

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Comunicación pública. Derecho exclusivo o de remuneración. Opciones

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Tribunal Supremo, Sala 3ª

FECHA: 1-3-2001

JURISDICCIÓN: Judicial (Contencioso-administrativo)

FUENTE: Texto del fallo en copia del original.

OTROS DATOS: Recurso contencioso-administrativo No. 413/1996.

SUMARIO:

“Si la protección jurídica de estas empresas [productoras de fonogramas, nota del compilador] comprende sólo los derechos exclusivos de reproducción o de distribución o, por el contrario, incluye además el exclusivo de autorizar la comunicación al público es una cuestión que depende de la opción político-legislativa que se adopte al respecto (de hecho, en el panorama comparado europeo hay soluciones a favor y en contra sobre este punto) pero que no tiene incidencia en cuanto a su compatibilidad con la remuneración equitativa de los artistas intérpretes y ejecutantes”.

TEXTO COMPLETO:

Fundamentos de Derecho

Primero: La Asociación Fonográfica y Videográfica Española (en lo sucesivo, «AFYVE») interpone el presente recurso contencioso-administrativo con la pretensión de que esta Sala anule determinados preceptos del RDL 1/1996, de 12 Abr., que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, “el Texto Refundido”) y declare subsistente el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus fonogramas, derecho que la L 22/1987, de 11 Nov., de Propiedad Intelectual, reconocía a los productores de fonogramas. El recurso tiene como fundamento básico que, al redactar el Texto Refundido, el Gobierno de la Nación se habría extralimitado en el ejercicio de la delegación legislativa que le confirieron las Cortes.

La pretensión de AFYVE es doble: en primer lugar, sostiene que el Gobierno no estaba habilitado para introducir las “segundas frases” que constan en los arts. 116.3, 108.4, y 122.3 del Texto Refundido, a tenor de las cuales se reconoce la intervención obligada de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual en la negociación, cobro y distribución de determinados derechos patrimoniales; en segundo lugar, considera que el Texto Refundido se aparta de la delegación conferida por las Cortes al no recoger el derecho exclusivo de los productores de fonogramas sobre la comunicación pública de éstos y de sus copias.

Segundo: La objeción de inadmisibilidad opuesta por el abogado del Estado y fundada en que el objeto del recurso excede de las competencias de esta Sala, al consistir en preceptos con rango formal de Ley, no puede ser aceptada desde el momento en que nos

corresponde verificar la adecuación de los decretos legislativos aprobados por el Gobierno a los términos de la delegación parlamentaria de la que traen causa.

No son precisas demasiadas consideraciones para explicar el fundamento de esta afirmación que ya había sido generalmente asumida en nuestro sistema jurídico y el propio legislador ha reconocido al incluir entre las pretensiones de las que ha de conocer este orden jurisdiccional aquéllas que se deduzcan en relación con “los Decretos Legislativos cuando excedan de los límites de la delegación” (art. 1.1 de la L 29/1998, de 13 Jul.).

Según hemos manifestado en anteriores ocasiones y reiterado recientemente (SS de 9 y 10 Feb. 2000, dictadas en los recursos núms. 486 y 485 de 1996, respectivamente) a propósito de la impugnación por otras personas jurídicas de este mismo Texto Refundido:

“[...] Desde el punto de vista sustantivo, conviene precisar que la técnica legislativa contenida en el art. 82 de la Constitución se configura como una delegación recepticia, al adquirir la norma delegada la naturaleza de Ley, pero sólo en aquello en que no se sobrepase el límite de la delegación; si se superase tal límite, o se regulase ex novo alguna materia, la norma quedaría reducida a un simple reglamento y, por tanto, sometida al control de la potestad reglamentaria, a través de las técnicas que para tal control se establecen en nuestro ordenamiento jurídico y que son ejercitables ante la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que no sería posible si no se produce ultra vires porque entonces estaríamos en presencia de una disposición con rango de Ley, revisable únicamente por el TC.

El proceso lógico, por tanto, que debemos seguir en esta sentencia, es examinar si los arts. [...] del Texto Refundido se encuentran dentro de los límites de la delegación y, sólo en caso negativo, determinar si la extralimitación es posible, como consecuencia del ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al Gobierno por el art. 97 de la Constitución. [...] Valgan las anteriores reflexiones para rechazar la inadmisibilidad opuesta [...]».

Tercero: La mejor comprensión del litigio aconseja reflejar, ante todo, al menos el esquema del complejo itinerario legislativo que desembocó en la aprobación del Texto Refundido, cuyos hitos más significativos fueron los siguientes:

a) La Ley de Propiedad Intelectual 22/1987, de 11 Nov.

b) La Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 Nov. 1992, sobre derechos de alquiler y préstamos y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

c) La L 43/1994, de 30 Dic., de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE.

d) La Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 Sep. 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

e) La L 27/1995, de 11 Oct., de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/1998/CEE del Consejo, de 29 Oct. 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

Mediante la disposición final 2 de esta L 27/1995, las Cortes autorizaron al Gobierno para que antes del 30 Jun. 1996 aprobara un texto que refundiese «las disposiciones legales en materia de propiedad intelectual que se encuentren vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que hayan de ser refundidos». El alcance temporal de esta habilitación legislativa es, pues, el relativo a las disposiciones legales que se encontraran vigentes a 30 Jun. 1996.

