

SOBRE 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]

ABOUT EQUITABLE AND SINGLE REMUNERATION
RELATED TO THE SYNCHRONIZATION
OF PHONOGRAMS WITHIN AUDIOVISUAL WORKS
[Comment on the Sentence of the CJEU (Fifth Chamber),
18th november 2020, case C-147/19, *Atresmedia*]

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ SAN JUAN*

RESUMEN

La sincronización de fonogramas consiste en la fijación de estos en una obra que no sea exclusivamente sonora y, de conformidad con la STJUE del asunto *Atresmedia* (C-147/19), cuyo comentario es el objeto del presente trabajo, la comunicación pública de obras audiovisuales en las que se hayan sincronizado previamente fonogramas, no dará lugar a la remuneración equitativa y única prevista en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, y en nuestra opinión, esta conclusión también resulta aplicable a las situaciones en las que los fonogramas se sincronicen en obras que no sean audiovisuales, siempre que no se trate de obras exclusivamente sonoras.

Palabras clave: fonograma, sincronización de fonograma, remuneración equitativa y única, obra audiovisual, comunicación pública.

ABSTRACT

The synchronization of phonograms consists of fixing them in a work that is not exclusively sound and, according to the STJUE of the *Atresmedia* case (C-147/19), whose comment is the object of this work, public communication of audiovisual works in which phonograms have been previously synchronized, will not give rise to the equitable and unique remuneration regulated in the article 8.2 of Directives 92/100/EEC and 2006/115/EC, and in our opinion, this conclusion

* Doctor en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca, e Ingeniero de telecomunicación por la Universidad Politécnica de Madrid. Dirección de correo electrónico: gonzalezsanjuan@icasal.com.

is also applicable to those situations where phonograms are synchronized in works that are not audiovisual, provided that they are not exclusively sound.

Keywords: Phonogram, phonogram synchronization, equitable and unique remuneration, audiovisual works, communication to the public.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LA SENTENCIA.—1. Origen de la controversia y resolución en primera y segunda instancia.—2. Recurso de casación y cuestión prejudicial.—3. Conclusiones del Abogado General.—4. Respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas.—II. CONSIDERACIONES DE ORDEN CONCEPTUAL.—1. Concepto de fonograma.—2. Concepto de reproducción.—3. La sincronización como actividad que trasciende la mera reproducción.—4. La remuneración equitativa y única en las Directivas y en el TRLPI.—III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION: SUMMARY OF THE JUDGMENT.—1. Origin of the Controversy and Resolution in First and Second Instances.—2. Appeal and Preliminary Ruling.—3. Opinion of Advocate General.—4. Response of the CJEU to the Preliminary Ruling.—II. CONCEPTUAL ORDER CONSIDERATIONS.—1. Phonogram Concept.—2. Reproduction Concept.—3. Synchronization as an Activity that Transcends Mere Reproduction.—4. The Equitable and Unique Remuneration in the Directives and in the TRLPI.—III. ANALYSIS OF THE CJEU JUDGMENT.—IV. CONCLUSIONS.—V. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LA SENTENCIA

La sentencia de la Sala Quinta del TJUE, de 18 de noviembre de 2020, asunto *Atresmedia* (C-147/19), resuelve una cuestión prejudicial elevada por el TS español sobre la interpretación del artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE¹ y 2006/115/CE², en el marco de un litigio entre las sociedades de gestión de derechos de autor AGEDI —Entidad de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante, AGEDI)— y AIE —Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (en lo sucesivo AIE)—, por una parte, y el grupo de comunicaciones español Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. (en adelante Atresmedia), por otra.

En la demanda se solicitaba el pago de diversas cantidades relativas a la comunicación pública y a la reproducción³ de fonogramas, incluyendo algunas asociadas a la remuneración equitativa y única prevista en el artículo 8.2 de las Directivas anteriormente citadas, y que se correspondía con la comunicación pública de obras audiovisuales, en las que se habían incorporado previamente fonogramas mediante sincronización.

¹ Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

² Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, que sustituyó a la Directiva 92/100/CEE, codificándola y derogándola. Ambas directivas resultan de aplicación al litigio, puesto que las cantidades reclamadas se correspondían con el período temporal del 1 de junio de 2003 al 31 de diciembre de 2009, si bien el efecto de este cambio normativo es totalmente neutro, debido a que el tenor del artículo 8.2 es exactamente el mismo en ambas disposiciones.

³ Reproducción instrumental no autorizada de fonogramas, que habían sido fijados en un soporte distinto y apto para su posterior emisión por televisión.

1. Origen de la controversia y resolución en primera y segunda instancia

La controversia tiene su origen en una demanda, interpuesta el 29 de julio de 2010 por AGEDI y AIE contra Atresmedia⁴, en la que se reclamaba entre otras peticiones la remuneración equitativa y única, reconocida en los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI⁵ para los artistas y para los productores de fonogramas respectivamente, en relación con los actos de comunicación pública de una serie de fonogramas, que habían sido sincronizados en obras audiovisuales comunicadas públicamente por Atresmedia⁶.

La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia⁷, quedando excluidas las cantidades correspondientes a la comunicación pública de obras audiovisuales con fonogramas sincronizados (en concreto, películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios), al considerar el juzgador que la sincronización provocaba necesariamente la aparición de una obra derivada (la obra audiovisual), absolutamente nueva y autónoma y, por tanto, diferente del fonograma, quedando este absorbido por aquella a los efectos de la comunicación pública, de forma que resultaba improcedente la remuneración solicitada⁸.

La parte actora recurrió en apelación, y la AP de Madrid estimó el recurso⁹ al considerar que, como los fonogramas no son obras sino simples soportes que contienen fijaciones de sonidos, la sincronización de estos en una obra audiovisual es una mera reproducción de los fonogramas iniciales, y por ello la comunicación pública de la obra audiovisual genera el derecho de remuneración equitativa y única ex artículos 108.4 y 116.2 TRLPI, en los mismos términos que cuando se comunica públicamente el fonograma original, pues en ambos artículos se establece que la comunicación pública puede ser tanto del propio fonograma, como de una reproducción de este¹⁰.

⁴ En concreto, y para ser más exactos, la demanda se ejercitó inicialmente contra la mercantil Antena 3 de Televisión, S.A., cadena perteneciente al grupo Atresmedia.

