

Informe sobre  
la gestión colectiva  
de derechos  
de propiedad  
intelectual





## Un nuevo impulso

Informe sobre la gestión  
colectiva de derechos  
de propiedad intelectual

Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual realizan su actividad desde una posición monopolística. Ello reduce sus incentivos a operar de modo eficiente y facilita la emergencia de numerosos problemas tarifarios, como ponen de manifiesto los expedientes del TDC/CNC relacionados con la fijación de tarifas inequitativas y/o discriminatorias.

El objetivo de este Informe es analizar los problemas tarifarios y las restricciones a la competencia en este sector a partir del análisis del marco regulatorio y de las actuaciones llevadas a cabo por las entidades de gestión, al objeto de realizar recomendaciones para la articulación de un modelo más favorable a la competencia.

*Spanish collecting societies enjoy a monopolistic position. This may reduce their incentives to operate efficiently and may lead to problems regarding the level of fees, as shown by several cases of unfair and/or discriminatory fees examined by the Spanish Competition Commission.*

*The aim of this Report is to explore problems regarding fees and restrictions to competition in this sector, by analyzing both the current regulatory framework as well as certain practices performed by collecting societies, in order to suggest some recommendations which would enable a more competitive model of collective rights management.*

# Índice

Resumen ejecutivo	6
<hr/>	
<b>1.</b> Introducción	12
<hr/>	
<b>2.</b> La gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual	16
2.1 Los derechos de propiedad intelectual	17
2.2 Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual	23
2.3 Algunos datos relevantes del sector	32
<hr/>	
<b>3.</b> Poder de mercado y barreras de entrada	36
3.1 Economías de escala	39
3.2 Barreras de entrada legales	43
3.3 Barreras de entrada estratégicas	52
<hr/>	
<b>4.</b> Problemas tarifarios	64
4.1 Contexto regulatorio	65
4.2 Ejercicio de poder de mercado en la fijación de tarifas	77
<hr/>	
<b>5.</b> Conclusiones	92
<hr/>	
<b>5.</b> Recomendaciones	98
<hr/>	
Bibliografía	102
<hr/>	



## Resumen ejecutivo

Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual administran y ejercitan muchos de los derechos reconocidos en el marco legal vigente sobre propiedad intelectual y, en concreto, en la Ley de Propiedad Intelectual. Actúan de intermediarios entre los titulares de derechos y los usuarios que explotan obras y prestaciones, representando a los primeros y ejerciendo, ya sea mediante cesión voluntaria o mandato legal, los derechos de propiedad intelectual en su lugar.

A pesar de que el progreso tecnológico y las nuevas formas de distribución y consumo de obras y prestaciones están poniendo en cuestión el rol tradicional de las entidades de gestión, éstas continúan teniendo un papel relevante en la actualidad. La actividad que realizan incide en múltiples sectores de la economía, tanto en los que intervienen en la producción de obras y prestaciones protegidas como en aquellos que las explotan en el desarrollo de su actividad. En 2007, la recaudación total de las entidades ascendió a 518,9 millones de euros.

Teniendo en cuenta la importancia de los derechos de propiedad intelectual en la economía, resulta fundamental que los mercados de gestión de derechos de propiedad intelectual funcionen del modo adecuado y sin que existan distorsiones en términos de competencia, sobre todo cuando para muchos usuarios la explotación de obras y prestaciones constituye un factor de producción necesario para el desarrollo de su actividad.

Las entidades de gestión tienen un elevado poder de mercado, realizando normalmente su actividad desde una posición monopolística. Cada una de las ocho entidades existentes en España (SGAE, DAMA, CEDRO, VEGAP, AGEDI, EGEDA, AIE, y AISGE) se ha especializado en la gestión de un determinado conjunto de derechos que nadie más gestiona. La única excepción tiene lugar en el segmento de autores audiovisuales, donde existe un leve grado de competencia entre la entidad dominante, SGAE, y la minoritaria, DAMA.

La posición monopolística de las entidades reduce sus incentivos a operar de modo eficiente y facilita la aparición de una serie de problemas. Por un lado, el establecimiento de tarifas inequitativas y/o discriminatorias. Por otro, las dificultades para que los usuarios gestionen de modo eficiente sus costes y para que se desarrollen mercados no tradicionales de explotación de obras y prestaciones.

Estas dificultades se ven agravadas por la multiplicidad de derechos y entidades y por la falta de claridad de la Ley de Propiedad Intelectual en aspectos que son claves en la comercialización de los derechos de propiedad intelectual, lo que incrementa los costes de transacción y negociación de los usuarios y genera un alto nivel de litigiosidad entre oferentes y demandantes, con la consiguiente inseguridad jurídica.

La falta de presión competitiva a la que se enfrentan las entidades de gestión se explica por la confluencia de barreras de entrada que limitan la competencia efectiva y/o potencial que otras entidades nacionales o extranjeras o los propios titulares podrían ejercer.

Por un lado, se encuentran las economías de escala en la gestión de derechos de propiedad intelectual, que generan una tendencia a la concentración de mercado que puede conllevar desventajas competitivas para los entrantes. No obstante, su relevancia depende del tipo de utilización y se está viendo afectada por el progreso tecnológico, que está propiciando la aparición de nuevas formas de gestión de los derechos de propiedad intelectual, reduciendo los costes vinculados a dicha actividad y facilitando la gestión individual, particularmente en el entorno *online*.

Por otro lado, están presentes las barreras de entrada legales incluidas en la Ley de Propiedad Intelectual y las barreras de entrada estratégicas que las entidades de gestión han establecido en un entorno regulatorio que no contrarresta su elevado poder de mercado.

La Ley de Propiedad Intelectual incorpora una serie de condiciones para operar como entidad de gestión que han contribuido decisivamente a configurar el actual régimen de monopolios y que dificultan la aparición de nuevos operadores que compitan con las entidades ya autorizadas. En primer lugar, la exigencia de una autorización previa condicionada al cumplimiento de requisitos que introducen un elevado grado de incertidumbre, falta de claridad y subjetividad y otorgan al Ministerio de Cultura un elevado margen de discrecionalidad en la concesión de las autorizaciones que afecta al grado de competencia. Este intervencionismo administrativo permite cerrar el paso a otras formas de gestión colectiva distintas a la actualmente existente y que el mercado puede estar demandando. En segundo lugar, la necesaria constitución como entidades sin ánimo de lucro. En tercer lugar, la Ley de Propiedad Intelectual impone, más allá de lo que obliga la legislación de la Unión Europea, la gestión colectiva obligatoria a través de las entidades de gestión de determinados derechos, impidiendo que la gestión individual se desarrolle libremente y que los titulares aprovechen todas las posibilidades que les brinda el progreso tecnológico.

Todos estos factores ponen de manifiesto que la Ley de Propiedad Intelectual constituye un marco legal muy restrictivo de la competencia y tendente a reforzar el efecto de las barreras de entrada de naturaleza económica. En este sentido, las reformas introducidas en la Ley de Propiedad Intelectual a raíz de la transposición de la Directiva de Servicios resultan claramente insuficientes y favorecen el mantenimiento de monopolios gestores de derechos de propiedad intelectual.

Junto con las barreras de entrada legales, existen una serie de barreras de entrada estratégicas que las entidades han establecido en un entorno regulatorio que permite que las entidades puedan explotar su posición monopolística. Por un lado, los contratos con entidades de gestión extranjeras suelen incorporar cláusulas de exclusividad en la gestión de los repertorios y obstáculos a la libre elección de entidad por parte de los titulares. Por otro lado, los contratos de gestión con los titulares se caracterizan por incluir altos periodos de permanencia y preaviso, limitar la libertad del titular para definir el alcance del contrato y garantizar a la entidad la exclusividad en la gestión de los derechos. Finalmente, las entidades establecen en muchas ocasiones tarifas por disponibilidad independientes del uso efectivo, configuran repertorios en los que confluyen sin distinción derechos de gestión colectiva obligatoria y volun-

taria y mantienen una importante falta de transparencia sobre sus repertorios, factores que contribuyen a reforzar su poder de mercado.

Pese a que la Ley de Propiedad Intelectual establece un marco normativo de la gestión colectiva en la que la opción más querida y probable es la existencia de entidades de gestión monopolísticas, las obligaciones que este marco legal les impone en absoluto permiten contrarrestar el elevado poder negociador que les atribuye su poder de mercado.

En primer lugar, no existe control *ex-ante* sobre las tarifas que fijan las entidades, ya sea a través de la introducción de obligaciones eficaces o a través de la supervisión de una autoridad competente. En segundo lugar, el proceso de negociación con los usuarios no garantiza que las tarifas sean razonables y equitativas, puesto que el marco legal permite que, ante una falta de acuerdo, se apliquen las tarifas generales fijadas previamente de modo unilateral por la entidad monopolística, lo que reduce los incentivos de esta última a entrar en una negociación real. En tercer lugar, el control *ex-post* es muy reducido, principalmente porque la Comisión de Propiedad Intelectual, creada por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 como mecanismo de resolución de conflictos tarifarios entre las entidades de gestión y determinados usuarios, no se ha mostrado como un instrumento eficaz, fundamentalmente porque no ha sido dotada de las competencias y las facultades coactivas necesarias para que pudiese servir eficazmente a ese fin.

La ausencia de un marco regulatorio eficaz ante la posición monopolística de las entidades a la hora de establecer sus tarifas ha dado lugar a numerosos conflictos tarifarios, que se han tratado de resolver a través de los tribunales de justicia y también ante el TDC/CNC, sede en la que en varias ocasiones las entidades han sido sancionadas por abusar de su posición de dominio mediante la fijación de tarifas inequitativas y/o discriminatorias. Los problemas tarifarios introducen distorsiones en los mercados donde operan los usuarios, ya sea porque dan lugar a precios excesivos por utilizar el repertorio, porque impiden que los usuarios gestionen de modo eficiente sus costes o porque ocasionan desventajas competitivas entre usuarios similares.

La CNC considera que las barreras de entrada detectadas y los problemas tarifarios hacen necesaria una revisión del modelo español de gestión de derechos de propiedad intelectual. La necesidad de un nuevo enfoque legislativo sobre distintos aspectos de la actividad realizada por las entidades de gestión no es algo nuevo, sino que ha sido demandado en varias ocasiones por diferentes instancias. Precisamente en el ámbito europeo, son importantes las iniciativas planteadas recientemente destinadas a promocionar la competencia entre las diferentes entidades de la Unión Europea.

La CNC considera que es posible un modelo más favorable a la competencia, donde las entidades enfrenten mayor presión competitiva en la prestación de servicios a titulares y usuarios y los mecanismos de mercado puedan organizar esta actividad, dictando cuántas entidades deben existir, qué categorías de derechos deben gestionar y cómo deben gestionarlos. El objetivo de introducir competencia en la gestión de derechos de propiedad intelectual es particularmente importante teniendo en cuenta los desarrollos tecnológicos de la última década y el advenimiento del entorno *online* como la venta de explotación de obras y prestaciones fundamental en el futuro.