El Texto Refundido objeto de recurso es, precisamente, el derivado de dicha habilitación legislativa.

f) La L 28/1995, de 11 Oct., de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/83/CEE del

Consejo, de 27 Sep. 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, que preveía la incorporación de las disposiciones contenidas en dicha Ley al Texto Refundido autorizando al Gobierno por la disp. final 2 de la L 27/1995.

Cuarto: La primera de las cuestiones que plantea el recurso es la relativa a las denominadas “segundas frases” de los arts. 116.3, 108.4, y 122.3 del Texto Refundido, preceptos que coinciden en disponer que “el derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere [los apartados precedentes] se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de este derecho, a través de las respectivas entidades de gestión, comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél”. Esta previsión se refiere tanto a la remuneración derivada de la comunicación pública de los fonogramas (arts. 116.3 y 108.4) como de las grabaciones audiovisuales (art. 122.3), que han de compartir los artistas intérpretes y ejecutantes, por un lado, y los productores de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, por otro.

La censura de AFYVE a este respecto parte del presupuesto de que la delegación concedida al Gobierno no le proporcionaba cobertura suficiente para introducir estas disposiciones, que se habrían establecido *ultra vires* de aquella habilitación. Tesis que hemos rechazado de modo expreso en las dos sentencias citadas en el fundamento jurídico segundo, cuya doctrina, si bien referida de modo expreso al art. 90.7 del Texto Refundido, es asimismo aplicable a los tres artículos objeto de esta parte de la impugnación, dada su identidad de razón. Aquellas sentencias se expresaron en los siguientes términos:

“[...] El art. 90, que regula la remuneración de los autores de obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, establece en su ap. 7 que

ese derecho se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

El precepto se introduce por primera vez en el Texto Refundido, estableciendo para los titulares de estos derechos un tratamiento similar al regulado en la L 43/1994, de 30 Dic.- que incorpora al Derecho español la Directiva 92/100/CEE y que se encuentra entre las que son objeto de refundición- para los autores y ejecutantes o artistas intérpretes que hayan transferido o cedido a un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales su derecho de alquiler -art. 3- o su derecho a la emisión inalámbrica y a la comunicación al público -art. 7-.

Así, la opción por el sistema de gestión colectiva obligatoria se permite expresamente en el art. 4.4 de la Directiva 92/100/CEE («los Estados miembros podrán establecer la obligatoriedad total o parcial de la gestión a través de las entidades de gestión colectiva del derecho de obtener una remuneración equitativa [...]») y se impone en otras disposiciones comunitarias, como por ejemplo en el art. 9 de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 Sep. 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable («los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o de derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva»).

Se está realizando, por tanto, una armonización comprendida dentro de los términos de la delegación, al unificar el sistema de gestión de los derechos de autor, que en principio deben responder a unos criterios similares, puestos de manifiesto en la Memoria, cuya finalidad es evitar las dificultades, a veces insuperables, con que se encontrarían los titulares de estos derechos para ejercerlos personalmente; habida cuenta de las innumerables personas físicas y jurídicas, en muchos casos extranjeras, que pueden ser usuarios de los derechos de propiedad

intelectual. Por ello no puede decirse que el precepto rebase los límites autorizados en la Ley delegante [...]”.

La primera de las pretensiones de la demanda debe, pues, ser desestimada.

Quinto: Debemos analizar ahora la cuestión relativa a la subsistencia del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de los fonogramas, derecho que la L 22/1987 reconocía expresamente a los productores de fonogramas en los arts. 103 y 109.1 bajo los siguientes términos:

Art. 103.1. Cuando un fonograma publicado con fines comerciales se utilice en cualquier forma de comunicación pública, los artistas intérpretes o ejecutantes, cuyas actuaciones se hayan fijado en aquél, tendrán derecho a una compensación económica.

2. Esta compensación consistirá en la mitad del rendimiento íntegro que obtenga el productor fonográfico por causa de la utilización de los fonogramas y de su comunicación pública a que se alude en el párrafo anterior.

3. Los artistas, intérpretes o ejecutantes, si a su derecho conviene, podrán exigir su participación, junto con los productores, en la negociación de esta compensación con el usuario del fonograma.

Art. 109.1. El productor tiene respecto de sus fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, directa o indirectamente, la distribución de copias de aquéllos y la comunicación pública de unos y otras.

Sexto: El análisis de esta cuestión requiere consignar, ya de modo más pormenorizado, el devenir ulterior del referido derecho (esto es, el exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de fonogramas), cuya «desaparición» del Texto Refundido motiva la segunda pretensión del recurso de AFYVE, devenir en el que tuvieron incidencia los siguientes desarrollos normativos:

a) La Directiva 92/100/CEE del Consejo, antes citada, cuyo art. 8 dispuso:

“1. Los Estados miembros concederán a los artistas intérpretes y ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación al público de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se haga a partir de una fijación.

2. Los Estados miembros establecerán la obligación del usuario de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma, que se utilice para la radiodifusión inalámbrica o para cualquier tipo de comunicación al público de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los Estados miembros podrán establecer las condiciones en que deban repartirse dicha remuneración”.

En la Exposición de Motivos de la Directiva se afirma que “que los Estados miembros pueden establecer en favor de los titulares de derechos afines a los derechos de autor una protección mayor que la prevista en el art. 8 de la presente Directiva”.

b) La L 43/1994, de 30 Dic., por la que se incorporó al derecho español la Directiva 92/100/CEE, cuyo art. 7 dispuso:

“Art. 7. Radiodifusión y comunicación al público.

1. Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación al público de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada.

2. Los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para la radiodifusión inalámbrica o para cualquier forma de comunicación al público, tienen la obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o

ejecutantes y productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, el reparto a que se refiere el párrafo anterior se realizará por partes iguales”.

c) Por su parte, al regular en el libro II (“De los otros derechos de propiedad intelectual”) los derechos “afines” correspondientes a artistas intérpretes y ejecutantes (título I) y a los productores de fonogramas (título II) los respectivos arts. 108 y 116 del Texto Refundido lo hicieron en los siguientes términos:

Art. 108. [Derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes] Comunicación pública.

1. Corresponde al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada. [...] 2. Los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación pública, tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos, éste se realizará por partes iguales.

3. [...]

Art. 116 [Derechos de los productores de fonogramas] Comunicación pública 1. Cuando la comunicación al público se realice vía satélite o por cable y en los términos previstos respectivamente en los aps. 3 y 4 del art. 20 de esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en tales preceptos.

2. Los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación pública, tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el

reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales [...].

Séptimo: A juicio de esta Sala, el análisis del complejo proceso normativo que acabamos de reflejar pone de relieve que, en efecto, el derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública de los fonogramas, reconocido por la L 22/1987 a los productores de éstos, subsistía a la entrada en vigor del Texto Refundido, de modo que el Gobierno no podía derogarlo ni considerarlo derogado pues el mandato que le había sido conferido no le autorizaba a ejercer esta facultad, propiamente legislativa.

Las consideraciones que nos llevan a mantener esta conclusión se resumen, de modo sintético y sucesivo, en los siguientes enunciados que ulteriormente hemos de desarrollar:

a) El derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública no es incompatible con el sistema de remuneración equitativa compartida entre productores y artistas intérpretes y ejecutantes.

b) La norma legal que reconocía de modo expreso el referido derecho no ha sido derogada ni explícita ni implícitamente por las leyes posteriores.

Octavo: La compatibilidad del sistema de remuneración equitativa (compartida entre productores de fonogramas e intérpretes y ejecutantes) con el derecho exclusivo de los productores a autorizar o prohibir la comunicación pública de sus fonogramas tiene sólidos apoyos tanto en argumentos de derecho interno como de derecho comunitario. Por lo que hace a los primeros, desarrollaremos a continuación los tres siguientes:

a) Dicha compatibilidad -que ahora analizamos meramente en abstracto, esto es, al margen de que siga vigente o no el derecho de exclusiva de los productores de fonogramas- figuraba sin problemas en la L 22/1987.

b) Tanto el Ministerio de Cultura como el Consejo de Estado reconocieron de modo expreso su subsistencia al proponer e informar,

respectivamente, el proyecto de Texto Refundido de 1996.

c) La compatibilidad de la remuneración equitativa y el derecho exclusivo permanece en el Texto Refundido en cuanto a la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales.

Noveno: La L 22/1987, en efecto, reconocía de modo expreso el derecho exclusivo de los productores a autorizar o prohibir la comunicación pública de los fonogramas, lo que no impedía en modo alguno el simultáneo reconocimiento del derecho a una “compensación económica” de los intérpretes y ejecutantes cuando un fonograma publicado con fines comerciales se utilizara en cualquier forma de comunicación pública, compensación que consistía en «la mitad del rendimiento íntegro que obtenga el productor fonográfico por causa de la utilización de los fonogramas y de su comunicación pública [...]”.

El hecho de que la compensación económica de la L 22/1987 se haya convertido en una remuneración equitativa según la L 43/1994 no afecta, en lo sustancial, a la compatibilidad de que venimos hablando. Se trata, en ambos casos, de un derecho de los intérpretes y ejecutantes a participar en los beneficios generados por la explotación económica -en sentido amplio- de los fonogramas que lleven a cabo las empresas productoras de éstos cuando sean objeto de comunicación al público. Si la protección jurídica de estas empresas comprende sólo los derechos exclusivos de reproducción o de distribución o, por el contrario, incluye además el exclusivo de autorizar la comunicación al público es una cuestión que depende de la opción político-legislativa que se adopte al respecto (de hecho, en el panorama comparado europeo hay soluciones a favor y en contra sobre este punto) pero que no tiene incidencia en cuanto a su compatibilidad con la remuneración equitativa de los artistas intérpretes y ejecutantes.

Décimo: El problema de la compatibilidad fue analizado de modo expreso por el Ministerio de Cultura y por el Consejo de Estado, antes de procederse a la aprobación del Texto

Refundido, en términos que esta Sala comparte en lo sustancial y que, por ello, reproducimos.

La Memoria Explicativa del Ministerio de Cultura contenía, a este respecto, las siguientes afirmaciones:

“[...] algunos sectores interpretan que el núm. 2 del art. 7 de la L 43/1994, al establecer un derecho de remuneración para los productores de fonogramas, está derogando, por incompatible y contradictorio en cuanto a sus fines, el derecho exclusivo de comunicación pública que reconoce a dichos productores el art. 109.1 de la L 1.987. Dicha interpretación se fundamenta en que el art. 7.2 establece un derecho de simple remuneración que únicamente se reconoce cuando ha existido cesión previa de un derecho exclusivo, en este caso el de comunicación pública. En consecuencia, se argumenta que, aunque el art. 7.2 no contempla expresamente la cesión previa del derecho, ésta ha existido ya que, de otra manera, carecería de fundamento el derecho a la remuneración. Al preverse esa remuneración, así interpretada, en una L 1994 (art. 7.2) ésta deroga la regulación de 1987 (art.109.1) sobre la misma materia.

