

INFORME EN RELACIÓ A LA NATURALESA JURÍDICA DE L'ADQUISICIÓ DE LA PRODUCCIÓ AUDIOVISUAL "INDRETS LITERARIS"

I.- DEL SERVEI PÚBLIC QUE DESENVOLUPA MATARÓ AUDIOVISUAL EPE I DE LA CAPACITAT D'ADQUIRIR DE TERCERS DRETS DE PROPIETAT INTEL·LECTUAL I CONTINGUTS DE CARÀCTER AUDIOVISUAL

L'entitat MATARÓ AUDIOVISUAL EPE és una entitat pública empresarial creada per l'Ajuntament de Mataró que, en funció de les seves característiques, queda dins de l'àmbit subjectiu de la normativa de contractació pública i, per tant, en principi, ha d'ajustar la seva actuació als principis i procediments de la normativa de contractació pública.

Atenent al preàmbul dels seus estatuts, l'entitat MATARÓ AUDIOVISUAL EPE va ser constituïda amb la finalitat de poder *<dotar a la ciutat de Mataró d'un espai audiovisual de qualitat, concebut com un servei públic, a l'abast de la ciutadania, a través del qual promocionar i fomentar la comunicació local, l'ús social del català, promoure la participació i la proximitat, assegurar que l'espai informatiu audiovisual d'àmbit local no quedi desatès, esdevenir un element de gestió en matèria de comunicació audiovisual, treballar amb tecnologies de la informació i de la comunicació, i cobrir un àmbit de participació de les entitats, mitjans o professionals de la comunicació de la ciutat, així com dels grups polítics que formen part de la corporació municipal, en igualtat d'oportunitats i atenent als valors de la democràcia, la solidaritat, la igualtat i el respecte a la diversitat.>*

L'article 1 dels Estatuts preveu que MATARÓ AUDIOVISUAL, (MA) és una Entitat Pública Empresarial Local creada per l'Ajuntament de Mataró, dotada de personalitat jurídica diferenciada, patrimoni especial, i amb la capacitat d'actuar necessària per al compliment de les seves finalitats.

En relació a aquestes l'article 5 regula les competències, finalitats i funcions de l'entitat establint el següent:

<1. Les competències i finalitats de l'Entitat són el foment i la promoció de la comunicació local, mitjançant el desenvolupament, la gestió, la prestació i l'explotació, sota qualsevol forma, de tota classe de serveis, béns i mitjans audiovisuals, i de forma concreta, els següents:

a. L'adquisició, realització, producció, distribució i explotació, sota qualsevol forma, de programes de ràdio i notícies, i en general, de drets de propietat intel·lectual i continguts de caràcter audiovisual, interactius i/o multimèdia, per ones, satèl·lit, cable i internet o en qualsevol altre suport.

b. I, en general, totes les activitats relatives a l'àmbit de la comunicació local audiovisual.

2. Per a l'exercici de les seves funcions, l'Entitat podrà:

- a. Adquirir, transmetre, constituir, modificar i extingir tota classe de drets sobre béns mobles i immobles que autoritzi el dret comú, encaminats a obtenir els millors resultats de les accions que es portin a terme en els àmbits propis.>

Per tot l'anterior es pot concloure que l'entitat MATARÓ AUDIOVISUAL EPE va ser creada per desenvolupar un servei públic en matèria de comunicació audiovisual, tenint expressament habilitada per la seva norma de creació l'opció d'adquirir de tercers continguts de caràcter audiovisual.

II.- DE LA NATURALESA JURÍDICA DE L'ADQUISICIÓ DE TERCERS DRETS DE PROPIETAT INTEL·LECTUAL I CONTINGUTS DE CARÀCTER AUDIOVISUAL

L'adquisició de continguts de caràcter audiovisual podrà manifestar-se, entre d'altres, en forma d'adquisició de programes; en forma de desenvolupament, producció o coproducció de programes; o en forma d'adquisició de drets d'explotació d'obres subjectes a drets d'autoria.

La Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell de 26 de febrer de 2014 sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, en l'article 10 apartat b), considera aquests contractes exclosos del seu àmbit d'aplicació. Així, el citat article diu:

“Artículo 10

Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios

La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para:
(...)

b) la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, ni a los contratos relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica.

A nivell estatal, la Llei 9/2017 de Contractes del Sector Públic (LCSP), al regular els contractes subjectes a regulació harmonitzada, exclou de tal consideració, sigui quin sigui el seu valor estimat, entre d'altres, els contractes que *tinguin per objecte l'adquisició, el desenvolupament, la producció o la coproducció de programes destinats a serveis de comunicació audiovisual o serveis de comunicació radiofònica, que siguin adjudicats per proveïdors del servei de comunicació audiovisual o radiofònica, o els relatius al temps de radiodifusió o al subministrament de programes que siguin adjudicats a proveïdors del servei de comunicació audiovisual o radiofònica.*

La qüestió a determinar és si els contractes en qüestió, un cop ha quedat meridianament clara la seva exclusió de la Directiva 2014/24/UE, es troben inclosos en l'àmbit d'aplicació de la LCSP i, en cas afirmatiu, si els hi són d'aplicació les disposicions d'aquesta respecte

els contractes no subjectes a regulació harmonitzada, tota vegada que resulta d'allò més evident la seva no subjecció al referit règim.