⁵ La redacción de estos dos artículos del TRLPI es prácticamente idéntica, cambiando únicamente el orden de los sujetos que tienen derecho a la remuneración (en el art. 108.4 se menciona en primer lugar a los artistas, y en el 116.2 a los productores), y ambos artículos se corresponden con el 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

⁶ La parte demandante entendía que resultaba aplicable la remuneración equitativa y única, ex artículos 108.4 y 116.2 TRLPI, al considerar que existían actos de comunicación pública de los fonogramas, cuando se comunicaban públicamente las obras audiovisuales en las que estos se encontraban sincronizados.

⁷ Sentencia núm. 110/2013 del JM núm. 4 Bis de Madrid, de 10 de junio de 2013 (ECLI: ES:JMM:2013:439).

⁸ *Vid.* FJ 7.º de la sentencia de instancia. La sentencia se apoya en el criterio doctrinal de Rafael Sánchez, al que cita expresamente. Para este autor, la sincronización de fonogramas solamente comprende la fijación de estos en una obra, y por ello, es prácticamente equiparable a una transformación que dará lugar a una obra derivada, quedando los fonogramas absorbidos por esta. En cambio, si se incorpora un fonograma a una grabación audiovisual que no sea obra audiovisual, no existe sincronización (ni por tanto transformación), sino una mera reproducción del fonograma. *Vid.* SÁNCHEZ ARISTI (2005), págs. 385 y 386, y SÁNCHEZ ARISTI (2017a), pág. 333.

⁹ Sentencia núm. 29/2016 de la sección 28 de la AP de Madrid, de 25 de enero (ECLI: ES:APM:2016:3842).

¹⁰ La AP de Madrid argumentó que, al no ser el fonograma una obra, no puede ser objeto de una transformación en el sentido jurídico, y por lo tanto, tampoco es posible que de él nazca una obra derivada.

2. Recurso de casación y cuestión prejudicial

La sentencia de apelación fue recurrida en casación por la parte demandada, y tras admitirla a trámite, el TS decidió elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante Auto de 13 de febrero de 2019¹¹.

Como indica el TS en el FJ 5.º de dicho Auto, el objeto del recurso de casación se centra en decidir si, una vez que un fonograma ha sido sincronizado en una grabación audiovisual en la que se encuentra fijada una obra audiovisual, se agota o no el derecho de los artistas ejecutantes o intérpretes y el de los productores de fonogramas a percibir la remuneración equitativa y única contemplada en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, y para ello es preciso aclarar la interpretación que debe darse a los conceptos de «fonograma» y de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales», contenidos en dichas Directivas.

Lógicamente, AGEDI y AIE consideran que no existe tal agotamiento, mientras que Atremedia defiende la posición contraria, y el TS nos recuerda que en la doctrina jurídica pueden encontrarse autores que defienden sendas posiciones, y también el Alto Tribunal hace referencia a dos resoluciones de Estados ajenos a la UE, en concreto Australia y Canadá, en las que se ha llegado a soluciones contrapuestas en asuntos aparentemente muy similares, resultando por todo ello evidente que el objeto de esta controversia no es un tema pacífico¹².

Por todo ello, nuestro TS planteó ante el TJUE las dos cuestiones siguientes:

«1. El concepto de “reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales” contenido en el artículo 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 artículo 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?».

3. Conclusiones del Abogado General

El Abogado General, Sr. Evgeni Tanchev, considera que el concepto de «fonograma» no comprende aquellas fijaciones de sonidos que se hayan incorpo-

¹¹ Auto de TS, Sala de lo Civil, de fecha 13 de febrero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1445A).

¹² El TS de Australia, en su sentencia de 20 de mayo de 1998, asunto *Phonographic Performance Company of Australia Limited v Federation of Australian Commercial Television Stations (S95-1997) [1998] HCA 39*, concluyó que un fonograma no desaparece cuando es integrado en una obra audiovisual, persistiendo por ello el derecho a la remuneración por la comunicación pública del fonograma, cuando se comunica públicamente la obra audiovisual. Resolución disponible en: <https://jade.io/article/68061> (última consulta: 23 de enero de 2021). Por otra parte, el TS de Canadá llegó a la conclusión contraria, en su sentencia de 12 de julio de 2012, asunto *Re: Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada, 2012 SCC 38, [2012] 2 S.C.R. 376*. Resolución disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/9999/index.do> (última consulta: 23 de enero de 2021).

rado a una obra audiovisual mediante sincronización, tras haberse obtenido la autorización del titular, y por otra parte, que si bien el acto de sincronización es un acto de reproducción, el producto de la sincronización no es una reproducción del fonograma (en el sentido del art. 8.2 de las Directivas), y por ello propone al TJUE que responda a las cuestiones planteadas en el sentido de que el artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CE y 2006/115/CE no exige a los Estados miembros que dispongan que el usuario debe pagar una remuneración equitativa y única, a los titulares de los derechos sobre el fonograma incorporado a una obra audiovisual, cuando esta última sea objeto de comunicación pública¹³.

4. Respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas

El TJUE, siguiendo en lo esencial las tesis del Abogado General, respondió a las cuestiones planteadas indicando que los arts. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE «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».

II. CONSIDERACIONES DE ORDEN CONCEPTUAL

A continuación, para centrar la controversia y antes de entrar a analizar la sentencia del TJUE, vamos a intentar delimitar los conceptos de «fonograma», «reproducción», «sincronización de fonogramas» y «remuneración equitativa y única», teniendo en cuenta tanto la legislación española y las Directivas de la UE, como los Tratados y Convenios Internacionales que resultan aplicables, y haciendo referencia también a las posiciones del Abogado General y del TJUE en el asunto objeto del presente trabajo.

1. Concepto de fonograma

Como punto de partida, hemos de atender al tenor del artículo 114.1 TRLPI, que contiene la siguiente definición de fonograma: «Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos»¹⁴, siendo el productor del fonograma, de conformidad con el artículo 114.2 TRLPI, la persona natural o jurídica que realiza por primera vez dicha fijación¹⁵.

¹³ Las conclusiones del Abogado General fueron publicadas el 16 de julio de 2020.

¹⁴ Como veremos *infra*, se reproduce el contenido del artículo 3.b) de la Convención de Roma (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), aunque con alguna modificación que, como indica el profesor Rodrigo Bercovitz, no resulta demasiado afortunada desde un punto de vista técnico, pues bastaría con decir que: «Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora», definición más sencilla y completamente equivalente a efectos prácticos a la del TRLPI. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2017), pág. 1685.

¹⁵ El productor no realiza propiamente la creación de una obra, pero tiene la iniciativa y pone los medios económicos para nazca el fonograma, y por eso se le atribuyen una serie de derechos afines sobre este. Por otra parte, el artista (intérprete o ejecutante) debe autorizar la fijación, y además ceder al productor los derechos de reproducción y distribución sobre ella, para que pueda explotarla económicamente. *Vid.* SÁNCHEZ ARISTI (2017b), pág. 1601, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2017), pág. 1682.