Tal interpretación podría conducir a que se argumentase que, de la misma manera que el derecho de simple remuneración limita hasta anularlo el derecho exclusivo de comunicación pública de los productores, por idénticas razones, podría limitar hasta anularlo el derecho exclusivo de fijación de los artistas previsto en el art. 5.1 de la L 43/1994, en el que se subsume, cuando la actuación se incorpora a un soporte material, el de comunicación pública de dicho colectivo (no cabe otra interpretación del art. 7.1 por el que se reconoce el derecho exclusivo de comunicación pública a los artistas salvo «cuando la comunicación pública de sus actuaciones se realice a partir de una fijación previamente autorizada»). Con la particularidad, en este caso, de que la incompatibilidad y la contradicción en cuanto a los fines de los respectivos preceptos no se produciría entre ley vieja y nueva, sino entre dos normas contenidas en la misma ley posterior. Tal interpretación, absurda de todo punto, llevaría finalmente a constatar que

ninguno de los colectivos concernidos directamente en la producción de un fonograma, es decir, ni artistas ni productores tendrían derecho a decidir sobre los términos en los que se realiza la comunicación pública de dicha producción. Ello, a salvo, evidentemente, de los autores. Porque, a excepción de esta categoría de titulares de derechos de propiedad intelectual, el resto sólo podría obtener como consecuencia de su contribución a una producción de dichos soportes materiales una participación en el resultado económico de la explotación”.

Por su parte, el Consejo de Estado afirmaba:

“Se ha suscitado en este aspecto la eventual incompatibilidad entre el contenido del art. 109.1 de la L 1987 y el art. 7.2 de la L 43/1994, incompatibilidad que, de existir, debería dar lugar, por razones cronológicas, a entender vigente este último precepto legal.

[...] Entiende el Consejo de Estado que es aceptable la interpretación que realiza la Administración instructora (reflejada en la memoria justificativa) y que lleva a negar la señalada incompatibilidad entre ambos preceptos legales. Una cosa es el derecho que se reconoce al productor para autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de los fonogramas y otra distinta la remuneración que en determinadas circunstancias debe abonar el usuario de los fonogramas en favor de dicho productor (y en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes), forma ésta última de permitir la participación de éstos últimos en la explotación comercial de los fonogramas. De esta manera, en trance de realizar la labor refundidora (que limita sensiblemente el margen de maniobra), no constituye una interpretación ineludible la que pretende sostener la incompatibilidad entre el derecho exclusivo sobre la comunicación pública que se reconoce al productor y el derecho de remuneración (previsto en el art. 7 citado de la L 43/1994), siendo por ello aceptable, como se dice, la interpretación en este sentido seguida por la Administración Instructora. Es más, en el propio art. 7 de la L 43/1994 se reconoce, por ejemplo, a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la

comunicación pública y, a su vez, también de manera expresa, el derecho a una remuneración.

No se estima preciso, por tanto, modificar en este aspecto la actual redacción del Texto Refundido”.

Undécimo: Finalmente, es un hecho incontrovertido que la compatibilidad entre ambas técnicas jurídicas de protección de intereses patrimoniales de ambos sectores (pues no otra cosa son, en definitiva, el reconocimiento tanto del derecho exclusivo de comunicación pública como del derecho a compartir la remuneración equitativa) se produce en el caso de las relaciones entre los productores de grabaciones audiovisuales y los artistas intérpretes y ejecutantes que en ellas intervienen.

Podrá alegarse que el fenómeno de la grabación audiovisual tiene perfiles distintos del fonograma, lo que sin duda es cierto (aun cuando sus diferencias de régimen jurídico tienden a minimizarse, al mismo tiempo que el desarrollo tecnológico, singularmente los procesos de digitalización, difumina en parte aquéllos) pero lo relevante, a los efectos que ahora importan, es que la compatibilidad entre ambas técnicas jurídicas no suscita problemas conceptuales o de principio, como lo demuestra su general -y legalmente consagrada- aceptación para el caso de las grabaciones audiovisuales. No deja de ser sintomático que en sus alegaciones de 28 Feb. 2000 una de las partes codemandadas (la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales), no obstante oponerse a la pretensión actora, defienda también sin ambages la “absoluta compatibilidad del derecho de autorización y del de remuneración”.

Duodécimo: Debemos abordar ahora la cuestión de si la compatibilidad entre ambas instituciones ofrece reparos desde el punto de vista del derecho comunitario. En la providencia de 2 Feb. 2000 sometíamos a las partes la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial de interpretación al TJCE (art. 234 del Tratado CE) habida cuenta de que la respuesta de éste podía resultar útil para

resolver la discrepancia existente entre ellas respecto a la subsistencia/derogación del derecho de los productores de fonogramas a autorizar su comunicación pública, en la medida en que facilitara una interpretación de la Directiva 92/100/CEE, pues el nuevo régimen de los “derechos afines” regulado por el Título II de la L 43/1994 resultaba de la incorporación a nuestro derecho de aquélla.