La introducción de competencia requiere reforzar la capacidad de elección de los titulares y de los usuarios. Por este motivo, la CNC considera que debe realizarse una revisión integral de la Ley de Propiedad Intelectual. Ahora bien, en tanto persista la situación monopolística de las entidades de gestión, resulta determinante mejorar su regulación exigiendo a las entidades la introducción de mayor flexibilidad en las condiciones de los contratos de gestión con los titulares; imponiéndoles obligaciones de transparencia y definición de tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo de los repertorios y criterios objetivos para su fijación; y creando un regulador que pueda dirimir de forma vinculante toda clase de conflictos en materia de propiedad intelectual. La remoción de esta serie de obstáculos a la competencia y barreras de entrada incrementará los incentivos de las entidades a prestar sus servicios de modo eficiente y reducirá las posibilidades de que ejerzan su poder de mercado en distintos ámbitos, y en particular en el tarifario.



# 1.

## Introducción



## Introducción

1. El marco normativo nacional y distintos convenios internacionales protegen y articulan el sistema de propiedad intelectual vigente en España. Este sistema reconoce distintos derechos de propiedad intelectual a las personas que crean obras y prestaciones.

2. Los derechos de propiedad intelectual otorgan el reconocimiento a los creadores y permiten que obtengan una retribución económica por la realización de sus obras y prestaciones. En virtud de la existencia de estos derechos, cuando una persona, empresa o institución explota una obra o prestación protegida, tiene que estar autorizado para ello y realizar los pagos correspondientes que se deriven de dicha explotación.

3. La gestión de los derechos de propiedad intelectual hace referencia al ejercicio de estos derechos por parte de los titulares que los poseen, lo que esencialmente se refiere a la realización de las autorizaciones correspondientes y a la recaudación de los pagos.

4. Tanto en España como en otros países existe la posibilidad, y en muchas ocasiones la obligación, de gestionar de modo colectivo los derechos de propiedad intelectual a través de una Entidad de gestión. Su rol fundamental es actuar de intermediaria entre los titulares de derechos y aquellos que quieren utilizarlos, representando a los primeros y ejerciendo, ya sea mediante cesión voluntaria o mandato legal, los derechos de propiedad intelectual en su lugar.

5. En la actualidad, existen en España ocho entidades de gestión: SGAE (editores y autores de obras musicales, audiovisuales, literarias, dramáticas y coreográficas), CEDRO (editores y autores de obras impresas), VEGAP (autores de obras de la creación visual), DAMA (directores-realizadores y guionistas de obras audiovisuales), AIE (artistas intérpretes o ejecutantes musicales), AISGE (artistas intérpretes o ejecutantes actorales), AGEDI (productores de fonogramas) y EGEDA (productores audiovisuales).

6. Cada una de las entidades de gestión existentes en España disfruta de un elevado poder de mercado (de monopolio *de facto*), sin tener que enfrentarse a la competencia de ninguna otra entidad que gestione los mismos derechos, con la única excepción del segmento de autores audiovisuales, en el que existen dos entidades: SGAE y DAMA.

7. Como ponen de manifiesto algunas resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en varias ocasiones las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual han abusado de su posición de dominio mediante la fijación de tarifas inequitativas y/o discriminatorias por la utilización del repertorio que gestionan. En este ámbito existen seis resoluciones<sup>1</sup>, cinco de las cuales concluyeron con una sanción a la entidad correspondiente:

<sup>1</sup> Tres resoluciones de estas están pendientes de revisión judicial: Resolución sobre el Expediente 593/05, Televisión; resolución de la CNC sobre el Expediente 636/07, Fonogramas; resolución sobre el Expediente 651/08, AIE/T5.

- Resolución del TDC, de 14 de diciembre de 1998, sobre el Expediente 430/98, Onda Ramblas/AGEDI. El motivo del expediente fue una denuncia de Onda Ramblas a AGEDI por fijación de tarifas inequitativas y discriminatorias. No obstante, el TDC no sancionó a AGEDI.
- Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99 de Propiedad Intelectual Audiovisual. El TDC sancionó a EGEDA, AISGE y AIE por fijación de tarifas inequitativas a los hoteles.
- Resolución del TDC, de 25 de enero de 2002, sobre el Expediente 511/01 Vale Music/SGAE. El TDC sancionó a SGAE por fijación de tarifas discriminatorias a Vale Music, frente a otras productoras de discos integradas en una asociación.
- Resolución del TDC, de 13 de julio de 2006, sobre el Expediente 593/05 Televisión. El motivo del expediente fue una denuncia a AGEDI por fijación de tarifas inequitativas y discriminatorias. En esta resolución, el TDC sancionó a AGEDI por fijación de tarifas discriminatorias a A-3 y T-5 frente a TVE.
- Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre el Expediente 636/07, Fonogramas. En esta resolución, la CNC sancionó a AGEDI y AIE por fijación de tarifas discriminatorias a SOGECABLE frente a TVE y ONO.
- Resolución de la CNC, de 23 de julio de 2009, sobre el Expediente 651/08, AIE/T5. En esta resolución, la CNC sancionó a AIE por haber exigido unas tarifas inequitativas y discriminatorias a Telecinco.

8. Además, la introducción de obstáculos para evitar la competencia de otras entidades también constituye otro motivo por el cual el TDC/CNC se ha pronunciado sobre determinadas conductas anticompetitivas. Así, el TDC tramitó en 2003 el caso relacionado con el conflicto entre SGAE y DAMA, que se originó a partir de la denuncia de DAMA. En ese mismo año, este expediente derivó en un Acuerdo de Terminación Convencional entre DAMA y SGAE, que incorporó una serie de elementos favorecedores de la competencia entre ambas entidades.

9. Las conductas observadas a lo largo de los últimos años hacen necesario un análisis del marco regulatorio de la gestión colectiva en España desde el punto de vista de la competencia. Por este motivo, la CNC realiza este Informe, cuyo objetivo fundamental es analizar las condiciones de competencia y los problemas tarifarios en este sector, con el fin de realizar recomendaciones para la articulación de un modelo más favorecedor de la competencia, en el que se incrementen las posibilidades de que las entidades afronten mayor presión competitiva, que permita una reducción del nivel de conflictividad y garantice un marco eficaz de resolución de conflictos relativos a la gestión de la propiedad intelectual, y en particular de los conflictos tarifarios.

10. El Informe se estructura de la manera siguiente. En el apartado II se analiza qué son los derechos de propiedad intelectual y cómo se articula el sistema vigente en España. Seguidamente, se estudian las características principales del sistema español de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, que constituyen el ámbito de estudio de este Informe. A continuación,

en el apartado III, se analiza el poder de mercado de las entidades de gestión y las barreras de entrada. En el apartado IV, se analizan los problemas tarifarios característicos de este sector. Finalmente, en los apartados V y VI, se incorporan las conclusiones y las recomendaciones del Informe.

# 2.

## La gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual



## 2.1.

### Los derechos de propiedad intelectual

11. La normativa nacional básica en la que se recogen los derechos de propiedad intelectual es el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, LPI)<sup>2</sup>.

12. La propiedad intelectual protege obras y prestaciones. Las primeras hacen referencia a las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas en cualquier medio. Las segundas a las interpretaciones artísticas, los fonogramas, las grabaciones audiovisuales y las emisiones de radiodifusión.

13. Según el Ministerio de Cultura, *“los derechos de propiedad intelectual otorgan, además del reconocimiento a los creadores, la retribución económica que les corresponde por la realización de sus obras y prestaciones. Es también un incentivo a la creación y a la inversión en obras y prestaciones de la que se beneficia la sociedad en su conjunto”*<sup>3</sup>.

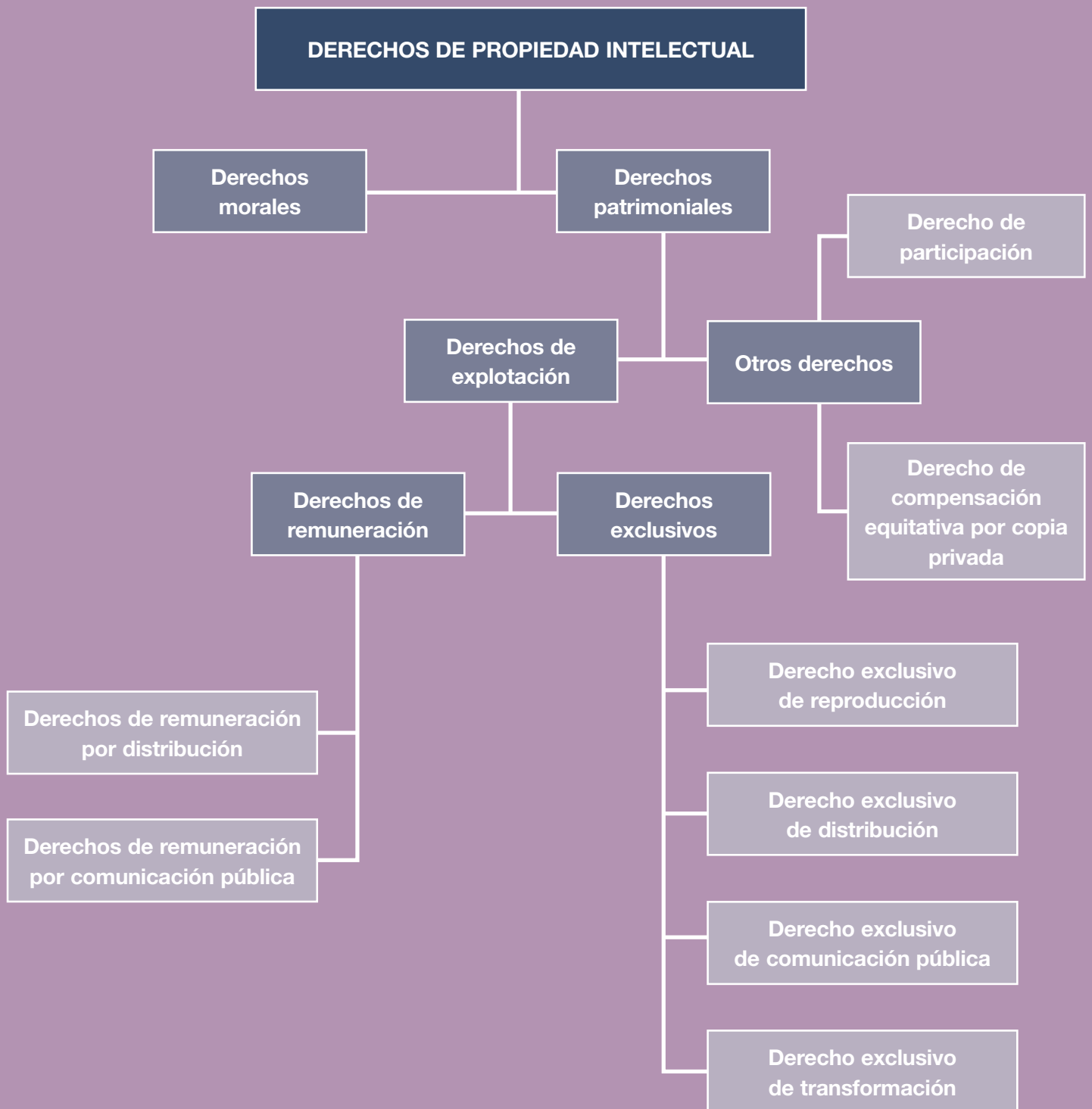
14. Los titulares a quienes la normativa reconoce derechos de propiedad intelectual pueden ser de diferentes tipos. Normalmente se diferencia entre titulares de derechos de autor y otros titulares (en ocasiones denominados titulares de derechos afines), como son los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, los productores de grabaciones audiovisuales, las entidades de radiodifusión, los divulgadores de determinadas producciones editoriales y los creadores de meras fotografías.

