

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

INFORME 11/2009, DE 3 DE DICIEMBRE DE 2010. ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE COMPRA, DESARROLLO Y PRODUCCIÓN DE PROGRAMAS Y TIEMPO DE DIFUSIÓN POR LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN. SOMETIMIENTO A LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de noviembre de 2009, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de Informe con el siguiente tenor literal:

“**JOSÉ LÓPEZ JARABA**, Director General de la Entidad Pública **Radiotelevisión Valenciana (RTVV)**, cargo para el que fue nombrado mediante Decreto 170/2009, de 16 de octubre del Govern Valencià, y como órgano de contratación de las Sociedades gestoras de los servicios públicos de televisión y radiodifusión atribuidos a la Generalitat Valenciana, **Televisión Autónoma Valenciana, S.A. (TVV)** y **Radio Autonomía Valenciana, S.A. (RAV)**, ante esta Junta Superior de Contratación comparece y **D I C E**:

Primero.- Que en fecha 27 de julio de 2006, Radiotelevisión Valenciana formuló ante la Junta consulta respecto a la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, entonces vigente, a determinados contratos de las sociedades, TVV y RAV, relativos a la “**compra, desarrollo y producción de programas y tiempo de difusión**”.

Segundo.- Que en fecha 10 de octubre de 2006, la Junta se pronunció mediante el Informe 5/2006, en el que en las consideraciones jurídicas expone que, efectivamente, “los contratos de compra, desarrollo y producción de programas y tiempo de difusión no tienen encaje en el derecho comunitario de contratación pública, en virtud de la Directiva 18/2004/CE que fundamenta acertadamente el porqué de la exclusión de los contratos objeto de consulta, ya que deben poderse tener en cuenta consideraciones de importancia cultural y social, debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos, estableciendo por tanto una excepción para los contratos públicos de servicios destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa, así como los contratos que se refieren al tiempo de difusión”.

Así, el citado Informe concluye diciendo que los contratos de compra, producción, programación y tiempo de difusión en medios audiovisuales, que realizan TVV y RAV, son contratos privados no sometidos al ámbito de la LCAP por **aplicación directa de las disposiciones comunitarias en materia de contratación pública.**

Tercero.- Que en fecha 1 de mayo de 2007 entró en vigor la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. La citada Ley en el Artículo 13 realiza una excepción expresa de los contratos que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

programas destinados a la radiodifusión, considerando que este tipo de contratos no se hallan sujetos a regulación armonizada, quedando excluidos de la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia.

Puesto que TVV y RAV con la nueva LCSP son Poderes Adjudicadores que no tienen carácter de Administración, pudiera pensarse que este tipo de contrato, cuando no se encuentren sujetos a regulación armonizada, se les debería aplicar los principios de publicidad y concurrencia del Artículo 175. Pero ello, no puede ser así por los siguientes motivos:

1º.- Este tipo de contratos quedan asimismo excluidos del ámbito objetivo de la LCSP, exclusión que opera el Artículo 4.p) ya que si atendemos a su naturaleza, consistente en muchos casos en una compraventa o, en otros, en negocios jurídicos análogos sobre propiedades incorpóreas, es obvio que esta clase de contratos audiovisuales quedan fuera del ámbito de la LCSP y se regirán por la legislación patrimonial.

*2º.- Para el caso de que se pretendiera que este tipo de contratos pudieran estar incluidos en el concepto “contratos de servicios” del Artículo 10 de la LCSP, hay que tener en cuenta que dicho Artículo nos remite al Anexo II de la Ley y en el mismo figuran, dentro del epígrafe 26 (nota al pie de página 7) como **exceptuados** de su aplicación concretamente “los contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de material de programación por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión”, todo ello conforme a la nueva redacción del citado Anexo II dada por la Disposición Final Tercera del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP.*

3º.- Por último, no resultaría coherente que contratos de cuantía inferior a los umbrales estuvieran sometidos a normas más rigurosas que las exigidas en los contratos que la Ley ha excluido de su ámbito.

