

LAS OBRAS PUBLICITARIAS EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. SU ESPECÍFICA REFERENCIA EN EL ARTÍCULO 90

Por Nazareth PÉREZ DE CASTRO
Titular de Derecho Civil U.A.H.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LAS OBRAS PUBLICITARIAS. OBSERVACIONES GENERALES. III. LA OBRA AUDIOVISUAL PUBLICITARIA. 1. OBSERVACIONES GENERALES. 2. LA REFERENCIA A LA OBRA AUDIOVISUAL PUBLICITARIA EN EL ARTÍCULO 90.6. POSIBLES RAZONES. 3. EL ARTÍCULO 90 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 4. LA MODALIDAD DE REMUNERACIÓN DE LOS AUTORES DE OBRAS AUDIOVISUALES PUBLICITARIAS.

I. PLANTEAMIENTO

La actividad creativa con fines publicitarios es uno de los sectores de la realidad legal que permite descubrir una amplia gama de cuestiones jurídicas. Los aspectos que pueden ser objeto de estudio son múltiples y pueden ser propuestos tanto desde el ámbito propio del Texto Refundido de Propiedad Intelectual como desde el de la Ley General de Publicidad. Las líneas que siguen atenderán especialmente a la perspectiva patrimonial de las obras audiovisuales creadas con fines publicitarios, quedando al margen los casos de obras adaptadas o transformadas para su utilización publicitaria.

II. LAS OBRAS PUBLICITARIAS. OBSERVACIONES GENERALES

No existe en el Texto Refundido un régimen propio de las obras de encargo realizadas para la publicidad. Exclusivamente existe una referencia a este tipo de creaciones, cuando son audiovisuales, en el artículo 90.6.

El legislador español no ha seguido en este aspecto la regulación de la Ley francesa de 3 de julio de 1985. En ella, el artículo 14 atiende específicamente a estas obras. Las tensiones que se planteaban en este sector entre autores, agencias y anunciantes se centraban en la cesión de los derechos y la remuneración derivada de esa cesión¹. La norma citada establecerá que «en caso de una obra de encargo, utilizada para la publicidad, el contrato entre el productor y el autor implicará, salvo cláusula en contrario, la cesión al productor de los dere-

¹ En el Proyecto del Gobierno no existía ninguna norma a este respecto y será en la Asamblea Nacional cuando se introduzca. Vid. los trabajos preparatorios en RIDA n.º 126, pp. 196 ss. janvier 1986.

chos de explotación de la obra, en función, principalmente, de la zona geográfica, la duración de la explotación, la importancia de la tirada y la naturaleza del soporte.

Un acuerdo entre las organizaciones representantes de los autores y las organizaciones representantes de los productores de publicidad fijará los elementos de base que entran en la composición de la remuneración correspondiente a las diferentes utilidades de las obras. La duración del acuerdo variará entre uno y cinco años. Sus estipulaciones podrán declararse obligatorias para el conjunto de los interesados mediante decreto...».

La existencia de un precepto como el transcrito claramente obvia la necesidad de tener que recurrir a la integración de dos ámbitos legales (propiedad intelectual y publicidad) cuyos principios no son coincidentes, puesto que su objeto de regulación es diferente.

La realidad española es bien distinta a la francesa, ya que necesariamente incidirán en este campo las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y las de la Ley General de Publicidad. Por ello, brevemente, creo oportuno recordar algunas de las premisas legales que se encuentran en el Texto Refundido de la ley de Propiedad Intelectual.

La primera pauta atiende a la autoría y, respecto de ella, se advierte que esa condición sólo es predicable de las personas naturales (arts. 1 y 5): el sujeto o sujetos que creen la obra. No obstante, también se reconoce en la ley que, en los casos expresamente previstos en ella, pueden beneficiarse de su protección las personas jurídicas (art. 5. 2).

La segunda premisa es la inclusión, dentro del ámbito legal de la propiedad intelectual, de la actividad creativa original (obra) con independencia del medio o soporte por el que se exprese y de cuál sea el fin para el que se cree (arts. 10. 2.º, e), f), g) e i). Se estará en el ámbito de protección de la propiedad intelectual, con independencia de que la creación publicitaria tenga un fin diverso de lo que podríamos denominar obras independientes. Estas últimas son creadas para la contemplación o el disfrute en sí mismas: cuando se divulgan y se ponen en explotación son ellas la que trascienden. En cambio, la obra publicitaria es un instrumento encaminado al logro del consumo o captación de servicios. No obstante, no por ello pierde la cualidad de obra. Esta afirmación enlaza claramente con la declaración de que los derechos reconocidos al autor (art. 1) son independientes, compatibles y acumulables con otros derechos, entre los que se citan la propiedad y los que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual y los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra (art. 3 del Texto Refundido).