15. La clasificación de los derechos de propiedad intelectual se puede reflejar en el siguiente diagrama:

<sup>2</sup> Además de la LPI, está la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Hasta la entrada en vigor de esta Ley, este derecho se regulaba en el derogado art. 24 de la LPI.

<sup>3</sup> <http://www.mcu.es/propiedadInt/CE/PropiedadIntelectual/PreguntasFrecuentes/PropiedadIntelectual.html> (consulta realizada el 23/03/09).





16. Los derechos morales se reconocen en la normativa nacional a los autores y a los artistas intérpretes o ejecutantes. En esencia, reconocen a éstos la condición de autor o artista intérprete o ejecutante como tales, así como el derecho a controlar la integridad de su obra.

17. Por su parte, los derechos patrimoniales son aquellos por los cuales el titular recibe una remuneración. Existen dos clases de derechos patrimoniales: los derechos de explotación y otros derechos.

18. Los conocidos como Otros derechos son los dos siguientes:

- Derecho de participación. Según el artículo 1 de la Ley 3/2008 *“los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor”*.
- Derecho de compensación equitativa por copia privada. Según el artículo 25 de la LPI *“la reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas... dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la expresada reproducción”*.

19. Sin embargo, el presente Informe se va a centrar principalmente en los derechos de explotación. La razón principal estriba en que el importe a pagar por los derechos de explotación lo establecen las entidades de gestión, mientras que en el caso de los otros derechos, su importe se establece mediante procedimientos distintos, que implican, de uno u otro modo, la intervención administrativa en su fijación<sup>4</sup>.

20. Los derechos de explotación pueden ser de dos tipos:

- Derechos exclusivos: son aquellos que permiten a su titular autorizar o prohibir los actos de explotación por el usuario de su obra o prestación protegida, y a exigir de éste una retribución a cambio de la autorización que le conceda.
- Derechos de remuneración: a diferencia de los derechos exclusivos, no facultan a su titular a autorizar o prohibir los actos de explotación por el

<sup>4</sup> Dentro de los derechos de explotación, el único caso en el que su importe se fija por intervención administrativa es el derecho de remuneración por préstamo (artículo 37.2 de la LPI).

usuario de su obra o prestación protegida, aunque sí obligan a éste al pago de una cantidad dineraria por los actos de explotación que realice.

21. Los actos de explotación que pueden originar tales derechos de explotación son los siguientes:

- Reproducción: *“La fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”* (artículo 18 de la LPI). En este caso, solamente existen derechos exclusivos, pero no de remuneración.
- Distribución: *“La puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”* (artículo 19.1 de la LPI).
- Comunicación pública: *“Todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”* (artículo 20.1 de la LPI).
- Transformación: *“La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”* (artículo 21.1 de la LPI). En este caso, solamente existen derechos exclusivos, pero no de remuneración.

22. Dentro de los derechos de explotación, los más relevantes<sup>5</sup> son los derechos que se derivan de actos de comunicación pública. La comunicación pública hace referencia a actos tales como una representación escénica de una obra, la proyección pública de una obra cinematográfica, su emisión por televisión o radio o su puesta a disposición en Internet. En el artículo 20.2 de la LPI se incluye una lista no exhaustiva de actos de comunicación pública, que se recogen según su redacción literal en la LPI en el Cuadro 1.

<sup>5</sup> La importancia se ha medido en términos de recaudación. En 2007, estos derechos supusieron un 62% de la recaudación total nacional de las entidades de gestión de derechos (Fuente: AEVAL (2008)).

## Cuadro 1

### Tipos de actos de comunicación pública contemplados en la LPI

*“a. Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.*

*b. La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.*

*c. La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.*

*d. La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a La Tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación.*

*[...]*

*e. La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.*

*f. La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.*

*Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público.*

*g. La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.*

*h. La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.*

*i. La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*

*j. El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley.*

*k. La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley.”*

23. Los derechos de remuneración que reconoce la LPI por actos de comunicación pública son los que se incluyen en el siguiente cuadro:

<b>Cuadro 2</b>
<b>Derechos de remuneración por actos de comunicación pública reconocidos en la LPI</b>
Derecho de remuneración de los autores por la comunicación pública de obras audiovisuales (artículos 90.3 y 90.4 de la LPI), de carácter irrenunciable e intransmisible por actos inter vivos.
Derecho de remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública (modalidad art. 20.2.i de la LPI) de fonogramas o grabaciones audiovisuales (artículo 108.3 de la LPI), de carácter irrenunciable.
Derecho de remuneración equitativa y única de productores de fonogramas y artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de fonogramas (artículos 108.4 y 116.2 de la LPI), salvo en la modalidad art. 20.2.i de la LPI.
Derecho de remuneración equitativa y única de los productores de grabaciones audiovisuales y artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública (modalidades 20.2.f de la LPI y 20.2.g de la LPI) de grabaciones audiovisuales (artículos 108.5 y 122.2 de la LPI).
Derecho de remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales (artículo 108.5 de la LPI), salvo modalidades 20.2.f de la LPI y 20.2.g de la LPI.

24. Los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden ceder sus derechos exclusivos a otras personas o sociedades, quienes se convierten de este modo en titulares de los derechos, aunque sea a título derivativo y no originario. Este es el caso, por ejemplo, de los editores de libros o de los editores musicales que, mediante los contratos de edición suscritos con los autores de las obras literarias o musicales, adquieren los derechos originarios del autor, quien los cede a cambio de una contraprestación económica.

25. Si bien los titulares no pueden ceder sus derechos de remuneración, este tema no está exento de cierta controversia, debido a que la LPI sólo establece la irrenunciabilidad de los derechos de remuneración de modo explícito para algunos de ellos.

26. En definitiva, como se puede observar, el sistema de derechos de propiedad intelectual incluye distintos tipos de titulares, de obras y prestaciones, y de actos de explotación, lo que da lugar a una compleja casuística en la determinación de cada uno de los derechos y en las características de cada uno de ellos. Así, el titular y el tipo de derecho que éste tenga en cada caso dependerán del tipo de acto de explotación de que se trate y del tipo de obra o prestación sobre la que tenga derechos. Asimismo, sobre una misma obra o prestación puede existir una variedad de titulares que ostenten diferentes derechos.

27. Por poner un ejemplo: los derechos exclusivos sobre la obra audiovisual corresponden al autor, pero como se establece en el artículo 88.1 de la LPI, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumen cedidos al productor los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra. Pero además de estos derechos exclusivos, la LPI también reconoce una serie de derechos

de remuneración por actos de comunicación pública al propio productor, a los autores y a los artistas intérpretes o ejecutantes. En consecuencia, si una obra audiovisual se retransmitiese, por ejemplo, en la habitación de un hotel, en principio, el derecho exclusivo correspondería al productor audiovisual, y además el autor (artículo 90.4 de la LPI), el propio productor audiovisual (artículo 122.2 de la LPI) y los artistas intérpretes o ejecutantes (artículo 108.5 de la LPI) tendrían un derecho de remuneración por este acto de comunicación pública.

28. Esta pluralidad de tipologías de titulares, de obras y prestaciones, y de derechos y actos de explotación que se recogen en la LPI, difícil de interpretar en algunos casos, da lugar a un sistema complejo, que en muchas ocasiones genera incertidumbre a los usuarios que explotan obras y prestaciones en torno a los pagos que han de realizar y las autorizaciones que han de obtener, dificultando su interacción con los titulares de derechos de propiedad intelectual.

## 2.2.

### Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual

29. En virtud de la existencia de los derechos de propiedad intelectual analizados en el apartado anterior, cuando una persona, empresa o institución (un usuario) explota una obra o prestación protegida, tiene que estar autorizado para ello y realizar los pagos correspondientes que se deriven de dicha explotación.

30. La gestión de los derechos de propiedad intelectual es el ejercicio de estos derechos por parte de los titulares que los poseen.

31. En la normativa española que regula los derechos de propiedad intelectual no se incluye ninguna definición precisa del término gestión de derechos de propiedad intelectual. Según la Comunicación de 2004 de la Comisión Europea, sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, *“el término gestión de derechos se refiere al modo de administrar los derechos de autor y derechos afines, es decir, al modo de concederlos, cederlos o remunerarlos según su tipo de utilización. La gestión individual de los derechos es la comercialización de los derechos entre titulares particulares y usuarios comerciales. La gestión colectiva de los derechos es un sistema mediante el cual una sociedad de gestión colectiva administra conjuntamente los derechos y supervisa, recauda y distribuye el pago de los derechos en nombre de varios titulares”*<sup>6</sup>.

32. Como se desprende de la Comunicación de la Comisión Europea, en principio, la gestión de derechos puede ser individual o colectiva. Si la gestión es individual, cada uno de los titulares ejerce sus derechos de modo individual. Si la gestión es colectiva, una entidad de gestión colectiva de derechos representa a un conjunto de titulares y ejerce los derechos en su lugar.

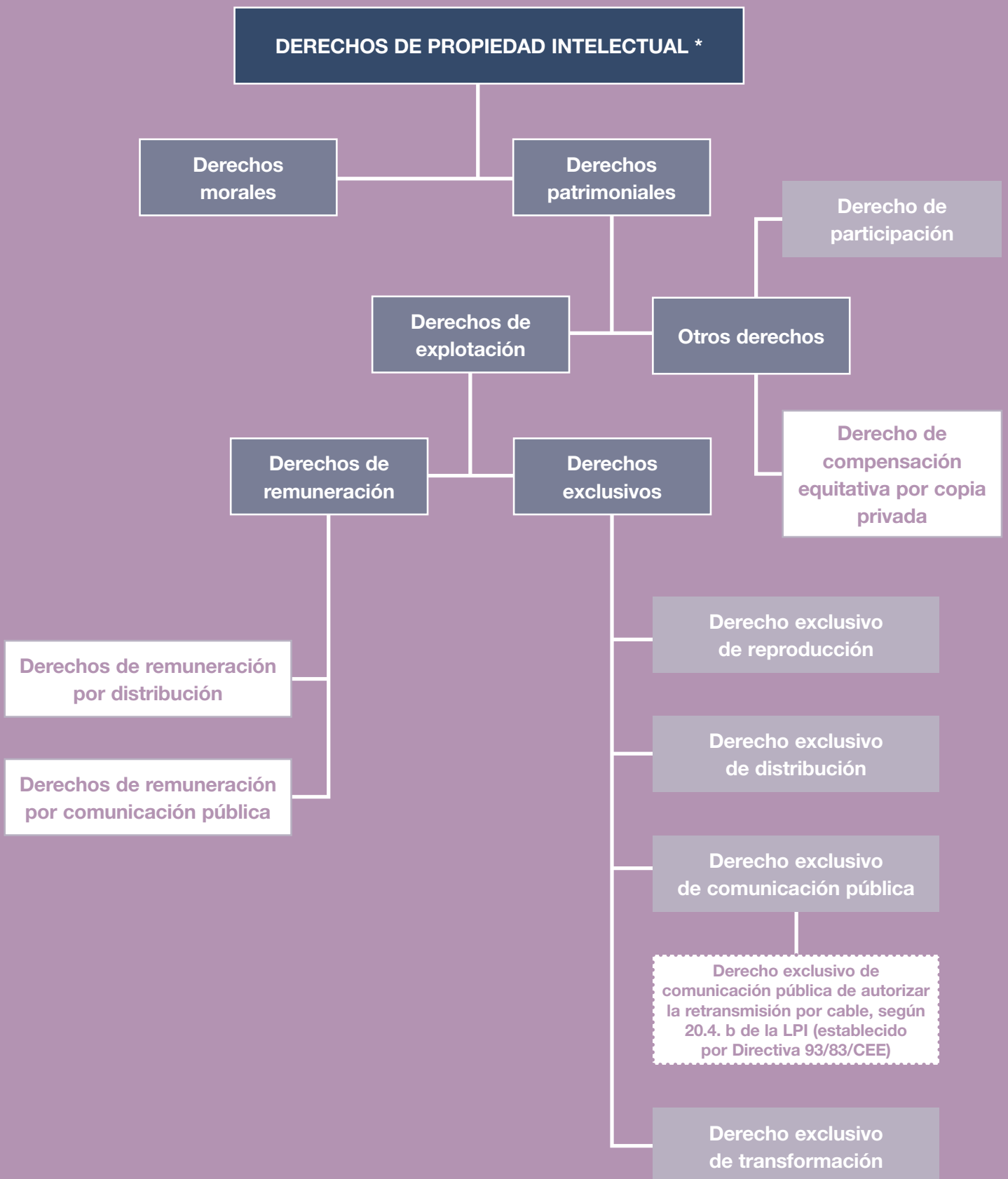
<sup>6</sup> Comisión Europea (2004).