Cuarto.- *Además de todo lo expuesto, entendemos que los contratos de TVV y RAV que tienen por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, así como el tiempo de difusión, continúan fuera del ámbito de aplicación de la LCSP y exceptuados, por tanto, del principio de publicidad recogido en el Artículo 175 de la Ley, ya que los argumentos que sirvieron de base a la Junta de Contratación para la emisión del mencionado Informe 5/2006, como el carácter propio de estos contratos y las disposiciones comunitarias en materia de contratación que dispensan claramente la adjudicación de ese tipo de contratos de la aplicación de los principios de contratación pública, entre los que se encuentra el de publicidad, siguen vigentes a fecha de hoy por lo que son perfectamente aplicables.*

Quinto.- *Por todo ello, la exclusión de dichos contratos del ámbito de la Ley estatal, con independencia del importe de que se trate, no puede ofrecer duda alguna y en esa línea se manifiesta la Corporación RTVE y sus sociedades mercantiles TVE y RNE, cuya Instrucción de contratación, que ha sido informada por la Abogacía General del Estado, establece en el apartado III, a), 2L como **supuesto excluido del principio de publicidad y concurrencia**, entre otros, precisamente el siguiente:*

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

“Cuando la publicación pueda perjudicar la posición competitiva de la sociedad contratante en el mercado audiovisual. En concreto, se incluyen aquellos contratos que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, así como los destinados al tiempo de radiodifusión”.

Sexto.- No obstante todo lo anterior y ante la exigencia de la Sindicatura de Comptes de la Generalitat Valenciana, nos vemos en la necesidad de elevar consulta a la Junta para que se pronuncie respecto de si la adjudicación de los contratos de compra, desarrollo y producción de programas y tiempo de difusión, de TVV y RAV, se encuentra, o no, fuera del ámbito de aplicación de la nueva LCSP y, por tanto, dispensados de la aplicación del principio de publicidad.

Por lo expuesto,

***SOLICITA** que, teniendo por formulada la precedente consulta, se emita el oportuno informe en el que se dictamine si la adjudicación de los contratos de compra, desarrollo y producción de programas y tiempo de difusión, de TVV y RAV, se encuentra, o no, sujeta a la aplicación de la vigente Ley de contratos del Sector Público y, en su caso, el alcance de la misma.”*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.- Los contratos de compra, desarrollo, producción o coproducción de programas y tiempo de difusión son contratos de servicios en la Directiva 2004/18/CE.

La consulta formulada por el ente público RTVV, si bien hace plantearse a esta Junta consideraciones puramente de derecho interno para basar nuestro informe y conclusiones, debe analizarse a la luz de la legislación y jurisprudencia comunitarias sobre el particular y consecuentemente de la Ley 30/2007, de 31 de octubre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico los principios y normas establecidos en aquellas.

La Directiva 2004/18/CE, en su artículo 16.b), considera contratos públicos de servicios aquellos cuyo objeto sea la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión, si bien establece expresamente la no aplicación de la Directiva para su adjudicación. Las razones las encontramos en el apartado 25 de su exposición de motivos: *“En la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios audiovisuales en el ámbito de la radiodifusión deben poder tenerse en cuenta consideraciones de importancia cultural y social, debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. Por esto, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa, así como los contratos que se refieren al tiempo de*

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

radiodifusión... Se debe entender por radiodifusión la transmisión o difusión por cualquier red electrónica.”

Además de la claridad con la que se expresa el primer párrafo del artículo 16 (*La presente Directiva no se aplicará los contratos públicos de servicios...*), de no ser considerados contratos de servicios, no estarían excluidos específicamente del régimen aplicable a los contratos públicos de servicios del Anexo 1 a) y 1 b) de la Directiva, y más concretamente de su categoría 26, reproducidos ambos en el anexo II de la LCSP y modificados por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP. Y con ello respondemos parcialmente a la segunda cuestión planteada en el informe. El hecho de estar excluidos del régimen aplicable a los servicios relacionados en estos Anexos, no supone automáticamente que no sean considerados contratos de servicios, sino que de serlo no serían contratos de servicios sometidos a la Directiva 2004/18/CE.

Recuerdan las Conclusiones del Abogado General presentadas el 6 de septiembre de 2007 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 13 de diciembre de 2007, ambos en el asunto C-337/06, que el texto del precepto de la Directiva es tan nítido que bastaría acudir al adagio *in claris non fit interpretatio*. La norma libera de la obligación de someterse a los procedimientos de licitación regulados en la Directiva a los contratos de servicios íntimamente vinculados con el contenido de los programas de radio y de televisión y, en particular, con aquel contenido sobre el que existen derechos de autor. Esta deducción aparece avalada por la evolución legislativa comunitaria, según se desprende de la comparación de las respectivas exposiciones de motivos de las Directivas 92/50/CEE y 2004/18CE. Así, el vigésimoquinto considerando de la Directiva 2004/18 ha matizado el escueto decimoprimer considerando de la Directiva 92/50, amparando a «otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa, así como los contratos que se refieren al tiempo de radiodifusión». En cambio, esta exclusión específica no engloba prestaciones que tuvieren por objeto simplemente el «suministro del material técnico imprescindible» para elaborar esos programas.

