musical, provoca un perjuicio real y directo a los artistas intérpretes o ejecutantes vía disminución de sus derechos económicos.

En este sentido, la Guía de la Convención de Roma ya alertaba en su párrafo 12.21 de que:

«Para los artistas, la grabación significa la competencia en el mercado de las actividades recreativas: una competencia que, paradójicamente, les hacen sus propias prestaciones, privándoles de su trabajo».

Así, frente al entorno descrito en la Sentencia, lo cierto es que solamente el artista «intérprete» principal que así lo hubiere pactado en contrato con el productor fonográfico recibe, vía «royalty» y a través del productor fonográfico, contraprestación por la «sincronización» del fonograma en una grabación audiovisual, siendo que tal contraprestación no subsume los actos de comunicación pública posteriores de la grabación audiovisual en la que se ha incorporado el fonograma comercial puesto que, como ha quedado dicho, no quedan incluidos en el ámbito de la licencia de «sincronización» otorgada por el productor fonográfico al audiovisual, sin que tal consecuencia pueda deducirse de la naturaleza y objeto del contrato de producción fonográfica,

⁷⁵ Y también con independencia de la naturaleza laboral (salario) o mercantil (contraprestación por servicios) de su contratación.

⁷⁶ Vid comentarios del profesor Don André Lucas reproducidos en este trabajo.

y ello sin perjuicio de la mayor o menor influencia que pueda tener su interpretación o ejecución musical en la explotación de dicha grabación audiovisual.

Los efectos de la Sentencia son especialmente indeseables para los «ejecutantes»⁷⁷ participantes en la fijación fonográfica incluida en el fonograma publicado con fines comerciales que, posteriormente, sin su consentimiento ni conocimiento, es reproducido en la grabación audiovisual.

Me refiero concretamente a los denominados «músicos de estudio» o «de sesión», que participan en el fonograma a través de la grabación de uno o varios instrumentos que se incorporan en la fijación fonográfica definitiva que es comercializada, como tal, al público, percibiendo por ello una cantidad a tanto alzado que ronda, actualmente y según los casos, desde los 50 € a los 300 €.

Para este grupo profesional de artistas ejecutantes, mayoritario en lo que corresponde a la gestión que realiza AIE, es una quimera pretender, como dice la Sentencia, que el objetivo de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE de que reciban, por su esfuerzo creativo, unos ingresos suficientes que sirvan de base a nuevos trabajos artísticos, se cumpla a través de los acuerdos que se alcancen entre los productores de fonogramas y los productores de las obras audiovisuales.

Contrariamente, el resultado de la Sentencia significa directamente privar a los artistas ejecutantes de cualquier tipo de remuneración por el uso de sus prestaciones en obras audiovisuales, es decir, exactamente el contrario del pretendido en las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

5. Aplicación de la Sentencia

5.1. Aplicación de la Sentencia en el procedimiento judicial en que se planteó la cuestión prejudicial

El apartado 1 del art. 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, «LOPJ») proclama el principio de «interpretación conforme» del derecho de la Unión Europea de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, estableciendo textualmente que: *«Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.»*

El primer efecto de la Sentencia es que el Tribunal Supremo de España se encuentra vinculado, en el procedimiento en que se planteó la cuestión prejudicial, por la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada por el TJUE, y obligado a actuar conforme a dicha interpretación, sin posibilidad de separarse de ella o ignorarla.

⁷⁷ AIE reconoce en sus estatutos sociales (art. 4º.1), accesibles en <https://www.aie.es/>, dos grupos profesionales de derechos gestionados: (i) los «intérpretes», entendiéndose por tales los que «con carácter relevante representen, canten, lean, reciten, declamen o interpreten, en cualquier forma, una obra literaria o artística, un fonograma, una grabación audiovisual, una expresión del folklore o cualquier otro acto que sea objeto de derechos. Los solistas y el director de orquesta se incluyen en este grupo»; y (ii) los «ejecutantes», entendiéndose por tales «los que acompañen con sus actuaciones a uno o varios intérpretes, mediante la representación, canto, lectura, recitado, declamación o ejecución en cualquier otra forma de una obra literaria o artística, un fonograma, una grabación audiovisual, una expresión del folklore o cualquier otro acto que sea objeto de derechos. Los integrantes de una orquesta o coro se incluyen en este grupo».

Por ello, la Sentencia ha tenido como efecto directo el dictado de la sentencia nº 67/2021, de 9-2-2021 por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en el recurso de casación 952/2016 interpuesto por ATRESMEDIA contra la sentencia de 25-1-2016 de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid⁷⁸, en la que se estima dicho recurso y se casa la sentencia recurrida para, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por AGEDI y AIE contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 4 bis de Madrid y confirmar ésta.

La base principal de tal pronunciamiento está en el Fundamento de derecho tercero de la sentencia del Tribunal Supremo que, bajo el título *«Decisión del tribunal: los usuarios no están obligados a pagar la remuneración equitativa y única que contemplan los arts. 108.4 y 116.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 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»*, desarrolla las razones que llevan a estimar los motivos primero, segundo y cuarto del recurso de casación interpuesto por ATRESMEDIA, resolviendo conjuntamente los mismos, en razón de la conexión de las cuestiones que plantean, sin necesidad de resolver el motivo tercero del recurso de casación⁷⁹.

Lo que hace en tal Fundamento de derecho el Tribunal Supremo es aplicar, literalmente, el contenido de la Sentencia, procediendo, a lo largo del mismo, a «explicar» el mismo, sin añadido o mención relevante salvo las contenidas los párrafos 7 y 8 de dicho Fundamento de derecho tercero.

En estos párrafos se recuerda que, aunque las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE *«establecen una regulación mínima, en el sentido de que “los Estados miembros deben estar facultados para establecer a favor de los titulares de derechos afines a los derechos de autor una protección mayor que la prevista por la presente Directiva en lo relativo a la radiodifusión” (considerando 16 de la Directiva 2006/115/CE), la transposición llevada a cabo en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI 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 del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, sin realizar ningún añadido relevante»*⁸⁰.

Por ello, y en tanto la legislación española *«no añade nada relevante a lo previsto en tales directivas»*, el Tribunal Supremo decide trasladar, de forma literal, la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada en la Sentencia a los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo resuelve, en su Fundamento de derecho cuarto, la trascendencia de la cuestión debatida ante el TJUE para la resolución del litigio, y ello debido a que AGEDI y AIE alegaron que tanto la cuestión prejudicial, como su resolución en la Sentencia, era irrelevante debido a que *«la cantidad reclamada a ATRESMEDIA no se fundamenta en la aplicación de ninguna “tarifa general” de AGEDI y AIE, sino en un informe pericial que no tiene en*

⁷⁸ ECLI:ES:TS:2021:354.

⁷⁹ En el motivo tercero (imprejuzgado por el Tribunal Supremo) se planteaba por ATRESMEDIA la cuestión de la «transformación» del fonograma comercial preexistente al incorporarlo a la obra audiovisual con base en la infracción de los apartados 1 y 2 del art. 21 TRLPI.

⁸⁰ En la misma línea ya expresada en el auto de 13-2-2019 planteando la cuestión prejudicial.

cuenta la intensidad de uso de fonogramas por ATRESMEDIA, es decir, el grado de uso cuantitativo de fonogramas publicados con fines comerciales en los distintos canales de televisión de ATRESMEDIA».

Los motivos del Tribunal Supremo para rechazar tal alegación de AGEDI y AIE pivotan sobre el argumento de que la cuestión de los fonogramas «sincronizados» en obras audiovisuales en relación con la remuneración de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI *«ha sido decisiva tanto en la primera como en la segunda instancia»*, aseverando que si la sentencia de apelación estimó el recurso de AGEDI y AIE fue porque consideró que *«el usuario estaba obligado a pagar tal remuneración equitativa y única por la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en las que se habían incorporado fonogramas publicados con fines comerciales, y no solamente por la reproducción y comunicación pública de fonogramas no incorporados a esas obras audiovisuales, como había determinado el Juzgado de Primera Instancia»*⁸¹.

A continuación, el Tribunal Supremo afirma que AGEDI y AIE tuvieron en cuenta, a la hora de alcanzar los acuerdos con las diferentes televisiones de ámbito nacional que constituyeron la base de la metodología empleada para el cálculo de la cantidad reclamada a ATRESMEDIA, el uso efectivo de fonogramas llevado a cabo por las mismas y, dentro de tal uso, el de los fonogramas sincronizados en grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de obras audiovisuales⁸².

Con el máximo respeto hacia el criterio del Tribunal Supremo, no puedo compartir tal afirmación por los motivos a los que hago referencia a continuación.

En primer lugar, porque en el periodo reclamado (1-6-2003 a 31-12-2009), tanto AGEDI y AIE, como las demás entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que en España hacían efectivos los derechos encomendados (legal o voluntariamente) respecto de las televisiones, operaban en base a tarifas (generales o pactadas) de mera disponibilidad, en las que no se tenía en cuenta el uso efectivo del repertorio.

Ello fue objeto de crítica por la Comisión Nacional de Competencia (actual CNMC) en el *«Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual»* de diciembre de 2009⁸³, en el que da cuenta que las tarifas con las que operaban AGEDI y AIE en el concreto ámbito de las televisiones (hasta diciembre de 2009) eran tarifas de mera disponibilidad, reflejándolo así en los párrafos 224 y 225 de tal informe.