33. La gestión individual no necesariamente implica a un titular con un reducido número de obras o prestaciones. Existen titulares, como es el caso de las grandes editoras musicales, que ostentan derechos sobre un amplísimo número de obras. En este sentido, es importante destacar que las diferencias entre los titulares con respecto al volumen de obras o prestaciones sobre las que ostentan derechos inciden en el poder de negociación que tienen frente a la entidad que gestiona los derechos en su nombre.

34. La LPI impone la gestión colectiva obligatoria a través de las Entidades de gestión para determinados derechos de propiedad intelectual, de tal forma que en esos casos el titular no tiene la opción de gestionarlos de modo individual y, además, la entidad de gestión colectiva lo representa por mandato legal, es decir, puede recaudar en su nombre independientemente de que éste haya delegado en la entidad la gestión de estos derechos.

35. Los derechos en los que la gestión colectiva es obligatoria son básicamente los derechos de remuneración, pero también el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable (artículo 20.4.b LPI) y el derecho de compensación equitativa por copia privada (artículo 25 LPI).

36. Volviendo a la clasificación de los derechos de propiedad intelectual realizada en el apartado anterior, pueden distinguirse los derechos de gestión colectiva obligatoria:



\* En color blanco los derechos de gestión colectiva obligatoria.



37. Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual gestionan los derechos de gestión colectiva obligatoria y, en la mayoría de los casos, también gestionan derechos de gestión colectiva voluntaria<sup>7</sup>.

38. Hasta 1987 en España existía únicamente una entidad de gestión, la SGAE, que gestionaba todo tipo de derechos en régimen de monopolio. Tras la aprobación de la LPI en 1987, y acompañando a la introducción de nuevos derechos en la ley, surgieron nuevas entidades de gestión que básicamente se encargaron de la gestión de los nuevos derechos reconocidos.

39. De esta forma, en estos momentos existen en España 8 entidades de gestión que, sin embargo, no compiten en la gestión de los mismos derechos, sino que, a pesar de que la LPI no lo imponía, cada una de ellas se ha especializado en la gestión de derechos que ninguna otra gestiona (normalmente de un determinado colectivo de titulares), ostentando de esa forma un monopolio de hecho en su sector<sup>8</sup>. Esto es así con la única excepción de los derechos de los autores (directores y guionistas) del medio audiovisual, donde a partir de 1999 operan dos entidades: SGAE y DAMA.

<sup>7</sup> AIE y AISGE son las únicas entidades de gestión que, *de facto*, aunque estén habilitadas para ello, no gestionan derechos de gestión colectiva voluntaria. En el resto de casos, todas las entidades gestionan derechos de gestión colectiva voluntaria, siendo la predominancia de estos derechos mayor en el caso de las entidades de autor, en especial de SGAE.

<sup>8</sup> De hecho, AIE y AISGE se han especializado dentro de un mismo colectivo, puesto que la primera gestiona los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales y la segunda los de los artistas intérpretes o ejecutantes actorales.

40. Las entidades son las siguientes:

**Tabla 1**

Entidades de gestión autorizadas por el Ministerio de Cultura. 2009

Nombre	Siglas	Año de autorización	Colectivo de titulares representado
<b>Entidades de autores</b>			
Sociedad General de Autores y Editores	SGAE	1988	Editores y autores de obras musicales, audiovisuales, literarias, dramáticas y coreográficas
Centro Español de Derechos Reprográficos	CEDRO	1988	Editores y autores de obras impresas
Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos	VEGAP	1990	Autores de obras de la creación visual
Derechos de Autor de Medios Audiovisuales	DAMA	1999	Directores-realizadores y guionistas de obras audiovisuales
<b>Entidades de artistas intérpretes o ejecutantes</b>			
Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España	AIE	1989	Artistas intérpretes o ejecutantes musicales
Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión	AISGE	1990	Artistas intérpretes o ejecutantes actorales
<b>Entidades de productores</b>			
Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales	AGEDI	1989	Productores de fonogramas
Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales	EGEDA	1990	Productores audiovisuales

Fuente: elaboración propia a partir de información del Ministerio de Cultura y páginas web y estatutos de las entidades.

41. Según la LPI las entidades de gestión deben carecer de ánimo de lucro y deben contar con la autorización del Ministerio de Cultura para actuar como tales. El ámbito de gestión de la entidad, es decir, los derechos administrados y las clases de titulares de derechos comprendidos en la gestión, se establece en sus estatutos, que deben cumplir unos requisitos determinados (art. 151 de la LPI) y ser presentados al Ministerio de Cultura en el proceso de autorización. El Ministerio de Cultura tiene la facultad de aprobar o no los estatutos presentados por la entidad, así como sus posteriores modificaciones (artículo 159.2 de la LPI). Las facultades que la LPI atribuye al Ministerio de Cultura confieren un amplísimo poder a este organismo en la configuración de este sector. Como se explicará más adelante, el margen de discrecionalidad de este organismo puede ser una de las razones por la cual existen monopolios gestores de derechos de propiedad intelectual y se observa una compartimentación y segmentación por categorías de derechos.

42. El principal objetivo de las entidades de gestión es *“la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual”* (artículo 147 de la LPI).

43. En la LPI se especifican de modo impreciso algunas de sus funciones, y en ningún caso se establece de modo articulado y sistemático cuáles son todas ellas. No obstante, dicha sistematización es realizada por el Ministerio de Cultura, que señala que las funciones de una entidad de gestión son las que se recogen literalmente a continuación<sup>9</sup>:

- Administrar los derechos de propiedad intelectual conferidos, con sujeción a la legislación vigente y a sus estatutos y ejercitar los derechos de propiedad intelectual, bien de forma delegada por sus legítimos titulares, o bien por mandato legal (derechos de gestión colectiva obligatoria). Para gestionar los derechos que sus estatutos les tienen encomendados, las entidades de gestión conceden a los usuarios autorizaciones no exclusivas<sup>10</sup> para utilizar los derechos de los colectivos de titulares que representan a cambio de una contraprestación económica.
- Fijar una remuneración adecuada al tipo de explotación que se realice y percibir esa remuneración con arreglo a lo estipulado. La determinación de las contraprestaciones económicas que los usuarios deben abonar a las entidades de gestión por las autorizaciones que reciben, las fijan aquéllas mediante el establecimiento de las tarifas generales<sup>11</sup> que no están sujetas a la previa o posterior aprobación por el Ministerio de Cultura, sin perjuicio de la obligación de negociar las tarifas con asociaciones de usuarios que quieran utilizar los derechos que tienen encomendados para su gestión.

<sup>9</sup> <http://www.mcu.es/propiedadInt/CE/GestionColectiva/Entidades.html> (consulta realizada el 23/03/09).

<sup>10</sup> Esto significa que la utilización de un derecho administrado por la entidad por parte de un usuario A es compatible con la utilización del mismo derecho por parte de otro usuario B.

<sup>11</sup> A lo largo de todo el Informe se utiliza la expresión “tarifa”, puesto que es la que normalmente se utiliza en este contexto. No obstante, es preciso subrayar que no se trata de tarifas reguladas o aprobadas por ninguna autoridad administrativa u órgano similar, que es a lo que normalmente se alude con el término “tarifa”. En el caso presente, las “tarifas” son precios que las entidades de gestión establecen por la utilización de su repertorio.

- Perseguir las violaciones de estos derechos mediante un control de las utilidades.
- En el ámbito de las utilidades masivas, celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio<sup>12</sup> y fijar tarifas generales por la utilización del mismo.
- Permitir hacer efectivos los derechos de naturaleza compensatoria (por ejemplo, la remuneración por copia privada).
- Realizar el reparto de la recaudación neta correspondiente a los titulares de derechos. Las cantidades recaudadas son abonadas a sus legítimos titulares previo el descuento de unos porcentajes variables destinados a atender los gastos en que incurrir para prestar estos servicios.
- Además de atender a su finalidad de gestionar derechos, las entidades por imposición legal deben prestar a los colectivos de titulares que representan servicios asistenciales, formativos y promocionales.
- Proteger y defender los derechos de propiedad intelectual contra las infracciones que se cometan, acudiendo en su caso a la vía judicial.

44. De forma más sintética se podría decir que el núcleo fundamental de funciones que realiza una entidad de gestión colectiva es conceder licencias<sup>13</sup> para la utilización de las obras o prestaciones gestionadas; fijar tarifas generales; recaudar los pagos que se deriven de la explotación de obras y prestaciones; vigilar el uso que se hace de las obras y prestaciones; detectar posibles infracciones y actuar contra ellas; y, distribuir los pagos recaudados entre los titulares que representa, una vez descontados los gastos de gestión. A todo ello, se añade una función de promoción y de ayuda a los titulares que debe ser obligatoriamente realizada por las entidades, tal y como establece la LPI.

45. Los usuarios de las obras y prestaciones protegidas son muy diversos e incluyen, entre otros, a cadenas de televisión, radios, salas de bodas, hoteles, teatros, gimnasios, bares u organizadores de fiestas populares. También están cobrando cada vez más peso en virtud del progreso tecnológico y de las nuevas formas de distribución y consumo de obras los usuarios que explotan obras y prestaciones únicamente en el entorno *online*. Es muy importante tener en cuenta que las necesidades y características específicas de cada usuario varían en un grado muy alto.

46. A la hora de clasificar a los usuarios, es importante tener en cuenta tres características fundamentales:

<sup>12</sup> En la LPI no se define la palabra “repertorio”, y éste es uno de los elementos sobre los que habitualmente entidades de gestión y usuarios discrepan. A los solos efectos de este informe, el término repertorio de una entidad de gestión colectiva alude al conjunto de los derechos de propiedad intelectual que gestiona por mandato legal o contractualmente. Es importante señalar que el repertorio puede hacer referencia a derechos de titulares de otros países, en virtud de los acuerdos que las entidades de gestión nacionales tienen con entidades del resto del mundo o de lo que se establezca en la LPI.

<sup>13</sup> A efectos de este Informe, por conceder licencias se entiende tanto licencias por derechos exclusivos como contratos conforme a los cuales se hagan efectivos los derechos de remuneración.