Sin embargo, la nitidez que le atribuyen los citados órganos al precepto de la Directiva es un juicio de valor difícil de compartir porque la Directiva emplea de una forma intuitiva y coloquial los términos y expresiones “servicios audiovisuales”, “el desarrollo, la producción o la coproducción de programas...”, “la compra ... de programas listos para su uso”, “los contratos relativos al tiempo de radiodifusión”, para resumir unos negocios jurídicos complejos que se encuentran condicionados por la existencia de derechos de autor o de explotación cuyos titulares son distintos de la entidad contratante y del productor u operador económico que es parte en el contrato, y que se han de negociar en un contexto muy competitivo en el que frecuentemente la confidencialidad es un requisito inexcusable para no causar perjuicios económicos a las partes que intervienen.

En efecto, teniendo en cuenta que los contratos en los que se ha planteado la excepción al régimen aplicable en general a los contratos públicos de servicios, se consideran incluidos en la categoría 26 de los anexos mencionados, podemos extraer del mismo anexo de la Directiva o de la LCSP qué tipo de prestaciones o servicios se encuentran incluidos en dicha categoría, ya que en los mismos anexos se encuentran relacionados los códigos y descriptores del CPV que detallan todos los tipos

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

de prestaciones que podrán considerarse comprendidos en aquella. Excluyendo los servicios de archivo y catalogación propios de la gestión de bibliotecas (CPVs del 79995000-5 al 79995200-7), se encuentran incluidos en la categoría 26, de acuerdo con la actualización efectuada por el RD 817/2009, los contratos cuyo objeto, entre otros, sea cualquiera de los siguientes:

92100000-2	Servicios de cine y vídeo
92110000-5	Servicios de producción de películas de cine y videocintas y servicios conexos
92111000-2	Servicios de producción de películas de cine y vídeo
92111100-3	Producción de películas y videocintas de formación
92111200-4	Producción de películas y videocintas de publicidad, propaganda e información
92111210-7	Producción de películas publicitarias
92111220-0	Producción de videocintas publicitarias
92111230-3	Producción de películas de propaganda
92111240-6	Producción de videocintas de propaganda
92111250-9	Producción de películas informativas
92111260-2	Producción de videocintas informativas
92111300-5	Producción de películas y videocintas de entretenimiento
92111310-8	Producción de películas de entretenimiento
92111320-1	Producción de videocintas de entretenimiento
92112000-9	Servicios relacionados con la producción de películas cinematográficas y videocintas
92120000-8	Servicios de distribución de películas cinematográficas o videocintas
92121000-5	Servicios de distribución de videocintas
92122000-2	Servicios de distribución de películas cinematográficas
92130000-1	Servicios de proyección cinematográfica
92140000-4	Servicios de proyección de videocintas
92200000-3 (6)	Servicios de radio y televisión
92210000-6 (6)	Servicios de radio
92211000-3 (6)	Servicios de producción radiofónica
92213000-7	Servicios de sistemas de radio de corto alcance
92214000-4	Servicios de equipos o estudios radiofónicos
92215000-1	Servicios de radio móvil general (GMRS)
92216000-8	Servicios de radio familiar (FRS)
92217000-5	Servicios de radio móvil general/Servicios de radio familiar (GMRS/FRS)
92220000-9 (6)	Servicios de televisión
92221000-6 (6)	Servicios de producción de televisión
92222000-3	Servicios de televisión en circuito cerrado
92224000-7	Televisión digital
92225000-4	Televisión interactiva
92225100-7	Televisión con películas a la carta
92226000-1	Teleprogramación

(6) Directiva 2004/18/CE: exceptuando los contratos de compra, desarrollo, producción o coproducción de programas por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos de compra de tiempo de difusión.

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

Como puede observarse, la categoría 26 engloba los trabajos o servicios relativos a la producción audiovisual, a la producción artística de toda índole y a la radiodifusión televisiva o radiofónica, que, a mayor abundamiento, por su objeto, tienen incluso la consideración de contratos privados cuando se llevan a cabo por los sujetos que tienen la consideración de Administraciones públicas, si bien para su adjudicación se estará previamente a las disposiciones de la LCSP. Pero, además, se dan dos circunstancias que no pueden ser ignoradas para discernir las cuestiones planteadas en la consulta:

- En primer lugar, no existe ningún epígrafe que pueda considerarse comprensivo de la “compra” (o venta) de programas audiovisuales para su radiodifusión o relativos al tiempo de difusión. Por decirlo con más precisión, no existe en la categoría 26 ninguna actividad ni servicio que tenga por objeto la compra-venta de derechos de emisión o radiodifusión de obras audiovisuales. Ni de forma exclusiva o no, ni por tiempo indefinido ni por un tiempo de difusión determinado. La razón es obvia: la compra o adquisición de derechos de emisión de un audiovisual es un negocio jurídico de carácter patrimonial sobre propiedades incorpóreas (el derecho a difundir la obra) que no es un servicio, no es una prestación de hacer, en el sentido que le atribuyen la Directiva o la LCSP. Por otra parte, los aspectos relativos al tiempo de radiodifusión se refieren al alcance temporal del derecho a emitir un programa por parte de la entidad radiodifusora, bien porque lo adquiere del titular en caso de producciones ajenas, o bien porque es ella misma la productora o participa en la coproducción y es titular de tal derecho en virtud del contrato correspondiente con quienes ostenten derechos de autor.
- Igualmente, tampoco existe en dicha categoría una actividad o servicio que pueda asimilarse a la “coproducción” de programas. No es lo mismo contratar la realización de una producción audiovisual con arreglo a unas especificaciones establecidas por el organismo de radiodifusión, que suscribir un contrato entre dicho organismo y otro operador económico para “coproducir” dicho audiovisual, compartiendo costes, riesgos y los derechos de explotación resultantes. En este segundo caso, estamos ante un contrato estrictamente privado de colaboración entre dos o más empresas para poner en común recursos técnicos y/o económicos, desarrollar conjuntamente un proyecto audiovisual y comercializarlo en un mercado competitivo. Ninguna de las dos empresas le paga a la otra por su aportación, sino que se reparten los derechos o beneficios en compensación por lo aportado o financiado por cada una. No es un contrato público de carácter oneroso en el sentido de la Directiva, pues no se trata de un contrato en el que un operador económico efectúa el servicio o la prestación y recibe a cambio una contraprestación de otro que tiene la condición de poder adjudicador.

La única coincidencia o similitud entre las actividades cuya contratación se encuentra excluida de la Directiva (compra, desarrollo, producción o coproducción de programas, o [compra] de tiempo de difusión de una obra) y las descritas en la categoría 26 se encuentra directamente en los servicios de *producción de televisión* y de *radio* correspondientes a las clases 92221000-6 y 92211000-3 del CPV, respectivamente, que se corresponden con lo que la excepción denomina el desarrollo o la

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

producción de programas y en los que la propia norma introduce una nota al pie para reiterarla. No obstante, hemos de advertir que la misma coincidencia o relación podría darse con las clases 92111000-2, *Servicios de producción de películas y videos* y 92311000-4 *Servicios artísticos*, estos últimos subdivididos a su vez en los prestados por productores de teatro, orquestas y grupos musicales y en los prestados por autores, compositores o artistas individuales.

Lo que comúnmente denominamos “programas” de radio o de televisión no son ni más ni menos que obras o creaciones audiovisuales difundidas por organismos de radiodifusión y poco o nada importa a nuestros efectos que tales obras residan originalmente en una película cinematográfica, en una videocinta o en otro soporte, ni tampoco que se trate de uno u otro género. En consecuencia, la producción de televisión o de radio o la producción de programas, a las que se refieren las normas comunitarias, no son más que formas distintas de referirse a la producción de obras audiovisuales susceptibles de ser difundidas y puestas a disposición del público por medio de la radiodifusión televisiva o radiofónica. En el caso de la televisión, la producción (y la coproducción) denomina al conjunto de procesos de realización del programa (un audiovisual). De esta manera, la producción engloba a todo el personal, medios técnicos y recursos necesarios para la realización de un programa, organizados en torno a las figuras del *realizador o director* y del productor. Esta realización comprende normalmente dos etapas: la de preproducción, que abarca las fases de *guión*, contratación del equipo técnico y *artístico* y, en su caso, *adquisición de derechos sobre la música u otras creaciones artísticas*, creación del grafismo del programa, sus créditos, títulos, etc., y finalmente la postproducción: terminada la grabación, se procederá a dotarla de *unidad* en la edición técnica de las imágenes y en la sonorización. Una vez obtenida la versión definitiva, se procederá a duplicarla tanto para su emisión como para su catalogación y conservación en el archivo.

En consecuencia, hay que concluir que la excepción de la Directiva viene referida a un objeto contractual que, además de prestaciones de hacer que puedan considerarse servicios, contiene otras prestaciones o negocios que no tienen tal consideración, ya que la Directiva no pretende ni puede redefinir el carácter patrimonial o no de los negocios jurídicos que celebran los organismos de radiodifusión sobre propiedades incorpóreas o activos inmateriales, como son los derechos de autor o los derechos de explotación de obras audiovisuales, sino que lo verdaderamente relevante de la disposición de la Directiva analizada es que ésta no se aplicará cuando sea un organismo de radiodifusión quien celebre los contratos cuyo objeto sea la producción o la adquisición de los derechos necesarios para la difusión de un audiovisual por los servicios de radio o de televisión de dicho organismo.