Y, en segundo lugar, porque los acuerdos alcanzados por AGEDI y AIE con las televisiones generalistas de ámbito nacional (TVE, TELECINCO, CUATRO y LA SEXTA) que sirvieron de base para la reclamación realizada a ATRESMEDIA no tuvieron en cuenta el uso efectivo de fonogramas realizado por dichas televisiones.

Precisamente este hecho fue una de las conductas examinadas por la CNC en su resolución de 14-6-2012 (Expte. S/0297/10 AGEDI/AIE) iniciado como consecuencia de la denuncia de

⁸¹ Párrafos 3 y 4 del Fundamento de derecho cuatro de la sentencia del Tribunal Supremo.

⁸² Párrafos 5 y 6 del Fundamento de derecho cuatro de la sentencia del Tribunal Supremo.

⁸³ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185907_7.pdf

ATRESMEDIA interpuesta a 17-9-2010⁸⁴, en cuyo Fundamento de derecho sexto se declara acreditado que los acuerdos suscritos por AGEDI y AIE con las mencionadas televisiones generalistas de ámbito nacional se alcanzaron partiendo de las tarifas generales por disponibilidad, y no por uso efectivo, de AGEDI y AIE.

En suma, y más allá de los efectos que para AGEDI y AIE hayan tenido el establecimiento de tarifas generales de mera disponibilidad en el ámbito de la competencia, y de las consecuencias que, en este mismo ámbito, hayan tenido los acuerdos alcanzados con las diferentes televisiones en base a dichas tarifas generales, no es asumible que en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo afirme que tales acuerdos se realizaron en base al uso efectivo de fonogramas realizado por cada una de las televisiones.

El Tribunal Supremo da un paso más al afirmar que la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial recurrida partió *«de que en los convenios celebrados por las demandantes con otras cadenas de televisión generalistas, el uso efectivo se ha calculado tomando en consideración la reproducción y comunicación pública de toda clase de grabaciones audiovisuales en las que se hubiera incorporado un fonograma, incluyendo aquellas grabaciones audiovisuales en las que se había fijado una obra audiovisual»*.

Sin embargo, la realidad es que no hay atisbo real en la sentencia de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de lo afirmado por el Tribunal Supremo por las razones que desarrollo a continuación.

En primer lugar, porque, si dichos convenios se negociaron por AGEDI y AIE sobre la base de criterios de mera disponibilidad en el que no se tuvo en cuenta el mayor o menor uso del repertorio que realizaran las televisiones con las que se alcanzaron, resulta incongruente que se afirme que en tales convenios se tuvo en cuenta el uso específico de fonogramas en grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de una obra audiovisual.

Partiendo de que el criterio de disponibilidad es antagónico con el de uso efectivo, si no se tuvo en cuenta lo «más» (uso efectivo general del repertorio en las emisiones de televisión), mucho menos se pudo tener en cuenta lo «menos» (uso efectivo específico del repertorio en las emisiones de obras audiovisuales).

Y en segundo lugar, porque lo que realmente señala la sentencia de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid sobre la cuestión del uso efectivo del repertorio de AGEDI y AIE en su Fundamento de derecho cuarto es que *«el uso efectivo habría de sernos útil para corregir a la baja ese resultado en el caso de que se hubiera podido constatar que el tiempo que ANTENA 3 dedica a la comunicación pública de fonogramas dentro de su programación total es inferior al que dedican las demás cadenas de televisión con las que se ha establecido la comparación»*, concluyendo que *«era a la demandada ANTENA 3 a quien, por aplicación del Art. 217-3 de la L.E.C., correspondía haber aportado al proceso las pruebas de la existencia de un eventual agravio, o lo que es igual, las pruebas*

⁸⁴ <https://www.cnmc.es/expedientes/s029710>. La denuncia ante la CNC de ATRESMEDIA fue la respuesta de ésta a la demanda de 29-7-2010 de AGEDI y AIE que inició el procedimiento principal en cuyo seno fue dictada la Sentencia. Obsta decir que ATRESMEDIA interpone su denuncia como reacción a la demanda iniciadora de la litis civil y con el objetivo de propiciar un «juicio paralelo» ante la CNC en base al posicionamiento contrario a la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que caracterizaba a la CNC, y que es predicable actualmente de la CNMC.

de que la aplicación que se le pretende hacer de la media ponderada de lo satisfecho a AGEDI/ AJE por parte de las otras cuatro cadenas generalistas de ámbito nacional (TVE, TELECINCO, CUATRO Y LA SEXTA) constituye un trato discriminatorio e injusto en la medida en que el porcentaje de tiempo que ella emplea en la comunicación de fonogramas respecto del tiempo total de sus emisiones es sensiblemente inferior al tiempo empleado por esas otras cadenas. Sin embargo, es de ver que, pese a su verosímil acceso a esa clase de datos, ANTENA 3 no ha suministrado material probatorio alguno al respecto, debiendo, por tal motivo, pechar con las consecuencias adversas que se derivan de esa pasividad».

Cierra su argumentación el Tribunal Supremo dejando constancia de la alegación de AGEDI y AIE, en su recurso de apelación contra la sentencia de 1ª instancia, sobre la irrelevancia de la cuestión de los fonogramas «sincronizados» en obras audiovisuales para la resolución de la litis, señalando que se trataba de un «*argumento secundario que no fue aceptado por la Audiencia Provincial*», ofreciendo por toda explicación que, si se hubiera aceptado tal argumento, «*le habría excusado de entrar en la espinosa cuestión de la interpretación de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI respecto de las obras audiovisuales que incorporan un fonograma*» por razones de «comodidad».

De nuevo, y con el máximo respeto hacia el criterio del Tribunal Supremo, no puedo estar de acuerdo con tal afirmación por los siguientes motivos.

En primer término, porque es evidente que, en su sentencia, la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid da respuesta a todas las alegaciones realizadas por AGEDI y AIE en su recurso de apelación.

Por ello, el hecho de que la Audiencia Provincial haya entrado en la interpretación de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI deriva, directamente, de la infracción de los mismos por la sentencia de 1ª instancia denunciada por AGEDI y AIE, sin que se puedan argüir razones de «comodidad» para no entrar a resolver concretas vulneraciones del ordenamiento jurídico alegadas en un recurso de apelación⁸⁵.

Y en segundo término, porque, además, la alegación en el recurso de apelación de la irrelevancia de la cuestión para el cálculo de cantidad adeudada constituyó, como señala el propio Tribunal Supremo, un argumento secundario o subsidiario, por lo que ni puede decirse que no fuera aceptado por la Audiencia Provincial (simplemente, y por razones de elemental orden, no entró en el mismo), ni mucho menos alegar las extrañas razones de «comodidad» que habrían ahorrado a la Audiencia Provincial de entrar en el argumento principal.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo hace referencia, en su Fundamento de derecho quinto, a la cuestión de los «anuncios publicitarios», respecto de la cual elude pronunciarse al afirmar que AGEDI y AIE la introdujeron extemporáneamente en su oposición al recurso de casación de ATRESMEDIA, incidiendo en ello en el trámite de alegaciones a la sentencia TJUE.

⁸⁵ El art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente (y, por consiguiente, necesariamente) sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso, por lo que, alegada con carácter principal la infracción del ordenamiento jurídico por la resolución apelada, no parece posible eludir pronunciarse sobre dicha infracción, ni por razones de «comodidad» ni por ninguna otra similar.

Una vez más no puedo estar de acuerdo con tal argumento, y mucho menos con que el Tribunal Supremo eludiera resolver sobre la cuestión en base al mismo.

La realidad es que no es cierto que la cuestión de los anuncios publicitarios fuera introducida por AGEDI y AIE en sede casacional en tanto, como se reconoce en el propio Fundamento de derecho quinto de la sentencia del Tribunal Supremo, tal cuestión fue abordada en el recurso de apelación interpuesto por AGEDI y AIE contra la sentencia de 1ª instancia.

Por ello, que el Tribunal Supremo apele a la doctrina sobre la imposibilidad del planteamiento de cuestiones *per saltum* en casación para rechazar pronunciarse sobre la cuestión de los anuncios publicitarios es, con el máximo respeto, incongruente.

En todo caso, si AGEDI y AIE abordaron la cuestión de los anuncios publicitarios en su recurso de apelación es porque es la primera vez que pudieron hacerlo, y ello por la elemental razón de que fue la sentencia de 1ª instancia quien excluyó, por primera vez, a los anuncios publicitarios del ámbito de la remuneración de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI junto a las películas cinematográficas y series de televisión, asumiendo las tesis de ATRESMEDIA consignadas en su contestación a la demanda.

La sentencia del Tribunal Supremo reprocha a AGEDI y AIE, en su Fundamento de derecho quinto, que solo dedicaran *«un párrafo de apenas nueve líneas en un recurso de 111 páginas»* a la cuestión de los anuncios publicitarios, como si la brevedad en el planteamiento de una cuestión constituyera excusa o subterfugio para que el órgano judicial pueda dejar de pronunciarse sobre la misma, o fuera necesario extenderse, más allá de lo razonable, en el desarrollo de una alegación que, en contraposición a otras de las tratadas en el recurso de apelación, parecía evidente.