Fonograma es, pues, cualquier grabación exclusivamente sonora, con independencia de la naturaleza de los sonidos que hayan sido fijados en ella (ejecuciones o interpretaciones de obras, sonidos de la naturaleza, conversaciones, efectos especiales, etc.)¹⁶, resultando especialmente relevante para el asunto que estamos analizando, el hecho de que debe ser exclusivamente sonora, de forma que aquellas fijaciones que incluyan elementos no sonoros, por ejemplo imágenes, no pueden ser consideradas fonogramas¹⁷.

No obstante, el TJUE nos indica que las Directivas de la UE no incluyen una definición de fonograma, ni tampoco hacen referencia a las normas de Derecho interno de los Estados miembros, de forma que «fonograma» es un concepto autónomo del Derecho de la Unión y por ello, «debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión»¹⁸.

Y para establecer esa concepción autónoma y uniforme, el TJUE¹⁹ se fundamenta tanto en la Convención de Roma, que a pesar de no formar parte del ordenamiento jurídico de la UE, «produce efectos indirectos en [su] seno»²⁰, como en el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (en adelante TOIEF), que sí forma parte del Derecho de la Unión²¹.

Pues bien, en el artículo 3.b) de la Convención de Roma podemos encontrar la siguiente definición de fonograma, que en esencia es muy similar a la del artículo 114.1 TRLPI: «toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos», con lo cual se encontrarían excluidas aquellas fijaciones que contengan imágenes, como es el caso de las grabaciones audiovisuales.

Por otra parte, el TOIEF también contiene una definición de fonograma, en este caso en el artículo 2.b), cuyo tenor es el siguiente: «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»²². Como podemos ver, en este caso se indica

¹⁶ Como bien nos recuerda el profesor Rodrigo Bercovitz, la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 consideraba a los fonogramas como obras protegidas por los derechos de autor, pero esto ya no ocurre ni en el TRLPI ni en las Directivas de la UE, aunque es cierto que algunos autores siguen defendiendo esa tesis: «No se olvide que se discute sobre la posibilidad de considerar los fonogramas como obras protegidas por los derechos de autor, y que, ese era el tratamiento que nuestro Derecho les concedía, al amparo de la Ley de 1879, antes de la entrada en vigor de la Ley 22/1987». Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2017), pág. 1683.

¹⁷ En este caso, la creación resultante sería una grabación audiovisual.

¹⁸ Vid. apartado 33 de la STJUE.

¹⁹ El Abogado General utiliza los mismos instrumentos internacionales para fundamentar su opinión.

²⁰ Vid. apartado 36 de la STJUE. No obstante, como bien puntualiza nuestro TS en el Auto de elevación de la cuestión prejudicial, sí que forma parte del ordenamiento jurídico español (está en vigor desde el 14 de noviembre de 1991). Vid. Auto de TS, Sala de lo Civil, de fecha 13 de febrero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1445A), FJ 2.º, 2.

²¹ Tratado que, al haber entrado en vigor en la UE con posterioridad a la fecha de las comunicaciones públicas objeto de la controversia, en principio no resultaría aplicable (entró en vigor el 14 de marzo de 2010, y las comunicaciones públicas controvertidas son todas anteriores al 31 de diciembre de 2009), pero como indica el TS, debe tomarse también en consideración en base a las SSTJUE, 12 de septiembre de 2006, caso *Laserdisken ApS contra Kulturministeriet* (C-479/04), y de 7 de diciembre de 2006, caso *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v. Rafael Hoteles S.A.* (C-306/05). Vid. Auto de TS, Sala de lo Civil, de fecha 13 de febrero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1445A), FJ 2.º, 6.

²² En esta definición se añadió expresamente «una representación de sonidos», concepto que pretende abarcar también aquellas fijaciones basadas en tecnología digital, como se indica en el epígrafe PPT-2.6 de la Guía sobre los tratados de derechos de autor y derechos conexos administrados por la OMPI (2003), págs. 241-242 (esta guía no tiene fuerza vinculante, al ser un documento realizado por la OMPI, pero puede tomarse como referencia para interpretar tanto el TOIEF como el resto de los tratados objeto de la misma).

expresamente que quedan fuera del concepto de fonograma, aquellas fijaciones incluidas en obras cinematográficas o audiovisuales, de forma que las bandas sonoras de las películas, por ejemplo, no son fonogramas (sí lo serán si se publican posteriormente de forma separada).

Y resulta relevante precisar que, atendiendo a la definición de fonograma del TOIEF y tal y como advierten tanto el TJUE como el Abogado General²³, tendrán la consideración de fonogramas aquellas fijaciones de sonidos incluidas en grabaciones audiovisuales cuando el resultado no sea una obra protegida, lo que desborda el ámbito de las fijaciones exclusivamente sonoras contemplado en nuestro TRLPI, dado que, a los efectos de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, el concepto de fonograma ha de ser interpretado de forma autónoma y uniforme en toda la UE²⁴.

Así pues, todas las normas legales aplicables a la controversia coinciden en que el concepto de fonograma excluye a las obras audiovisuales, y esta es la conclusión a la que llegan tanto el TJUE como el Abogado General, y con la que coincidimos plenamente²⁵.

2. Concepto de reproducción

El derecho de reproducción se encuentra regulado en el artículo 18 TRLPI y en el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE²⁶, con redacciones muy similares, y nuevamente, al igual que ocurría con el término «fonograma», el concepto de «reproducción» ha de ser interpretado de forma autónoma y uniforme en toda la UE, al objeto de permitir la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y el principio de igualdad, pues no existe remisión expresa al Derecho de los Estados miembros en las Directivas aplicables.

No obstante, como indica el Abogado General²⁷, debemos tener en cuenta que, tanto en el lenguaje coloquial como en las Directivas, el concepto de «reproducción» puede tener dos significados diferentes.

Por una parte, puede ser un acto de reproducción, esto es, el proceso de copiar un determinado elemento, y este es el sentido utilizado tanto en el artículo 2.c) de la Directiva 2001/29/CE²⁸, que prohíbe todo acto de reproducción no autorizado de un fonograma, como en el artículo 3.e) del Tratado de Roma.

Pero, por otra parte, también puede referirse al resultado de ese acto de reproducción, significado aplicable al artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE

²³ *Id.* apartados 40 de la STJUE y 50 de las conclusiones del Abogado General.