Decíamos entonces que, vista la regulación que contiene el capítulo II de la Directiva 92/100/CEE en cuanto reconoce a los productores de fonogramas los derechos exclusivos de autorizar o prohibir la reproducción y distribución de sus fonogramas (arts. 7 y 9) pero guarda silencio respecto del derecho de autorización/prohibición de éstos sobre la comunicación al público (art. 8), habría que interpretar si dicho silencio suponía, en realidad, una exclusión de este último derecho exclusivo. Ello significaba igualmente dilucidar si el sistema armonizado de derechos afines que regula la Directiva 92/100 CEE y, concretamente, el derecho de remuneración equitativa y única que su art. 8 contempla es compatible o es incompatible con la subsistencia del derecho de los productores de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus fonogramas.

La Sala consideraba relevante la afirmación contenida en los dos últimos párrafos de la Exposición de Motivos de la Directiva 92/100/CEE a los efectos de resolver si estaba permitido a los Estados introducir o mantener en sus ordenamientos nacionales el derecho de los productores de fonogramas a autorizar o prohibir su comunicación pública. También sugeríamos que podría ser útil, a los mismos fines, un pronunciamiento sobre la relevancia que respecto de la interpretación de la Directiva 92/100/CEE pudiera tener, en su caso, el art. 14 del Tratado sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 Dic. 1996 bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Tratado al que algunas de las partes se había referido en sus escritos procesales. Habida cuenta de que en la propuesta de decisión del Consejo, relativa a la aprobación de aquel Tratado en nombre de la Comunidad Europea (DO C 165 de 30 May.

1998, p. 8) se afirma que su contenido «está incluido, en gran parte, en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias que existen en la materia», sugeríamos que el referido art. 14, puesto en relación con el art. 15.4 del mismo Tratado, podía servir de pauta interpretativa complementaria de la regulación comunitaria precedente.

Décimotercero: Hechos acaecidos después de dictar aquella providencia nos aconsejan renunciar al planteamiento de la cuestión prejudicial, al que, por lo demás, se oponen prácticamente todas las partes en litigio. El primero de ellos es la respuesta dada por el propio Tribunal de Justicia en su S 3 Feb. 2000 (asunto C-293/1998) a una cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Oviedo sobre el alcance del término “comunicación al público” en la Directiva 93/83/CEE, antes citada, sobre los derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

En aquella sentencia el Tribunal de Justicia decidió que la cuestión propuesta debía ser “apreciada conforme al derecho nacional” sin que la Directiva proporcionase pautas para su resolución. Hay razones fundadas para considerar, pues, que el Tribunal de Justicia no facilitaría tampoco en este caso una respuesta útil a la cuestión que le pudiéramos someter sobre la interpretación de las normas comunitarias relacionadas con lo que es objeto del debate.

El segundo hecho que aconseja no demorar más la resolución del litigio es que las incidencias ulteriores habidas en el proceso legislativo comunitario sobre la armonización de los derechos afines corroboran, si fuera preciso, la conclusión de compatibilidad que se deriva de la lectura coordinada de la Directiva 92/100/CEE, a la que más tarde haremos referencia. El proceso de aprobación de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información -tramitado a partir de la Propuesta de la Comisión COM/1997/0628 final- pone de relieve que, desde el punto de vista del

derecho comunitario, no sólo no había problemas para, vigente la Directiva 92/100/CEE, admitir la compatibilidad con ella y la correlativa subsistencia del derecho exclusivo de comunicación pública a favor de los productores de fonogramas en aquellos Estados miembros que así lo tuvieran establecido (pues, obviamente, se trataba de una opción meramente facultativa para dichos Estados miembros), sino que dicho derecho exclusivo de los productores fonográficos se eleva al rango de derecho de reconocimiento obligatorio en cuanto se refiera a un sector específico de los actos de comunicación pública, como es el de la puesta a disposición del público.

En efecto, tras la providencia de 2 Feb. 2000, el devenir de este complejo proceso legislativo -tramitado por el procedimiento de codecisión previsto en el art. 251 del Tratado CE- vio como el Consejo aprobaba el 28 Sep. 2000 la Posición Común 48/200000 (DO C 344/1, de 12 Dic. 2000) incorporando unas y rechazando otras de las enmiendas formuladas por el Parlamento Europeo; aceptada dicha Posición Común por la Comisión el 20 Oct. 2000, según consta en su preceptiva comunicación al Parlamento Europeo, esta Cámara en segunda lectura la ha admitido sustancialmente en la reciente sesión de 14 Feb. 2001, si bien añadiendo determinadas enmiendas que han de merecer aun la aquiescencia del Consejo, ninguna de las cuales afecta a la cuestión que estamos analizando. Puede considerarse, por tanto, que en este momento la posición de las instituciones comunitarias con potestad legislativa se encuentra ya suficientemente fijada como para obtener de ella las consecuencias que sean menester, siendo esta razón temporal la que ha llevado a la Sala a demorar hasta hoy el pronunciamiento de la sentencia.

