

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

INFORME 11/2009, DE 3 DE DISEMBRE DEL 2010. ADJUDICACIÓ DE CONTRACTES DE COMPRA, DESENVOLUPAMENT I PRODUCCIÓ DE PROGRAMES I TEMPS DE DIFUSIÓ PELS ORGANISMES DE RADIODIFUSIÓ. SOTMETIMENT A LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

## ANTECEDENTS

Amb data 23 de novembre del 2009, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe amb el tenor literal següent:

“JOSÉ LÓPEZ JARABA, director general de l'entitat pública Radiotelevisió Valenciana (RTVV), càrrec per al qual va ser nomenat per mitjà de Decret 170/2009, de 16 d'octubre del Govern Valencià, i com a òrgan de contractació de les societats gestores dels servicis públics de televisió i radiodifusió atribuïts a la Generalitat Valenciana, Televisió Autònica Valenciana, SA, (TVV) i Ràdio Autonomia Valenciana, SA, (RAV), davant d'esta Junta Superior de Contractació compareix i diu:

Primer.- Que en data 27 de juliol del 2006, Radiotelevisió Valenciana va formular davant de la Junta consulta respecte a l'aplicació de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, de 16 de juny del 2000, aleshores vigent, a determinats contractes de les societats, TVV i RAV, relatius a la “compra, desenvolupament i producció de programes i temps de difusió”.

Segon.- Que en data 10 d'octubre del 2006, la Junta es va pronunciar per mitjà de l'informe 5/2006, en què en les consideracions jurídiques exposa que, efectivament, “els contractes de compra, desenvolupament i producció de programes i temps de difusió no encaixen en el dret comunitari de contractació pública, en virtut de la Directiva 18/2004/CE que fonamenta encertadament el perquè de l'exclusió dels contractes objecte de consulta, ja que s'han de poder tindre en compte consideracions d'importància cultural i social, a causa de les quals no resulta adequada l'aplicació de les normes d'adjudicació de contractes, i per tant estableix una excepció per als contractes públics de servicis destinats a la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes llestos per al seu ús i d'altres servicis preparatoris, com els relatius als guions o a les actuacions artístiques necessaris per a la realització del programa, així com els contractes que es referixen a l'hora de difusió”.

Així, l'informe esmentat conclou dient que els contractes de compra, producció, programació i temps de difusió en mitjans audiovisuals, que realitzen TVV i RAV, són contractes privats no sotmesos a l'àmbit de la LCAP per aplicació directa de les disposicions comunitàries en matèria de contractació pública.

Tercer.- Que en data 1 de maig del 2007 va entrar en vigor la nova Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic. La llei esmentada llei en l'article 13 realitza una excepció expressa dels contractes que tinguen com a objecte la compra, el desenvolupament, la producció o la

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

coproducció de programes destinats a la radiodifusió, considerant que este tipus de contractes no es troben subjectes a regulació harmonitzada, i queden exclosos de l'aplicació dels principis de publicitat i concurrència.

Ja que TVV i RAV amb la nova LCSP són poders adjudicadors que no tenen caràcter d'administració, podria pensar-se que este tipus de contracte, quan no es troben subjectes a regulació harmonitzada, se'ls hauria d'aplicar els principis de publicitat i concurrència de l'article 175. Però això, no pot ser així pels motius següents:

1r.- Este tipus de contractes queden així mateix exclosos de l'àmbit objectiu de la LCSP, exclusió que opera l'article 4.p) ja que si atenem la seua naturalesa, consistent en molts casos en una compravenda o, en altres, en negocis jurídics anàlegs sobre propietats incorporals, és obvi que esta classe de contractes audiovisuals queden fora de l'àmbit de la LCSP i es regiran per la legislació patrimonial.

2n.- Per al cas que es pretenguera que este tipus de contractes pogueren estar inclosos en el concepte "contractes de servicis" de l'article 10 de la LCSP, cal tindre en compte que este article ens remet a l'annex II de la Llei i en este figuren, dins de l'epígraf 26 (nota al peu de pàgina 7) com exceptuats de la seua aplicació concretament "els contractes per a la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de material de programació per part dels organismes de radiodifusió i els contractes relatius a l'hora de radiodifusió", tot això conforme a la nova redacció de l'annex II mencionada que en fa la disposició final tercera del RD 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desplega parcialment la LCSP.

3r.- Finalment, no resultaria coherent que contractes de quantia inferior als llimars estigueren sotmesos a normes més rigoroses que les exigides en els contractes que la llei ha exclòs del seu àmbit.

Quart.- A més de tot el que s'ha exposat, entenem que els contractes de TVV i RAV que tenen com a objecte la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes destinats a la radiodifusió, així com el temps de difusió, continuen fora de l'àmbit d'aplicació de la LCSP i exceptuats, per tant, del principi de publicitat arrellegat en l'article 175 de la llei, ja que els arguments que van servir de base a la Junta de Contractació per a l'emissió de l'informe 5/2006 mencionat, com el caràcter propi d'estos contractes i les disposicions comunitàries en matèria de contractació que dispensen clarament l'adjudicació d'eixe tipus de contractes de l'aplicació dels principis de contractació pública, entre els quals es troba el de publicitat, segueixen vigents en data de hui i per això són perfectament aplicables.