²⁴ Y entendemos que este criterio debe aplicarse también a aquellos casos en los que la fijación de sonidos se lleve a cabo en cualquier otra creación no audiovisual que no sea exclusivamente sonora, esto es, seguirá existiendo fonograma cuando el resultado de la fijación no tenga la consideración de obra protegida, y no habrá fonograma en el caso contrario.

²⁵ Para el Abogado General, se produce una suerte de suspensión de la naturaleza de fonograma cuando **este** se incorpora a una obra audiovisual, perdiéndola mientras forme parte del conjunto audiovisual, pero recuperándola en el caso de que vuelva a ser separado de la obra audiovisual (apartado 54 de las conclusiones del Abogado General).

²⁶ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, 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.

²⁷ *Id.* apartado 71 de las conclusiones del Abogado General.

²⁸ Sobre el concepto autónomo de reproducción en la Directiva 2001/29/CE, *vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2019).

y 2006/115/CE, que establece una remuneración equitativa y única por la utilización de un fonograma o una reproducción de este, esto es, una copia del fonograma.

Y como afirma el Abogado General, si bien es claro que el acto de sincronización del fonograma es un acto de reproducción [esto es, una reproducción en el sentido del artículo 2.c) de la Directiva 2001/29/CE], esto no implica necesariamente que el resultado de ese acto de reproducción sea una copia del fonograma (reproducción en el sentido del artículo 8.2 de la Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE)²⁹.

De hecho, como veremos a continuación, la técnica de la sincronización implica mucho más que una mera reproducción del fonograma, y por ello su resultado (*v. gr.*, la obra audiovisual con el fonograma sincronizado) no constituye una copia de este último.

3. La sincronización como actividad que trasciende la mera reproducción

A diferencia de los dos conceptos anteriores, ni el TRLPI ni las Directivas incluyen una definición del término «sincronización de fonogramas», y tampoco podemos encontrar una delimitación de este concepto en los convenios internacionales aplicables (Tratado de Roma y TOIEF).

Por ello, vamos a partir de la siguiente definición, tomada del sitio Web de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE): «Si bien no existe en la Ley una definición de este derecho, se entiende por sincronización o primera fijación la reproducción de una obra musical en una obra audiovisual o en publicidad (spot, cuña, web). Este derecho exige la autorización de titular (autor, editor, heredero si el autor ha fallecido, etc.)»³⁰.

No obstante, no estamos plenamente de acuerdo con la definición anterior, principalmente por dos motivos: en primer lugar, porque entendemos que la sincronización se puede llevar a cabo en otros tipos de obras (y no solamente en las audiovisuales y las relacionadas con la publicidad, como se indica en la definición de la SGAE)³¹, y en segundo lugar, porque consideramos que el término sincronización debe estar limitado a los casos en los que se incluya el fonograma en una obra (y no siempre un *spot*, una cuña o una página web³² serán obras protegidas por los derechos de autor).

Así pues, entendemos que la técnica de la sincronización de fonogramas consiste en integrar, dentro de una obra audiovisual o en general dentro de una obra que no sea exclusivamente sonora, uno o varios fonogramas, de forma que

²⁹ Vid. apartado 35 de las conclusiones del Abogado General.

³⁰ Vid. <http://www.sgae.es/es-es/sitepages/corp-ventalicenciaP3.aspx?l=130> (última consulta: 11 de enero de 2021).

³¹ Coincidimos con Rafael Sánchez, que defiende que la sincronización de fonogramas puede darse también en obras que no sean audiovisuales. Vid. SÁNCHEZ ARISTI (2005), pág. 385. Así, por ejemplo, se puede sincronizar un fonograma en un spot publicitario, en una obra multimedia o en una página web.

³² Ya que, si bien una página web tendrá la consideración de obra protegida siempre que sea una creación humana original, no todas las páginas web lo serán, bien porque les falte el requisito de la originalidad o bien porque no sean creaciones humanas (*v. gr.*, hayan sido generadas automáticamente por un programa, sin intervención humana). Vid. GONZÁLEZ SAN JUAN (2017), pág. 98.

exista cierta relación entre los fonogramas y la obra en la que estos han sido incluidos³³.

Evidentemente, para realizar la sincronización, es absolutamente necesario efectuar una reproducción del fonograma dentro de la obra audiovisual (o con carácter general dentro de cualquier otro tipo de obra que lo permita), de forma que, como nos indica Marc Simón³⁴, haciendo referencia a la doctrina del TS³⁵, es preceptivo contar con la autorización de todos los titulares de los derechos del fonograma (y en particular de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores), pues la sincronización no queda cubierta por el límite de la cita, ni con carácter general por ningún otro límite o excepción.

Esta reproducción podrá ser total o parcial, pero en este último caso deberá tratarse de una reproducción sustancial, a tenor de lo establecido en el artículo 1.c) del «Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas», adoptado en Ginebra el 29 de octubre de 1971, que, en el ámbito de los fonogramas define copia como: «el soporte que contiene sonidos tomados directa o indirectamente de un fonograma y que incorpora la totalidad o una parte sustancial de los sonidos fijados en dicho fonograma»³⁶.

No obstante, como bien afirma el Abogado General³⁷, el proceso de sincronización implica mucho más que una mera reproducción del fonograma, pues este tiene que adaptarse a la parte visual de la obra (o con carácter general a la parte no sonora de esta), en muchos casos incluyendo diálogos y/u otras pistas de audio, musicales o no musicales, y además este proceso debe presentar la suficiente originalidad como para que la composición resultante sea una obra (cuando antes no lo fuera), pues como hemos indicado anteriormente, en caso contrario no se trataría de una sincronización de fonogramas al no ser el resultado una obra protegida³⁸.

³³ Y debe ser dentro de una obra, pues consideramos que el concepto de sincronización no comprende aquellos casos en los que el fonograma se integra en una creación que no es una obra protegida. Esta idea es defendida por la sentencia de instancia del asunto que estamos analizando, cuando habla de grabaciones audiovisuales que no son obras audiovisuales, a las que considera meras reproducciones —sentencia núm. 110/2013 del JM núm. 4 Bis de Madrid, de 10 de junio de 2013 (ECLI: ES:JMM:2013:439), FJ 7.º—, y también en el epígrafe PPT-2.7 de la Guía sobre los tratados de derechos de autor y derechos conexos administrados por la OMPI (2003), pág. 242, en donde se afirma: «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”».

³⁴ Vid. SIMÓN ALTABA (2017), págs. 56 y 529.

³⁵ En concreto, a la STS 756/2002, de 15 de julio (ECLI: ES:TS:2002:5307). En este mismo sentido, se pronuncia la SAP Madrid 560/2002, de 2 de julio (ECLI: ES:APM:2002:8731), FJ 5.º, donde se afirma: «nos hallamos ante la sincronización en un soporte audiovisual —composición musical incorporada a una obra audiovisual— [...] para la que debe recabarse previamente el consentimiento del titular de los derechos».