- La capacidad que los usuarios tienen para anticipar y controlar el uso que hacen de las obras y prestaciones protegidas. Aunque esto es posible para muchos, como las televisiones, las radios o quienes exploten obras o prestaciones en el entorno *online*, existen tipos de utilizaciones en las cuales el uso es más difícil de controlar, como por ejemplo, una radio en un bar o una televisión en la habitación de un hotel. Evidentemente, el progreso tecnológico es un factor que incide en las posibilidades de anticipar y controlar el uso y en el coste al que pueden llevarse a cabo.
- La posibilidad de que la entidad o los titulares puedan vigilar, a un coste razonable, el uso que los usuarios hacen de los repertorios. En algunos casos, como las televisiones, las radios o los usuarios que exploten obras y prestaciones en el entorno *online*, es factible que esta condición se satisfaga. No obstante, en el caso de otro tipo de usuarios (como los bares, las discotecas o los gimnasios) la monitorización y vigilancia del uso es más costosa. Como en el caso anterior, el progreso tecnológico constituye un factor que incide en las posibilidades de monitorizar y vigilar el uso, así como en el coste al que puede realizarse.
- La necesidad que los usuarios tienen de acceder a un repertorio amplio para el desarrollo de su estrategia comercial. Existen usuarios que necesitan acceder a un repertorio extenso, mientras que otros sólo precisan utilizar un número reducido de obras o prestaciones.

47. Desde el punto de vista de la organización de los mercados de gestión de los derechos de propiedad intelectual, es importante señalar que las entidades de gestión actúan en varios mercados de producto: prestan servicios de gestión a los titulares, servicios de concesión de licencias a los usuarios y servicios de gestión a otras entidades de gestión, normalmente extranjeras<sup>14</sup> pero también nacionales<sup>15</sup>. Conviene recordar de nuevo que los titulares, pero sobre todo los usuarios, pertenecen a distintas tipologías que se diferencian sustancialmente.

48. Por la propia estructura del sistema de propiedad intelectual y la existencia de múltiples derechos de múltiples tipos de titulares, en ocasiones los usuarios tienen que realizar pagos a casi todas las entidades, ya que al explotar determinadas obras y prestaciones, se utilizan los derechos de titulares pertenecientes a distintos colectivos.

49. Por ejemplo, en el caso de la retransmisión de una obra audiovisual desde la habitación del hotel, en principio, el hotel tendría que obtener la autorización para utilizar el derecho exclusivo del productor audiovisual de EGEDA y pagar a esta entidad el derecho de remuneración de los productores, así como pagar los derechos de remuneración a las entidades que representen al resto de titulares con derechos sobre la obra audiovisual: autores (SGAE y/o DAMA), artistas o intérpretes ejecutantes actorales (AISGE) y artistas o intérpretes ejecutantes musicales (AIE).

<sup>14</sup> En virtud de los acuerdos con entidades extranjeras.

<sup>15</sup> Algunas entidades de gestión prestan servicios de recaudación a otras entidades de gestión nacionales. Por ejemplo, CEDRO presta servicios de recaudación a VEGAP para algunos derechos, algo que también hace EGEDA para AGEDI y AIE o SGAE para VEGAP (véase AEVAL (2008)).

50. Para todos estos operadores a quienes las entidades prestan servicios, resulta esencial que el funcionamiento de las entidades de gestión sea eficaz y eficiente.

51. Adquiere especial relevancia en el caso de los usuarios, puesto que las entidades gestionan un *input* que resulta fundamental para ellos. Ello es así tanto para los usuarios que operan en mercados tradicionales como para aquellos que realizan su actividad en mercados emergentes, como el de explotación de obras y prestaciones en el entorno *online*.

52. Sin embargo, la falta de presión competitiva puede generar problemas. Por un lado, el establecimiento de tarifas inequitativas y/o discriminatorias. Por otro, las dificultades para que los usuarios gestionen de modo eficiente sus costes y para que se desarrollen mercados no tradicionales de explotación de obras y prestaciones.

53. Estas dificultades se ven agravadas por la multiplicidad de derechos y entidades y la falta de claridad y de adaptación de la LPI a las nuevas realidades, que, es preciso recordar, no define con claridad términos cruciales como "*repertorio*", "*usuario*" o "*explotación*" y no está completamente adaptada a los recientes cambios tecnológicos. La indefinición es tal que algunos usuarios no saben que lo son hasta que alguien viene a reclamarles el pago. Estos factores elevan los costes de transacción, introducen incertidumbre en las negociaciones y generan inseguridad jurídica.

## 2.3.

---

### Algunos datos relevantes del sector

54. Según datos de la Agencia de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad (AEVAL)<sup>16</sup>, el número total de miembros de las entidades españolas de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual ascendió en 2007 a 132.528, siendo los autores el grupo de mayores dimensiones (109.132; 82,3% sobre el total de miembros), seguido del de artistas intérpretes o ejecutantes (21.854; 16,5%) y el de productores (1.542; 1,2%). Según las series históricas procedentes del Ministerio de Cultura, el número total de miembros de estas entidades ha crecido a un ritmo anual medio del 5,9% durante el periodo 2000-2007.

55. SGAE tiene un papel predominante en este ámbito (véase Tabla 2), gestionando los derechos de un 70,9% de los miembros pertenecientes a las entidades de gestión, seguida de AIE (10,5%), CEDRO (9,9%), y AISGE (6,0%).

56. La recaudación realizada por las entidades de gestión colectiva en el año 2007 ascendió a 518,9 millones de euros. Un 93,9% de esta cantidad fue recaudado en España, mientras que el 6,1% restante fue recaudado en el exterior. Según las series históricas del Ministerio de Cultura, la recaudación total de las entidades ha crecido a un ritmo anual medio del 8,6% durante el periodo 2000-2007.

57. De nuevo, la SGAE, con 369,1 millones de euros (véase Tabla 2) es la entidad de mayores dimensiones en términos de recaudación (71,1% del total recaudado en 2007), seguida de CEDRO (8,3%), AISGE (5,4%) y AGEDI (4,5%).

58. Los derechos más importantes en términos de recaudación en España son los de comunicación pública (304,3 millones de euros; un 62,5% de la recaudación nacional en 2007), seguido del de copia privada (97,1; 19,9%) y de los de reproducción y distribución (85,6; 17,6%).

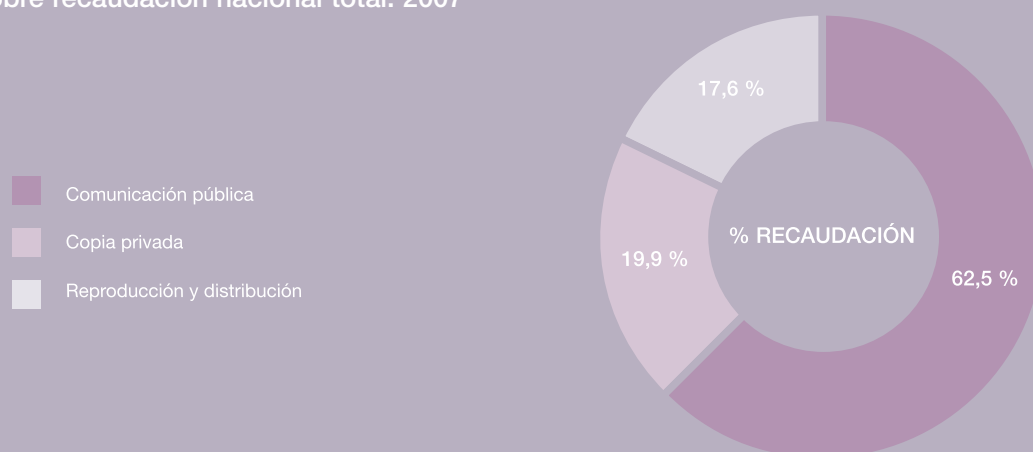
<sup>16</sup> A no ser que se indique lo contrario, la fuente de todos los datos analizados en esta sección es AEVAL (2008).

**Tabla 2**  
Recaudación y miembros de las entidades de gestión. 2007

	Recaudación (en millones de euros)	en % total	Miembros (en personas)	en % total
SGAE	369,1	71,1%	93.933	70,9%
CEDRO	43,0	8,3%	13.133	9,9%
VEGAP	10,5	2,0%	1.708	1,3%
DAMA	1,0	0,2%	358	0,3%
AIE	22,4	4,3%	13.862	10,5%
AISGE	28,2	5,4%	7.992	6,0%
AGEDI	23,5	4,5%	222	0,2%
EGEDA	21,3	4,1%	1.320	1,0%
<b>TOTAL</b>	<b>518,9</b>	<b>100,0%</b>	<b>132.528</b>	<b>100,0%</b>

Fuente: elaboración propia a partir de datos de AEVAL (2008).

**Gráfico 1**  
Reparto de la recaudación nacional por tipo de derechos, en % sobre recaudación nacional total. 2007



Fuente: AEVAL (2008)



59. Sobre las cantidades recaudadas en 2007, las entidades de gestión asignaron 108,5 millones de euros, lo que significa un 20,9% del total, a gastos de administración (73,3 millones de euros) y a gastos asistenciales, promocionales y formativos destinados a los socios de las entidades (35,2 millones de euros).

60. El montante total destinado a repartir entre los titulares ascendió en 2007 a 413,7 millones euros. De esta cantidad, un 87,7% se asignó a titulares de las entidades nacionales, mientras que el 12,3% restante fue asignado a titulares de derechos de entidades de otros países.

61. Es importante señalar que las entidades generan montantes de cantidades recaudadas y no repartidas a ningún titular. Es decir, recaudan dinero por un titular y después el titular no lo recibe. La información sobre este tema es bastante escasa, y toda la que existe proviene de las propias entidades y de sus memorias. Según datos de AEVAL, de la recaudación media anual en 2005-2007, 65,8 millones de euros (un 13,6%) no fueron asignados al realizar el primer reparto. Con el paso del tiempo este porcentaje desciende a niveles menores, puesto que algunos titulares son finalmente encontrados; de esta forma, las cantidades finalmente no repartidas se sitúan en torno al 4% de la recaudación total, según AEVAL. En todo caso, las cantidades pagadas por los usuarios y no repartidas a ningún titular que se van acumulando en el tiempo ascienden a volúmenes muy considerables: en el caso de la SGAE, y según su Balance de Situación al cierre del ejercicio 2008, los derechos pendientes de reparto ascendían a 164,3 millones de euros.

62. Las entidades de gestión proveen un *input* productivo para múltiples sectores de la economía, que utilizan obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual en el desarrollo de sus actividades. En la Tabla 3, se muestra la desagregación de lo recaudado por la SGAE por tipos principales de usuarios<sup>17</sup>. Como puede observarse, el abanico de actividades económicas que deben pagar por utilizar obras y prestaciones protegidas es muy amplio, siendo los principales segmentos, en términos de recaudación, las televisiones y las radios, que aglutinan casi un 50% de la recaudación de la SGAE.

<sup>17</sup> No existen datos para el conjunto de las entidades, por lo que los datos de la SGAE constituyen una aproximación al dato agregado. Los datos de las otras entidades podrían desviarse de los datos de la SGAE. En especial, los de CEDRO y, en menor medida, VEGAP, cuyos tipos de usuarios se distinguen sustancialmente de los del resto de entidades.