Cinqué.- Per tot això, l'exclusió dels dits contractes de l'àmbit de la llei estatal, amb independència de l'import de què es tracte, no pot oferir cap dubte i en eixa línia es manifesta la corporació RTVE i les seues societats mercantils TVE i RNE, la Instrucció de contractació de les quals, que compta amb l'informe de l'Advocacia General de l'Estat, estableix en l'apartat III, a), 2L com a supòsit exclòs del principi de publicitat i concurrència, entre altres, precisament el següent:

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

“Quan la publicació pugja perjudicar la posició competitiva de la societat contractant en el mercat audiovisual. En concret, s'hi inclouen aquells contractes que tinguen com a objecte la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes destinats a la radiodifusió, així com els destinats a l'hora de radiodifusió”.

Sisé.- No obstant això i davant de l'exigència de la Sindicatura de Comptes de la Generalitat Valenciana, ens veiem en la necessitat d'elevat consulta a la Junta perquè es pronuncie respecte de si l'adjudicació dels contractes de compra, desenvolupament i producció de programes i temps de difusió, de TVV i RAV, es troba, o no, fora de l'àmbit d'aplicació de la nova LCSP i, per tant, dispensats de l'aplicació del principi de publicitat.

Per tot això,

SOL·LICITE que es tinga per formulada la consulta precedent, i s'emeta l'informe oportú en què es dictamine si l'adjudicació dels contractes de compra, desenvolupament i producció de programes i temps de difusió, de TVV i RAV, es troba, o no, subjecta a l'aplicació de la vigent Llei de Contractes del Sector Públic i, si és el cas, el seu abast.”

## CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

1.- Els contractes de compra, desenvolupament, producció o coproducció de programes i temps de difusió són contractes de servicis en la Directiva 2004/18/CE.

La consulta formulada per l'ens públic RTVV, si bé fa plantejar-se a esta Junta consideracions purament de dret intern per a basar el nostre informe i conclusions, ha d'analitzar-se a la llum de la legislació i jurisprudència comunitàries sobre el particular i consegüentment de la Llei 30/2007, de 31 d'octubre de Contractes del Sector Públic (en endavant LCSP) que incorpora al nostre ordenament jurídic els principis i les normes establits en aquelles.

La Directiva 2004/18/CE, en l'article 16.b), considera contractes públics de servicis aquells l'objecte dels quals siga la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes destinats a la radiodifusió, per part dels organismes de radiodifusió i els contractes relatius a l'hora de radiodifusió, si bé establix expressament la no aplicació de la Directiva per a la seua adjudicació. Les raons les trobem en l'apartat 25 de la seua exposició de motius: “En l'adjudicació de contractes públics per a determinats servicis audiovisuals en l'àmbit de la radiodifusió han de poder tindre's en compte consideracions d'importància cultural i social, a causa de les quals no resulta adequada l'aplicació de les normes d'adjudicació de contractes. Per això, convé establir una excepció per als contractes públics de servicis destinats a la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes llestos per al seu ús i d'altres servicis preparatoris, com els relatius als guions o a les actuacions artístiques necessaris per a la realització del programa, així com els contractes que es referixen a l'hora de radiodifusió... S'ha d'entendre per radiodifusió la transmissió o difusió per qualsevol xarxa electrònica.”

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

A més de la claredat amb què s'expressa el primer paràgraf de l'article 16 (La present Directiva no s'aplicarà als contractes públics de servicis...), si no foren considerats contractes de servicis, no estarien exclosos específicament del règim aplicable als contractes públics de servicis de l'annex 1 a) i 1 b) de la Directiva, i més concretament de la seua categoria 26, reproduïts ambdós en l'annex II de la LCSP i modificats pel Reial Decret 817/2009, de 8 de maig, de desplegament parcial de la LCSP. I amb això responem parcialment a la segona qüestió plantejada en l'informe. El fet d'estar exclosos del règim aplicable als servicis detallars en estos annexos, no suposa automàticament que no siguen considerats contractes de servicis, sinó que si ho foren no serien contractes de servicis sotmesos a la Directiva 2004/18/CE.

Recorden les Conclusions de l'advocat general presentades el 6 de setembre del 2007 i la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió de 13 de desembre del 2007, tots dos en l'assumpte C-337/06, que el text del precepte de la Directiva és tan nítid que bastaria acudir a l'adàgio *in claris non fit interpretatio*. La norma allibera de l'obligació de sotmetre's als procediments de licitació regulats en la Directiva als contractes de servicis íntimament vinculats amb el contingut dels programes de ràdio i de televisió i, en particular, amb aquell contingut sobre el qual hi ha drets d'autor. Esta deducció apareix avalada per l'evolució legislativa comunitària, segons es desprén de la comparació de les respectives exposicions de motius de les Directives 92/50/CEE i 2004/18CE. Així, el fonament vint-i-cinqué de la Directiva 2004/18 ha matisat el concís fonament onzé de la Directiva 92/50, emparant «altres servicis preparatoris, com els relatius als guions o a les actuacions artístiques necessaris per a la realització del programa, així com els contractes que es referixen a l'hora de radiodifusió». En canvi, esta exclusió específica no engloba prestacions que tingueren com a objecte simplement el «subministrament del material tècnic imprescindible» per a elaborar eixos programes.