2.- La transposición de la Directiva 2004/18 y la regulación de los contratos no sujetos a ésta en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

Dado que la Directiva, como norma comunitaria necesaria de transposición, ha fijado precisa e incondicionalmente que los contratos objeto del presente informe no se regulan por los procedimientos de licitación en ella previstos, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su artículo 13.2, como no podía ser de otra forma, declara que tales contratos no se encuentran sometidos a regulación armonizada, reproduciendo literalmente en su apartado a) la redacción dada

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

por la Directiva al posible objeto del contrato que justifica la excepción: la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión. Por lo demás, la LCSP incorpora igualmente los anexos descriptivos de los servicios de la Directiva, reunidos en uno sólo, el Anexo II, manteniéndose intacta la redacción de su contenido, incluidas notas explicativas referidas a la excepción mencionada en la categoría 26 de servicios.

Aunque desde el punto de vista jurídico pueda resultar poco relevante, hay una pequeña diferencia entre la LCSP y la Directiva: la LCSP simplemente se limita a señalar que los contratos citados no están sujetos a regulación armonizada en consonancia con aquella, pero sin calificarlos expresamente. Es más, en lo que se refiere a servicios, la citada excepción del artículo 13.2 parece referirse a los servicios comprendidos en el apartado anterior del mismo artículo, es decir, a los comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II de la Ley (artículo 13.1), lo cual sería absurdo ya que los servicios descritos en estas categorías no guardan ninguna relación con la compra o producción de programas de radio o televisión y no precisan por tanto de tal excepción.

La cuestión ahora, como bien apunta la consulta formulada por RTVV, es determinar si un contrato determinado que tenga por objeto la producción de un programa de televisión o de radio para su emisión o explotación por el organismo de radiodifusión, o bien simplemente adquirir el derecho a emitir uno existente durante un tiempo de difusión limitado o no, se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley y, en el caso de que así sea, si le son de aplicación las disposiciones para la adjudicación de contratos que no estén sujetos a regulación armonizada establecidas en el Artículo 175 de la LCSP, para las sociedades TVV y RAV. Dado que tanto la Directiva como la LCSP han tomado prestados diversos términos de otras normas para definir sus ámbitos de aplicación, vamos a tratar de aclarar cuál es el contenido de tales términos recurriendo a sus propias regulaciones, y puesto que la Directiva, a diferencia de numerosos otros términos, no estableció a sus efectos una definición propia del repetido objeto excluido de su aplicación.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, por la que se establecen las normas básicas en la materia y se incorporan al ordenamiento jurídico nacional las disposiciones de la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Social, define en su artículo 6 los programas de radio y televisión de la siguiente forma:

- a) *Programa de televisión: Conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o de un catálogo de programas. En todo caso son programas de televisión: los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las series, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales, así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo.*
- b) *Programa de radio: Conjunto de contenidos sonoros que forma un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o un catálogo de programas.*

De forma análoga, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en la redacción dada por las sucesivas modificaciones efectuadas en la última década, establece las normas básicas en la materia y en particular los

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

derechos del autor de una obra o de los autores que intervienen en cualquier creación artística, entre ellas las obras audiovisuales. Concretamente, en su Artículo 2, establece que *la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*, y en su artículo 11, apartado d), que *son objeto de propiedad intelectual las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales*, entendiéndose por tales, conforme a lo establecido en el artículo 86 de la misma Ley, *las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas... por cualquier medio de comunicación pública de la imagen y el sonido, con independencia de los soportes materiales de dichas obras*.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y sus diversas modificaciones posteriores, son autores de la obra audiovisual y, en consecuencia, les corresponden originariamente los derechos de explotación: el director o realizador, respecto de la obra en su conjunto; los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos, y los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para dicha obra, respecto de dichas creaciones literarias o musicales, respectivamente. Además, deberá tenerse en cuenta la existencia de cualesquiera de las obras derivadas de las establecidas en el Artículo 11, que son también objeto de propiedad intelectual.

Establece igualmente la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) en su artículo 88, que sin perjuicio de los derechos de los autores, mediante *el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este Título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra. No obstante, en las obras cinematográficas será siempre necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación... mediante su comunicación pública a través de la radiodifusión*.

Y por último en lo que aquí interesa, el artículo 94 de la LPI dispone que las disposiciones referidas a las obras audiovisuales serán *de aplicación, en lo pertinente, a las obras radiofónicas*.