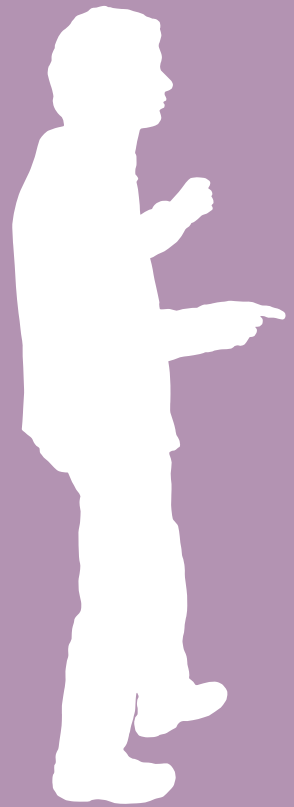
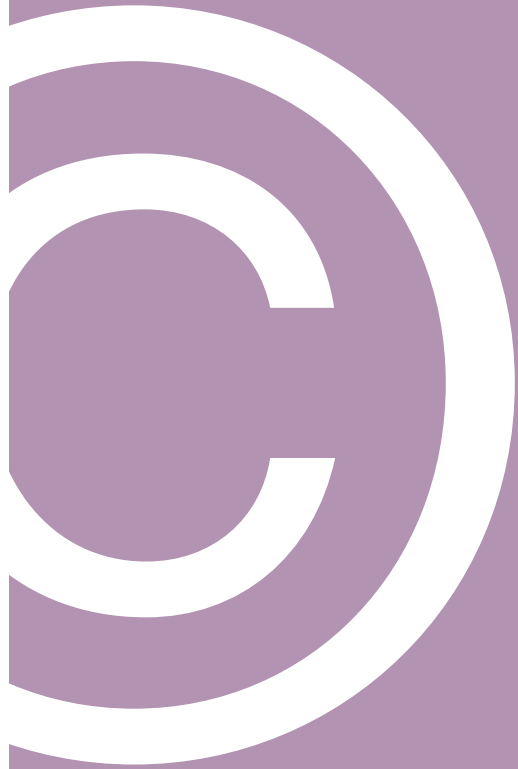
**Tabla 3**  
Recaudación de la SGAE, por tipos de usuarios. 2007

Categorías	Usuario	Recaudación (millones de euros)	Participación (en % sobre total)
Artes escénicas y musicales	Dramáticos	14,5	3,9%
	Varietades	26,6	7,2%
	Sinfónicos	1,9	0,5%
Radiodifusión y cable	Tv pública	77,6	21,0%
	Tv privada	52,4	14,2%
	Tv de pago	8,8	2,4%
	Radios	20,9	5,7%
Comunicación pública	Restauración	17,7	4,8%
	Salas de cine	9,5	2,6%
	Discobares	11,1	3,0%
	Discotecas	8,3	2,3%
	Hospedaje	5,5	1,5%
	Salones de bodas	5,9	1,6%
	Ayuntamientos	5,3	1,4%
	Comercios	4,3	1,2%
	Compañías de transporte	1,6	0,4%
	Otros	6,7	1,8%
Reproducción mecánica	Soportes discográficos y videográficos	38,4	10,4%
	Redes digitales	5,6	1,5%
	Copia privada	20,5	5,6%
	Otros	1,1	0,3%
Gestión internacional		24,7	6,7%
<b>TOTAL</b>		<b>369,1</b>	<b>100,0%</b>

Fuente: elaboración propia a partir del Informe de Gestión SGAE, 2007.

# 3.

## Poder de mercado y barreras de entrada



63. Como ya se ha señalado, cada una de las entidades de gestión que existen en España gestiona categorías de derechos distintas, lo que significa que ninguna otra entidad gestiona los mismos derechos. Para cada uno de los derechos que gestionan de cada colectivo, la entidad tiene una posición monopolística en la prestación de servicios a titulares y usuarios.

64. Por lo tanto, la presión competitiva que afrontan es insignificante, lo que reduce sus incentivos a prestar sus servicios a titulares y usuarios de modo eficiente, y permite que puedan ejercer su poder de mercado e incurran en prácticas anticompetitivas, como la fijación de tarifas inequitativas y/o discriminatorias.

65. Sólo en un caso existen dos entidades que, en cierto modo, compiten: SGAE y DAMA compiten en la gestión de los derechos de los autores del medio audiovisual (guionistas y directores). Aunque SGAE también gestiona los derechos de otro tipo de autores (por ejemplo, los musicales o los teatrales), en los cuales ostenta un monopolio *de facto*, en el segmento audiovisual existe la posibilidad de que un autor elija entre DAMA y SGAE para que una de las dos gestione sus derechos. A su vez, un usuario puede adquirir licencias por el uso de obras de autores del medio audiovisual de cualquiera de las dos entidades, si bien es importante subrayar que el repertorio de cada entidad es muy distinto siendo el de SGAE mucho más amplio que el de DAMA. Por ello la competencia por los usuarios es necesariamente muy limitada.

66. Tanto el extinto TDC como la CNC han puesto de manifiesto en varias ocasiones la posición monopolística desde la que actúan las entidades en la gestión de derechos de propiedad intelectual<sup>18</sup>. El poder de mercado que disfrutaban las entidades y la escasa presión competitiva que afrontan se explica por la confluencia de varios factores:

- La existencia de economías de escala en la gestión de derechos de propiedad intelectual.
- Las barreras de entrada legales.
- Las barreras de entrada estratégicas.

67. Estos factores limitan la competencia efectiva y/o potencial de otras entidades de gestión nacionales o extranjeras, o la competencia efectiva y/o potencial que podrían ejercer los titulares mediante la gestión individual de sus derechos.

<sup>18</sup> Expresamente, se ha puesto de manifiesto la posición monopolística de SGAE (Resolución del TDC, de 25 de enero de 2002, sobre el Expediente 511/01 Vale Music/SGAE), EGEDA (Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99 de Propiedad Intelectual Audiovisual), AGEDI (Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/07, Fonogramas), AIE (Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/07, Fonogramas) y AISGE (Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99 de Propiedad Intelectual Audiovisual).

## 3.1.

### Economías de escala

68. Un primer factor que explica el poder de mercado de las entidades de gestión es la existencia de economías de escala en la gestión de los derechos de propiedad intelectual. Siempre y cuando los usuarios de un conjunto de titulares sean los mismos, la formación de una entidad que centralice los derechos y soporte los altos costes fijos ligados a la gestión de derechos de propiedad intelectual (como son los ligados a las tareas de autorización, vigilancia, defensa frente a infracciones o recaudación), permitirá reducir el coste medio de gestionar las obras o prestaciones de este conjunto de titulares, generando economías de escala<sup>19</sup>.

69. Por otro lado, las licencias de uso general que conceden las entidades de gestión intensifican estas eficiencias<sup>20</sup>. Una licencia general es una autorización para utilizar todo un repertorio. En consecuencia, las tareas de vigilancia se abaratan. En vez de vigilar el uso de cada una de las obras o prestaciones, y ver cómo utiliza cada uno de los usuarios las obras o prestaciones, mediante la licencia de uso general se vigilan todas de una vez, ya que no importa qué obras o prestaciones utilice el usuario, sino únicamente si ha obtenido la autorización para explotar cualquiera de las obras o prestaciones incluidas en el repertorio.

70. A su vez, la entidad puede reducir los costes de transacción entre titulares y usuarios. Por un lado, constituye un mecanismo de coordinación, un lugar en el que el titular puede ser localizado por el usuario. Por otro lado, reduce los costes de negociación y obtención de autorizaciones. En vez de obtener una autorización por cada una de las obras o prestaciones a explotar, el usuario obtiene, de una sola vez, una autorización para todas. En último término, y en relación con las licencias generales, en ocasiones se alega que éstas ofrecen un seguro indirecto frente a posibles infracciones involuntarias. Por ejemplo, si un usuario no dispone de una licencia general y no puede controlar en grado suficiente el uso que hace de obras o prestaciones, es posible que cometa una infracción involuntaria.

71. Estas eficiencias explican en gran medida por qué surgen las entidades de gestión: teniendo en cuenta que en algunos casos el valor que un usuario obtiene de la utilización de una obra o prestación es inferior al coste de gestionarla, en dichos casos resultaría inviable para muchos titulares gestionar sus derechos de modo individual. Al mismo tiempo, es muy importante tener en cuenta que la formación de la entidad permite a los titulares fijar el precio de sus derechos de modo conjunto, eliminar la competencia entre ellos y obtener poder de mercado.

72. Sin embargo, a pesar de la existencia de economías de escala en la gestión de derechos de propiedad intelectual, es preciso realizar algunas matizaciones muy importantes.

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, Besen y Kirby (1989), Besen, Kirby y Salop (1992), Katz (2005) o Handke y Towse (2007).

<sup>20</sup> Katz (2005).

73. La primera es que desde hace años el progreso tecnológico y la difusión de Internet están reduciendo los costes vinculados a la gestión de derechos de propiedad intelectual, lo que relativiza la importancia de las economías de escala y afecta de modo transversal a todas las tareas que realiza una entidad de gestión. Tareas que en el pasado podían parecer muy costosas (como identificar las obras musicales que utiliza una radio), pueden llevarse a cabo en la actualidad a un coste menor.

74. La segunda es que las ganancias de eficiencia derivadas de la gestión colectiva varían dependiendo de la función. Por ejemplo, las tareas de vigilancia implican costes fijos más altos que las tareas de autorización. A su vez, las economías de escala son más importantes para la gestión de derechos en algunas utilidades (como las que realizan los bares o las discotecas) que en otras (como las realizadas por las televisiones o las empresas de explotación de obras y prestaciones en el entorno *online*).

75. La tercera es que la existencia de economías de escala no hace inviable la gestión individual en determinados casos. Aunque es difícil determinar de modo taxativo en qué casos lo es, sí se puede realizar una demarcación aproximada<sup>21</sup>. Puede afirmarse que la gestión individual es viable en los casos en los cuales: el número de titulares es reducido; es factible localizarlos; el valor que el usuario asigna a la obra o prestación es alto; y existe certidumbre con respecto a cuándo se va a utilizar la obra o prestación.

76. Es más, el grado creciente de concentración de los derechos reduce la importancia relativa de los costes de búsqueda y negociación. A su vez, también hace que estos titulares tengan mayor capacidad de gestión. Así, existen entidades en las que el grado de atomización del número de titulares representados es bajo, como por ejemplo, en el caso de las obras musicales, donde hay unos pocos titulares, las grandes editoras musicales, que aglutinan grandes cantidades de derechos<sup>22</sup>. También conviene tener presente el caso de la SGAE, donde unos 600 titulares (un 1,7% del total de titulares beneficiarios<sup>23</sup>) concentran el 75% de lo que se reparte<sup>24</sup>.

77. Por otro lado, en ámbitos como la utilización de obras o prestaciones en el entorno *online*, la reducción generalizada en los costes de gestión derivada del progreso tecnológico está haciendo viable la gestión individual, que podría llevarse a cabo a través de sistemas de gestión digital de los derechos (DRM<sup>25</sup>). Estos sistemas permiten, desde una infraestructura tecnológica muy avanzada en la actualidad, autorizar el uso de los derechos, garantizar los pagos y vigilar y monitorizar el uso, de un modo barato y seguro. En este sentido, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea pone un ejemplo de cómo la labor de vigilancia se transforma en el entorno *online*, afirmando que en este caso, al contrario que en el entorno *off-line* tradicional,

<sup>21</sup> Véase Fels y Walke (2005), Besen (2008).