No obstant això, la nitidesa que li atribueixen els òrgans esmentats al precepte de la Directiva és un juí de valor difícil de compartir perquè la Directiva empra d'una forma intuïtiva i col·loquial els termes i expressions “servicis audiovisuals”, “el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes...”, “la compra ... de programes llestos per al seu ús”, “els contractes relatius a l'hora de radiodifusió”, per a resumir uns negocis jurídics complexos que es troben condicionats per l'existència de drets d'autor o d'explotació els titulars dels quals són diferents de l'entitat contractant i del productor o operador econòmic que és part en el contracte, i que s'han de negociar en un context molt competitiu en què sovint la confidencialitat és un requisit inexcusable per a no causar perjudicis econòmics a les parts que hi intervenen.

En efecte, tenint en compte que els contractes en què s'ha plantejat l'excepció al règim aplicable en general als contractes públics de servicis, es consideren inclosos en la categoria 26 dels annexos mencionats, podem extraure del mateix annex de la Directiva o de la LCSP quin tipus de prestacions o servicis es troben inclosos en la dita categoria, ja que en els mateixos annexos es troben detallats els codis i descriptors del CPV que detallen tots els tipus de prestacions que podran considerar-se compresos en aquella. Excloent-ne els servicis d'arxiu i catalogació propis de la gestió de biblioteques (CPV del 79995000-5 al 79995200-7), es troben inclosos en la categoria 26, d'acord

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

amb l'actualització efectuada pel RD 817/2009, els contractes l'objecte dels quals, entre altres, siga qualsevol dels següents:

92100000-2	Servicis de cine i vídeo
92110000-5	Servicis de producció de pel·lícules de cine i videocintes i servicis connexos
92111000-2	Servicis de producció de pel·lícules de cine i vídeo
92111100-3	Producció de pel·lícules i videocintes de formació
92111200-4	Producció de pel·lícules i videocintes de publicitat, propaganda i informació
92111210-7	Producció de pel·lícules publicitàries
92111220-0	Producció de videocintes publicitàries
92111230-3	Producció de pel·lícules de propaganda
92111240-6	Producció de videocintes de propaganda
92111250-9	Producció de pel·lícules informatives
92111260-2	Producció de videocintes informatives
92111300-5	Producció de pel·lícules i videocintes d'entreteniment
92111310-8	Producció de pel·lícules d'entreteniment
92111320-1	Producció de videocintes d'entreteniment
92112000-9	Servicis relacionats amb la producció de pel·lícules cinematogràfiques i videocintes
92120000-8	Servicis de distribució de pel·lícules cinematogràfiques o videocintes
92121000-5	Servicis de distribució de videocintes
92122000-2	Servicis de distribució de pel·lícules cinematogràfiques
92130000-1	Servicis de projecció cinematogràfica
92140000-4	Servicis de projecció de videocintes
92200000-3 (6)	Servicis de ràdio i televisió
92210000-6 (6)	Servicis de ràdio
92211000-3 (6)	Servicis de producció radiofònica
92213000-7	Servicis de sistemes de ràdio de curt abast
92214000-4	Servicis d'equips o estudis radiofònics
92215000-1	Servicis de ràdio mòbil general (GMRS)
92216000-8	Servicis de ràdio familiar (FRS)
92217000-5	Servicis de ràdio mòbil general/Servicis de ràdio familiar (GMRS/FRS)
92220000-9 (6)	Servicis de televisió
92221000-6 (6)	Servicis de producció de televisió
92222000-3	Servicis de televisió en circuit tancat
92224000-7	Televisió digital
92225000-4	Televisió interactiva
92225100-7	Televisió amb pel·lícules a la carta
92226000-1	Teleprogramació

(6) Directiva 2004/18/CE: exceptuant-ne els contractes de compra, desenvolupament, producció o coproducció de programes per part dels organismes de radiodifusió i els contractes de compra de temps de difusió.

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

Com pot observar-se, la categoria 26 engloba els treballs o servicis relatius a la producció audiovisual, a la producció artística de tota índole i a la radiodifusió televisiva o radiofònica, que, amb més motiu, pel seu objecte, tenen fins i tot la consideració de contractes privats quan es duen a terme pels subjectes que tenen la consideració d'administracions públiques, si bé per a la seua adjudicació caldrà ajustar-se prèviament a les disposicions de la LCSP. Però, a més, es donen dues circumstàncies que no poden ser ignorades per a discernir les qüestions plantejades en la consulta:

- En primer lloc, no hi ha cap epígraf que pugua considerar-se comprensiu de la “compra” (o venda) de programes audiovisuals per a la seua radiodifusió o relatius a l'hora de difusió. Per dir-ho amb més precisió, no hi ha en la categoria 26 cap activitat ni servici que tinga com a objecte la compravenda de drets d'emissió o radiodifusió d'obres audiovisuals. Ni de forma exclusiva o no, ni per temps indefinit ni per un temps de difusió determinat. La raó és òbvia: la compra o adquisició de drets d'emissió d'un audiovisual és un negoci jurídic de caràcter patrimonial sobre propietats incorporals (el dret a difondre l'obra) que no és un servici, no és una prestació de fer, en el sentit que li atribuïxen la Directiva o la LCSP. D'altra banda, els aspectes relatius a l'hora de radiodifusió es referixen a l'abast temporal del dret a emetre un programa per part de l'entitat radiodifusora, bé perquè l'adquirix del titular en cas de produccions alienes, o bé perquè és ella mateixa la productora o participa en la coproducció i és titular d'este dret en virtut del contracte corresponent amb els quals exercixen drets d'autor.
- Igualment, tampoc hi ha en la dita categoria una activitat o servici que pugua assimilar-se a la “coproducció” de programes. No és el mateix contractar la realització d'una producció audiovisual d'acord amb unes especificacions establides per l'organisme de radiodifusió, que subscriure un contracte entre este organisme i un altre operador econòmic per a “coproduir” el dit audiovisual, compartint costos, riscos i els drets d'explotació resultants. En este segon cas, estem davant d'un contracte estrictament privat de col·laboració entre dues o més empreses per a posar en comú recursos tècnics i/o econòmics, desenvolupar conjuntament un projecte audiovisual i comercialitzar-lo en un mercat competitiu. Cap de les dues empreses li paga a l'altra per la seua aportació, sinó que es repartixen els drets o beneficis en compensació pel que ha aportat o finançat cada una. No és un contracte públic de caràcter oneros en el sentit de la Directiva, perquè no es tracta d'un contracte en què un operador econòmic efectua el servici o la prestació i rep a canvi una contraprestació d'un altre que té la condició de poder adjudicador.

L'única coincidència o similitud entre les activitats la contractació de les quals es troba exclosa de la Directiva (compra, desenvolupament, producció o coproducció de programes, o [compra] de temps de difusió d'una obra) i les descrites en la categoria 26 es troba directament en els servicis de producció de televisió i de ràdio corresponents a les classes 92221000-6 i 92211000-3 del CPV, respectivament, que es corresponen amb el que l'excepció denomina el desenvolupament o la producció de programes i en els que la mateixa norma introduïx una nota al peu per a reiterar-la. No obstant això, hem d'advertir que la mateixa coincidència o relació podria donar-se amb les classes 92111000-2, Servicis de producció de pel·lícules i vídeos i 92311000-4 Servicis artístics, estos

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

últims subdividits al seu torn en els prestats per productors de teatre, orquestres i grups musicals i en els prestats per autors, compositors o artistes individuals.

El que comunament denominem “programes” de ràdio o de televisió no són ni més ni menys que obres o creacions audiovisuals difoses per organismes de radiodifusió i poc o gens importa als nostres efectes que estes obres residisquen originàriament en una pel·lícula cinematogràfica, en una videocinta o en un altre suport, ni tampoc que es tracte d'un o altre gènere. En conseqüència, la producció de televisió o de ràdio o la producció de programes, a les quals es referixen les normes comunitàries, no són més que formes diferents de referir-se a la producció d'obres audiovisuals susceptibles de ser difoses i posades a disposició del públic per mitjà de la radiodifusió televisiva o radiofònica. En el cas de la televisió, la producció (i la coproducció) denomina al conjunt de processos de realització del programa (un audiovisual). D'esta manera, la producció engloba tot el personal, mitjans tècnics i recursos necessaris per a la realització d'un programa, organitzats entorn de les figures del realitzador o director i del productor. Esta realització comprén normalment dues etapes: la de preproducció, que comprén les fases de guió, contractació de l'equip tècnic i artístic i, si és el cas, adquisició de drets sobre la música o altres creacions artístiques, creació del grafisme del programa, els seus crèdits, títols, etc., i finalment la postproducció: acabada la gravació, es procedirà a dotar-la d'unitat en l'edició tècnica de les imatges i en la sonorització. Una vegada obtinguda la versió definitiva, es procedirà a duplicar-la tant per a la seua emissió com per a la seua catalogació i conservació en l'arxiu.

En conseqüència, cal concloure que l'excepció de la Directiva ve referida a un objecte contractual que, a més de prestacions de fer que puguem considerar-se servicis, conté altres prestacions o negocis que no tenen esta consideració, ja que la Directiva no pretén ni pot redefinir el caràcter patrimonial o no dels negocis jurídics que subscriuen els organismes de radiodifusió sobre propietats incorporals o actius immaterials, com són els drets d'autor o els drets d'explotació d'obres audiovisuals, sinó que allò verdaderament rellevant de la disposició de la Directiva analitzada és que esta no s'aplicarà quan siga un organisme de radiodifusió qui subscriga els contractes l'objecte dels quals siga la producció o l'adquisició dels drets necessaris per a la difusió d'un audiovisual pels servicis de ràdio o de televisió d'este organisme.

2.- La transposició de la Directiva 2004/18 i la regulació dels contractes no subjectes a esta en la Llei 30/2007, de Contractes del Sector Públic.