La naturalesa jurídica de l'adquisició de continguts de caràcter audiovisual o de drets de propietat intel·lectual en l'àmbit de la comunicació audiovisual va ser analitzada àmpliament per l'Informe 11/2009 de la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana:

<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 finalment 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.

(...)

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 aquel productor a quien los autores le hayan cedido los derechos de explotación correspondientes.>

En la mateixa línia es va pronunciar la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears a l'Informe 4/2012:

<mediante los contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión, se adquiere un conjunto de derechos de explotación de una obra audiovisual o radiofónica, que son objeto de propiedad intelectual. En consecuencia, debe considerarse que se trata de contratos sobre propiedades incorpóreas.>

En aquest context, l'article 9 LCSP preveu que estan exclosos del seu àmbit d'aplicació els negocis o relacions jurídiques sobre propietats incorporals sempre que compleixin els requisits següents:

- que el valor estimat de les prestacions pròpies dels contractes típics de serveis, subministrament o altres regulats en la LCSP, no sigui superior al 50 per cent de l'import total del negoci.
- que si inclouen prestacions pròpies dels contractes típics aquests mantinguin amb la prestació característica del contracte patrimonial relacions de vinculació i complementarietat que exigeixin la seva consideració i tractament com una unitat funcional dirigida a la satisfacció d'una necessitat o a la consecució d'una fi institucional pròpia de l'organisme o entitat contractant.

D'acord amb l'exposat, s'haurà d'estar al cas concret d'allò que és pretén contractar - especialment en els casos de producció de programes doncs quan s'adquireixen drets d'explotació o emissió resulta clar el seu caràcter incorpòral- doncs en alguns casos es tractarà de negocis jurídics exclosos de la normativa de contractació pública i, en d'altres casos es tractarà de contractes en què tinguin més importància els serveis tècnics o subministraments connexos a la producció, en règim de mercat.

En aquest mateix sentit, la conclusió primera de l'informe de la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana indica:

“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 a tiempo de difusión», se encuentran

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.”

D'aquesta manera, l'adquisició de contingut audiovisual, quan tingui per objecte la compra, el desenvolupament, la producció o la coproducció de creacions originals estarà exclosa dels principis i procediments de contractació pública sempre que no concorrin els requisits establerts en el paràgraf següent, de manera que la seva contractació podrà realitzar-se d'acord amb la legislació patrimonial.

Ara bé, si aquests contractes inclouen prestacions pròpies de contractes típics subjectes a la LCSP 2017 —com per exemple, el subministrament del material tècnic necessari per a la producció, coproducció i radiodifusió dels programes o la prestació de determinats serveis connexos- aquestes prestacions seran objecte de contractació independent quan: a) el seu valor estimat sigui superior al cinquanta per cent de l'import total del negoci; o quan b) aquestes prestacions no mantinguin amb la prestació característica del contracte patrimonial relacions de vinculació i complementarietat que permetin considerar-les com una unitat funcional.

Així ho conclou el ja mencionat informe de la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana:

“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, suministro u otros regulados en la LCSP, no sea superior al 50 por ciento del importe total del negocio

- que si incluyen prestaciones propias de los contratos típicos estos 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.

...»

Per últim, per determinar si d'acord amb l'exposat estem davant d'un contracte de continguts audiovisuals exclos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP o bé hi predominen

prestacions pròpies de contractes inclosos en l'àmbit d'aplicació de la LCSP, és imprescindible analitzar-ne el contingut i la definició de l'objecte.

D'acord amb la normativa sobre propietat intel·lectual (TRLPI), a la qual cal acudir per delimitar l'objecte i definició d'aquests contractes -d'acord amb l'informe emès per l'ACM respecte el marc normatiu per la contractació de continguts audiovisuals per part dels operadors públics-, el desenvolupament, la creació, la producció o la coproducció de programes de ràdio o televisió, han d'ésser considerats obres o creacions audiovisuals conformades per un conjunt de drets de caràcter personal i patrimonial integrants del dret de propietat intel·lectual. Segons el mencionat informe es tracta de propietats incorporals excloses de l'àmbit d'aplicació de la LCSP en virtut del seu article 9.2, els negocis jurídics relacionats amb les qual han de regir-se per la normativa de patrimoni de les administracions públiques, en la mesura que ens trobem davant l'adquisició de propietats incorporals.

Aquests contractes s'han de distingir d'aquells contractes en què els serveis o subministraments connexos tinguin més pes que no pas el contingut audiovisual o radiofònic, ja que en aquests casos hauran d'ésser considerats contractes administratius regits per la normativa contractual del sector públic.