Pues bien, la nueva regulación comunitaria, con vocación armonizadora de los derechos afines a los de autor, no sólo mantiene la posibilidad, anteriormente existente, sino que la eleva ahora a obligación de los Estados miembros, de reconocer el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público de los referidos fonogramas, considerando como

tal puesta a disposición aquélla que se efectúa “por procedimiento alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija” (art. 3.2 de la futura Directiva). La previsión normativa, que es coherente con el Tratado auspiciado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 20 Dic. 1996) sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, antes citado, supone, pues, que una de las modalidades de comunicación al público -en concreto, aquélla que se traduce en facilitar la audición de fonogramas mediante transmisiones interactivas- tiene necesariamente que ser objeto de un derecho exclusivo, sin perjuicio del mantenimiento de la remuneración equitativa.

No es que con ello se pretenda regular de nuevo o modificar lo dispuesto en el art. 8 de la Directiva 92/100/CEE (véanse, al respecto, las consideraciones del Consejo sobre el art. 3 de la nueva Directiva, expresadas en la Exposición de Motivos, punto décimo, de la Posición Común adoptada el 28 Sep. 2000) sino que, dando por sentado que la Directiva 92/100/CEE sigue regulando, con carácter de protección mínima, el régimen de los derechos afines relativos a la radiodifusión y comunicación al público, no se ve inconveniente en elevar a obligatorio el reconocimiento de un derecho exclusivo, hasta entonces de facultativa adopción por los Estados miembros, siendo este derecho compatible con la remuneración equitativa.

Estas consideraciones refuerzan la interpretación que naturalmente derivaba de los términos del anteúltimo considerando de la Directiva 92/100/CEE, transcritos en el sexto fundamento jurídico de esta sentencia, en cuanto relevantes de la voluntad del legislador comunitario de no impedir a los Estados miembros el reconocimiento, a favor de los productores, de derechos exclusivos en materia de comunicación al público de fonogramas; esto es, de permitir a dichos Estados que dispensaran a los productores de fonogramas (y no sólo a ellos) una protección superior a la prevista en el art. 8 de la Directiva 92/100/CEE.

Obsérvese que esta referencia singular a la regla de protección mínima sólo se hace en relación con el art. 8 y no con los derechos de fijación, reproducción y distribución, sin duda porque el nivel de consenso sobre la protección armonizada de éstos era superior al nivel logrado en relación con la comunicación al público, respecto de la cual unos Estados (como España, desde la L 22/1987) tenían ya instaurado en sus sistemas jurídicos internos el reconocimiento a los productores del derecho exclusivo para autorizarla o prohibirla.

Siendo ello así, hay que concluir que la supuesta incompatibilidad entre ambas figuras -a saber, entre el derecho exclusivo a autorizar la comunicación al público y la remuneración equitativa- resultaba inexistente en el régimen comunitario instaurado por la Directiva 92/100/CEE y a fortiori en la Directiva 93/83/CEE cuyo art. 4 hace, en materia de derechos de los productores de fonogramas sobre la comunicación al público, un reenvío a la Directiva 92/100/CEE, extendiendo la expresión «emisión inalámbrica» a la comunicación al público vía satélite.

Décimocuarto: Despejadas las objeciones que se basaban en la supuesta incompatibilidad legal -o meramente "conceptual"- del sistema de remuneración equitativa con el derecho exclusivo de los productores a autorizar o prohibir la comunicación pública de sus fonogramas, debemos resolver ahora si la norma legal (L 22/1987) que expresamente reconocía este último derecho ha sido derogada por leyes posteriores, de modo que el Texto Refundido pudiera válidamente haber declarado su pérdida de vigencia.

La respuesta ha de ser negativa. No hubo, por supuesto, derogación expresa en ninguna norma legal posterior y no hay razón para sostener que la cláusula derogatoria general incluida en la L 43/1994 («quedan derogadas cuantas disposiciones de cualquier rango se opongan a la presente Ley y en especial [...]») afectara a aquel derecho, cuya compatibilidad con los reconocidos en la L 43/1994 ya hemos analizado.

Las alegaciones de las partes demandadas sobre este punto tratan de sostener que el art.

7 de la L 43/1994 contiene una regulación exhaustiva de la comunicación al público, en cuanto derecho afín a los de autor, de modo que los derechos afines sobre esta materia reconocidos por normas preexistentes habrían implícitamente perdido su vigencia. El previo reconocimiento legal del derecho exclusivo sobre la comunicación al público se encontraría entre los derechos preexistentes abolidos por la nueva ley. Aun cuando no llegaran a basar su razonamiento en ella, la pauta interpretativa aplicable sería la clásica regla *inclusio unius exclusio alterius*.

No podemos compartir esta tesis que parte, una vez más, de la incompatibilidad entre el sistema de remuneración equitativa y el derecho exclusivo de comunicación al público. Nuevamente hemos de recordar que la L 43/1994 procedía a incorporar a nuestro derecho interno la Directiva 92/100/CEE, de la que hace una transposición casi literal, y que ésta última no obliga a suprimir los derechos exclusivos sobre la comunicación al público que los Estados miembros tuvieran consagrados en su legislación preexistente. Al llevar a cabo dicha transposición en materia de comunicación pública de fonogramas, el silencio de la L 43/1994 sobre el derecho de exclusiva que la L 22/1987 atribuía a los productores de aquéllos no equivale a su supresión, habida cuenta de que la introducción de la técnica de remuneración equitativa, compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes, resulta compatible con él.