<sup>22</sup> Véase Jenny y Newman (2005), Allendesalazar y Vallina (2005).

<sup>23</sup> Existen titulares representados por la SGAE que no son beneficiarios, ya que no perciben nada porque su obra no se utiliza. Según AEVAL (2008), en 2007 sólo el 37,2% de los socios de la SGAE recibieron algo de lo recaudado.

<sup>24</sup> Elaboración propia a partir de AEVAL (2008).

<sup>25</sup> Por el término en inglés: Digital Rights Management.

*“los requisitos cruciales para poder supervisar el uso de derechos reservados y afines son por lo tanto un ordenador y una conexión a Internet”<sup>26</sup>.*

78. De hecho, la Comisión Europea, en su Comunicación de 2004, señala que la creciente utilización de obras y prestaciones en el ámbito digital y la posibilidad de la gestión digital de los derechos, puede estar transformando la función de las entidades de gestión: *“la digitalización ha permitido en principio que los titulares puedan controlar individualmente los procesos de autorización y pago de derechos, lo que cuestiona la función de las sociedades de gestión colectiva”<sup>27</sup>.*

79. En todo caso, si bien no se puede generalizar sobre la existencia de las economías de escala en todo tipo de funciones asociadas a la gestión de derechos de propiedad intelectual y es preciso tener en cuenta los cambios derivados del progreso tecnológico, de estar presentes las economías de escala pueden constituir una barrera de entrada relevante en este sector que contribuye a reforzar el poder de mercado del que disfrutaban las entidades incumbentes.

80. Una nueva entidad que quiera entrar a competir en el mercado puede afrontar una desventaja comparativa en términos de costes con respecto a la incumbente. Si esta última tiene un coste medio de gestión menor que la que trata de competir, se reducirán los incentivos de los titulares a acudir a la segunda, ya que con la incumbente tienen más posibilidades de obtener más renta por el conjunto de sus obras o prestaciones (puesto que comparten los costes fijos de gestionarla con más titulares). De este modo, todo lo demás constante, a medida que aumenta el repertorio de una entidad, se reducen las probabilidades de que surja otra<sup>28</sup>.

81. No obstante, que existan ciertas economías de escala, no significa que no pueda existir competencia en la prestación de servicios a titulares y/o usuarios<sup>29</sup>. Por ejemplo, en Estados Unidos existen tres entidades de gestión que compiten en la gestión del derecho de comunicación pública de autores y editores del medio musical: ASCAP, BMI y SESAC. La competencia entre ellas lleva existiendo durante décadas<sup>30</sup>, y es importante destacar que SESAC agrupa únicamente al 5% del mercado.

82. En España existe un caso parecido, aunque no desde hace tanto tiempo. SGAE y DAMA compiten en la gestión de las obras de los autores del medio audiovisual. La primera gestiona un repertorio mucho más amplio que el de la segunda; no obstante, existen titulares que han preferido que DAMA gestione sus derechos. En cualquier caso, al haber reparto de autores entre las dos entidades y contar con un repertorio tan asimétrico, la competencia por los

<sup>26</sup> Decisión de la Comisión, de 8 de octubre de 2002, en el asunto COMP/C2/38.014 — IFPI “*Emisión simultánea*”.

<sup>27</sup> Comisión Europea (2004).

<sup>28</sup> En la aparición de otra entidad también interviene cómo reparta lo recaudado la entidad incumbente. Si un grupo de titulares (titulares tipo A) considera que la incumbente no les da lo que se merecen y que da más a otro grupo de titulares (titulares tipo M), ello puede motivar que los titulares tipo A formen otra entidad, más ineficiente en términos de coste medio por obra, pero que a pesar de ello, compense las pérdidas que la permanencia en la incumbente les generaría.

<sup>29</sup> Katz (2005).

<sup>30</sup> Fuente: consulta al Department of Justice de EE.UU.

usuarios tiene que ser necesariamente muy limitada. Por ello, este tipo de modelo basado en un reparto de los titulares de derechos entre entidades no parece la mejor opción: los usuarios se ven obligados a negociar con todas las entidades si quieren acceder al repertorio de la totalidad de autores y, por ello mismo, la competencia por los usuarios no se ve realmente favorecida.

83. La competencia requiere reforzar la capacidad de elección y de actuación no sólo de los usuarios sino también de los titulares de los derechos. Es importante señalar que existen iniciativas que muestran que la competencia es posible. Durante los últimos años la Comisión Europea ha tomado una serie de decisiones tendentes, precisamente, a promocionar la competencia entre las entidades de gestión de la Unión Europea, mediante la actuación sobre determinadas restricciones a la capacidad de elección de los titulares y de los usuarios, que las entidades habían establecido a través de acuerdos entre ellas para reforzar su posición monopolística nacional y compartimentar el mercado europeo de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. En su mayoría, estas iniciativas se han centrado en la gestión de derechos en el entorno *online*, donde el objetivo último de la Comisión Europea es evitar que las entidades de gestión trasladen las estructuras monopolísticas que tradicionalmente han establecido en el entorno *off-line*.

84. Entre estas iniciativas se encuentra la Recomendación de 2005<sup>31</sup>, cuyo objetivo es permitir que los titulares tengan más capacidad de elegir qué entidad de la Unión Europea les gestiona sus derechos en el entorno *online* y facilitar la existencia de licencias paneuropeas que fomenten el desarrollo de negocios que explotan obras y prestaciones en el entorno *online* europeo.

85. Desde la Recomendación de 2005, varias iniciativas han sido puestas en marcha o anunciadas para ofrecer licencias paneuropeas de utilización de obras musicales en el entorno *online* y de móviles. Entre las principales están las siguientes<sup>32</sup>: Alliance Digital es una plataforma formada por la MCPS-PRS británica para ofrecer licencias por un repertorio de pequeñas y medianas editoras musicales; la entidad francesa SACEM y Universal Music Publishing Group (UMPG) han firmado un acuerdo para ofrecer licencias del repertorio UMPG; la entidad alemana GEMA y la británica MCPS-PRS han formado Central European Licensing and Administration Services (CELAS), para ofrecer licencias del repertorio anglo americano y alemán de la editora musical EMI; Warner Chappell Music ha puesto en marcha la iniciativa Pan-European Digital Licensing (PEDL), mediante la cual confiere la gestión en términos no exclusivos de su catálogo a la entidad de gestión alemana GEMA, la sueca STIM, la británica MCPS-PRS y SGAE<sup>33</sup>. Muchas de estas iniciativas están abiertas a la inclusión de otros repertorios.

86. Estas iniciativas están configurando un futuro marco europeo de competencia en la gestión de derechos en el entorno *online*, a pesar de que los problemas de transparencia sobre los repertorios y los litigios entre entidades

<sup>31</sup> Recomendación de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea.

<sup>32</sup> Comisión Europea (2008).

<sup>33</sup> <http://www.wmg.com/news/article/?id=8a0af8121ca10443011cadd6a8a51218> (consulta realizada el 16/03/09).



están obstaculizando su desarrollo y su adecuado funcionamiento<sup>34</sup>. Por otro lado, los usuarios afectados manifiestan que ninguna de estas iniciativas está todavía operativa de modo efectivo en términos paneuropeos.

87. A su vez, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea ha tomado una serie de decisiones cuyo objetivo es promocionar la competencia entre entidades mediante la remoción de determinadas barreras a la competencia que las entidades habían introducido a través de sus acuerdos de representación recíproca. Se trata de decisiones en expedientes relacionados con determinadas conductas de las entidades que se han cerrado ante la presentación de compromisos o mediante la imposición a las entidades de ciertas obligaciones.

- Decisión sobre el Acuerdo *Simulcasting*<sup>35</sup>, de octubre de 2002. La finalidad de esta decisión es promocionar la competencia entre 18 entidades de productores fonográficos de la Unión Europea en la concesión de licencias multirrepertorio y multiterritoriales en la modalidad de *simulcasting*<sup>36</sup>. Antes de la decisión, estas entidades tenían el acuerdo de conceder estas licencias pero estableciendo que los usuarios de cada país sólo podían obtener la licencia de la sociedad de gestión establecida en su territorio nacional. En virtud de la decisión, las entidades eliminaron de sus acuerdos dicha condición, para que los usuarios comerciales pudieran obtener una licencia de cualquier sociedad de gestión del Espacio Económico Europeo participante en los acuerdos de representación recíproca. La Comisión Europea permitió que cada sociedad nacional fijara el precio al que se vendería su repertorio, lo que llevaría a que la competencia entre entidades sería en costes de administración únicamente.
- Decisión sobre el Acuerdo ampliado de Cannes<sup>37</sup>, de octubre de 2006. La finalidad de esta decisión es promocionar la competencia entre 13 entidades de autor de la Unión Europea en la concesión de licencias para la reproducción mecánica de obras musicales, derecho utilizado por las empresas de producción fonográfica. Antes de la decisión, el Acuerdo Ampliado de Cannes, firmado entre 15 entidades de autor europeas y 5 editoras musicales, incluía cláusulas que prohibían a las entidades de gestión entrar en el mercado de edición y/o producción musical y que obstaculizaban la realización de descuentos (con cargo a los costes de gestión) en la concesión de licencias centralizadas por parte de las entidades. En virtud de las observaciones de la Comisión Europea, los 18 participantes en el acuerdo decidieron realizar algunos cambios: eliminaron la cláusula que impedía a las entidades de gestión entrar en los mercados de edición y/o producción musical, y reformularon la cláusula relativa a los descuentos, para que cualquier sociedad de gestión pudiera aplicarlos siempre y cuan-

<sup>34</sup> Comisión Europea (2008).

<sup>35</sup> Decisión de la Comisión, de 8 de octubre de 2002, en el asunto COMP/C2/38.014 — IFPI “*Emisión simultánea*”.

<sup>36</sup> El *simulcasting* es la emisión simultánea vía internet por estaciones de radio o de televisión de grabaciones de sonido incluidas en sus difusiones monocal y emisiones libres de señales de radio y televisión.

<sup>37</sup> Decisión de la Comisión, de 4 de octubre de 2006, en el asunto COMP/C2/38.681 — Acuerdo ampliado de Cannes.

do lo decidiese el órgano competente de cada entidad y sin necesidad de obtener el consentimiento de cada miembro pertinente.

- Decisión CISAC<sup>38</sup>, de julio de 2008. La finalidad de esta decisión es remover determinadas restricciones a la competencia que 24 entidades de autor de la Unión Europea habían introducido a través de sus acuerdos de representación recíproca, con el objetivo de promocionar la competencia en los servicios que estas entidades prestan a usuarios y titulares en el ámbito del derecho de comunicación pública por satélite, cable y *online*. Según la Decisión CISAC, en los acuerdos existían cláusulas de afiliación (que impedían la libre elección y la movilidad de titulares entre entidades) y cláusulas de exclusividad (que restringían la competencia entre entidades en la concesión de licencias a usuarios, garantizando un monopolio nacional en cada país). Además, según la Comisión Europea, las entidades habían incurrido en una práctica concertada, consistente en la limitación de los mandatos al territorio de cada una de las entidades nacionales. La Comisión Europea obligó a las entidades a eliminar las prácticas restrictivas de la competencia y a poner fin a la práctica concertada.