Atés que la Directiva, com a norma comunitària necessària de transposició, ha fixat precisament i incondicionalment que els contractes objecte del present informe no es regulen pels procediments de licitació en ella previstos, la Llei 30/2007, de Contractes del Sector Públic, en l'article 13.2, com no podia ser d'una altra forma, declara que estos contractes no es troben sotmesos a regulació harmonitzada, i en el seu apartat a) reproduïx literalment la redacció donada per la Directiva al possible objecte del contracte que justifica l'excepció: la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes destinats a la radiodifusió, per part dels organismes de radiodifusió, així com els relatius a l'hora de radiodifusió. D'altra banda, la LCSP incorpora igualment els annexos descriptius dels servicis de la Directiva, reunits en un sol, l'annex II, que manté intacta la

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

redacció del seu contingut, incloses les notes explicatives referides a l'excepció mencionada en la categoria 26 de servicis.

Encara que des del punt de vista jurídic puga resultar poc rellevant, hi ha una menuda diferència entre la LCSP i la Directiva: la LCSP simplement es limita a assenyalar que els contractes esmentats no estan subjectes a regulació harmonitzada d'acord amb aquella, però sense qualificar-los expressament. És més, pel que fa a servicis, l'excepció de l'article 13.2 esmentada pareix referir-se als servicis compresos en l'apartat anterior del mateix article, és a dir, als compresos en les categories 1 a 16 de l'annex II de la Llei (article 13.1), la qual cosa seria absurd ja que els servicis descrits en estes categories no guarden cap relació amb la compra o producció de programes de ràdio o televisió i no necessiten per tant d'esta excepció.

La qüestió ara, com bé apunta la consulta formulada per RTVV, és determinar si un contracte determinat que tinga com a objecte la producció d'un programa de televisió o de ràdio per a la seua emissió o explotació per l'organisme de radiodifusió, o bé simplement adquirir el dret a emetre'n un existent durant un temps de difusió limitat o no, es troba comprés en l'àmbit d'aplicació de la llei i, en el cas que així siga, si se li apliquen les disposicions per a l'adjudicació de contractes que no estiguen subjectes a regulació harmonitzada establides en l'article 175 de la LCSP, per a les societats TVV i RAV. Atés que tant la Directiva com la LCSP han agafat prestats diversos termes d'altres normes per a definir els seus àmbits d'aplicació, tractarem d'aclarir quin és el contingut d'estos termes recorrent a les seues pròpies regulacions, i ja que la Directiva, a diferència de nombrosos altres termes, no va establir als seus efectes una definició pròpia del repetit objecte exclòs de la seua aplicació.

La Llei 7/2010, de 31 de març, General de la Comunicació Audiovisual, per la qual s'establixen les normes bàsiques en la matèria i s'incorporen a l'ordenament jurídic nacional les disposicions de la Directiva 2007/65/CE de Servicis de Comunicació Social, definix en l'article 6 els programes de ràdio i televisió de la forma següent:

- a) Programa de televisió: conjunt d'imatges en moviment, amb so o sense, que constituïx un element unitari dins de l'horari de programació d'un canal o d'un catàleg de programes. En tot cas són programes de televisió: els llargmetratges, les manifestacions esportives, les sèries, els documentals, els programes infantils i les obres de teatre originals, així com les retransmissions en directe d'esdeveniments, culturals o de qualsevol altre tipus.
- b) Programa de ràdio: conjunt de continguts sonors que forma un element unitari dins de l'horari de programació d'un canal o un catàleg de programes.

De forma anàloga, el Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (LPI), aprovada per Reial Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, en la redacció donada per les successives modificacions efectuades en l'última dècada, establíx les normes bàsiques en la matèria i en particular els drets de l'autor d'una obra o dels autors que intervenen en qualsevol creació artística, entre elles les obres audiovisuals. Concretament, en l'article 2, establíx que la propietat intel·lectual està integrada per drets de caràcter personal i patrimonial, que atribueixen a l'autor la plena disposició i el dret exclusiu a l'explotació de l'obra, sense més limitacions que les establides en la Llei, i en l'article 11, apartat



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

d), que són objecte de propietat intel·lectual les obres cinematogràfiques i qualssevol altres obres audiovisuals, entenen per això, conforme al que estableix l'article 86 de la mateixa llei, les creacions expressades per mitjà d'una sèrie d'imatges associades, amb sonorització incorporada o sense, que estiguen destinades essencialment a ser mostrades... per qualsevol mitjà de comunicació pública de la imatge i el so, amb independència dels suports materials de les dites obres.

De conformitat amb el que disposa l'article 87 de la Llei de Propietat Intel·lectual (LPI), aprovada per Reial Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual, i les seues diverses modificacions posteriors, són autors de l'obra audiovisual i, en conseqüència, els corresponen originàriament els drets d'explotació: el director o realitzador, respecte de l'obra en el seu conjunt; els autors de l'argument, l'adaptació i els del guió o els diàlegs, i els autors de les composicions musicals, amb lletra o sense, creades especialment per a la dita obra, respecte de les dites creacions literàries o musicals, respectivament. A més, caldrà tindre en compte l'existència de qualssevol de les obres derivades de les establides en l'article 11, que són també objecte de propietat intel·lectual.

Estableix igualment la Llei de Propietat Intel·lectual (LPI) en l'article 88, que sense perjudici dels drets dels autors, per mitjà del contracte de producció de l'obra audiovisual es presumiran cedits en exclusiva al productor, amb les limitacions establides en este títol, els drets de reproducció, distribució i comunicació pública, així com els de doblatge o subtitulació de l'obra. No obstant això, en les obres cinematogràfiques serà sempre necessària l'autorització expressa dels autors per a la seua explotació... per mitjà de la seua comunicació pública a través de la radiodifusió.