Desde la perspectiva de la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre), interesa recordar que, en virtud del artículo 2.º, se entiende por publicidad «toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, indus-

trial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».

Esta disposición debe de ponerse en relación con el artículo 9º del mismo texto, mediante el cual se amplía la anterior noción al reconducir a los contratos publicitarios actividades publicitarias no comprendidas en el primer precepto citado.

Asimismo, es en esta norma en donde se establece el alcance objetivo de las disposiciones de los contratos publicitarios de la Ley General de Publicidad. En ella se dispone «que los contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en el presente Título y, en su defecto, por las reglas generales del Derecho Común...».

A los efectos que aquí interesan, son dos los contratos a los que hay que atender: el contrato de publicidad (art. 15) y, especialmente, el contrato de creación publicitaria (arts. 22 y 23). Es en esta sede donde se señalan dos vertientes. Una es la relativa a las cuestiones de autoría y protección de las obras y otra la referida a la cesión de los derechos y la contraprestación derivada de esa cesión.

La primera vertiente entra en el ámbito objetivo del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. El legislador es consciente (como también lo fue en el derogado Estatuto de la Publicidad, de 11 de junio de 1964) de que existen supuestos en los que la actividad, por ser creativa, tiene detrás la figura del autor. Así, en el artículo 23, párrafo 1.º, se manifiesta que «las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes», lo que, en nuestro caso, nos lleva a las pautas antes señaladas respecto del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 12 de abril de 1996.

No se ocupa la Ley General de Publicidad de la autoría, porque no es su cometido, de ahí que lo relativo a ella se remita al marco legal que le es propio y se configure desde él. Ahora bien, partiendo de que el autor como tal es el titular de los derechos de explotación sobre su obra, a lo que sí atiende la Ley General de Publicidad es a la fórmula de transmitir esos derechos. Respecto de esta cuestión, en el artículo 23 de la citada ley primero se manifiesta que las creaciones publicitarias pueden gozar de los derechos de propiedad intelectual si reúnen los requisitos que se exigen en las disposiciones pertinentes. Pero se añade que, *no obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia*, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo.

Este precepto nos plantea la segunda vertiente a la que antes se hacía referencia. Es en este marco en el que se hacen patentes las consecuencias del silencio del legislador ante este tipo de creaciones en sede de propiedad intelectual, porque la integración entre los dos ámbitos legales se da exclusivamente a los

efectos ya indicados, en tanto que la cesión de los derechos de explotación para el caso de obras elaboradas para la publicidad encuentra su regulación en las disposiciones relativas a la contratación de creación publicitaria.

Los supuestos que pueden plantearse dentro de este marco general de la obra publicitaria son diversos y podrían esquematizarse del siguiente modo:

A) Autor o autores independientes a los que se les encarga la realización de una obra para una campaña publicitaria o una parte de ella (art. 5.1 y 1 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). El encargo puede ser efectuado por una agencia de publicidad o directamente por el anunciante.

Se estaría ante un contrato de obra. Ahora bien, el que en nuestro Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no exista una regulación específica para las obras de encargo realizadas para la publicidad ocasiona una mayor complejidad en el tema, no sólo en cuanto a la cesión de los derechos de explotación, sino también en cuanto a la remuneración de los autores.

Nuestro legislador parece dejar claro que, en sede de propiedad intelectual, el régimen del contrato de obra contenido en el Código civil (arts. 1588 ss.) no es automáticamente trasladable a este ámbito. Esta afirmación encuentra su punto de apoyo en la misma configuración de los derechos de autor. En el artículo 3º del texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ya se nos advierte que una de las características de estos derechos es la independencia que existe entre la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual. Por ello, en principio, el comitente sólo adquirirá la propiedad material, pero no los derechos sobre la creación intelectual. Ahora bien, ello no obsta a que el comitente pueda ostentar la titularidad sobre los posibles derechos de explotación cuando así se haya estipulado en el contrato o ello se deduzca de éste y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo. También se es consciente de esta realidad desde el ámbito de la Ley General de Publicidad, de ahí que en el artículo 23 se atienda a la cesión en exclusiva de los derechos de explotación a favor del anunciante o agencia.

B) Que la agencia de publicidad (persona natural o jurídica) ostente la titularidad sobre la creación publicitaria, porque se configure la obra como colectiva tal y como se describen estas obras en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Asimismo, el supuesto estaría contemplado en el ya referido párrafo 2º del artículo 15 de la Ley General de Publicidad, que remite al contrato de creación publicitaria.

C) Que el autor publicitario entre en la categoría de asalariado. Supuesto contemplado en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. La transmisión al empresario de los derechos de explotación se encuentra en el contrato de trabajo o, a falta de pacto escrito, la cesión tiene el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual de la empresa.