En el present cas, tal i com s'exposa en l'informe emès pel Gerent de l'Entitat, ens trobem davant de l'adquisició de propietats incorporals i no de serveis inclosos en la LCSP.

III.- DEL PROCEDIMENT A SEGUIR PER LA CONTRACTACIÓ DEL CONTINGUT AUDIOVISUAL QUE TÉ LA CONDICIÓN DE CREACIÓ ORIGINAL.

Tal com s'indicava en el punt anterior, els contractes de contingut audiovisual no sotmesos a les previsions de la LCSP es regiran per la legislació patrimonial.

El Text Refós de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya no regula l'aspecte relatiu a l'adquisició de propietats incorporals.

Per contra, la Llei 33/2003 de Patrimoni de les Administracions Públiques -LPAP- sí que regula l'adquisició de drets de propietat incorporal en el seu article 121, especificant, en el seu apartat 3er, que serà d'aplicació a aquestes adquisicions allò que estableix la mateixa Llei per a l'adquisició d'immobles i drets sobre els mateixos.

Certament, únicament l'apartat quart de l'article 121 té la condició de bàsic d'acord amb la Disposició Final Segona LPAP; no obstant, al no existir regulació alguna en la normativa patrimonial catalana sobre l'adquisició de drets de propietat incorporal, es consideren d'aplicació supletòria la resta d'apartats del referit article.

L'esmentat articles disposa:

“1. La adquisición de los derechos de propiedad incorporal por la Administración General del estado se efectuará por el Ministro de Hacienda, a propuesta, en su caso, del titular del departamento interesado en la misma.

2. En el caso de organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado, serán órganos competentes para la adquisición de los derechos de propiedad incorporal sus presidentes o directores.

3. *En cuanto no sea incompatible con la naturaleza de estos derechos, será de aplicación a estas adquisiciones lo establecido en esta ley para la adquisición de inmuebles y derechos sobre los mismos.* «

En aquest sentit, l'article 116 LPAP, aplicable en virtut de la remissió que fa l'abans mencionat apartat tercer de l'article 121, preveu que aquesta adquisició haurà de realitzar-se mitjançant concurs públic, la qual cosa comporta la imprescindible aplicació dels principis de lliure concurrència, publicitat, igualtat i no discriminació, etc. o mitjançant el procediment de licitació restringida regulat en l'apartat 4 de la Disposició Addicional 15a.

Això no obstant, el mateix article 116 preveu que, com a excepció, pugui acordar-se l'adquisició directa d'aquests béns per 1) les peculiaritats de la necessitat a satisfer, 2) les condicions del mercat, 3) la urgència de l'adquisició d'esdeveniments imprevisibles, o 4) l'especial idoneïtat del bé.

Si bé hi ha nombrosos pronunciaments que han remarcat el caràcter excepcional d'aquesta excepció i la necessitat de portar a terme una interpretació restrictiva dels seus supòsits habilitants, tal i com manifesta el Catedràtic GIMENO FELIU, J.M en l'Estudi jurídic sobre la condició de béns incorporals de la producció en televisió en aquests supòsits *"no puede argumentarse una tensión <<indebida>> de la competencia, pues los contratos sobre bienes incorporales no encajan en la idea u objetivo de libre mercado, ya que, en sí misma, no hay una competencia entre servicios profesionales (y en esos casos no hay que someter nada a la libre competencia, tal y como se advierte por el TJUE en su sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14)".* En tot cas, l'informe del Gerent de l'Entitat justifica l'elecció dels professionals que es pretén contractar.

Com s'ha analitzat, l'exclusió de la normativa de contractació dels contractes d'adquisició de contingut audiovisual requereix el compliment d'una sèrie de requisits, de manera que en caràcter previ a la seva contractació caldria que, en atenció a la naturalesa jurídica de MATARÓ AUDIOVISUAL EPE, es tramités un expedient administratiu en el que constés:

1. Un informe justificatiu de la contractació de l'àrea que proposi la contractació, on es concreti:
 - a. la necessitat de la contractació,
 - b. l'objecte i abast del contingut objecte d'adquisició,
 - c. la justificació del caràcter de creació original,
 - d. la indicació de l'import econòmic de la contractació, i la distribució pressupostària de l'adquisició que es pretén dur a terme,
 - e. la durada de la contractació, i
 - f. els termes de la cessió de drets de propietat intel·lectual.
2. Una resolució de l'òrgan competent d'acord als estatuts en funció de l'import del contracte, en la que s'autoritzi la despesa.
3. El document de formalització de la relació contractual entre MATARÓ AUDIOVISUAL, EPEL i el/la tercer titular d'allò objecte d'adquisició o el/la prestador dels serveis de contingut audiovisual.

* * * * *

Aquesta és la meva opinió, que de bon grat sotmeto a qualsevol altra millor fonamentada en Dret.

Signatura

Mataró, a data de la signatura electrònica