I finalment en el que ací interessa, l'article 94 de la LPI disposa que les disposicions referides a les obres audiovisuals s'aplicaran, en allò pertinent, a les obres radiofòniques.

D'altra banda la Jurisprudència del Tribunal Suprem, concretament les STS d'11 d'abril del 2000 i 17 de juliol del 2000 -totes elles de la Sala Civil- posen l'èmfasi en el fet que la propietat intel·lectual denota ja per la seua designació un dret que creen els seus autors sobre el qual, de conformitat amb els articles 348 i 428 del Codi Civil, tenen dret a gaudir-ne i disposar-ne a la seua voluntat, i explotar la seua obra literària, científica o artística, en totes les varietats que la vigent legislació reconeix. Això no obsta que, a banda d'eixa consideració principalment patrimonial, este siga considerat per la moderna doctrina com de caràcter incorporal i manifestació de la personalitat de l'autor respectiu, ja que es tracta d'un gaudi diferent del que es té sobre les coses purament corporals; i cal distingir, per tant, un dret moral i un dret patrimonial de l'autor. El dret d'explotació s'integra, doncs, en el contingut patrimonial, junt amb altres, de la propietat intel·lectual, enfront del contingut moral. És a dir, destaca una primera premissa: dret d'explotació no és el mateix que dret de propietat intel·lectual, sinó que és un dret que forma part del seu contingut i és el concepte jurídic d'explotació, que preveuen els primers articles de la Llei de Propietat Intel·lectual i l'article 428 del Codi Civil, i equival a la facultat de «gaudir» de l'article 348 del Codi Civil. .

Per tant, el dret de caràcter patrimonial que s'integra en la propietat intel·lectual de l'autor o autors del programa i que, normalment, es presumix cedit a l'entitat de gestió o a la productora, es distingeix del dret moral a la seua autoria i s'integraria en l'anomenada propietat incorporal d'aquelles, com

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

també reflectix l'escrit de consulta. En este sentit, l'article 428 del Codi Civil arreplega el dret de propietat intel·lectual i atribueix al seu titular el dret d'explotació i el poder de disposició, semblant al dret de propietat que preveu el Codi Civil l'article 348 del qual també distingix l'aprofitament (gaudi o explotació) i la disposició, i a la normativa de la qual es remei l'article 429, com a supletòria.

Amb més motiu, cal fer notar que el mateix Tribunal Suprem ha entés que es tracta de qüestions purament de dret civil, encara que un dels que hi intervenen siga un subjecte públic. Vegeu la STS de 21 de novembre del 2006 que dictamina que “la corporació local com titular del dret de propietat intel·lectual, qualificat habitualment com a propietats especials sotmeses al dret privat, es va limitar a autoritzar temporalment l'edició d'una obra musical prèvia percepció d'una contraprestació en espècie. Ens trobem, per tant, enfront d'una activitat de l'administració no sotmesa al dret administratiu sinó al dret civil davant de la jurisdicció del qual haurà de ventilar-se si la cessió atorgada al primer cessionari per a l'explotació de l'obra ho va anar en exclusiva o no, qüestió de naturalesa civil, conforme al que estableix l'article 48 del Reial Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual, independentment que l'autoritzant fora un subjecte de dret públic. La condició de subjecte públic en el cessionari de l'explotació de l'obra no comporta que l'acte es trobe sotmés al dret administratiu.”

De tot allò que s'ha exposat, resulta evident per a esta Junta que el contingut essencial dels contractes que subscriuen els organismes de radiodifusió, per a la compra, producció o coproducció de programes de televisió, consistix en l'adquisició d'un conjunt de drets d'explotació d'una obra audiovisual, dels quals com a mínim formarà part el dret de l'organisme a difondre l'obra per un temps i àmbit determinats i a través de la ràdio o la televisió. És a dir, no es tracta de contractar una suma dels servicis tècnics i subministraments que intervenen en la producció d'un audiovisual, sinó que es tracta de l'adquisició de drets patrimonials que corresponen als autors d'una creació artística i, concretament, almenys d'una part o la totalitat dels seus drets d'explotació. Estos drets constitueixen propietats incorporals i actius immaterials o intangibles que s'incorporen al patrimoni de l'organisme que els adquirix, bé perquè es compren quan es tracta d'una obra existent, bé perquè es finança la producció de l'obra, quan es tracta d'una obra que ha de ser realitzada pels autors o per aquell productor a qui els autors li hagen cedit els drets d'explotació corresponents.

En este context, cal portar a col·lació el que disposa l'article 4.1, lletra p) de la LCSP, que exclou del seu àmbit d'aplicació els negocis o les relacions jurídiques sobre propietats incorporals, que es regiran per la legislació patrimonial sempre que complisquen les condicions següents:

- a) Que no incloguen prestacions pròpies dels contractes típics de servicis, subministraments o altres regulats en la LCSP, si el seu valor estimat és superior al 50% de l'import total del negoci
- b) Que si inclouen prestacions pròpies dels contractes típics, estes mantinguen amb la prestació característica del contracte patrimonial relacions de vinculació i complementarietat que exigisquen la seua consideració i tractament com una unitat funcional dirigida a la satisfacció d'una necessitat o a la consecució d'un fi institucional propi de l'organisme o entitat contractant.