En todo caso, y como ya se ha señalado, la sentencia del Tribunal Supremo elude entrar al fondo de la cuestión planteada por AGEDI y AIE en su oposición al recurso de casación y, más tarde, en el trámite de alegaciones a la sentencia del TJUE, disponiendo que la cuestión *«deberá ser abordada en la ejecución de la sentencia, cuando haya que determinar el uso efectivo de fonogramas por Antena 3 de acuerdo con los criterios fijados por el Juzgado Mercantil»*, sin perjuicio de señalar que, de acuerdo con lo establecido en el art. 90.6 TRLPI y en el art. 21 de la Ley General de Publicidad, *«no puede excluirse a priori que un anuncio publicitario constituya una obra protegida por la propiedad intelectual, salvo que no reúna los requisitos exigibles para ser considerado como tal obra, en concreto los relativos a la originalidad»*.

Cabe finalizar señalando que, a la fecha de este trabajo, se tramita ante el Juzgado de lo mercantil nº 4 de Madrid la ejecución de la sentencia de 9-2-2016 del Tribunal Supremo, sobre la que aún no hay resolución, por lo que, estando el asunto *sub iudice*, no entraré en esta cuestión.

5.2. Aplicación de la Sentencia por AGEDI y AIE en sus tarifas generales

El contenido de la Sentencia afecta directamente a AGEDI y AIE puesto que, pese a que la interpretación realizada de la cuestión prejudicial planteada solo vincula directamente a los órganos judiciales de los diferentes Estados miembros de la UE, de facto debe ser trasladada por AGEDI y AIE al ámbito tarifario de su gestión debido a que la interpretación de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI en España, tanto por los órganos administrativos como por los judiciales

competentes en la materia, habrá de ser conforme a la doctrina de la Sentencia, al menos en tanto la misma siga «vigente».

Por ello, examinaré en este apartado cómo AGEDI y AIE han aplicado el contenido de la Sentencia, especialmente en el ámbito más afectado por la misma que es el de sus tarifas generales.

Con carácter previo a cualquier otra cuestión, he de hacer hincapié en que, tanto durante la tramitación del procedimiento en España como ante el TJUE, AGEDI y AIE alertaron de que uno de los principales problemas derivados de negar el derecho de remuneración del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE (arts. 108.4 y 116.2 TRLPI) en «obras audiovisuales» es la relación de dependencia de los derechos conexos a los derechos de autor que propicia.

Efectivamente, uno de los efectos más peligrosos y nocivos de la Sentencia es que la existencia del derecho conexo de los productores de fonogramas y artistas musicales previsto en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI se hace depender de la calificación autoral del contenido (grabaciones audiovisuales) de las emisiones de ATRESMEDIA y demás entidades de radiodifusión que operan en España puesto que, si bien en los casos de «sincronización» de fonograma en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de una obra audiovisual no se devenga la remuneración de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI, en los casos de «sincronización» del fonograma en una grabación audiovisual que no tenga la condición de obra audiovisual sí se devenga tal remuneración.

En todo caso, una vez dictada la Sentencia, AGEDI y AIE han introducido en sus normas de funcionamiento (en lo que corresponde a este trabajo, en sus tarifas generales) la exclusión de la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI (y, consecuentemente, de la contraprestación por el derecho de reproducción previsto en el art. 115 TRLPI) en aquellos casos en los que la Sentencia entiende que no se devenga tal remuneración, es decir, en los supuestos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en los que se encuentra fijadas obras audiovisuales y que, a la vez, incorporan fonogramas publicados con fines comerciales.

Si se examinan las tarifas generales de AGEDI y AIE⁸⁶ puede comprobarse cómo el desafío que supone la traslación del contenido de la Sentencia a las mismas⁸⁷ se ha realizado a partir de la introducción del concepto de «grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales» en su ámbito tarifario, precisamente con la finalidad de dar cumplimiento a la interpretación realizada Sentencia del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Para tal introducción, AGEDI y AIE han modificado, en primer lugar, el «objeto» de sus tarifas generales para clarificar la exclusión señalada. Así, en el apartado I.2 del Libro I de sus tarifas generales, han incluido los siguientes novedosos párrafos:

«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

⁸⁶ <https://agedi-aie.es/tarifas>.

⁸⁷ Nunca en España (y, nos atrevemos a decir, en el mundo) una entidad de derechos conexos había tenido que determinar su repertorio en base a la calificación autoral del contenido incluido en las prestaciones protegidas que gestionan.

fijación de obras audiovisuales de acuerdo con la definición de éstas que consta en el apartado de "Definiciones" recogidas en el punto I.4. del LIBRO I de las Tarifas Generales de AGEDI-AIE.

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 consta en el apartado de "Definiciones" recogidas en el punto I.4. del LIBRO I de las Tarifas Generales de AGEDI-AIE.»

Consecuentemente con las exclusiones señaladas, AGEDI y AIE han incluido, en el apartado I.4 de sus tarifas generales («definiciones»), los conceptos de «grabación audiovisual» y «obra audiovisual», modificando también la definición de «Reproducción de fonogramas publicados con fines comerciales para su posterior comunicación pública» que constaba en las anteriores tarifas generales. La nueva redacción de este último concepto que consta en las tarifas generales de AGEDI y AIE es a la que a continuación hago referencia.

Por «reproducción de fonogramas publicados con fines comerciales para su posterior comunicación pública» se entiende en las tarifas generales de AGEDI y AIE:

«Fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de un fonograma publicado con fines comerciales o de parte del mismo, o de la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales o parte de la misma para, directa o indirectamente, proceder a su comunicación pública. Se entiende incluida en tal concepto la fijación en una grabación audiovisual de acuerdo con la definición de ésta contenida en el art. 120 TRLPI, siempre que el contenido de tal grabación audiovisual no pueda ser calificado de obra audiovisual en los términos dispuestos en la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19, todo ello sin perjuicio de la autorización para la sincronización, que, en todo caso, corresponde a sus titulares.»

En relación con la anterior definición que aparecía en sus tarifas generales, AGEDI y AIE optan por clarificar que, en tanto siga vigente la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada en la Sentencia, o no se modifiquen los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI, entienden que la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no constituye una «reproducción» del fonograma en los términos previstos en los citados arts. 108.4 y 116.2 TRLPI, obviamente a los exclusivos efectos tarifarios de AGEDI y AIE.

Por otro lado, la última frase de la definición («todo ello sin perjuicio de la autorización para la sincronización, que, en todo caso, corresponde a sus titulares») recuerda y enfatiza, a modo de aviso o alerta, que el hecho de que no se devengue la remuneración de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI cuando la grabación audiovisual contenga la fijación de una obra audiovisual no significa que no existan derechos exclusivos de los productores de fonograma y de los artistas musicales sobre los actos de fijación (reproducción) de los fonogramas en la «obra» audiovisual y sobre la comunicación pública de la grabación audiovisual en donde consta fijada tanto la obra como el fonograma, en concordancia con los apartados 54 y 55 de la Sentencia y de los párrafos 20 y 21 del Fundamento de derecho tercero de la sentencia del Tribunal Supremo.

Por «grabación audiovisual» se entiende en las tarifas generales de AGEDI y AIE⁸⁸:

«... la fijación de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, con independencia de que contenga la fijación de una creación susceptible de ser calificada como obra audiovisual en el sentido del artículo 86 del vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual».

Y por «obra audiovisual» se entiende en las tarifas generales de AGEDI y AIE:

«... la creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras. A efectos de las presentes tarifas, y exclusivamente en lo que corresponde a la exclusión de devengo de los derechos de gestión colectiva obligatoria por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos como consecuencia del contenido de la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19:

1º/ Se considerarán por AGEDI y AIE como obras audiovisuales:

- *Las películas cinematográficas (largometrajes y cortometrajes)*
- *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).*

2º/ No se considerarán por AGEDI y AIE como obras audiovisuales:

- *Los documentales y docudramas, salvo aquellos que, además de reunir las características propias de originalidad y creatividad de cualquier obra audiovisual, consten reconocidos como obras audiovisuales por las entidades de gestión de derechos de los autores del ámbito audiovisual (actualmente, SGAE y DAMA).*
- *Las obras teatrales, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas y, en general, las conocidas como obras de gran derecho.*
- *Los sketches, chistes, pantomimas y parodias.*
- *Los monólogos.*
- *Los programas de variedades, magacines, talk shows y reality shows.*
- *Los programas musicales.*
- *Los videos musicales o videoclips.*
- *Las noticias e informaciones que se refieran a la actualidad nacional o extranjera.*
- *Los reportajes sobre toda clase de noticias, acontecimientos, actos o ceremonias, cuyo contenido sea informativo.*
- *La crítica en todas sus manifestaciones.*
- *Las entrevistas, encuestas y coloquios, sean improvisados o no.*
- *Las retransmisiones deportivas, de corridas de toros y, en general, de toda clase de actos públicos.*
- *Cualquier forma de presentación mediante imagen personal o en off de toda clase de espacios.*
- *Los concursos, competiciones, sorteos y espacios análogos.*
- *Los espacios y anuncios publicitarios.*
- *Todo tipo de programas de "venta" tele tienda, ventas y demostraciones, guías comerciales, etc.)*
- *Los espacios informativos sobre la programación de televisión.*

⁸⁸ Tal definición es, en la práctica, traslación de la definición del concepto «grabación audiovisual» contenida en el art. 120.1 TRLPI.