³⁶ Así lo considera la doctrina mayoritaria, con la que coincidimos, y esta misma tesis es la que mantiene el TJUE, en su sentencia de 29 de julio de 2019, asunto *Pelham* (C-476/17), en la que siguiendo la opinión del Abogado General, se afirma que: «solo un soporte que incorpora la totalidad o una parte sustancial de los sonidos fijados en un fonograma puede, por sus características, sustituir a los ejemplares lícitos de este y, por tanto, constituir una copia de dicho fonograma, en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2006/115» (apartado 46). Por otra parte, tal y como se indica en la SAP Barcelona de 15 de mayo de 2000 (ECLI: ES:APB:2000:6239), FJ 5.º *in fine*, se considerará que existe una reproducción sustancial cuando esta tenga relevancia económica.

³⁷ Vid. apartado 64 de las conclusiones del Abogado General.

³⁸ El problema se plantea cuando el fonograma se incorpora sin que exista originalidad a una obra protegida preexistente, pues el resultado seguirá siendo obviamente una obra. En nuestra opinión también existirá sincronización en estos casos.

Por ello, una parte de la doctrina, con la que nos alineamos, considera que la sincronización de fonogramas trasciende la mera reproducción de estos, al requerirse una cierta correlación entre las imágenes de la creación audiovisual (o los diferentes elementos de la obra en la que se integren), y los fonogramas sincronizados, de forma que se trata de una actividad creativa muy próxima a la transformación³⁹, o incluso, en opinión de algunos autores, de una auténtica transformación⁴⁰, si bien no estamos de acuerdo con esta última posición doctrinal, principalmente porque consideramos que el fonograma no tiene la consideración de obra protegida⁴¹.

También existen diversas resoluciones que se pronuncian en este mismo sentido, como por ejemplo, la SAP Barcelona de 15 de mayo de 2000 (ECLI: ES:APB:2000:6239), en cuyo FJ 4.º se afirma lo siguiente: «Nos hallamos ante la sincronización en un soporte audiovisual, modalidad de explotación que constituye, según ha señalado la doctrina, un supuesto particular —cualificado— de reproducción, próximo a la transformación»⁴².

Por tanto, y aunque en puridad no podamos considerar la sincronización como una auténtica transformación, entendemos que es precisa cierta actividad intelectual para realizarla, y el resultado ha de ser siempre una nueva obra que integra al fonograma, y esta nueva obra no podrá ser considerada fonograma, al no ser exclusivamente sonora⁴³.

4. La remuneración equitativa y única en las Directivas y en el TRLPI

La controversia se refiere a los derechos de remuneración establecidos en el artículo 8.2 de las Directivas, cuyos titulares son los artistas y los productores de fonogramas, y que en el ámbito jurídico español se encuentran regulados en los artículos 108.4⁴⁴ y 116.2 TRLPI.

³⁹ Vid. SÁNCHEZ ARISTI (2017a), pág. 333. Esta misma opinión es defendida por el Abogado General (*vid.* apartado 64 de las conclusiones del asunto que estamos analizando).

⁴⁰ Para Marc Simón, la sincronización no constituye una mera reproducción del fonograma, sino que se trata de una actividad creativa más próxima a la transformación, e incluso en muchas ocasiones una auténtica transformación. Vid. SIMÓN ALTABA (2017), págs. 529-530. Alfonso González, por otra parte, defiende que las licencias de sincronización podrían considerarse un subtipo dentro del género de los contratos de transformación. Vid. GONZÁLEZ GONZALO (2019), pág. 236. Patricia Mariscal considera que «la sincronización es un tipo de transformación contextual en la que una obra es incorporada con carácter —en cierto modo— accesorio dentro de la principal». Vid. MARISCAL GARRIDO-FALLA (2013), págs. 130 y 223. Y finalmente, Rafael Sánchez defiende la tesis de que la sincronización es un caso cualificado de reproducción, que podría incluirse dentro del ámbito del derecho de transformación. Vid. SÁNCHEZ ARISTI (2005), págs. 385-386.

⁴¹ Coincidimos, en este sentido, con la sentencia de apelación del asunto objeto del presente trabajo, si bien discrepamos en que de ello se derive que la sincronización de fonogramas se traduzca en una mera reproducción de *estos*. Vid. Sentencia núm. 29/2016 de la sección 28 de la AP de Madrid, de 25 de enero (ECLI: ES:APM:2016:3842), FJ 2.º

⁴² En este mismo sentido se pronuncia la AP de Madrid, en su sentencia núm. 560/2002, de 2 de julio (ECLI: ES:APM:2002:8731), FJ 5.º, y también el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 Bis de Madrid, en la sentencia núm. 110/2013, de 10 de junio (ECLI: ES:JMM:2013:439), FJ 7.º, que resolvió en primera instancia el asunto que daría lugar posteriormente a la STJUE que estamos analizando en este trabajo.

⁴³ Como indica Rodrigo Gallego, esta es la tesis defendida en la sentencia de instancia, si bien en dicha sentencia se defiende que la sincronización de fonogramas es una auténtica transformación. Vid. Gallego García (2015), págs. 3-5 (versión *online*), y Sentencia núm. 110/2013 del JM núm. 4 Bis de Madrid, de 10 de junio de 2013 (ECLI: ES:JMM:2013:439), FJ 7.º

⁴⁴ La remuneración establecida en el artículo 108.4 TRLPI, además de equitativa, es única y de carácter renunciante, aplicándose para toda comunicación al público, excepto cuando exista una puesta a disposición del público en la forma establecida en el artículo 20.2.i) TRLPI, para la que está prevista una remuneración específica en artículo 108.3 TRLPI, que también es equitativa, pero no única, siendo además esta última de carácter irrenunciable. Vid. SÁNCHEZ ARISTI (2017b), págs. 1600-1601 y 1606-1607.

Y, como indica el Auto del TS en el que se eleva la cuestión prejudicial, los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI recogen, en los mismos términos, lo regulado en el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115/CE (que a su vez es idéntico al art. 8.2 de la 92/100/CEE), y ello a pesar de que ambas Directivas son «de mínimos», pues en este caso el legislador español decidió en el momento de su transposición, no ampliar los derechos de los titulares manteniendo los previstos en las normas comunitarias.