III. LA OBRA AUDIOVISUAL PUBLICITARIA

1. OBSERVACIONES GENERALES

Desde el marco de la Ley General de Publicidad, no existe ninguna referencia concreta a este tipo de creaciones. Como ya se advirtió en el epígrafe anterior, este texto legal confirma simplemente la posibilidad de que haya creaciones publicitarias que puedan gozar de «los derechos de propiedad intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes» (art. 23.1º). Ya en el preámbulo de la Ley se manifiesta que las normas referidas a los contratos se caracterizan por «su sobriedad» y realmente se constata la misma. Asimismo, se observa de la lectura de ese artículo 23.1 una circunstancia curiosa, como es la de que la propiedad intelectual se contempla desde el objeto, desde la obra, no desde el sujeto autor. Se predica, en el citado precepto, que determinadas «creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad intelectual». Interesa de esta norma la remisión que se efectúa al régimen de la propiedad intelectual en los casos en los que las creaciones puedan ser consideradas obras. A su vez, ese reenvío tendrá efectos para determinar quién es el autor o autores y también en cuanto a quién ostenta los derechos patrimoniales y morales sobre la obra.

En 1987, la Ley de Propiedad Intelectual tan sólo hacía referencia a estas creaciones en sede de obra audiovisual en el artículo 90.5. Entonces aún cabía pensar que quizá se diera una regulación más específica en el entonces iter de la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre). Ello no sucedió, pero tampoco, tras nueve años, las cuestiones que se plantean se resuelven en forma clara por el vigente Texto Refundido de Propiedad Intelectual, de 12 de abril de 1996.

Subsiste, pues, un reenvío de la Ley General de Publicidad al ámbito de la propiedad intelectual y en éste no se contempla una regulación específica para las obras de carácter publicitario, ni tampoco se establecen reglas particulares para el supuesto de la creación de una obra de encargo. A lo que se añade el que algunos principios son divergentes según un texto legal u otro.

La vía más sencilla de solución hubiera sido, como se hizo respecto de otros aspectos, seguir la línea introducida en el artículo 14 de la francesa n.º 85-660 de 1985. En este precepto se atendió a las obras de encargo utilizadas para la publicidad². Nuestro legislador, como se ha dicho siguió, un camino diferente:

² La exigencia de un precepto que contemplase esta cuestión se puso de manifiesto en los debates que se suscitaron en los trabajos preparatorios para la modificación de la Ley francesa de 1957. Los sectores implicados: autores, agencias y anunciantes mantenían posiciones diferenciadas en cuanto a la cesión de los derechos y quien era el cesionario. Asimismo también las tensiones se reflejaron respecto de la remuneración. Baste con recordar los alegatos de cada una de las partes. Los autores no podían comprender las quejas de los anunciantes respecto a lo costosa que resultaba la publicidad, ya que ellos percibían una cantidad alzada que no consideraban equitativa y buscaban una proporcionalidad con la cuantía que se invertía en la campaña. Las agencias negaban que la realidad fuese ésta. Vid. Rida n.º 126, pp. 196 ss; janvier 1986.

el cuasi silencio respecto de estas creaciones (actualmente de los 164 artículos sólo el 90.6 alude a ellas en forma expresa).

2. LA REFERENCIA A LA OBRA AUDIOVISUAL PUBLICITARIA EN EL ARTÍCULO 90.6. POSIBLES RAZONES

Con carácter general, la situación legal de los autores de obras publicitarias puede resultar compleja. No obstante, esa situación y sus relaciones jurídicas pueden ser reconducidas a algunas de las fórmulas que se apuntaban al final del apartado II. Pero todavía resulta más ardua la realidad cuando la obra se califica de audiovisual. Sin embargo, es precisamente el título relativo a las obras audiovisuales la sede en la que el legislador se refiere a las publicitarias. En concreto, al regular la remuneración que corresponde a los autores de obras audiovisuales y también a los de las obras preexistentes por la cesión de sus derechos mediante el contrato de producción audiovisual o de transformación.

El artículo 90 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, fue criticado por su sistemática y estructura, pero también por la expresa mención a las obras audiovisuales publicitarias en un ámbito legal en el que no se particulariza su régimen y porque en esa norma reguladora de la remuneración se atiende a esas creaciones precisamente para excepcionarlas de unos determinados tipos de remuneración, como se verá al tratar esa cuestión. No obstante, a este respecto nada ha cambiado en el Texto Refundido de Propiedad Intelectual de 1996.

Los motivos de esa expresa referencia a las obras audiovisuales publicitarias no se obtienen atendiendo al «iter» legislativo del artículo 90. En él poco se aclara y la idea que se deduce es precisamente que la creación publicitaria debía ser objeto de un ámbito propio de regulación y distinto de éste.