- *Las charlas, tertulias y comentarios sobre toda clase de temas.*
- *Todo tipo de programas conocidos como "de continuidad" (avance de programaciones, carta de ajuste, autopromoción, programación regional, minutos musicales, etc.).*
- *Todo tipo de programas conocidos como "de entretenimiento" (cámara oculta, zapping, videos caseros, docu-soup, galas y festivales, etc.).*
- *Cualquier espacio de exclusivo carácter didáctico, incluidos los dedicados a la enseñanza de idiomas.*
- *Las actuaciones circenses.*
- *Cualquier otra grabación audiovisual o espacio de naturaleza o configuración similares a los señalados anteriormente.»*

La definición de «obra audiovisual» en las tarifas generales de AGEDI y AIE parte de la definición legal contenida en el art. 86.1 TRLPI para, a continuación, concretar lo que AGEDI y AIE entienden que son «obras audiovisuales» y lo que entienden que son meras «grabaciones audiovisuales», a los exclusivos efectos de tales tarifas, y limitados a la exclusión de la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI conforme a la Sentencia.

No es baladí recordar que el concepto de «obra audiovisual» no es pacífico y, de hecho, es discutido doctrinal y jurisprudencialmente, por lo que parece razonable, en aras a dotar de una elemental coherencia y razonabilidad al sistema tarifario de AGEDI-AIE, especificar los concretos grupos, categorías o tipos de producciones audiovisuales que deben de entenderse, a los exclusivos efectos de las tarifas generales de AGEDI y AIE, como «obras audiovisuales» y cuáles deben de entenderse como meras «grabaciones audiovisuales», en aras a concretar el contenido de las emisiones de las televisiones que debe entenderse excluido o incluido en el cómputo de uso de tales tarifas.

AGEDI y AIE parecen haber partido de los postulados defendidos por ATRESMEDIA en el procedimiento judicial en cuyo seno se dictó la Sentencia, teniendo en cuenta que dichos postulados son los asumidos, finalmente, en la sentencia dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo al confirmar la sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid.

Recuerdo que la posición de ATRESMEDIA sobre la cuestión fue dividir en dos grandes categorías las grabaciones audiovisuales que emite en los canales de televisión de su titularidad a partir del contenido creativo o autoral de las mismas.

Por un lado, estarían lo que ATRESMEDIA denomina como grabaciones audiovisuales que contienen «creaciones audiovisuales de menor altura creativa», comprendiendo esta categoría los programas denominados comúnmente como «Miscelánea» (magazine, humor, variedades, revistas del corazón, infoshow, concursos, programas culturales, etc.)⁸⁹.

Y, por otro lado, estarían lo que ATRESMEDIA denomina como creaciones audiovisuales con «un elevado grado de originalidad», comprendiendo en esta categoría «las obras audiovisuales, cual es

⁸⁹ Cuando se incorpora un fonograma publicado con fines comerciales en este tipo de grabaciones audiovisuales, ATRESMEDIA entiende que existe reproducción de dicho fonograma y que, por tanto, se devenga la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

el caso de la ficción y publicidad, dado su elevado grado de originalidad» (películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios)⁹⁰.

A partir de lo expuesto, y como de lo que se trata es trasladar la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada en la Sentencia al ámbito tarifario de AGEDI y AIE, teniendo en cuenta que la misma no trató la cuestión de la consideración de los espacios y anuncios publicitarios como obras audiovisuales, AGEDI y AIE se han planteado la cuestión de si tales espacios deben ser considerados «*obras audiovisuales*»⁹¹.

La respuesta en las tarifas generales de AGEDI y AIE es negativa, al menos en lo que corresponde a la presunción de que todo anuncio o spot publicitario emitido por televisión tiene la condición de obra audiovisual.

Para alcanzar tal respuesta, y posiblemente conscientes AGEDI y AIE de que son entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de derechos conexos o afines a los derechos de autor en cuyo ámbito de actuación no están los derechos de autor sobre obras audiovisuales, parecen haber optado por acudir al criterio de las entidades de gestión que sí gestionan en España los derechos de los autores de obras audiovisuales en aras a concretar si, dentro de su repertorio, están los espacios y anuncios publicitarios.

Ello acredita no solo el empeño de AGEDI y AIE en solucionar el complejo problema planteado respecto de los anuncios publicitarios, sino también su esfuerzo en dar un sentido lógico y razonable al sistema de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en España, puesto que ningún sentido tendría que AGEDI y AIE mantuvieran una posición contradictoria con las entidades de gestión de derechos de autor sobre este tema.

Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que gestionan en España los derechos de los autores de obras audiovisuales son la SOCIEDAD GENERALES DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) y DERECHOS DE AUTOR DE MEDIOS AUDIOVISUALES, ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL (DAMA).

La normativa interna de la SGAE, concretamente al Grupo F) del art. 201 del Reglamento de la SGAE, excluye del ámbito de administración de la SGAE a los espacios publicitarios por considerar que no contienen elementos creativos suficientes para ser considerados como obras audiovisuales⁹².

Ello no quiere decir que la SGAE no tenga en cuenta, a efectos de su recaudación y reparto, las obras musicales incluidas en tales espacios publicitarios, cuya comunicación pública genera

⁹⁰ Cuando se incorpora un fonograma publicado con fines comerciales en este tipo de grabaciones audiovisuales, ATRESMEDIA entendía que existe transformación (que no reproducción) de dicho fonograma y que, por tanto, no se devenga la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

⁹¹ Como es notorio, los diferentes canales de televisión emiten, como parte de su programación, espacios y anuncios (spots) de carácter publicitario o promocional de diferentes bienes o servicios en los que, habitualmente, se utilizan fonogramas comerciales.

⁹² El Reglamento de la SGAE es públicamente accesible en <https://documentos-sgae.s3.eu-west-1.amazonaws.com/2023/WEB+2023+-+DOCUMENTOS/Reglamento+SGAE+20+de+julio+de+2023.pdf>.

derechos de autor que SGAE hace efectivos en interés de sus titulares (autores de las obras y editores musicales)⁹³.

También en el caso de DAMA, de acuerdo con lo previsto en el art. 17.2 de su Reglamento, se encuentran excluidos de su ámbito de administración los espacios publicitarios, por las mismas razones que la SGAE⁹⁴.

Que los espacios y anuncios publicitarios no tienen, en general, el carácter de «obras audiovisuales», sino de meras «grabaciones audiovisuales», parece ser también una opinión extendida en la doctrina más autorizada que se ha pronunciado sobre este asunto.

En este sentido, el Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca Don Fernando Carbajo Cascón⁹⁵ señala que:

«Naturalmente un “spot” publicitario puede constituir también una creación publicitaria de naturaleza audiovisual (cfr. SAP Girona de 29 de julio de 2005), pero entiendo que debería presentar un mayor grado de creatividad para gozar de la condición de obras susceptible de protección por el derecho de autor, pues una buena parte de estos “spots” tienen una naturaleza puramente funcional, no creativa en sentido propio, pudiendo calificarse en tal caso como meras grabaciones audiovisuales, pero no obras audiovisuales (publicitarias) en sentido estricto.»

En sentido similar, el Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Murcia Don José Massaguer⁹⁶ señala, al tratar sobre los requisitos sustantivos para la efectiva protección de las creaciones publicitarias mediante derecho de autor, lo siguiente:

«Naturalmente, la comprobación de que la propuesta creativa y sus componentes tienen el grado de definición suficiente para guiar la realización de una obra que posea sus elementos o recursos fundamentales (que articulan el discurso publicitario) y en los que sean reconocibles de forma clara, precisa y objetiva, a pesar de la posible presencia de otras contribuciones creativas por regla general incorporadas en la etapa de ejecución, no es bastante para afirmar su protección mediante derecho de autor. Para ello es necesario que reúnan las condiciones o requisitos exigidos con carácter general para que una creación intelectual que por su naturaleza es protegible quede en efecto protegida, por lo que ahora interesa, mediante la atribución del derecho exclusivo a controlar su explotación, como son su condición de creación humana, original y expresada en un soporte tangible o intangible.»

⁹³ Véase a estos efectos el art. 202, Grupo B), apartado 5.6, en el que se valoran con 1,7 puntos (a efectos del reparto de derechos de la SGAE) las obras de pequeño derecho (esencialmente, musicales) «pertenecientes al repertorio administrado por la SGAE cuyos titulares hayan ejercido la facultad de reservarse efectivamente el derecho de comunicación pública sobre las mismas». Igualmente, véase también en el mismo sentido, y ejemplificativamente, el art. 202, la letra b) del el Grupo E), en la que se señala que «en cualquier caso, si se aporta información fehaciente y contrastable sobre emisiones de spots de publicidad en televisión de cualquier duración, sus emisiones serán consideradas como tiempo computable en el reparto».

⁹⁴ El Reglamento de DAMA es públicamente accesible en https://www.damautor.es/pdf/REGLAMENTO_DAMA.pdf.