Por lo demás, no es cierto que la regulación de la L 43/1994 sea en este punto exhaustiva. Basta comparar el Texto Refundido actual (Títulos I, II y III del Libro II) con el correlativo contenido de la L 43/1994 en cuanto al régimen jurídico de los diversos sectores intervinientes (Título II) para concluir que aquella regulación no tenía pretensiones de exhaustividad y dejaba incólumes no pocos arts. de la L 22/1987 que, precisamente por ello, el Texto Refundido se vio obligado a incluir como preceptos vigentes, no obstante su ausencia en la L 43/1994.

Décimoquinto: Alguna de las partes codemandadas ha mantenido que la

derogación del derecho exclusivo se habría producido en virtud del art. 12 de la Convención de Roma, de 26 Oct. 1961, ratificada por España el 2 Ago. 1991, cuyo art. 12 estableció el derecho de remuneración equitativa, compartida por productores y artistas, respecto de la utilización de fonogramas que hubieran sido objeto de comunicación al público. Para rechazar este argumento basta con recordar que la protección otorgada por aquella Convención no impedía (art. 21) que sus Estados signatarios mantuviesen otras formas de protección distintas a favor de los productores y de los artistas intérpretes o ejecutantes, modalidades de protección entre las que se encuentra el disfrute por aquéllos de un derecho exclusivo sobre la comunicación al público. Para el mantenimiento de éste no era precisa ninguna reserva especial, dados los términos del art. 16, letra a), de aquella Convención, a diferencia de lo que sucedería si España hubiera decidido no aplicar ninguna de las disposiciones del citado art. 12, bien en términos absolutos, bien con respecto a determinadas utilidades, bien con respecto a los fonogramas cuyos productores no fueran nacionales de un Estado contratante.

La solución adoptada por este instrumento convencional pone en evidencia también la falta de consenso internacional sobre la cuestión, desacuerdo que más tarde se reflejaría en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 20 Dic. 1996 sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, como expresa la Declaración concertada relativa a su art. 15 (“Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público”) en la cual se afirma que dicho artículo “no representa una solución completa del nivel de derechos de radiodifusión y comunicación al público de que deben disfrutar los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en la era digital”, de modo que las delegaciones no pudieron lograr un acuerdo sobre el reconocimiento o supresión, sin posibilidad de reservas, del derecho exclusivo, “dejando en consecuencia la cuestión para resolución futura”, esto es, imprejuizada. La admisión de fórmulas adicionales de protección, superiores al umbral mínimo alcanzado y en todo caso respetuosas

con la «remuneración equitativa», se deja, pues, a la voluntad de los Estados signatarios.

Tampoco podemos admitir que la derogación se produjese a partir de la promulgación de la L 28/1995. Por un lado, los supuestos de comunicación al público que esta ley contempla son sólo dos (la comunicación vía satélite y la distribución por cable) y no, por tanto, todos los demás que actualmente enumera el art. 20 del Texto Refundido. Por otro lado, las remisiones que la L 28/1995 hace (art. 3) a la L 43/1994 en materia de derechos afines sobre comunicación al público vía satélite no implican necesariamente la derogación, en este punto, del derecho exclusivo que venimos analizando, del mismo modo que, según acertadamente replica la parte actora, tampoco las remisiones que la propia L 28/1995 (art. 5) hacía a la L 22/1987 en referencia a aquellos derechos en la distribución por cable sin mencionar la L 43/1994, implicaban la derogación de ésta última.

Décimosexto: Cuanto se deja expuesto aboca a la estimación parcial de la demanda, circunscrita al reconocimiento de la vigencia del derecho exclusivo. Como es obvio, nada impediría que el legislador derogase, mediante una norma con el rango oportuno, los preceptos legales que reconocen aquel derecho, pero mientras esa decisión no sea adoptada en la sede parlamentaria que le corresponde, el Gobierno no puede ampararse, para suplirla, en el ejercicio de una mera delegación legislativa que no incluía la facultad de derogar normas aprobadas por las Cortes.

En el caso de autos basta contrastar los términos del texto refundido en su fase de proyecto final con los del aprobado por el Gobierno para concluir que hubo una decisión consciente de éste para suprimir el derecho exclusivo.

En efecto, el apartado primero del art. 116 del texto propuesto a la aprobación del Consejo de Ministros era el siguiente: “art. 116 Comunicación pública. 1. Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias. Cuando la comunicación al público se realice vía satélite o por cable y en

los términos previstos respectivamente en los aps. 3 y 4 del art. 20 de esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en tales preceptos". El Gobierno suprimió, sin más, el párrafo que hemos destacado en cursiva, de modo que la redacción final del apartado primero del art. 116 del texto refundido -gramaticalmente algo anómala, al faltar las referencias a los sujetos y al objeto de la comunicación pública, que figuraban en el párrafo antecedente suprimidos la que ya hemos transcrito en el fundamento jurídico sexto. Se atribuyó, de este modo, una capacidad o facultad derogatoria que no le habían delegado o autorizado las Cortes.

Décimoséptimo: Añadiremos, para salir al paso de las consideraciones realizadas por algunos de los demandados sobre los perjuicios que para los artistas intérpretes y ejecutantes podrían derivarse de un eventual "ejercicio generalizado y masivo de la facultad de prohibir" la comunicación al público de los fonogramas, por parte de las empresas productoras de éstos, que tal conducta (probablemente no demasiado beneficiosa para los intereses económicos de la propia industria fonográfica) resultaría contraria al ordenamiento jurídico y generaría responsabilidad para aquellas empresas.