Las enmiendas propuestas por algunos grupos parlamentarios tendían a la introducción de una disposición adicional, argumentando que la publicidad debía tener un tratamiento específico. Se solicitaba un texto en el que se dispusiera que «la creación intelectual y las invenciones que resulten de cualquier actividad publicitaria gozan de los derechos de propiedad intelectual e industrial. La regulación específica de la actividad publicitaria requerirá rango de ley»³. Asimismo, se solicitó otra disposición adicional del siguiente tenor: «queda excluida de la presente ley la propiedad de las obras o creaciones publicitarias, la cual se regulará por las específicas normas de esta actividad»⁴. En el sentido de que este tipo de obras precisaba de un tratamiento específico, también puede citarse la enmienda núm. 275⁵.

³ Enmienda núm. 61. Grupo Liberal; BOCG, Cong. Dip. III Legislatura, Serie A. Proyecto de Ley, Núm. 14-6, de 11 de febrero de 1987.

⁴ Minoría Catalana, núm. 386. BOCG, cit.

⁵ Coalición Popular, BOCG, cit.

Poca luz puede obtenerse por este camino. Sin embargo, creo, o más bien intuio, que su ubicación en sede de obras audiovisuales obedece a otras razones.

No es una novedad de la Ley de 1987 la expresa contemplación de un tipo de obra publicitaria. Ya en la historia legal de la propiedad intelectual y la publicidad, nuestro legislador atendió específicamente a la obra cinematográfica publicitaria. En esa etapa, junto a la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, estaban vigentes la Ley de 31 de mayo de 1966 (sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas) y la Orden de 23 de junio de 1966, por la que se establecen las normas a las que deben ajustarse los contratos publicitarios en el medio cine. Estas disposiciones atendían exclusivamente a la obra cinematográfica pionera de la categorización actual de la audiovisual. Junto a esta normativa y regulando la publicidad, estaba vigente el Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964. El ámbito de aplicación de éste alcanzaba a toda actividad publicitaria (vid. art. 2) y contenía una regulación de los contratos publicitarios. Así, se referían, entre otros, el contrato de publicidad (arts. 31 a 39) y el contrato de obra o creación publicitaria (arts. 40 a 42) y existía un Título VII que llevaba por rúbrica «de las creaciones e ideas publicitarias». En el artículo 70 se establecía que «sin perjuicio de que las creaciones intelectuales o las invenciones que resulten de cualquier actividad publicitaria puedan gozar de los derechos de propiedad intelectual o industrial, las ideas publicitarias que posean la condición de novedad u originalidad atribuirán a su autor el derecho a perseguir cualquier posible imitación o prohibir su utilización para fines distintos de los pactados».

La finalidad de la publicidad era y es alcanzar la máxima información y difusión del objeto publicitado para favorecer la contratación. Para ello, el citado Estatuto establecía el régimen contractual a seguir según los casos. Sin embargo, parece que la citada finalidad encontró algunos obstáculos en el ámbito cinematográfico y no en otros. Ello llevó a una regulación específica de este sector mediante la Orden de 23 de junio de 1966, por la que se establecen las normas a las que deben ajustarse los contratos publicitarios del medio cine ⁶. La Exposición de Motivos de esta Orden hace referencia a un «estado de inquietud producido en determinados sectores de la actividad publicitaria por causa de ciertas limitaciones o restricciones impuestas por los realizadores de películas o filmes publicitarios respecto de la libre distribución y proyección de tales obras cinematográficas».

Ante esta situación, la Junta Central de Publicidad estudió la posibilidad de establecer determinadas normas básicas para los contratos publicitarios del medio cine, normas que contemplaban dos facetas distintas: una era la de las empresas del medio cine, agencias de publicidad y de distribución y otra, la de los estudios que realizaban las películas publicitarias, así como a los autores, creadores y realizadores de las mismas. La regulación se concretó en la Orden a la que se está haciendo referencia. Ahora, lo que interesa destacar es la reali-

⁶ BOE, núm. 161, de 7 de julio de 1966.

dad manifestada legalmente de que un tipo concreto de obra publicitaria requirió de una atención específica. Quizá sea este recuerdo histórico mediato el que ha llevado a que el legislador de 1987 tuviese en cuenta a esta clase de obra publicitaria en el marco de lo audiovisual, bajo la idea de la vigencia de una Orden que no se derogó en forma expresa y que hoy aparece en la tabla de vigencias de la Disposición derogatoria única, en su apartado 2, letra p.