Es importante tener presente que estos artículos no establecen derechos preventivos o de exclusiva para sus titulares⁴⁵, sino unos derechos de mera remuneración, esto es, de carácter compensatorio, que en este caso concreto se encuentran asociados a la comunicación pública de un fonograma comercial⁴⁶.

Los sujetos pasivos de estos derechos, sobre los que recae la obligación de pago, son los usuarios de los fonogramas que hayan sido comunicados públicamente (en el caso de autos, la cadena de televisión que emitió las obras audiovisuales en las que estaban sincronizados los fonogramas).

En el ámbito internacional, estos derechos se encuentran regulados en el artículo 12 de la Convención de Roma y en el artículo 15.1 del TOIEF, con un contenido prácticamente idéntico al del TRLPI y al de las Directivas, aunque con algunas diferencias relevantes⁴⁷.

En cualquier caso, para dar lugar al derecho de remuneración, el fonograma debe haber sido publicado previamente con fines comerciales⁴⁸, de forma que quedan excluidos los fonogramas no publicados o aquellos publicados sin que existiera un fin comercial⁴⁹, y obviamente, dicha publicación debe haber sido lícita⁵⁰.

Y como indica Rafael Sánchez al comentar el artículo 108.4 TRLPI⁵¹, la finalidad comercial puede manifestarse tanto de forma directa (por ejemplo, lucro por la venta de los fonogramas), como indirecta (*v. gr.*, ganancias publicitarias

⁴⁵ Vid. SAP Palma de Mallorca 104/2016, de 19 de abril (ECLI: ES:APIB:2016:686), FJ 4.º, y conclusiones del Abogado General en el asunto que estamos analizando (C-147/19), apartados 68 y 69.

⁴⁶ En el ámbito de los derechos afines o conexos, Concepción Saiz distingue entre aquellos derechos cuyo fundamento radica en el elemento artístico-creativo y aquellos fundamentados en un elemento económico. El derecho a la remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes pertenecerá al primer grupo, y el de los productores de fonogramas al segundo, si bien en ambos casos se trata de derechos de carácter compensatorio o de mera remuneración. Vid. SAIZ GARCÍA (2000), págs. 96-97.

⁴⁷ En la Convención de Roma, la remuneración puede establecerse exclusivamente para los artistas, exclusivamente para los productores, o para ambos. En cuanto al TOIEF, aunque en principio se crea el derecho a la remuneración tanto para los artistas como para los productores (art. 15.1), el apartado 3 del artículo 15 deja abierta la posibilidad de que los Estados Parte del Convenio establezcan limitaciones o incluso no apliquen esta remuneración.

⁴⁸ Si bien, como indica Fernando Carabajo, la idea tradicional de publicación aparece fuertemente vinculada a la edición de libros u otros medios impresos (periódicos, revistas, etc.), la progresiva aparición de nuevos tipos de obras y soportes, debido a los avances tecnológicos, ha provocado la extensión del concepto de publicación a estos nuevos tipos de obras y soportes. Vid. CARBAJO CASCÓN (2002), pág. 46. Por ello, se debe considerar que también ha existido publicación cuando el fonograma haya sido puesto a disposición del público previamente. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2017), pág. 1699, y artículo 15.4 TOIEF.

⁴⁹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2017), pág. 1698 (y aunque el profesor Rodrigo Bercovitz se refiera únicamente al art. 116.2 TRLPI, consideramos que lo expuesto es igualmente aplicable al 108.4 TRLPI).

⁵⁰ Pues una «publicación» ilícita, esto es, aquella realizada sin cumplir los requisitos establecidos en el artículo 4 TRLPI, será ineficaz, y entre otros efectos, no dará lugar al derecho a la remuneración equitativa y única de los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI, especialmente si no cuenta con la autorización de los titulares de los derechos. Vid. CARBAJO CASCÓN (2017), pág. 92.

⁵¹ Conclusiones también válidas para el 116.2 TRLPI. Vid. SÁNCHEZ ARISTI (2017b), págs. 1603-1604.

asociadas a la difusión gratuita de los fonogramas), pero es necesario que exista un modelo de negocio en el que el beneficio esté relacionado con el ofrecimiento de los fonogramas. No obstante, es preciso aclarar que este fin comercial se refiere a la publicación del fonograma, no siendo necesario que exista en la comunicación pública que da lugar a la remuneración⁵².

Se trata de una remuneración equitativa, y además única, en el sentido de que se abona de forma conjunta a todos los titulares de los derechos (artistas y productores), esto es, no debe entregarse a cada titular su parte correspondiente. Pero esto no significa que deba abonarse una sola vez, pues se deberá pagar una compensación por cada vez que se utilice el mismo fonograma en diferentes actos de comunicación pública, o bien una remuneración periódica, si la comunicación pública se lleva a cabo de forma continuada⁵³.

Y finalmente, debemos destacar que estos derechos de remuneración son de gestión colectiva obligatoria, algo que ha sido criticado por un importante sector de la doctrina, con el que coincidimos, pues entendemos que supone una restricción injustificada a la libre disponibilidad del derecho de comunicación pública⁵⁴.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE

Como indica el TJUE, en las cuestiones prejudiciales se está preguntando, en esencia, «si los usuarios tienen que pagar la remuneración equitativa y única que contemplan ambas disposiciones cuando efectúen la comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas»⁵⁵, esto es, si la comunicación pública de la obra audiovisual lleva consigo también la comunicación pública de los fonogramas incorporados en ella⁵⁶, o por el contrario esto no sucede (dejando el fonograma de existir como tal, tras ser sincronizado en la obra)⁵⁷.

A continuación, vamos a resumir el razonamiento que lleva a cabo el Alto Tribunal para responder a las cuestiones planteadas, que, en este caso, coincide en lo esencial con el expuesto por el Abogado General en sus conclusiones.

En primer lugar, el TJUE indica que para responder a las cuestiones planteadas, es preciso determinar si la obra audiovisual en la que se ha sincronizado el fonograma debe calificarse de «fonograma» o de «reproducción de un fonograma».

⁵² No obstante, aunque el fin lucrativo no sea necesario para que haya comunicación pública, en ocasiones puede jugar un papel relevante a la hora de valorar la existencia de esta. Como ejemplo, y aunque se trate de un ámbito distinto al de la sincronización de fonogramas, podemos citar el papel esencial que juega el ánimo de lucro para establecer la existencia de comunicación pública en los enlaces a contenidos ilícitos, ya que cuando existe dicho ánimo de lucro se presume *iuris tantum* el conocimiento de la ilicitud, lo que determina a su vez la existencia de comunicación pública de la obra enlazada, salvo que se enerve la presunción. *Vid.* GONZÁLEZ SAN JUAN (2020), pág. 209 y 210.