⁹⁵ En su trabajo «La originalidad de las obras publicitarias y de las páginas web» (XXXIII Jornadas de Estudio sobre propiedad industrial e intelectual: colección de conferencias con motivo de las Jornadas de Estudio celebradas el 8 y 9 de febrero de 2018 por el Grupo Español de la AIPPI, 2018, ISBN 9788493942281, págs. 39-60).

⁹⁶ En su trabajo «Las creaciones publicitarias protegibles mediante derecho de autor: propuestas creativas, conceptos publicitarios, creatividades e ideas publicitarias» (revista InDret 2-2021).

Ninguna especialidad presentan estos requisitos en el ámbito de las creaciones publicitarias, aunque no está de más recordar ahora la forma en que la originalidad, seguramente el factor crítico para su protección mediante esta modalidad de propiedad intelectual, ha sido perfilada por la jurisprudencia de la Unión. En particular, el TJUE concibe la originalidad como creación intelectual propia de su autor y, más en particular, como expresión de su genio y capacidad creativa que refleja su personalidad en la obra mediante decisiones libres y creativas que, de forma acumulada o alternativa, determinan la concepción de la creación, su ejecución o ambas, pero también —lo que puede ser de especial relevancia en creaciones destinadas a servir a un fin práctico como es propio de la publicidad— en la forma de abordar la materia y el modo expresivo seleccionado. La presencia de estas condiciones habrá de apreciarse caso por caso, y para ello habrá que tener en cuenta “todos los elementos del caso concreto, tal y como existían durante la concepción de ese objeto, independientemente de los factores exteriores y posteriores a la concepción de ese objeto”. Al efecto es obligado dar especial relevancia precisamente a lo característico de la creación publicitaria, como es su naturaleza funcional, y en particular su finalidad persuasiva o institucional, su sustancia, condensada en el discurso publicitario y en los recursos de contenido y forma de que se vale para alcanzar los objetivos (persuasivos o institucionales) considerados.

Como se ve, la cuestión que, bajo este aspecto, suscita la protección de la creación publicitaria es un clásico en el temario de los problemas difíciles del derecho de autor, en el que viene a ocupar asiento al lado de la protección de los formatos de TV. Y, como sucede en estos casos, son más las ocasiones en que el conflicto se dirime negando la protección, por considerarse que la pretendida creación publicitaria reproducida sin autorización es una idea genérica o, al menos, no suficientemente perfilada desde un punto de vista formal, aunque en no pocas ocasiones el razonamiento apunta sobre todo a la previa generalización del uso de la idea que inspira la pieza publicitaria imitada, desdibujándose así los lindes entre la negación general de la tutela de las ideas en sí y el rechazo particular de la protección de las elaboraciones formales de ideas que alcanzan la concreción necesaria para ser obras, pero carecen de la originalidad necesaria.»

Por ello, las tarifas generales de AGEDI y AIE reflejan que la regla es que los espacios y anuncios publicitarios no tienen el carácter de «obra audiovisual» a efectos del art. 86.1 TRLPI, sin perjuicio de que, por supuesto, en determinados supuestos excepcionales se pudiera acreditar tal condición; pero, en todo caso, nos encontraríamos con una excepción a la regla general que requeriría un tratamiento individualizado cuando se alegue, cuestión irrelevante a la hora de establecer tales tarifas generales.

Cabe destacar la importancia que tiene establecer una regla general (o, si se quiere, una «presunción») sobre si los espacios y anuncios publicitarios tienen, o no, el carácter de «obra audiovisual» en las tarifas generales de AGEDI y AIE para emisoras de televisión por la imposibilidad material manifiesta de examinar todos y cada uno tales espacios publicitarios para valorar, en el momento de aplicación de las tarifas, si se debe tener en cuenta o no el uso de fonogramas comerciales incorporados a los mismos, es decir, si cada uno de los anuncios emitidos, individualmente considerados, tienen o no la condición de «obra audiovisual».

Por ello, debe establecerse una regla general o «presunción» para poder calcular, de forma razonable, la intensidad de uso de fonogramas, sin perjuicio de las excepciones que se puedan aplicar a posteriori.

Por lo demás, lo que hacen las tarifas generales de AGEDI y AIE es reproducir el criterio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que gestionan y hacen efectivos derechos de autor sobre obras audiovisuales (SGAE y DAMA).

En lo que concretamente se refiere a las tarifas generales por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos y por la reproducción para dicha comunicación pública en emisoras de televisión de difusión inalámbrica y plataformas digitales, cableoperadores y otras entidades con oferta multicanal⁹⁷, AGEDI y AIE han establecido una tarifa general por uso efectivo (TUE) calculada de acuerdo con la siguiente estructura:

$$(\text{Base} - \text{deducciones}) \times T(i) - \text{Descuentos} + \text{PSP}$$

Del estudio de la estructura de dichas tarifas generales se deduce que el impacto de la Sentencia se traslada de una doble forma.

Por un lado, en el establecimiento del tipo bruto de la tarifa, que ha pasado del 6,58% establecido en las tarifas generales de AGEDI-AIE anteriores al 5,72% de las tarifas generales posteriores a la Sentencia, y ello como consecuencia de la exclusión de los fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos incorporados o sincronizados en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales.

Y, por otro lado, en el coeficiente de intensidad de uso de fonogramas (*i*), que opera ponderando tipo bruto del 5,72%, para cuyo cálculo se excluye el porcentaje de uso de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos incorporados o sincronizados en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales.

Debo señalar que dichas tarifas generales de AGEDI y AIE constituyen la propuesta tarifaria realizada por AGEDI y AIE en el procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001 tramitado ante la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual a instancia de AGEDI y AIE respecto de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET) y ATRESMEDIA.

Este procedimiento de determinación de tarifas consta admitido a trámite mediante acuerdo de 7-6-2023 dictado por el mencionado órgano administrativo⁹⁸, ratificado posteriormente por acuerdo de 7-8-2023 de la propia Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual en el que desestimó los recursos de reposición interpuestos por MEDIASET y ATRESMEDIA contra dicha resolución de admisión a trámite.

Tal procedimiento de determinación de tarifas se encuentra actualmente en tramitación ante la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual que, necesariamente, habrá de decidir sobre la aplicación de Sentencia en el ámbito tarifario de AGEDI y AIE a la vista de las alegaciones y pruebas que presenten tanto las partes en el procedimiento (AGEDI, AIE, MEDIASET y ATRESMEDIA) como los terceros interesados⁹⁹.

⁹⁷ Sector directamente afectado por la Sentencia.

⁹⁸ BOE nº 146, de 20-6-2023, accesible íntegramente en <https://www.culturaydeporte.gob.es>.

⁹⁹ E incluso, en su caso, sobre el planteamiento de nueva cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, al concurrir en la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual

5.3. Improcedencia de realizar una interpretación *ultra vires* de la Sentencia en el ámbito de la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos

Algunos usuarios, especialmente algunas emisoras de televisión a través de sus asesores legales, han comenzado a sugerir la posibilidad de realizar una interpretación *ultra vires* de la Sentencia que vaya más allá de sus propios términos y en razón de la cual, apelando a una especie de analogía mal entendida, se extiendan sus efectos al ámbito de todo tipo de grabaciones audiovisuales emitidas por televisión, con independencia de que las mismas contengan o no la fijación de una obra audiovisual.

Comenzaré por decir que tal interpretación implica ir más allá del principio de «interpretación conforme» establecido en el art. 4 bis.1 LOPJ para adentrarnos en el ámbito de esa analogía mal entendida a la que he hecho referencia, que nada tiene que ver con la recta aplicación del principio de aplicación analógica de las normas establecido en el art. 4.1 CC, puesto que de lo que se trata no es de aplicar una norma (en este caso, su interpretación por el TJUE) a un supuesto semejante no regulado en el que se aprecie identidad de razón.

En este caso, lo que se pretende es retorcer la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada por el TJUE en su Sentencia, y su propio contenido, con el objetivo de que las emisoras de televisión no tengan que satisfacer cantidad alguna por los usos de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos que realizan en su programación habitual.

Este posicionamiento es contrario a la propia parte dispositiva de la Sentencia que, claramente, limita la exclusión de la obligación de pago de la remuneración en base a la interpretación que realiza del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE a los casos de «*comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas*».

Por tanto, si la parte dispositiva de la Sentencia es clara a la hora de concretar que tan solo en los supuestos de comunicación pública de «obras audiovisuales» opera la exención de pago de la remuneración contemplada en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, no vemos razón jurídica alguna para aplicar tal exención a un supuesto de hecho distinto, cual es la comunicación pública de meras grabaciones audiovisuales que no contienen la fijación de obras audiovisuales.

Sin perjuicio de que el argumento anterior sería suficiente para zanjar el debate, he de hacer referencia a que la Sentencia trata expresamente la cuestión en su párrafo 40 para, reproduciendo los términos de la Guía, asumir la interpretación del art. 2 b) del TOIEF realizada en la misma 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”*».

la condición de «órgano jurisdiccional» a efectos del art. 267 TFUE de acuerdo con la propia doctrina del TJUE (entre otras, sentencia de 21-1-2020 dictada en el asunto C-274/14 Banco de Santander ECLI:EU:C:2022:351).

Tal afirmación es coherente con las Conclusiones del Abogado General del TJUE Don Evgeni Tanchev asumidas por la Sentencia; concretamente, en párrafo 50 de dichas Conclusiones se señala textualmente que *«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»*.