Finalmente, debe resaltarse que, en los seis artículos que integran esa Orden, la preocupación principal, a los efectos que aquí interesan, es insistir en lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de la publicidad, según el cual, «salvo excepción expresa en contrario, en todo contrato de creación publicitaria se presumirán cedidos a favor del cliente los derechos de utilización publicitaria de los elementos creados dentro del plan o programa». En esta ocasión, la balanza se inclinaba a favor de los intereses de los anunciantes y exhibidores, como cabe deducir de lo anteriormente expuesto y de la afirmación clara que se contenía en la citada Orden, cuyo artículo 6º establecía que «...dándose una situación de concurrencia de derecho de autor, la exhibición publicitaria de la obra no puede quedar tarada ni restringida por tales derechos, aunque los mismos puedan ser reconocidos o compensados mediante un plus de valor o por cualquier otro procedimiento acordado entre las partes contratantes».

Ahora bien, debe recordarse que en el marco de la ley de Propiedad Intelectual de 1879, las pautas legales eran bien distintas de las actuales. Eran incuestionables, entre otros aspectos, las ventas por el autor de su propiedad intelectual, la disposición de obras futuras, etc. Aún mas, en la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, se establecía que al productor (o a sus cesionarios o causahabientes) le correspondía el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación económica de la obra (art. 1º). No existía una delimitación sobre cuál era la configuración de estas obras. Se podían enmarcar perfectamente en ese momento como obras colectivas las actualmente definidas en el artículo 8 del Texto Refundido.

Todo ello evidencia que la entonces obra cinematográfica requirió de una atención específica por ser publicitaria y que en la actualidad, curiosamente, nuestro legislador, que ha omitido toda alusión a la obra publicitaria, se refiere a ella exclusivamente al regular la obra audiovisual.

La inclusión de estas obras en el artículo 90. 6, del Texto Refundido, de abril de 1996 y en el derogado 90.5 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, si no es un despiste o una obviedad, tiene que obedecer a alguna razón de más peso que la memoria histórica reciente.

En mi opinión, lo que ha motivado la referencia a este tipo de creaciones es el recurrir a la advertencia de que estas obras, aunque sean publicitarias, no se sustraen al régimen propio de la obra audiovisual. Lo que lleva a reconocer no sólo que son autores las personas que se enuncian en el artículo 87, sino tam-

bién a reconducir las creaciones a la categoría de la obra en colaboración del artículo 7; con las consecuencias que se derivan, entre otras, respecto de la duración del plazo de protección de los derechos de explotación (art. 28)⁷ y el reconocimiento de la autoría sobre las aportaciones creativas aisladas y la coautoría sobre la obra resultante. De donde, a diferencia de lo que acontecía en la ley de 1966, el productor actual no tiene reconocido ex lege el ejercicio de los derechos de explotación sobre la obra audiovisual, sino que requiere que le sean cedidos y, obviamente, no ostenta derecho alguno sobre las aportaciones aisladas que se integran en la obra resultante.

Ciertamente, la solución más sencilla en el ámbito negocial habría sido el asumir la posibilidad de que en estas hipótesis fuera posible recurrir al régimen de la obra colectiva. Sobre todo si se atiende a los intereses de las agencias de publicidad o a la posición del anunciante. Sin embargo, parece que nuestro legislador no ha acogido esta vía, sino que ha optado por que se apliquen las disposiciones propias del género de las obras audiovisuales y todo ello sin desconocer las dificultades que ya entraña la regulación del Título VI, del Libro I, del Texto Refundido de Propiedad Intelectual.

Otro motivo que podría avalar esta posición es el de que precisamente se atiende a estas obras al establecer el régimen de la remuneración y ésta parte de la idea de proporcionalidad, se sustenta en que el autor sea participe, junto con el cesionario, del éxito de la explotación de su obra. Esta premisa es impensable en el caso de las obras de carácter publicitario, puesto que la creación es un instrumento al servicio de la publicidad y los ingresos no provienen de la explotación directa de la misma. Por ello, no creo que el legislador haya incluido a estas creaciones para manifestar algo que es obvio, como lo es el excepcionarles de un régimen remuneratorio que es, desde la propia realidad, inaplicable.

Ahora bien, la opinión hasta ahora mantenida intenta buscar una lógica a la expresa referencia de estas creaciones en la sede ya indicada. Por ello, si se huye del intento de encajar las piezas del puzzle normativo y se atiende al absoluto silencio en el resto del Texto Refundido, es posible llegar a otras soluciones a las que seguidamente me refiero.