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

En la determinació de les proporcions anteriors relatives a l'apartat a) no ha de confondre's la valoració dels drets d'explotació de l'obra audiovisual que s'adquirixen en virtut d'un contracte, amb la remuneració dels autors a qui es referix l'article 90 de la LPI, tant si es tracta de la que puguen percebre per la seua participació en el procés de producció, com si es referix a la que puga correspondre'ls durant la seua explotació, és a dir, després de la seua producció i fins a l'extinció del dret d'explotació i, si és el cas, incorporació al domini públic. En el cas que ens ocupa, els drets d'explotació que s'adquirixen són, com a mínim, el dret a publicar i difondre l'obra per mitjà de la radiodifusió, durant un temps, una freqüència i un territori determinats, i el valor d'este dret és equivalent o almenys guarda relació amb el rendiment (en termes d'ingressos nets per publicitat o vendes, o simplement en termes d'audiència) que puga obtindre's d'esta modalitat d'explotació de l'obra, però no té res a veure amb la remuneració que puguen haver percebut els autors per la producció original, que no és més que una part del seu cost de producció.

Al contrari, es trobarà comprés en l'àmbit d'aplicació de la LCSP un contracte que tinga com a finalitat la producció d'un programa i en què els drets d'explotació que, en virtut del contracte, s'adquirixen dels autors corresponents o del productor no assolixen el 50% de l'import total del negoci. Estaríem davant d'un contracte de servicis dels compresos en la categoria 26, o mixt de servicis i altres contractes, i per a la determinació de les normes que hagen d'observar-se en la seua adjudicació, caldrà ajustar-se al caràcter de la prestació que tinga més importància des del punt de vista econòmic.

És el cas, per exemple, d'un contracte en què l'organisme de radiodifusió és ja, o va a ser-ho al marge del contracte, el titular dels drets d'explotació corresponents a l'autor o autors de l'obra, bé perquè el realitzador o director i el guionista pertanyen a l'organisme i es consideren cedits estos drets en virtut del seu contracte laboral, o bé perquè els adquirix en un contracte específic amb esta finalitat; i igualment, és titular dels drets d'autor derivats o accessoris o estos són d'escassa quantia i no rellevants. En este supòsit, l'organisme de radiodifusió estaria davant d'un contracte de servicis i subministraments tècnicament necessaris per a la producció d'un programa, del qual ell mateix té la condició de productor o és titular dels drets d'explotació, que haurà d'adjudicar-se conforme al que disposa la LCSP o les instruccions que en desplegament de l'article 175 s'hagen establert per a TVV i RAV.

D'este precepte de la llei i de tot el fins ara exposat resulta una conseqüència inevitable: No cap una interpretació unívoca per a determinar si un contracte que té com a objecte una o diverses de les prestacions o negocis que caben en una definició tan àmplia i imprecisa, com la de "la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes...així com els contractes relatius a l'hora de difusió", es troba comprés en l'àmbit d'aplicació de la LCSP o no, i caldrà analitzar les característiques del contracte en qüestió per a determinar-lo, especialment, quan tinga com a objecte el desenvolupament o la producció d'un programa

D'altra banda, i precisament per la indeterminació que acabem de destacar, esta Junta entén que no pot ser exclosa de les instruccions de TVV i RAV, la regulació del procediment a seguir en els contractes objecte del present informe.

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

### 3.- Les instruccions de la corporació RTVE.

Esta Junta entén que les instruccions esmentades han desaprofitat una ocasió important d'anàlisi dels contractes de referència, optant per una regulació extremadament succincta. I això pels motius següents:

1a.- No es qüestiona el caràcter d'estos negocis jurídics com exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP per les consideracions exposades en el present informe. Remeten sempre al procediment negociat sense publicitat.

2n.- Els contractes patrimonials sobre propietats incorporals es poden adjudicar, a més de per concurs públic, per adjudicació directa, d'acord amb la legislació patrimonial.

Allò realment inqüestionable és que les instruccions de contractació preveuen tots els aspectes de la contractació del sector públic i privada patrimonial i el procediment a seguir en l'un i l'altre cas.

4. Diferència amb altres contractes en què hi ha vinculació indirecta dels drets de propietat intel·lectual.

Evidentment, el present informe fa que ens cride l'atenció sobre altres contractes regulats per la Llei de Contractes del Sector Públic que, així mateix, constitueixen pel seu objecte intrínsec drets de propietat intel·lectual. Ens referim als contractes que tenen com a objecte la compra o arrendament de programes informàtics estàndard i l'adquisició de béns mobles integrants del Patrimoni Històric Espanyol. En ambdós casos, la LCSP els regula com subministraments en els articles 9 i 157, respectivament, i cal fer notar, precisament, que l'article 9 de la LCSP, quan regula els contractes de subministrament, exclou en el seu apartat 2 les propietats incorporals.