Por su parte la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente las STS de 11 de abril de 2000 y 17 de julio de 2000 - todas ellas de la Sala de lo Civil, ponen el énfasis en que la propiedad intelectual denota ya por su designación un derecho que crean sus autores sobre el que, de conformidad con los Artículo 348 y 428 del Código Civil, tienen derecho a gozar y disponer del mismo a su voluntad, y explotar su obra literaria, científica o artística, en todas las variedades que la vigente legislación reconoce. Lo que no obsta a que, aparte de esa consideración principalmente patrimonial de tal derecho, éste se considere por la moderna doctrina como de carácter incorporeal y manifestación de la personalidad del respectivo autor, pues se trata de un goce distinto del que se tiene sobre las cosas puramente corporales; debiendo distinguirse, por lo tanto, un derecho moral del autor y un derecho patrimonial del mismo. El derecho de explotación se integra, pues, en el contenido patrimonial, junto con otros, de la propiedad intelectual, frente al contenido moral. Es decir, destaca una primera premisa: derecho de explotación no es lo mismo que derecho de

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

propiedad intelectual, sino que es un derecho que forma parte de su contenido y es el concepto jurídico de explotación, que contemplan los primeros artículos de la Ley de Propiedad Intelectual y el Artículo 428 del Código Civil, y equivale a la facultad de «gozar» del Artículo 348 del Código Civil. .

Por tanto, el derecho de carácter patrimonial que se integra en la propiedad intelectual del autor o autores del programa y que, por lo común, se presume cedido a la entidad de gestión o a la productora, se distingue del derecho moral a la autoría del mismo y se integraría en la llamada propiedad incorporal de aquellas, como también refleja el escrito de consulta. En este sentido, el artículo 428 del Código Civil recoge el derecho de propiedad intelectual atribuyendo a su titular el derecho de explotación y el poder de disposición, semejante al derecho de propiedad que contempla el Código Civil cuyo artículo 348 también distingue el aprovechamiento (goce o explotación) y la disposición, y a cuya normativa se remite el artículo 429, como supletoria.

A mayor abundamiento, es de hacer notar que, asimismo, el propio Tribunal Supremo ha entendido que se trata de cuestiones puramente de derecho civil, aunque uno de los intervinientes sea un sujeto público. Véase la STS de 21 de noviembre de 2006 que dictamina que *“la Corporación Local como titular del derecho de propiedad intelectual, calificado habitualmente como propiedades especiales sometidas al derecho privado, se limitó a autorizar temporalmente la edición de una obra musical previa percepción de una contraprestación en especie. Nos encontramos, por tanto, frente a una actividad de la administración no sometida al derecho administrativo sino al derecho civil ante cuya jurisdicción deberá ventilarse si la cesión otorgada al primer cesionario para la explotación de la obra lo fue en exclusiva o no, cuestión de naturaleza civil, conforme a lo establecido en el Artículo 48 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, independientemente de que el autorizante fuera un sujeto de derecho público. La condición de sujeto público en el cesionario de la explotación de la obra no comporta que el acto se encuentre sometido al derecho administrativo.”*

De todo lo expuesto, resulta evidente para esta Junta que el contenido esencial de los contratos que suscriben los organismos de radiodifusión, para la compra, producción o coproducción de programas de televisión, consiste en la adquisición de un conjunto de derechos de explotación de una obra audiovisual, del que como mínimo formará parte el derecho del organismo a difundir la obra por un tiempo y ámbito determinados y a través de la radio o la televisión. Es decir, no se trata de contratar una suma de los servicios técnicos y suministros que intervienen en la producción de un audiovisual, sino que se trata de la adquisición de derechos patrimoniales que corresponden a los autores de una creación artística y, concretamente, de al menos una parte o la totalidad de los derechos de explotación de la misma. Tales derechos constituyen propiedades incorpóreas y activos inmateriales o intangibles que se incorporan al patrimonio del organismo que los adquiere, bien porque se compran cuando se trata de una obra existente, bien porque se financia la producción de la obra, cuando se trata de una obra que ha de ser realizada por los autores o por aquél productor a quien los autores le hayan cedido los derechos de explotación correspondientes.

En este contexto, hay que traer a colación lo dispuesto en el artículo 4.1, letra p) de la LCSP, que excluye de su ámbito de aplicación los negocios o relaciones jurídicas sobre propiedades

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

incorporales, que se regirán por la legislación patrimonial siempre que cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que no incluyan prestaciones propias de los contratos típicos de servicios, suministros u otros regulados en la LCSP, *si el valor estimado de las mismas es superior al 50% del importe total del negocio*
- b) Que si incluyen prestaciones propias de los contratos típicos, éstas mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de *vinculación y complementariedad* que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del organismo o entidad contratante.