Por tanto, habremos de convenir que, al igual que el TJUE asume que una fijación de sonidos incorporada en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual no está comprendida en el concepto de «fonograma», también está asumiendo que una fijación de sonidos incorporada en una mera grabación audiovisual que no contenga la fijación de una obra audiovisual está comprendida en el concepto de «fonograma» y, por tanto, su comunicación pública devenga la remuneración contemplada en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Adicionalmente, la «nueva» posición de estos usuarios olvida sus propios actos en el sentido de que lo que ATRESMEDIA mantuvo durante el procedimiento nacional previo al planteamiento de la cuestión prejudicial, y también ante el TJUE, es que la comunicación pública de fonogramas incorporados o sincronizados en meras grabaciones audiovisuales que, según la propia ATRESMEDIA, contienen *«creaciones audiovisuales de menor altura creativa»*, sí devengaría la remuneración establecida en los art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Por consiguiente, ninguna interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE conforme a la Sentencia puede llevar a concluir que no se devenga la remuneración prevista en mismo cuando el objeto de la comunicación pública sea una mera grabación audiovisual que no contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se encuentren incorporados, reproducidos o «sincronizados» los fonogramas publicados con fines comerciales.

6. Posibles soluciones a la errónea doctrina fijada en la Sentencia

Si, conforme se expone en este trabajo, se asume que la doctrina establecida en la Sentencia es errónea, hay que plantearse cuáles serían las posibles soluciones que podrían implementarse para revertir la situación creada por la misma. Las que propongo son las que se desarrollan a continuación.

6.1. Modificación del TRLPI

La solución más sencilla, aunque con efectos limitados al ámbito territorial del Reino de España, sería la modificación del TRLPI con el objetivo de incluir expresamente los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan reproducido o sincronizado fonogramas publicados con fines comerciales en el ámbito de la remuneración establecida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

Tal modificación resulta posible en el ámbito de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, puesto que las mismas tienen el carácter de Directivas de «mínimos» respecto de los derechos reconocidos a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes o ejecutantes en el art. 8 de las mismas.

Tal carácter ha sido reconocido expresamente por la sentencia de 14-7-2015 del TJUE (asunto C-192/04, LAGARDÈRE/SPRE y GVL)¹⁰⁰, en cuyo párrafo 46 se señala textualmente lo siguiente:

«Con carácter preliminar, debe señalarse que del tenor y de la estructura de la Directiva 92/100 resulta que ésta prevé una armonización mínima en materia de derechos afines al derecho de autor. Así, no pretende cuestionar, en particular, el principio de territorialidad de esos derechos, reconocido por el Derecho internacional y admitido igualmente por el Tratado CE. Por tanto, esos derechos tienen un carácter territorial y el Derecho interno únicamente puede, además, sancionar actos que tengan lugar en su territorio nacional».

En este sentido, debo recordar que, de los Considerandos (20) de la Directiva 92/100/CEE y (16) de la Directiva 2006/115/CE, se deriva que cada legislador nacional está plenamente facultado para establecer, en cada uno de los Estados miembros, un nivel de protección mayor que el previsto en el art. 8 de las citadas Directivas¹⁰¹.

Por tanto, la protección reconocida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI a los artistas y productores de fonogramas puede superar el umbral de armonización mínima previsto en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Consecuentemente, el eventual reconocimiento de un derecho de remuneración a dichos titulares, más allá del mínimo exigido en las Directivas, supondría una mejora en el nivel de protección previsto en las mismas que no incurriría en infracción de su texto.

La posibilidad de una mayor protección que la establecida en el art. 8.2 a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas fue reconocida expresamente por la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Supremo, en su sentencia de 1-3-2001 dictada en recurso 413/1996¹⁰² que, en su Fundamento de derecho decimotercero, considera compatible, desde el punto de vista del derecho comunitario, el sistema de remuneración equitativa compartida por los productores de fonogramas con los artistas intérpretes o ejecutantes (vigentes arts. 108.4 y 116.2 TRLPI) con el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar o prohibir la comunicación pública de sus fonogramas (art. 109.1 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, finalmente declarado vigente en la propia sentencia).

¹⁰⁰ ECLI:EU:C:2005:475.

¹⁰¹ A sensu contrario, es obvio que el legislador nacional de cada uno de los Estados miembros no puede establecer un nivel de protección inferior al previsto en las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, lo cual se deduce igualmente del párrafo tercero del art. 288 TFUE.

¹⁰² ECLI:ES:TS:2001:1596. En esta sentencia se estimó en parte el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN FONOGRAFICA Y VIDEOGRAFICA ESPAÑOLA (AFYVE) contra determinados preceptos del TRLPI, estableciendo textualmente en su parte dispositiva lo siguiente: *«Estimamos en parte el citado recurso declarando que el Gobierno se excedió en los límites de la delegación que le había sido otorgada por la disposición final segunda de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, al derogar o considerar derogado y, por tanto, no incluir en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias, derecho reconocido en el artículo 109, apartado 1, de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, cuya subsistencia asimismo declaramos.»*

Posteriormente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en su sentencia nº 543/2010, de 15-9-2010 (recurso 2548/2005)¹⁰³, en cuyo Fundamento de derecho quinto se puede leer textualmente lo siguiente:

«3ª.- El preámbulo de la propia Directiva considera expresamente "que los Estados miembros pueden establecer a favor de los titulares de derechos afines a los derechos de autor una protección mayor que la prevista en el artículo 8 de la presente Directiva", lo cual está en consonancia con la consideración previa de ser "necesario establecer un régimen que garantice de manera irrenunciable una remuneración equitativa para autores y artistas intérpretes y ejecutantes, quienes deberán tener la posibilidad de confiar la administración de este derecho a entidades de gestión colectiva que los representen". Por tanto, incluso en el ámbito de los fonogramas, la Directiva de que se trata admite que los Estados miembros dispensen a los artistas intérpretes o ejecutantes una protección mayor, como declara la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2009 (rec. 2157/03) en su fundamento jurídico quinto.»

De hecho, y como ha quedado expuesto en este mismo trabajo, otros países de la UE, concretamente la República de Croacia y la República de Italia, reconocen expresamente el derecho de remuneración en los casos de comunicación pública de un fonograma publicado con fines comerciales incorporado en una obra audiovisual.

Por consiguiente, al configurarse el art. 8 de dichas Directivas como umbral de protección mínimo que puede ser mejorado o ampliado por cualquiera de los Estados miembros, y en razón de lo expuesto en los Considerandos (20) de la Directiva 92/100/CEE y (16) de la Directiva 2006/115/CE, y la interpretación realizada de los mismos por las Salas de lo Contencioso-administrativo y Civil del Tribunal Supremo, resulta perfectamente factible la modificación del TRLPI a efectos de incluir, en el ámbito de la remuneración establecida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI, los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan reproducido o sincronizado fonogramas publicados con fines comerciales, solucionándose de esta forma, en el territorio del Reino de España, la errónea doctrina fijada en la Sentencia.

6.2. Revisión por el TJUE de la doctrina fijada en la Sentencia

La solución que más complejidad conlleva es que sea el propio TJUE quien corrija la doctrina fijada en la Sentencia sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Esta solución, naturalmente, zanjaría de raíz el problema creado por la Sentencia, cuya doctrina sería anulada, reconsiderada o revisada por el propio TJUE, y extendería su ámbito de aplicación a todos los países de la UE.

Sin embargo, esta solución plantea un doble desafío: primero, encontrar un «órgano jurisdiccional» que cuestione la doctrina fijada en la Sentencia; y, en segundo lugar, determinar si existe posibilidad real de que el TJUE pueda revisar o corregir tal doctrina.

¹⁰³ ECLI:ES:TS:2010:6575. Derivada del procedimiento judicial instado por AIE (junto con AISGE) contra DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (VÍA DIGITAL) cuyo objeto fue la remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes establecida en el vigente art. 108.5 TRLPI.

Respecto de la primera cuestión, y como he anticipado¹⁰⁴, una oportunidad inestimable de que se dilucide de nuevo el problema ante el TJUE es que la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual plantee nueva cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE en el seno del procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001¹⁰⁵.

Efectivamente, y más allá de las pretensiones de las partes, corresponde a la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad, en ejercicio de su función de determinación de tarifas, no solo establecer el importe de la remuneración exigida de las entidades de gestión implicadas, su forma de pago y demás condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos concernidos¹⁰⁶, sino también interpretar y aplicar, a los fines del procedimiento de determinación de tarifas, la normativa material contenida en el TRLPI¹⁰⁷.

Por ello, necesariamente, en el procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001 la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual va a tener que interpretar y aplicar tanto los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI como el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE y, por tanto, si en tal proceso de interpretación y aplicación la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual entendiera que la doctrina fijada por la Sentencia es errónea, puede perfectamente solicitar que el TJUE efectúe un nuevo pronunciamiento en base a circunstancias y argumentos que no hayan sido tenidos en consideración en la Sentencia.