Quant als primers, l'adquisició d'estos programes no suposa la translació dels drets d'autor, ni tan sols del dret a l'explotació comercial, sinó que, com a conseqüència d'este dret de què és l'únic titular, l'autor obté uns beneficis derivats de la seua creació. En el cas de la cessió del dret a l'ús (licències) el que s'adquirix és un dret a la utilització del programa com a consumidor final i a canvi d'un preu, sense que tampoc hi haja una cessió efectiva del dret material inherent a la propietat intel·lectual, el dret a l'explotació continua pertanyent al seu autor o al distribuïdor al qual s'haguera cedit.

En termes ben distints, l'adquisició de béns mobles integrants del Patrimoni Històric Espanyol, regulada en la LCSP com a contracte de subministrament quan la seua adquisició està destinada a museus, arxius o biblioteques, recolliria un dels drets de contingut material de la propietat intel·lectual de l'autor, sempre que no estigueren extingits i incorporats al domini públic, però a través d'un negoci jurídic en què se cedix l'ús amb fins museístics o anàlegs sense traslladar l'adquirent, no sols el dret moral d'autoria, sinó tampoc altres drets d'explotació (dret material o patrimonial).

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

## CONCLUSIONS

PRIMERA.- No cap una interpretació unívoca per a determinar si un contracte que té com a objecte una o diverses de les prestacions o negocis jurídics compresos en una definició tan àmplia com “la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes...així com els contractes relatius a l'hora de difusió”, es troba comprés en l'àmbit d'aplicació de la LCSP, i caldrà analitzar les característiques del contracte en qüestió per a determinar-ho, especialment, quan el seu objecte comprega el desenvolupament o la producció d'un programa.

SEGONA. S'aplicarà el que disposa l'article 4.1, lletra p) de la LCSP, que exclou del seu àmbit d'aplicació els negocis o relacions jurídiques sobre propietats incorporals, quan RTVV o les seues societats TVV i RAV adquirisquen els drets d'emissió o altres drets d'explotació d'un programa (compra), de forma permanent o per a un temps de difusió determinat, o s'adquirisquen estos drets en el marc d'un contracte sobre el desenvolupament o producció d'un programa. Estos contractes tindran caràcter privat i se'ls aplicarà, en particular, la legislació patrimonial i la Llei de Propietat Intel·lectual.

TERCERA.- De conformitat amb l'article 4.1 esmentat, lletra p), de la LCSP, els contractes que, a més de l'adquisició de propietats incorporals, compreguen altres prestacions, estan igualment exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Llei sempre que complisquen els requisits següents:

- Que el valor estimat de les prestacions pròpies dels contractes típics de servicis, subministraments o altres regulats en la LCSP, no siga superior al 50% de l'import total del negoci.
- Que si inclouen prestacions pròpies dels contractes típics, estes mantinguen amb la prestació característica del contracte patrimonial relacions de vinculació i complementarietat que exigisquen la seua consideració i tractament com una unitat funcional dirigida a la satisfacció d'una necessitat o a la consecució d'un fi institucional propi de l'organisme o entitat contractant.

En la determinació de les proporcions anteriors relatives a l'apartat a) no ha de confondre's la valoració dels drets d'explotació de l'obra audiovisual que s'adquirixen en virtut d'un contracte, amb la remuneració dels autors a què es referix l'article 90 de la LPI, tant si es tracta de la que puguen percebre per la seua participació en el procés de producció, com si es referix a la que puga correspondre'ls durant la seua explotació, és a dir, després de la seua producció i fins a l'extinció del dret d'explotació i, si és el cas, incorporació al domini públic. En el cas que ens ocupa els drets d'explotació que s'adquirixen són, com a mínim, el dret a publicar i difondre l'obra per mitjà de la radiodifusió, durant un temps, una freqüència i un territori determinats, i el valor d'este dret és equivalent o almenys guarda relació amb el rendiment (en termes d'ingressos nets per publicitat o vendes, o simplement en termes d'audiència) que puga obtindre's d'esta modalitat d'explotació de l'obra, però no té res a veure amb la remuneració que puguen haver percebut els autors per la producció original, que no és més que una part del seu cost de producció.

QUARTA.- Es trobarà comprés en l'àmbit d'aplicació de la LCSP un contracte que tinga com a finalitat la producció d'un programa i en què el valor estimat dels drets d'explotació que, en virtut

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

del contracte, s'adquirixen dels autors corresponents o del productor no assolixen el 50% de l'import total del negoci. Estaríem davant d'un contracte de servicis dels compresos en la categoria 26 o mixt de servicis i altres contractes i per a la determinació de les normes que hagen d'observar-se en la seua adjudicació, caldrà ajustar-se al caràcter de la prestació que tinga més importància des del punt de vista econòmic.

CINQUENA.- Les instruccions de contractació de TVV i RAV han de preveure tots els aspectes i tipus contractuals de la contractació del sector públic o privada patrimonial i els procediments a seguir en l'un i l'altre cas.

El present informe s'emeta a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Vist i plau  
EL PRESIDENT DE LA JUNTA  
(Per substitució, art. 1.a) Ordre  
d'11 de juny de 2001, DOGV 17/07/2001)

Margarita Vento Torres

José Miguel Escrig Navarro  
VICEPRESIDENT

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR  
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA,  
En data 3 de desembre de 2010.