En la determinación de las proporciones anteriores relativas al apartado a) no debe confundirse la valoración de los derechos de explotación de la obra audiovisual que se adquieren en virtud de un contrato, con la remuneración de los autores a la que se refiere el Artículo 90 de la LPI, tanto si se trata de la que puedan percibir por su participación en el proceso de producción, como si se refiere a la que pueda corresponderles durante su explotación, es decir, tras su producción y hasta la extinción del derecho de explotación y, en su caso, incorporación al dominio público. En el caso que nos ocupa, los derechos de explotación que se adquieren son, como mínimo, el derecho a publicar y difundir la obra por medio de la radiodifusión, durante un tiempo, una frecuencia y un territorio determinados, y el valor de este derecho es equivalente o al menos guarda relación con el rendimiento (en términos de ingresos netos por publicidad o ventas, o simplemente en términos de audiencia) que pueda obtenerse de tal modalidad de explotación de la obra, pero no tiene nada que ver con la remuneración que puedan haber percibido los autores por la producción original, que no es más que una parte de su coste de producción.

Por el contrario, se encontrará comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP un contrato que tenga por finalidad la producción de un programa y en el que los derechos de explotación que, en virtud del contrato, se adquieren de los correspondientes autores o del productor no alcanzan el 50% del importe total del negocio. Estaríamos ante un contrato de servicios de los comprendidos en la categoría 26, o mixto de servicios y otros contratos, y al que, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, deberá estarse al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Es el caso, por ejemplo, de un contrato en el que el organismo de radiodifusión es ya, o va a serlo al margen del contrato, el titular de los derechos de explotación correspondientes al autor o autores de la obra, bien porque el realizador o director y el guionista pertenecen al organismo y se consideran cedidos tales derechos en virtud de su contrato laboral, o bien porque los adquiere en un contrato específico con dicha finalidad; e igualmente, es titular de los derechos de autor derivados o accesorios o éstos son de escasa cuantía y no relevantes. En este supuesto, el organismo de radiodifusión estaría ante un contrato de servicios y suministros técnicamente necesarios para la producción de un programa, del cual él mismo tiene la condición de productor o es titular de los derechos de explotación, que deberá adjudicarse conforme a lo dispuesto en la LCSP o en las Instrucciones que en desarrollo del artículo 175 se hayan establecido para TVV y RAV.

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

De este precepto de la Ley y de todo lo hasta ahora expuesto resulta una consecuencia inevitable: No cabe una interpretación unívoca para determinar si un contrato que tiene por objeto una o varias de las prestaciones o negocios que caben en una definición tan amplia e imprecisa, como la de “la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas...así como los contratos relativos al tiempo de difusión”, se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP o no, y será necesario analizar las características del contrato en cuestión para determinarlo, especialmente, cuando tenga por objeto el desarrollo o la producción de un programa

Por lo demás, y precisamente por la indeterminación que acabamos de destacar, esta Junta entiende que no puede ser excluida de las Instrucciones de TVV y RAV, la regulación del procedimiento a seguir en los contratos objeto del presente informe.

3.- Las instrucciones de la Corporación RTVE.

Esta Junta entiende que las instrucciones citadas han desaprovechado una ocasión importante de análisis de los contratos de referencia, optando por una regulación extremadamente sucinta. Y ello por lo siguiente:

1ª.- No se cuestiona el carácter de estos negocios jurídicos como excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP por las consideraciones expuestas en el presente Informe. Remitiendo siempre al procedimiento negociado sin publicidad.

2ª.- Los contratos patrimoniales sobre propiedades incorpóreas se pueden adjudicar, además de por concurso público, por adjudicación directa, de acuerdo con la legislación patrimonial.

Lo realmente incuestionable es que las instrucciones de contratación contemplen todos los aspectos de la contratación del Sector público y privada patrimonial y el procedimiento a seguir en uno y otro caso.

4. Diferencia con otros contratos en lo que hay vinculación indirecta de los derechos de propiedad intelectual.

Evidentemente, el presente informe hace que nos llame la atención sobre otros contratos regulados por la Ley de Contratos del Sector Público que, asimismo, constituyen por su objeto intrínseco derechos de propiedad intelectual. Nos referimos a los contratos que tienen por objeto la compra o arrendamiento de programas informáticos estándar y la adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español. En ambos casos, la LCSP los regula como suministros en sus artículos 9 y 157, respectivamente, y es de hacer notar, precisamente, que el artículo 9 de la LCSP, cuando regula los contratos de suministro, excluye en su apartado 2. las propiedades incorpóreas.