⁵³ *Vid.* SÁNCHEZ ARISTI (2017b), págs. 1603-1604.

⁵⁴ *Ibid.*, pág.1608.

⁵⁵ *Vid.* apartado 27 de la STJUE.

⁵⁶ Y entendemos que la cuestión puede extenderse a cualquier tipo de obra que no sea exclusivamente sonora, siendo en nuestra opinión, aplicable igualmente la respuesta del TJUE, como detallaremos *infra*.

⁵⁷ O equivalentemente, como indica Federico Jover, «si reproducir la banda sonora de una película al tiempo que se emite la película genera derechos de autor separados y diferenciados de los que se derivan de la película total para los autores e intérpretes de dicha banda sonora, considerando a la misma y en este contexto, un fonograma». *Vid.* JOVER GARCÍA (2020), pág. 10.

grama», y para ello es necesario tener en cuenta tanto la Convención de Roma como el TOIEF⁵⁸.

Según la Convención de Roma, un fonograma debe ser una fijación exclusivamente sonora⁵⁹, y por otra parte, a tenor de la definición de fonograma dada por el TOIEF, quedan excluidas expresamente las obras cinematográficas y audiovisuales⁶⁰, de forma que según ambos Tratados, una fijación de sonidos incorporada a una obra audiovisual no puede ser considerada fonograma, especialmente teniendo en cuenta que en el caso de autos existió autorización para realizar la sincronización, y que esa autorización se produjo a cambio de una contraprestación económica⁶¹.

Descartada la condición de fonograma de las grabaciones audiovisuales en cuestión, quedaría por determinar si estas pueden calificarse como «reproducciones de fonogramas», esto es, como copias de los mismos.

Para responder a esta pregunta, el TJUE comienza puntualizando que la definición de «reproducción» incluida en la Convención de Roma se refiere al acto de reproducción⁶², y por ello no resulta aplicable al artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, donde no se establece un derecho preventivo, sino uno de carácter compensatorio y, por tanto, «reproducción» debe entenderse como un ejemplar del fonograma derivado del acto de reproducción⁶³.

Y, por las mismas razones por las que las grabaciones audiovisuales convertidas no pueden calificarse como fonogramas, tampoco podrán constituir ejemplares de estos⁶⁴.

Por tanto, el TJUE concluye que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se haya sincronizado un fonograma, no podrá calificarse ni de «fonograma» ni «reproducción de un fonograma», y por ello, su comunicación pública no dará lugar al derecho de remuneración previsto en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE⁶⁵.

En nuestra opinión, el elemento clave que permite llegar a las conclusiones anteriores es el hecho de que el fonograma haya sido sincronizado en una obra audiovisual, puesto que cuando la fijación del fonograma se produzca en creaciones que no sean obras seguirá existiendo fonograma⁶⁶, y por lo tanto la comunicación pública de la creación dará lugar a la remuneración equitativa y única regulada en el artículo 8.2 de las Directivas⁶⁷.

Por otra parte, aunque la sentencia se limita a la interpretación⁶⁸ del artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, y únicamente en relación

⁵⁸ Vid. apartado 31 de la STJUE.

⁵⁹ Vid. apartado 37 de la STJUE.

⁶⁰ Vid. apartados 39-41 de la STJUE.

⁶¹ Vid. apartados 46 y 47 de la STJUE.

⁶² Vid. apartado 48 de la STJUE.

⁶³ Vid. apartado 50 de la STJUE.

⁶⁴ Vid. apartado 51 de la STJUE.

⁶⁵ Vid. apartados 52 y 53 de la STJUE.

⁶⁶ Salvo que el proceso de fijación tenga la suficiente originalidad como para convertirla en obra, en cuyo caso existirá sincronización y dejará de existir fonograma.

⁶⁷ Vid. MUÑOZ VICO (2020), y Guía sobre los tratados de derechos de autor y derechos conexos administrados por la OMPI (2003), pág. 242.

⁶⁸ No obstante, la función del TJUE no se limita a la interpretación de las normas de la UE, sino que además juega un papel relevante en su desarrollo. Vid. GRIFFITHS (2014), págs. 1098-1126.

con los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales, entendemos que los razonamientos del TJUE son también aplicables a cualquier otro tipo de obras que no sean exclusivamente sonoras, en las que se hayan sincronizado fonogramas, y además, por otra parte, que resulta extensible (por aplicación analógica) al 108.3 TRLPI, en el que se establece una remuneración equitativa para los artistas intérpretes o ejecutantes cuando exista una puesta a disposición del público de sus fonogramas.

Y entendemos que esto resulta especialmente relevante hoy en día, puesto que son muchos los casos en los que los fonogramas se utilizan en la Web, bien para ponerlos a disposición del público directamente (mediante enlaces internos o externos)⁶⁹, generándose en este caso el derecho a la remuneración, o bien mediante sincronización en otro tipo de obras⁷⁰, obras que normalmente se pondrán después a disposición del público⁷¹, de forma que, aplicando extensiva o analógicamente la doctrina del TJUE de la sentencia que estamos analizando, no cabría hablar de puesta a disposición del público de los fonogramas y, por tanto, no existiría el derecho a la remuneración prevista en el artículo 108.3 TRLPI.

Adicionalmente, el TJUE, consciente de los importantes intereses económicos que están en juego, intenta adelantarse a las eventuales críticas, especialmente las procedentes de los artistas y productores de fonogramas, que se verán claramente perjudicados⁷², y para ello aclara que, como debe existir un contrato para autorizar la sincronización, los artistas y productores de fonogramas recibirán una contraprestación económica asociada a dicha autorización, y esta prestación económica es la que debe cubrir también la remuneración por la comunicación pública de los fonogramas, de forma que no se rompe el delicado equilibrio entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los usuarios de estos, algo con lo que coincidimos plenamente⁷³.

Finalmente, debemos hacer referencia al problema de la posible incongruencia de esta doctrina con la declaración concertada sobre el artículo 2.b) del TOIEF⁷⁴, y que precisa 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»⁷⁵.

El TJUE indica que la declaración concertada no afecta en modo alguno a sus conclusiones, ya que esta ha de interpretarse de la siguiente forma: «un

⁶⁹ Pensemos, por ejemplo, en una página Web en la que se ha incluido un enlace a un fonograma previamente puesto a disposición del público en otra página web (enlace externo). En este caso, debemos aplicar la doctrina del TJUE sobre los enlaces para determinar la existencia o no de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición —*vid.* GONZÁLEZ SAN JUAN (2020), págs. 186-212—, y cuando así sea, se generará el derecho a la remuneración equitativa para los artistas, ex artículo 108.3 TRLPI.