⁷ En principio, uno de los datos diferenciales en cuanto a los efectos de mantener que una obra es en colaboración o colectiva se encontraba en que, en el primer caso, el cómputo del plazo se cuenta desde la muerte del último de los coautores, en tanto que, si es colectiva, se atiende a la divulgación lícita de la obra (art. 28.2). Sin embargo, a raíz de la Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, se desdibuja esa diferencia en cuanto al supuesto de la obra cinematográfica y audiovisual, ya que, en su art.2.2, se dispone que el plazo «expirará setenta años después de la muerte de la última de las siguientes personas que hayan sobrevivido, tanto si han sido designados coautores como si no: el director principal, el autor del guión, el autor de los diálogos y el compositor de la banda sonora específicamente compuesta para la obra cinematográfica o audiovisual». Asimismo, esa distinción que inicialmente parecía nítida tampoco lo es tanto en la redacción del artículo 28.2, párrafo 2.º del Texto Refundido. Vid. R. Bercovitz, Comentario al artículo 28, en «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual»; 2.ª ed. Madrid 1997, pp. 587-589.

3. EL ARTÍCULO 90 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El artículo 90 regula la remuneración de los autores de las denominadas obras audiovisuales. La remuneración que en él se contempla es la contraprestación que corresponde a los autores por la cesión exclusiva al productor de determinados derechos de explotación descritos en los preceptos que le anteceden y en el mismo artículo 90 (excepto las modalidades que se reserven). Esa cesión se encuadra dentro de dos posibles contratos: el de producción y el de transformación de obra audiovisual. La norma contiene reglas atinentes a las modalidades de la remuneración y la forma en que se llevará a efecto, atendiendo a distintos aspectos. Estas reglas son:

- Que a los autores de la obra audiovisual y, en su caso, a los de las obras preexistentes (se transformen o no) les corresponde por la cesión en exclusiva de los derechos que se mencionan en el artículo 88 u 89 una remuneración que debe determinarse para cada una de las modalidades de explotación (art. 90.1).
- Que a los autores les corresponde una remuneración equitativa e irrenunciable por la cesión al productor del derecho de alquiler, que se presume cedido mediante el contrato de producción, salvo pacto en contrario (art. 90.2).
- Que la remuneración es proporcional si en la comunicación pública de la obra media el pago de precio de entrada (se alude expresamente a la proyección en salas). No obstante, se contempla que aquélla sea a tanto alzado en el caso de exportación de la obra audiovisual (vid. art. 90.3, párr. 1 y 2).
- Que la remuneración es tarifada en el caso de comunicación pública de la obra si no media precio de entrada. Se contemplan expresamente como modalidades de esa comunicación la proyección, exhibición o transmisión por cualquier procedimiento de la obra audiovisual. Las tarifas serán fijadas por la entidad de gestión correspondiente (art. 90.4).
- Que los autores tienen derecho a que el productor les suministre la documentación necesaria para facilitarles el ejercicio de los derechos que les corresponden por la explotación de la obra (art. 90.5).
- Se establece la gestión colectiva obligatoria de la remuneración por alquiler y comunicación pública (vid. art. 90.2 y 90.7).
- Se declara la irrenunciabilidad e intransmisibilidad de los derechos de remuneración en cualquiera de sus modalidades por comunicación pública (90.6) y se añade que «no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario».

Las pautas que se han descrito se corresponden con el esquema seguido en el artículo 90 y, como se comprueba en él, se atiende a la obra audiovisual pu-

blicitaria para excepcionarla. Pero ¿excepcionarla respecto de qué y con qué alcance?. Una primera respuesta parte, en principio, del tenor literal de la norma, con lo que la excepción sólo y expresamente sustrae a los autores de estas obras del derecho a una remuneración proporcional o tarifada por la comunicación pública de la obra descrita en los apartados 3º y 4 del citado precepto. Pero, como ya se advirtió anteriormente, por el tipo de creación ante el que estamos a esta conclusión se llega sin necesidad de que el legislador hubiera hecho ninguna manifestación. Sin embargo, si atendemos a los antecedentes históricos, ya referidos, y se interpreta «a sensu contrario» y sistemáticamente el número 6º del artículo 90, se advierte que este precepto es la contrapartida a los autores por la cesión de determinados derechos de explotación en favor del productor. La norma a la que se está atendiendo no tendría razón de ser sin los artículos 88 (contrato de producción) y 89 (contrato de transformación). De ahí que quepa interpretar que lo que se ha querido poner de manifiesto es que, pese a que un tipo o forma de remuneración no sea posible en el supuesto de las obras audiovisuales de carácter publicitario, ello no significa el que no le sean aplicables otros números de ese artículo cuando se haya celebrado alguno de los contratos de los que trae su causa la remuneración.

En este sentido, cabe la posibilidad de que los autores celebren un contrato de producción con una agencia de publicidad o, en su caso, con un anunciante. En cuyo caso, en ese marco negocial, la remuneración por la cesión en exclusiva de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, doblaje o subtítulo tendrá que determinarse para cada una de las modalidades de explotación concedidas (art. 90.1). De igual forma, sería posible que los autores instasen al productor para que les presentase la documentación necesaria al objeto de facilitarles el ejercicio de los derechos que les corresponden por la explotación de su obra.