En cuanto a los primeros, la adquisición de estos programas no supone la traslación de los derechos de autor, ni tan siquiera del derecho a la explotación comercial, sino que, como consecuencia de este derecho del que es el único titular, el autor obtiene unos beneficios derivados de su creación.

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

En el caso de la cesión del derecho al uso (licencias) lo que se adquiere es un derecho a la utilización del programa como consumidor final y a cambio de un precio, sin que tampoco haya una cesión efectiva del derecho material inherente a la propiedad intelectual, el derecho a la explotación sigue perteneciendo a su autor o al distribuidor al que se lo hubiera cedido.

En términos bien distintos, la adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, regulada en la LCSP como contrato de suministro cuando su adquisición está destinada a museos, archivos o bibliotecas, contemplaría uno de los derechos de contenido material de la propiedad intelectual del autor, siempre que no estuviesen extinguidos e incorporados al dominio público, pero a través de un negocio jurídico en el que se cede el uso con fines museísticos o análogos sin trasladar al adquirente, no sólo el derecho moral de autoría, sino tampoco otros derechos de explotación (derecho material o patrimonial).

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No cabe una interpretación unívoca para determinar si un contrato que tiene por objeto una o varias de las prestaciones o negocios jurídicos comprendidos en una definición tan amplia como “la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas....así como los contratos relativos al tiempo de difusión”, se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP, y será necesario analizar las características del contrato en cuestión para determinarlo, especialmente, cuando su objeto comprenda el desarrollo o la producción de un programa.

SEGUNDA. Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 4.1, letra p) de la LCSP, que excluye de su ámbito de aplicación los negocios o relaciones jurídicas sobre propiedades incorpóreas, cuando RTVV o sus sociedades TVV y RAV adquieran los derechos de emisión u otros derechos de explotación de un programa (compra), de forma permanente o para un tiempo de difusión determinado, o se adquieran tales derechos en el marco de un contrato sobre el desarrollo o producción de un programa. Estos contratos tendrán carácter privado y les será de aplicación, en particular, la legislación patrimonial y la Ley de Propiedad Intelectual.

TERCERA.- De conformidad con el citado artículo 4.1 letra p) de la LCSP, los contratos que, además de la adquisición de propiedades incorpóreas, comprendan otras prestaciones, están igualmente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley siempre que cumplan los requisitos siguientes:

- Que el valor estimado de las prestaciones propias de los contratos típicos de servicios, suministros u otros regulados en la LCSP, *no sea superior al 50% del importe total del negocio.*
- Que si incluyen prestaciones propias de los contratos típicos, éstas mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de *vinculación y complementariedad* que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del organismo o entidad contratante.

Ref.: SUB/SCC/mv
Asunto: Informe 11/2009

En la determinación de las proporciones anteriores relativas al apartado a) no debe confundirse la valoración de los derechos de explotación de la obra audiovisual que se adquieren en virtud de un contrato, con la remuneración de los autores a la que se refiere el artículo 90 de la LPI, tanto si se trata de la que puedan percibir por su participación en el proceso de producción, como si se refiere a la que pueda corresponderles durante su explotación, es decir, tras su producción y hasta la extinción del derecho de explotación y, en su caso, incorporación al dominio público. En el caso que nos ocupa los derechos de explotación que se adquieren son, como mínimo, el derecho a publicar y difundir la obra por medio de la radiodifusión, durante un tiempo, una frecuencia y un territorio determinados, y el valor de este derecho es equivalente o al menos guarda relación con el rendimiento (en términos de ingresos netos por publicidad o ventas, o simplemente en términos de audiencia) que pueda obtenerse de tal modalidad de explotación de la obra, pero no tiene nada que ver con la remuneración que puedan haber percibido los autores por la producción original, que no es más que una parte de su coste de producción.

CUARTA.- Se encontrará comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP un contrato que tenga por finalidad la producción de un programa y en el que el valor estimado de los derechos de explotación que, en virtud del contrato, se adquieren de los correspondientes autores o del productor no alcanzan el 50% del importe total del negocio. Estaríamos ante un contrato de servicios de los comprendidos en la categoría 26 o mixto de servicios y otros contratos y al que, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, deberá estarse al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

QUINTA.- Las instrucciones de contratación de TVV y RAV deben contemplar todos los aspectos y tipos contractuales de la contratación del sector público o privada patrimonial y los procedimientos a seguir en uno y otro caso.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

VºBº EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Artículo 1.a) Orden de
1 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)

José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE



LA SECRETARIA DE LA JUNTA

Margarita Vento Torres

*APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,
en fecha 3 de diciembre de 2010*