En efecto, semejante conducta generalizada - que rompería el equilibrio entre las posiciones jurídicas de los artistas intérpretes y ejecutantes, por un lado, y de los productores fonográficos, por otro- podría dar lugar a la denuncia e incoación de los correspondientes expedientes sancionadores, dada la relación innegable entre los derechos exclusivos en materia de propiedad intelectual y las normas reguladoras del derecho de la competencia.

A estos efectos pueden tenerse en cuenta las consideraciones vertidas por el TJCE en su sentencia Magill, de 6 Abr. 1995 (asuntos acumulados C-241/1991 P y 242/1991 P) respecto a que determinadas formas de ejercicio de los derechos exclusivos -en aquel caso se trataba del derecho a prohibir la reproducción- pueden, según las circunstancias, convertirse en un comportamiento abusivo injustificable, a efectos del art. 86 del Tratado CE. La sentencia considera adecuado que a semejante abuso de

posición dominante la autoridad reguladora de la competencia responda ordenando en términos conminatorios poner fin a aquella conducta prohibitiva y sustituirla por la correspondiente autorización para reproducir, sujeta al cobro de unas cantidades razonables.

En la sentencia Tournier, de 13 Jul. 1989 (asunto 395/1987) el mismo Tribunal de Justicia sentó, además, determinados criterios para considerar cuándo se puede reputar que ha habido una imposición de condiciones de contratación no equitativas -conducta asimismo calificable de abuso de la posición de dominio, dada la situación en el mercado de uno de los contratantes- por parte de una sociedad de gestión de los derechos de propiedad intelectual (que agrupaba, entre otros, a los productores de fonogramas) en sus relaciones con las discotecas a las que autorizaba la comunicación pública de éstos mediante el pago de un canon o remuneración.

Por su parte, la R 27 Jul. 2000, del Pleno del TDC, mediante la que se declara que tres entidades (EGEDA, AISGE y AIE) han explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tienen encomendados, con vulneración del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, al tratar de imponer a los establecimientos hoteleros, sin negociación, sus tarifas por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, es suficientemente expresiva de los riesgos que los eventuales abusos de posición dominante o las prácticas colusorias en materia de propiedad intelectual pueden ocasionar a las entidades o asociaciones sectoriales que incurran en ellos. En dicha resolución el TDC no sólo intima a las entidades para que cesen inmediatamente en este tipo de conductas prohibidas sino que, además, les impone determinadas sanciones pecuniarias.

La cita de este precedente administrativo no implica, obviamente, prejuicio alguno, favorable o desfavorable, por nuestra parte sobre su contenido, sino mera corroboración del principio de que el régimen de explotación de los derechos de autor o de los derechos afines a éste no es en absoluto ajeno a las exigencias derivadas de la Ley de Defensa de la

Competencia, vinculantes para todos los sujetos, entidades, asociaciones o grupos de intereses que actúan en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual.

Delimitada, en estos términos, la existencia del derecho exclusivo de los productores sobre la comunicación al público de los fonogramas no supone una «disminución» o «menor nivel de protección» del derecho de remuneración que legítimamente disfrutaban los artistas intérpretes y ejecutantes.

Décimoctavo: Hemos de concluir, pues, declarando que al aprobar un Texto Refundido en el que deroga o considera derogado el art. 109.1 de la L 22/1987, por lo que se refiere al derecho exclusivo de los productores de fonogramas sobre la comunicación pública de éstos, el Gobierno hizo un uso indebido (ultra vires) de la delegación legislativa que le había sido conferida. En este sentido, procede la estimación parcial de la demanda, sin que el fallo de la Sala pueda llegar a dar una nueva redacción al Texto Refundido sino, simplemente, a declarar el exceso en el ejercicio de la delegación legislativa y la subsistencia del referido derecho por continuar vigente, en cuanto no derogado, el precepto legal que lo reconocía.

Décimonoveno: No apreciamos que haya habido temeridad o mala fe en la intervención procesal de ninguna de las partes, a los efectos de imponerles la condena en costas.

Vigésimo: Son aplicables a este proceso las disposiciones de la Secc. 8.ª del Capítulo I del Título IV de la nueva Ley reguladora de esta Jurisdicción (según prescribe su disp. trans. 2,

apartado dos), por lo que procede la publicación del fallo de esta sentencia en el BOE.

Fallamos

Primero: Rechazamos la objeción de inadmisibilidad opuesta por el abogado del Estado contra el presente recurso núm. 413/1996, deducido por la Asociación Fonográfica y Videográfica Española contra determinados preceptos del RDL 1/1996, de 12 Abr., que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Segundo: 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 disp. final 2 de la L 27/1995, de 11 Oct., al derogar o considerar derogado y, por tanto, no incluir en el RDL 1/1996, de 12 Abr., 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 art. 109, ap. 1, de la L 22/1987, de 11 Nov., de Propiedad Intelectual, cuya subsistencia asimismo declaramos.

Tercero: Desestimamos las demás pretensiones formuladas en la demanda.

Cuarto: No hacemos imposición de las costas a ninguna de las partes que han intervenido en el proceso.

Quinto: Ordenamos la publicación del apartado segundo de este fallo en el BOE.