Otra cuestión distinta, aunque vinculada a la anterior será el tipo de remuneración a la que me referiré en el siguiente apartado.

Admitida la posibilidad de que las creaciones publicitarias audiovisuales entren en el ámbito del Título VI del Libro I del Texto Refundido de 1996, no se nos escapan las peculiaridades múltiples que ocasiona esa inclusión tanto desde el ámbito de los derechos morales como desde otros aspectos. Sin embargo, tampoco nos resultan novedosas las matizaciones que el legislador realiza en el texto normativo en sede de obras audiovisuales. Así, inicialmente se considera a la categoría de la obra audiovisual y se la define a los efectos de establecer su estatuto jurídico, pero ello no ha impedido el que existan puntualizaciones concretas en función de cuál sea el tipo de obra (vid. arts. 88.2 y 90. 2, párra. 2) y, entre esas peculiaridades, se ubicaría la relativa a la remuneración de las obras audiovisuales publicitarias.

Una segunda posibilidad de interpretar el artículo 90 sería la de entender que, si bien esa norma no es de aplicación en ninguno de sus números a las obras audiovisuales de carácter publicitario ello no implica el que no quepa la cesión

de los derechos a través de los contratos de producción audiovisual o de transformación. Lo que sucederá es que la remuneración, en este supuesto, se regulará directamente por el Título V del Libro I del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Una tercera vía de opinión sería la de interpretar que en el artículo 90 no sólo se está exceptuando a las obras audiovisuales publicitarias respecto de un régimen de remuneración concreto, sino que el precepto globalmente le es inaplicable. Por tanto, de la vinculación de esta norma con las que la anteceden, se deduciría que tampoco es posible reconducir la cesión al régimen del contrato de producción, ni al de transformación, ya que el artículo del que se predica su inaplicabilidad es la contraprestación que corresponde a los autores por la cesión de determinados derechos en ese ámbito negocial.

Quizá la negativa a la admisión de los contratos citados se podría encontrar en que el objeto de la cesión de los derechos de las obras audiovisuales tiene como causa la explotación de la obra en sí y este esquema se rompe cuando se está ante creaciones publicitarias cuya forma de explotación consiste en ceder los derechos para comercializar algo ajeno a ellas.

Aún más, podría intentarse extender la interpretación llegando a afirmarse que las obras audiovisuales publicitarias no son subsumibles en el Título VI, Libro I del texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Sin embargo, no creo que la línea a seguir sea ésta, porque, por mucho que al término obra audiovisual se le añada el calificativo de publicitaria, no se desvirtúa ni su condición de obra ni su definición como audiovisual.

Cabría pensar que el Texto Refundido de Propiedad Intelectual tendría que ceder ante la Ley General de Publicidad de 1988 por considerar que ésta última tiene el carácter de ley especial frente a la primera. No obstante, ese principio de especialidad no incidiría en esta parcela, porque la misma Ley General de Publicidad contempla el que las creaciones publicitarias sean susceptibles de entrar en el ámbito de protección la Ley de Propiedad Intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por sus disposiciones (vid. art. 23.1).

En definitiva, es en la normativa del Texto Refundido donde se establece qué actividad se considera obra y su configuración. No se estaría ante una cuestión de especialidad, sino de integración de normas.

4. LA MODALIDAD DE REMUNERACIÓN A LOS AUTORES DE OBRAS AUDIOVISUALES PUBLICITARIAS

Si se parte de la posibilidad ya indicada anteriormente de que los autores de obras audiovisuales cedan en exclusiva determinados derechos de explotación al productor mediante el contrato de producción de obra audiovisual o, en su caso, a

través del contrato de transformación, la siguiente cuestión es conocer cómo se remunerará a estos autores dentro de este ámbito negocial. Ya señalé anteriormente que, para este caso, el artículo 90 del Texto Refundido, relativo a la remuneración, excepcionaba expresamente la modalidad de remuneración proporcional y la tarifada en los supuestos de comunicación pública. Ahora bien, si seguimos dentro del marco de esos contratos y, por tanto, mantenemos por las razones ya expuestas la aplicabilidad en lo que es posible del artículo 90, llegamos a la necesidad de que la remuneración que le corresponda a los autores por la cesión en exclusiva de determinados derechos tendrá que determinarse para cada una de las modalidades de explotación concedidas (art. 90.1). La remuneración se relaciona con los derechos cedidos y con las modalidades y ello no es sino una consecuencia de la existencia de una presunción de cesión que se inserta en estos contratos. Por ello, si esa cesión proviene de una presunción contractual, cabe interpretar que, si no se establece una remuneración respecto de alguno de los derechos integrados en la presunción, su omisión le excluye de la misma.