Respecto de la segunda cuestión, no es objeto de este trabajo profundizar en la compleja cuestión del valor que el TJUE ha dado a su propia jurisprudencia previa, y si realmente el TJUE ha asumido la doctrina (anglosajona) del principio *stare decisis*.¹⁰⁸

Sin embargo, sí dejaré constancia de que el TJUE, aunque en contadas ocasiones, ha anulado expresamente su propia doctrina o precedente (*express overruling*); este es el caso de la sentencia

¹⁰⁴ Vid nota a pie de página 99 de este trabajo.

¹⁰⁵ Tramitado a instancia de AGEDI y AIE respecto de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET) y ATRESMEDIA y cuyo objeto es la determinación de las tarifas de AGEDI y AIE por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos y por la reproducción para dicha comunicación pública en emisoras de televisión de difusión inalámbrica y plataformas digitales, cableoperadores y otras entidades con oferta multicanal.

¹⁰⁶ Conforme al art. 194.3 TRLPI.

¹⁰⁷ En este sentido se pronuncia de forma terminante, y entre otras, la resolución de 23-7-2020 dictada por la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual dictada en el procedimiento de determinación de tarifas E/2017/002 en la que se resuelve la determinación de tarifas generales, en revisión de las establecidas por la entidad de gestión EGEDA, para el cobro de los derechos correspondientes a los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales por las operadoras de TV de pago accesible en <https://www.culturaydeporte.gob.es>, en cuyo apartado II.4.2 («Sobre la competencia de la SPCPI para interpretar la legislación de propiedad intelectual y cualquier normativa concordante en el seno del procedimiento de determinación de tarifas») se señala textualmente lo siguiente:

«255. Pues bien, esta SPCPI considera que no sólo puede, sino que necesariamente debe interpretar los derechos de naturaleza jurídico-civil regulados en la legislación de propiedad intelectual (y, en su caso, en otras leyes concurrentes) a la hora de resolver los procedimientos de determinación de tarifas o cualesquiera otros de su competencia.»

¹⁰⁸ Sobre esta cuestión, me remito al trabajo del catedrático de derecho europeo del King's College del Londres y abogado en Inglaterra, Gales y Grecia Don Panagiotis Takis Tridimas «*Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt?*», publicado en The Philosophical Foundations of EU Law (Oxford University Press forthcoming 2012-2013).

de 17-10-1990 dictada en el asunto C-10/89 (HAG II)¹⁰⁹, en el que el TJUE revoca expresamente la doctrina fijada en la sentencia de 3-7-1974 dictada en el asunto 192/73 (HAG I)¹¹⁰ en materia de marcas¹¹¹.

Otro caso de anulación expresa por el TJUE de su propia doctrina, esta vez no a instancia del Abogado General sino motu proprio, es el de la sentencia de 24-11-1993 dictada por el TJUE en los asuntos acumulados C-267/91 Y C-268/91 (Keck)¹¹² sobre la interpretación del art. 34 TFUE (antiguo art. 30 TCE)¹¹³.

Un acertado estudio de la relevancia del precedente en la jurisprudencia del TJUE y la revisión de su propia jurisprudencia por el TJUE se realiza en las Conclusiones presentadas el 23-9-2021 por el Abogado General del TJUE Sr. Michal Bobek en el Asunto C-205/20¹¹⁴, señalando textualmente lo siguiente:

«130. El Tribunal de Justicia nunca ha afirmado estar formalmente vinculado por la doctrina del principio stare decisis. Sin embargo, en la práctica se adhiere a esta doctrina. La necesidad de referirse de forma coherente a su propio precedente y de garantizar el carácter firme de su jurisprudencia implica que el Tribunal de Justicia proceda solo en contadas ocasiones a la anulación expresa. Es más habitual que el Tribunal de Justicia realice un deslinde del asunto o explique retrospectivamente su propia jurisprudencia para que las diferentes piezas del rompecabezas «encajen» y queden «aclaradas».

131. En el pasado, el Tribunal de Justicia ha revisado su jurisprudencia anterior en diversas ocasiones. Sin embargo, los casos de anulación expresa siguen siendo raros. Incluso en estas contadas ocasiones, las explicaciones del Tribunal de Justicia sobre los motivos que subyacen a la adopción de una posición diferente son relativamente escasas. En algunos casos, el Tribunal de Justicia se limita a reconocer el precedente divergente anterior y a señalar que adopta una interpretación distinta. En otros casos, resulta manifiesto que el Tribunal de Justicia ha cambiado de opinión a la vista de las circunstancias y los argumentos presentados en un asunto posterior, o que aclara su posición anterior a la luz de esas nuevas consideraciones.

¹⁰⁹ ECLI:EU:C:1990:359.

¹¹⁰ ECLI:EU:C:1974:72.

¹¹¹ Mientras en HAG I el TJUE sostuvo que el titular de una marca no podía prohibir la comercialización en su propio Estado miembro de productos legalmente producidos por el titular de una marca idéntica en otro Estado miembro si las dos marcas tienen un origen común, en HAG II resolvió lo contrario, es decir, el titular de la marca podía, de acuerdo con la legislación del Estado miembro de aplicación, prohibir la comercialización de tales productos, señalado textualmente que se estimaba *«necesario reconsiderar la interpretación acogida en dicha sentencia a la luz de la jurisprudencia sentada de forma progresiva en la esfera de las relaciones entre la propiedad industrial y comercial y las reglas generales del Tratado, especialmente en el ámbito de la libre circulación de mercancías»*.

¹¹² ECLI:EU:C:1993:905.

¹¹³ Frente a anteriores precedentes dictados en las sentencias del TJUE en los asuntos Dassonville y Cassis de Dijon, y la interpretación amplia del concepto de restricciones a la libre circulación de mercancías, el TJUE consideró que el art. 34 TFUE *«no se aplica a una legislación de un Estado miembro que prohíba de modo general la reventa a pérdida»*; la necesidad de reexaminar y precisar su jurisprudencia se fundamentó, en este caso, en las razones de pragmatismo expresadas en el párrafo 14 de la sentencia (*«cada vez es más frecuente que se invoque el artículo 30 del Tratado para impugnar cualquier tipo de normativa que, sin referirse a los productos de otros Estados miembros, limite la libertad comercial de los operadores económicos, este Tribunal considera necesario reexaminar y precisar su jurisprudencia en la materia»*).

¹¹⁴ NE contra Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld. ECLI:EU:C:2021:759.

132. El Tribunal de Justicia se aparta más abiertamente de su jurisprudencia anterior a la luz de los cambios constitucionales o de las modificaciones del Tratado. Ahora bien, hay una serie de casos en los que el Tribunal de Justicia sigue citando como «totalmente acertadas» sentencias anteriores aunque el nuevo fallo llegue a una conclusión diferente. Solo en muy raras ocasiones el Tribunal de Justicia reconsidera expresamente su interpretación previa, analiza su precedente anterior y explica las razones de un resultado diferente.»

El Abogado General Sr. Michal Bobek hace referencia en tales conclusiones a que la anulación por el TJUE de su propio precedente (*overruling*), aunque fuere cercano en el tiempo, no debe constituir un obstáculo; en este sentido, y poniendo como ejemplo la sentencia del TJUE de 22-5-1990 (Parlamento/Consejo. C-70/88)¹¹⁵ a propósito de la anterior sentencia del TJUE de 27-9-1988 (Parlamento/Consejo (302/87))¹¹⁶, señala textualmente lo siguiente (el remarcado es mío):

«137. En tercer lugar, aunque cabría lamentar que el precedente que debe anularse sea relativamente reciente, esto es algo que en última instancia no debe influir. La interpretación correcta del Derecho de la Unión prevalece sobre tales preocupaciones. De hecho, algunos de los ejemplos más destacados de anulación por parte del Tribunal de Justicia se produjeron relativamente poco tiempo después de la adopción del precedente anulado. Ello es comprensible, teniendo en cuenta que una sentencia del Tribunal de Justicia suele suscitar un debate que lleva a los órganos jurisdiccionales nacionales a formular preguntas complementarias, facilitando al Tribunal de Justicia información o argumentos adicionales. En algunos de estos supuestos más recientes, el Tribunal de Justicia atribuyó los asuntos a la Gran Sala cuando se le solicitaba expresamente que reconsiderara la posición del Tribunal de Justicia. Ciertamente, cuando el precedente que debe anularse tiene muchos años, incluso décadas de antigüedad, una desviación jurisdiccional no es tan problemática. Su motivación puede basarse en el argumento de la evolución del ordenamiento jurídico de la Unión.»

Efectivamente, en el caso de la Sentencia existen, a mi entender, razones de peso que pueden llevar al TJUE a apartarse de la doctrina de la Sentencia sobre la base de los argumentos y circunstancias que se han reflejado a lo largo de este trabajo y que el TJUE no consideró en la Sentencia.

A estos efectos, entiendo que tiene especial relevancia el criterio del Dr. Mihály Ficsor expresado en su trabajo *«Comentarios sobre Atresmedia - qué derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes son o no aplicables en caso de incorporación de fonogramas en Obras audiovisuales»*, al que nos hemos referido a lo largo de este trabajo.

Si el Dr. Mihály Ficsor, autor de la Guía que la Sentencia asume como interpretación «auténtica» del TOEIF, reconoce que la Sentencia ha realizado una mala interpretación de la misma, que de sus observaciones no se desprende lo que la Sentencia ha deducido y que *«cuando se difunde y comunica al público una obra audiovisual, con la reproducción de un fonograma preexistente incorporada, también se difunde y comunica la reproducción del fonograma»*, resulta más que evidente que el TJUE debería, en caso de que se planteara de nuevo el asunto, reconsiderar la doctrina fijada en la Sentencia.