⁷⁰ Por ejemplo, sincronizados en la propia página web, cuando esta sea una obra protegida, aunque debemos recordar que no todas las páginas web son obras, y además, en cualquier caso será necesaria la autorización de los titulares de los derechos sobre el fonograma, para poder incluirlo en la página web.

⁷¹ Una situación especialmente relevante es el de las plataformas de video bajo demanda (Youtube, Netflix, etc.), en las que se ponen a disposición del público gran cantidad de obras audiovisuales.

⁷² Pues como ha puesto de manifiesto la doctrina, esta decisión del TJUE tendrá sin lugar a dudas una repercusión económica considerable. *Vid.* MUÑOZ VICO (2020), y JOVER GARCÍA (2020), pág. 10.

⁷³ *Vid.* apartados 54 y 55 de la STJUE.

⁷⁴ Declaración concertada adoptada por la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 20 de diciembre de 1996. Esta posible incongruencia fue alegada por AGEDI, AIE y el Gobierno Español.

⁷⁵ *Vid.* apartado 42 de la STJUE.

fonograma incorporado en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual pierde su condición de “fonograma” en la medida en que forme parte de tal obra, sin que dicha circunstancia afecte en modo alguno a los derechos sobre ese fonograma en caso de que se utilice con independencia de la obra en cuestión», interpretación con la que también estamos plenamente de acuerdo⁷⁶.

IV. CONCLUSIONES

Cuando un fonograma se incorpora a una obra audiovisual, pierde su condición de fonograma, quedando esta suspendida mientras se encuentre incorporado a la obra, pero volverá a recuperarla si posteriormente se distribuye o comunica públicamente el fonograma de forma separada a la obra audiovisual.

Por ello, la comunicación pública de la obra audiovisual, no dará lugar al derecho de remuneración equitativa y única previsto en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Sin lugar a dudas, las consecuencias económicas de esta sentencia son muy relevantes, pues la decisión del TJUE va a suponer una importante pérdida de ingresos para las sociedades de gestión, y por ende de los titulares de los derechos (artistas intérpretes o ejecutantes, y productores de fonogramas).

No obstante, consideramos que la respuesta del TJUE ha sido acertada y, como bien indica el Alto Tribunal, no debe afectar al delicado equilibrio entre los titulares de derechos de los fonogramas (artistas intérpretes o ejecutantes, y productores), y los usuarios (en este caso las cadenas de TV), equilibrio que pretenden preservar las Directivas de la UE, pues los titulares de los derechos podrán obtener una adecuada remuneración a través de las licencias que concedan a los productores de obras audiovisuales para autorizar la sincronización de sus fonogramas⁷⁷.

Adicionalmente, entendemos que esta doctrina del TJUE sobre la sincronización de fonogramas resulta trasladable, *mutatis mutandis*, a aquellos casos en los que un fonograma se sincronice en una obra protegida que no sea una obra audiovisual (por ejemplo, en una página web que sea una creación humana original), y esta se ponga a disposición del público en Internet. En ese caso tampoco existiría fonograma y, por tanto, la puesta a disposición del público de la obra protegida no daría lugar a la remuneración prevista en el artículo 108.3 TRLPI.

Finalmente, no podemos obviar una posible consecuencia negativa de esta sentencia, y es que puede incrementar la desprotección de los artistas intérpretes o ejecutantes frente a los productores, tanto de fonogramas como de obras audiovisuales, pues estos dos últimos tienen normalmente mucho más poder que los artistas, lo que puede hacer que las cantidades que obtengan los primeros por la sincronización de sus fonogramas quede reducida a un nivel testimonial, o incluso sea completamente nula, especialmente considerando que es habitual que los artistas cedan sus derechos de comunicación pública (o como míni-

⁷⁶ Vid. apartado 44 de la STJUE.

⁷⁷ No obstante, puede que esto no sea del todo cierto en el caso de los artistas intérprete o ejecutantes, puesto que es frecuente que cedan sus derechos de explotación en exclusiva a los productores de fonogramas, de forma que con frecuencia no intervendrán en las posteriores negociaciones de las licencias para la sincronización de sus fonogramas.

mo el de puesta a disposición del público)⁷⁸, en exclusiva a los productores de fonogramas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2017), «Artículos 114-119», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, págs. 1679-1718.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando (2017), «Artículo 4», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, págs. 67-102.
- (2002), *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Colex, Madrid.
- GALLEGO GARCÍA, Rodrigo (2015), «Sincronización musical y publicidad», *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento* 47, abril-junio, págs. 213-230 (págs. 1-16 versión online).
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2019), «El concepto autónomo de «reproducción» en la Directiva 2001/29», en AAVV, *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la unión europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 95-116.
- GONZÁLEZ GONZALO, Alfonso (2019), «La obra audiovisual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 229-239.
- GONZÁLEZ SAN JUAN, José Luis (2017), «Protección jurídica de las páginas Web», en AAVV, *Reflexiones sobre Derecho Privado Patrimonial (Vol. VI)*, Ratio Legis, Salamanca, págs. 91-110.
- (2020), *Enlaces en la Web y derechos de autor y conexos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GRIFFITHS, Jonathan (2014), «The role of the Court of Justice in the development of European Union copyright law», en AAVV, *EU copyright law: a commentary*, Edward Elgar Publishing, Northampton, MA, págs. 1098-1126.
- JOVER GARCÍA, Federico (2020), «Las entidades de radiodifusión ganan la batalla frente a artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 969, pág. 10.
- MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia (2013), *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ VICO, Antonio (2020), «Atresmedia contra AGEDI-AIE: ¿Tienen derecho los artistas y sus sellos a cobrar por el uso de su música en televisión», en Blog Garrigues, <https://blogip.garrigues.com/autor/antonio-munoz-vico> (última consulta 18 de enero de 2021).
- SAIZ GARCÍA, Concepción (2000), *Objeto y sujeto del Derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (2005), *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2.^a ed., Comares, Granada.
- (2017a), «Artículos 17-19», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, págs. 275-293.
- (2017b), «Artículos 105-110», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, págs. 1533-1623.
- SIMÓN ALTABA, Marc (2017), «El derecho de transformación en la ley de propiedad intelectual española», Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra, disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/402891> (última consulta: 18 de enero de 2021).

⁷⁸ De hecho, se presume la cesión del derecho de puesta a disposición del público en el artículo 108.2 TRLPI, quedando a salvo, claro está, el derecho de remuneración establecido en el artículo 108.3 TRLPI, al ser de carácter irrenunciable e intrasmisible.