El régimen de la remuneración de estos autores se encuentra en el Título V, Capítulo primero del Libro I del Texto Refundido. En este sentido es claro el artículo 57, en el que se establece que «la transmisión de derechos de autor para su explotación a través de las modalidades de edición, representación o ejecución, o de producción de obras audiovisuales se regirá, respectivamente y en todo caso, por lo establecido en las disposiciones específicas de este Libro I y, en lo no previsto en las mismas, por lo establecido en este capítulo...».

Si, como se ha manifestado y señala el artículo 90.6, no cabe una remuneración proporcional, el otro tipo posible es el de la remuneración a tanto alzado que se contempla en el artículo 46.2., en el que se enuncian una serie de casos en los que «podrá estipularse» este tipo de remuneración. De los que se enumeran, el más ajustado al supuesto de las obras publicitarias es el del apartado b), que dice «cuando la utilización de la obra tenga carácter accesorio respecto de la actividad o del objeto material a los que se destinen».

El que se configure a tanto alzado no significa que la situación de los autores en estos casos tenga que ser menos beneficiosa que la de los que pueden ser remunerados porcentualmente, puesto que en su determinación habrá que tomar en consideración distintos elementos. Entre ellos cabe citar, como aspectos integrantes del contrato, no sólo a los derechos que son cedidos y sus modalidades, sino también la duración de la cesión y el ámbito territorial al que se extiende (vid. arts. 43.1 y 2). Junto a estos elementos pueden ser atendidas cualesquiera otras circunstancias que puedan incidir en la determinación de aquélla, como, por ejemplo, el número de tirada de la obra (utilizando el lenguaje del contrato de edición) que, trasladado al ámbito audiovisual, se correspondería con el de copias de la grabación, la frecuencia de la publicidad en el medio de comunicación y cuál sea éste, el momento horario del día en el que se emite la publicidad. La posibilidad de revisión del pago forfait por el impacto causado en el público. Sin embargo, resulta difícil apoyar la revisión del precio sobre la base del artículo 47, ya que esta norma está atendiendo a la exis-

tencia de una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario.

Ello nos lleva nuevamente al tema de la vinculación, latente en nuestro texto legal, del autor con el éxito de su obra y al de hacerle partícipe de los beneficios obtenidos por la explotación de la misma junto con el productor. En el caso de las obras publicitarias, la comercialización del producto o del servicio que se ofrece es el que produce los ingresos, por lo que resulta prácticamente imposible seguir esa línea de razonamiento para la revisión que se describe en el citado artículo 47. Sin embargo, ello no impedirá esa posible revisión, en tanto que los contratos onerosos se caracterizan por la equivalencia de las prestaciones propia de los contratos y, en este caso, se concreta en que la remuneración sea equitativa.

La respuesta, en cuanto a la forma de remuneración, es muy similar a la descrita si se opta por la interpretación según la cual en el artículo 90 lo único que se ha querido expresar es que el mismo no es aplicable, pero que ello no obsta a que la cesión exclusiva de los derechos de explotación se efectúe por la vía de los contratos de producción o transformación.

La similitud entre este supuesto y el anterior deriva del reconocimiento del régimen contractual ya referido y de la necesaria remisión al artículo 57 del texto refundido para solventar la forma de la remuneración. El matiz que diferenciaría esta interpretación de la expuesta en primer término proviene de la inaplicabilidad del artículo 90.1, en el que se exige que se especifique la remuneración para los derechos cedidos y las modalidades de explotación. Sin embargo, a una fórmula parecida a la descrita en la citada norma se llegaría por la vía del artículo 43 del mismo texto legal, cuya aplicación se posibilita desde el mentado artículo 57.

Las consecuencias son muy distintas si se acoge la interpretación según la cual nuestro legislador, al referirse a estas creaciones en el artículo 90, no ha querido revelar nada, ya que es obvio que de la cesión de los derechos de explotación de las obras publicitarias no se deriva una remuneración proporcional. Esta formulación equivaldría al silencio en cuanto al sistema de cesión de los derechos para este supuesto.

Desde esta perspectiva, se estaría afirmando que el legislador no ha contemplado a las obras audiovisuales de carácter publicitario en el título relativo a las obras audiovisuales y los contratos tipificados para la transmisión de los derechos. Sin embargo, en mi opinión, por esta vía a lo que se llega es a una necesaria reconducción de la cuestión al ámbito de la Ley General de Publicidad, porque entonces lo específico no es ya el contrato de producción o el de transformación de la obra audiovisual, sino el que la obra es creada para la publicidad y baste con recordar lo que se decía en el apartado referido a las obras publicitarias en general y la cesión de los derechos de explotación en el marco del contrato de creación publicitaria.