¹¹⁵ ECLI:EU:C:1990:217.

¹¹⁶ ECI:EU:C:1988:461.

Desde el punto de vista fáctico, y como ha quedado dicho a lo largo de este trabajo, poderosas razones me llevan a pensar que el TJUE podría reconsiderar la doctrina fijada en la Sentencia; de entre otras, destaco las siguientes.

En primer lugar, y como ha quedado expuesto a lo largo de este trabajo, el TJUE dicta la Sentencia remitiéndose al contenido de los acuerdos contractuales alcanzados entre los titulares de titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de obras audiovisuales; de hecho, las licencias de «sincronización» constituyen una causa fundamental de los pronunciamientos de la Sentencia.

Partiendo de que tales licencias de «sincronización» no fueron objeto del procedimiento principal en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta en la Sentencia, y que el TJUE no dispuso siquiera de una licencia o contrato de «sincronización» que confirmara su contenido y ámbito, tengo el convencimiento de que el examen de tales licencias, junto con la adecuada comprensión del funcionamiento del mercado discográfico, podría llevar al TJUE a reconsiderar su doctrina.

Y, en segundo lugar, los especialmente indeseables, y a buen seguro indeseados por el propio TJUE, efectos de la Sentencia para los artistas «ejecutantes» (músicos de estudio o de sesión) me llevan también a pensar que, si verdaderamente el TJUE los tuviera presentes, reconsideraría la doctrina fijada en la Sentencia.

Por consiguiente, entiendo que es totalmente posible que el TJUE, si se le planteara de nuevo la cuestión, corrija, revise o modifique la doctrina fijada en la Sentencia sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

7. Conclusiones

La Sentencia, al declarar que el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE debe interpretarse en el sentido de que los usuarios no tienen que pagar la remuneración equitativa y única prevista cuando el objeto de la comunicación pública sea una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se haya incorporado fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos, fija una doctrina errónea sobre la interpretación de los mencionados preceptos.

Una correcta interpretación del concepto de «fonograma» conforme al art. 3 b) de la Convención de Roma, el art. 2 b) del TOIEF y la Declaración concertada a este último precepto, no puede nunca traer como consecuencia que los derechos sobre el fonograma desaparezcan con su incorporación a la fijación de una obra audiovisual, siendo a estos efectos irrelevante que la fijación de una obra audiovisual y, por tanto, todo su contenido, no pueda considerarse «fonograma».

De una correcta interpretación del concepto de «reproducción» previsto en el art. 2 de la Directiva 2001/29/CE y en el art. 7 del TOIEF se deduce que la inclusión (incorporación, encarte o «sincronización») de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual es un acto de reproducción del mismo, sin que la argumentación consistente en que el concepto de «reproducción» tiene distinto significado en la Directiva 2001/29/CE que en las

Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE resulte admisible desde el punto de vista de una recta interpretación de dicho concepto.

La Sentencia no solo ha otorgado erróneamente la condición de interpretación «auténtica» del TOIEF a los comentarios del Dr. Mihály Ficsor al mismo incluidos en la Guía, sino que además se ha equivocado al interpretar dichos comentarios y aplicarlos, lo cual ha sido denunciado por el propio autor de los comentarios (Dr. Mihály Ficsor) en la crítica a la Sentencia que ha publicado.

La Sentencia yerra al partir del prejuicio de que las licencias otorgadas por los productores de fonogramas a los productores de obras audiovisuales por la sincronización de fonogramas publicados con fines comerciales en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de una obra audiovisual incluyen los posteriores actos de comunicación pública de tales grabaciones audiovisuales, conculcando los principios de independencia, compatibilidad y acumulabilidad entre los derechos de reproducción y comunicación pública de los productores de fonogramas y de los artistas musicales, y todo ello sin haber siquiera accedido o revisado el contenido de tales licencias.

La Sentencia yerra al afirmar que los objetivos principales perseguidos por las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE deben alcanzarse a través de los contratos de sincronización suscritos entre los productores de fonogramas y los productores de grabaciones audiovisuales.

Los efectos de la Sentencia son muy negativos para la debida protección de los derechos de propiedad intelectual de los artistas musicales y productores fonográficos en el ámbito audiovisual, siendo especialmente indeseables para el colectivo de artistas musicales y, dentro del mismo, para el grupo profesional de los artistas ejecutantes («músicos de estudio» o «de sesión»), para los que supone, en la práctica, privarles de la posibilidad de recibir contraprestación alguna por el uso de sus prestaciones en obras audiovisuales, es decir, exactamente el contrario del pretendido en las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

La interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada en la Sentencia ha sido trasladada, prácticamente de forma literal, a la sentencia nº 67/2021, de 9-2-2021 por la Sala 1ª del Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación 952/2016 en cuyo seno se planteó la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE.

AGEDI y AIE han modificado sus tarifas generales a efectos de adaptar su gestión a la doctrina de la Sentencia, partiendo de los postulados defendidos por ATRESMEDIA en el procedimiento judicial en cuyo seno se dictó la Sentencia, asumidos en la sentencia dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo al confirmar la sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid, y teniendo en cuenta que la Sentencia no trató la cuestión de la consideración de los espacios y anuncios publicitarios como obras audiovisuales.

Las nuevas tarifas generales de AGEDI y AIE por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos y por la reproducción para dicha comunicación pública han trasladado la doctrina fijada en la misma, excluyendo los fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos incorporados o sincronizados en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales.

La Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual habrá de decidir sobre la aplicación de Sentencia en el ámbito tarifario de AGEDI y AIE en el procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001 (AGEDI-AIE/MEDIASET-ATRESMEDIA), actualmente en tramitación.

Ninguna interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE conforme a la Sentencia puede llevar a concluir que no se devenga la remuneración prevista en mismo cuando el objeto de la comunicación pública sea una mera grabación audiovisual que no contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se encuentre incorporados, reproducidos o sincronizados los fonogramas publicados con fines comerciales.

La errónea doctrina de la Sentencia puede corregirse, con efectos limitados al territorio del Reino de España, mediante una modificación del TRLPI que incluya expresamente a los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan reproducido o sincronizado fonogramas publicados con fines comerciales en el ámbito de la remuneración establecida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

La errónea doctrina fijada en la Sentencia también puede corregirse, con efectos generales de aplicación a todos los estados miembros de UE, mediante la anulación expresa, reconsideración o revisión de la misma por el propio TJUE, constituyendo una oportunidad inestimable para ello la posibilidad de planteamiento de nueva cuestión prejudicial por la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual en el seno del procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001 actualmente en tramitación.

8. Bibliografía

AGEDI-AIE. Tarifas generales. <https://agedi-aie.es/tarifas>.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. «La originalidad de las obras publicitarias y de las páginas web» (2018) (XXXIII Jornadas de Estudio sobre propiedad industrial e intelectual, ISBN 9788493942281, págs. 39-60).

CUBELLS, Eric Jordi. «Sentencia “Atresmedia”: (todavía) menos ingresos para los artistas» Legal Today, Editorial Aranzadi (2020). <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional/sentencia-atresmedia-todavia-menos-ingresos-para-los-artistas-2020-12-18/>.

CNMC. «Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual» (2009). https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185907_7.pdf

FICSOR, Mihály. «Comments on Atresmedia -- what rights of performers are, or are not, applicable in case of embodiment of phonograms in audiovisual Works» Blog *COPYRIGHT SEE-SAW* (2022), <http://www.copyrightseesaw.net/en/papers>.

FICSOR, MIhály. «Guía sobre los Tratados de derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI». Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2003). https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

GONZÁLEZ SANJUAN, 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» (2021). Actas de derecho industrial y derecho de autor, 41 (2020-2021), [Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales](#), páginas 377 a 392.

LUCAS, André. «3. Droits voisins. 1. Utilisations secondaires de phonogrammes du commerce - Rémunération équitable - Notion de phonogramme au sens de l'article 2 b) du TIEP – Application aux fixations audiovisuelles incorporant des phonogrammes (non). • CJUE, 18 novembre 2020 aff. C-147/19 Atresmedia c/ AGEDI et AIE» (2022). “*Propriétés Intellectuelles*”, n° 78, páginas 54 a 63.

MASOUYÉ, CLAUDE. «Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas», OMPI 1982 (reimpresión 2003). <https://tind.wipo.int/record/35090>.

MASOUYÉ, CLAUDE «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)», OMPI (1978) <https://tind.wipo.int/record/35093>.

MASSAGER, José. «Las creaciones publicitarias protegibles mediante derecho de autor: propuestas creativas, conceptos publicitarios, creatividades e ideas publicitarias» (2021), revista InDret 2-2021.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. «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”*» (2023), revista InDret 3-2023.

SERRANO FERNÁNDEZ, María. «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: Caso Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. contra Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes y Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE) (TJCE 2020, 259)» (2021). Revista de Derecho Patrimonial n° 55, Aranzadi 2021.

TAKIS TRIDIMAS, Panagiotis. «Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt?», *The Philosophical Foundations of EU Law*, Oxford University Press forthcoming 2012-2013.