## 3.2.

### Barreras de entrada legales

88. La existencia de barreras de entrada legales en la LPI representa un factor que contribuye significativamente a limitar la presión competitiva que afrontan las entidades y refuerza su poder de mercado. Si bien la LPI no es incompatible con que puedan existir entidades de gestión que compitan entre sí, también es cierto que contiene previsiones que favorecen la actual configuración de mercado, esto es, la existencia de entidades monopolísticas gestoras de derechos. Además, la LPI atribuye al Ministerio de Cultura amplias facultades, estableciendo un proceso de autorización que permite a este organismo amparar ese monopolio sobre la gestión de determinados derechos que las respectivas entidades de gestión colectivas configuran, la mayor parte de las veces, en sus Estatutos.

89. En este sentido, es importante adelantar que la Ley Ómnibus<sup>39</sup>, elaborada con motivo de la aplicación de la Directiva de Servicios, no ha introducido ningún cambio significativo en este ámbito.

#### La entidad de gestión debe carecer de ánimo de lucro

90. En la LPI se establecen los principales requisitos para ser una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual “legalmente constituida”. En primer lugar, carecer de ánimo de lucro (artículo 147 de la LPI) y, en

<sup>38</sup> Decisión de la Comisión, de 16 de julio de 2008 en el asunto COMP/C-2/38.698 — CISAC.

<sup>39</sup> Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

segundo lugar, cumplir una serie de exigencias sobre sus estatutos<sup>40</sup>. Estos dos requisitos dificultan de forma importante que una entidad de gestión se pueda constituir adoptando una forma jurídico mercantil<sup>41</sup>, de tal forma que en la práctica todas las entidades de gestión se han constituido como asociaciones, lo que no deja de resultar “curioso” considerando que se trata de personas jurídicas genéticamente predispuestas por Ley a realizar una actividad típicamente empresarial como la gestión comercial de derechos de naturaleza económica.

91. Estos dos requisitos reducen las posibilidades de entrada de otros operadores en estos mercados. Hasta la aprobación de la Ley Ómnibus, la LPI no mencionaba ningún objetivo que se quisiera cumplir mediante la introducción de estas obligaciones, ni ofrecía una explicación de cuáles eran los motivos por los que se introducían las restricciones señaladas.

92. De acuerdo con la Directiva de Servicios y su norma de trasposición en España (la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), la inclusión de este tipo de restricciones debe satisfacer los requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. Es más, en la Ley que transpone la Directiva se alude de modo explícito al requisito de obligar al prestador del servicio a constituirse como una entidad sin ánimo de lucro,

**40** Hasta la aprobación de la Ley Ómnibus, el artículo 151 de la LPI establecía que en los estatutos de las entidades de gestión se hará constar:

- “1. La denominación, que no podrá ser idéntica a la de otras entidades, ni tan semejante que pueda inducir a confusiones.*
- 2. El objeto o fines, con especificación de los derechos administrados, no pudiendo dedicar su actividad fuera del ámbito de la protección de los derechos de propiedad intelectual.*
- 3. Las clases de titulares de derechos comprendidos en la gestión y, en su caso, las distintas categorías de aquéllos a efectos de su participación en la administración de la entidad.*
- 4. Las condiciones para la adquisición y pérdida de la cualidad de socio. En todo caso, los socios deberán ser titulares de derechos de los que haya de gestionar la entidad, y el número de ellos no podrá ser inferior a diez.*
- 5. Los derechos de los socios y, en particular, el régimen de voto, que podrá establecerse teniendo en cuenta criterios de ponderación que limiten razonablemente el voto plural. En materia relativa a sanciones de exclusión de socios, el régimen de voto será igualitario.*
- 6. Los deberes de los socios y su régimen disciplinario.*
- 7. Los órganos de Gobierno y representación de la entidad y su respectiva competencia, así como las normas relativas a la convocatoria, constitución y funcionamiento de los de carácter colegiado, con prohibición expresa de adoptar acuerdos respecto de los asuntos que no figuren en el orden del día.*
- 8. El procedimiento de elección de los socios administradores.*
- 9. El patrimonio inicial y los recursos económicos previstos.*
- 10. Las reglas a que han de someterse los sistemas de reparto de la recaudación.*
- 11. El régimen de control de la gestión económica y financiera de la entidad.*
- 12. El destino del patrimonio o activo neto resultante en los supuestos de liquidación de la entidad que, en ningún caso, podrá ser objeto de reparto entre los socios.”*

El cambio introducido por la Ley Ómnibus deja prácticamente intacto el artículo 151, si bien permite que las entidades puedan dedicarse a otras actividades distintas de la gestión de derechos de propiedad intelectual, siempre y cuando éstas estén vinculadas al ámbito cultural de la entidad y se cumpla el requisito de ausencia de ánimo de lucro. Desde la perspectiva de la competencia, este cambio resulta tan insignificante como el resto de cambios que la Ley Ómnibus introduce en la LPI. **41** No obstante, de acuerdo con la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es posible la constitución de sociedades anónimas y de sociedades limitadas sin ánimo de lucro, pues la mercantilidad no se determina por el objeto sino por la forma típicamente mercantil de sociedad anónima o limitada.

estableciéndose que su inclusión debe estar justificada por una razón de interés general.

93. En la reciente reforma de la LPI mediante la Ley Ómnibus se ha mantenido esta restricción, aludiendo simplemente a que ello es necesario *“a fin de garantizar la protección de la propiedad intelectual”*, pero sin ofrecer explicación alguna de la relación de causalidad que pudiera existir entre dicho objetivo y la exigencia de ausencia de ánimo de lucro.

94. A juicio de la CNC, no existen razones que justifiquen que una entidad de gestión tenga que ser, de modo obligatorio, una entidad sin ánimo de lucro. Si bien es cierto que en otras legislaciones nacionales de propiedad intelectual se impone también esta obligación, existen entidades de gestión extranjeras que tienen finalidad lucrativa, como por ejemplo SESAC, una entidad estadounidense de derechos de autor que lleva casi 80 años operando<sup>42</sup>. Asimismo, existen otros sectores de actividad distintos a la propiedad intelectual en los que la consecución de ciertos objetivos de interés general resulta importante, pero en los cuales no se obliga a los operadores a constituirse como entidades sin ánimo de lucro. Por lo demás, no existe un concepto legal de ánimo de lucro, y es más que cuestionable que se pueda identificar ausencia de ánimo lucrativo con imposibilidad de repartir beneficios en concepto de dividendos entre los socios o accionistas.

95. Además, la Comisión Europea sostiene que, en el ámbito de las entidades de gestión, no existe una relación entre forma jurídica y eficacia. Como señala en la Comunicación de 2004 sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior: *“En relación con su estatuto, las sociedades de gestión colectiva pueden ser entidades empresariales, benéficas, con o sin ánimo de lucro. El proceso de consultas demostró que, al parecer, la eficacia de una sociedad de gestión colectiva no depende de su forma jurídica”*<sup>43</sup>.

### **Exigencia de una autorización previa del Ministerio de Cultura**

96. En el primer párrafo del artículo 147 de la LPI se estipula que *“las entidades legalmente constituidas que tengan establecimiento en territorio español y pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, con objeto de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual”*.

97. La exigencia de una autorización limita el establecimiento de operadores en el mercado y, en función de los requisitos que haya que cumplir para

<sup>42</sup> SESAC se creó en 1930. Desde 1931, es una entidad con ánimo de lucro. Gestiona derechos de autores y editores de obras musicales, en competencia con otras dos entidades: ASCAP y BMI. En 1992 fue comprada por un grupo de inversores, y su participación en el total recaudado por estas tres entidades pasó de un 1% al 5% de la actualidad. En su repertorio se incluyen unas 200.000 composiciones musicales. (Fuentes: *Department of Justice* de EE.UU; <http://www.sesac.com/aboutsesac/about.aspx> (consulta realizada el 13/04/09)).

<sup>43</sup> Comisión Europea (2004).

obtenerla, puede ser más o menos importante desde el punto de vista de la competencia.

98. Como en el caso anterior, hasta la aprobación de la Ley Ómnibus, la LPI no explicitaba ningún objetivo que se pretendiese cumplir mediante la introducción de la exigencia de autorización previa, ni ofrecía una explicación de cuáles eran los motivos por los que se introducía esta obligación.

99. De nuevo resulta aplicable en este caso lo dispuesto por la Directiva de Servicios, que restringe los regímenes de autorización a aquellos supuestos en los que se justifique que existe una razón imperiosa de interés general y el sistema sea no discriminatorio y respete los principios de necesidad y proporcionalidad.

100. Sin embargo, una vez más, la Ley Ómnibus mantiene el régimen de autorización, aludiendo solamente a que ello tiene como objeto *“garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual”*. Como en el caso anterior, en opinión de la CNC, la mera mención del objetivo no constituye una justificación, puesto que del objetivo no se deriva que exista un nexo causal entre el objetivo y la restricción introducida, en este caso, la autorización administrativa previa.

101. En todo caso, el aspecto que más incide en el carácter restrictivo de la autorización son los requisitos que haya que cumplir para obtenerla. En caso de que éstos no estén justificados e introduzcan incertidumbre, arbitrariedad e inseguridad jurídica, la restricción será más severa.

102. Para obtener la autorización, el artículo 148 de la LPI vigente hasta la aprobación de la Ley Ómnibus establecía una serie de requisitos y una serie de criterios de valoración que el Ministerio de Cultura debe utilizar para valorar si la entidad solicitante satisface tales requisitos. Por el lado de los requisitos, la LPI establecía que:

*“1. La autorización prevista en el artículo anterior sólo se concederá si concurren las siguientes condiciones:*

*a) Que los estatutos de la entidad solicitante cumplan los requisitos establecidos en este Título.*

*b) Que de los datos aportados y de la información practicada se desprenda que la entidad solicitante reúne las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio nacional.*

*c) Que la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España”*

103. Por el lado de los criterios de valoración, hasta la aprobación de la Ley Ómnibus la LPI el artículo 148 establecía que *“2. Para valorar la concurrencia de las condiciones establecidas en los párrafos b y c del apartado anterior, se tendrán, particularmente, en cuenta el número de titulares de derechos que se hayan comprometido a confiarle la gestión de los mismos, en caso de que sea autorizada, el volumen de usuarios potenciales, la idoneidad de sus*

*estatutos y sus medios para el cumplimiento de sus fines, la posible efectividad de su gestión en el extranjero y, en su caso, el informe de las entidades de gestión ya autorizadas”.*

104. La Ley Ómnibus introduce cambios insignificantes en el artículo 148.1 y elimina algunos de los criterios de valoración. Sin embargo, en opinión de la CNC, las reformas que se introducen son claramente insuficientes para solucionar los problemas que, desde el punto de vista de la competencia, generan estos requisitos.

### **Requisitos para obtener la autorización**

105. En cuanto a la eficaz administración de los derechos y que la autorización favorezca los intereses de la propiedad intelectual, ambos requisitos parecen más unos objetivos que unos requisitos. A su vez, resultan poco claros y subjetivos, puesto que no queda claro ni su significado ni la forma en que se puede demostrar que se cumple con estos “requisitos” para poder empezar a operar. Por último, muestran la desconfianza que el marco legal actual deposita en el mercado como elemento organizador de la actividad de gestión de derechos de propiedad intelectual. No sólo se impide que esta actividad pueda ser realizada por entidades con ánimo lucro y visión comercial, sino que también estipula que sea un Ministerio el que organice esta actividad, en vez de permitir que el mercado dicte cuántos operadores debe haber y si son o no eficaces.

106. La falta de claridad de estos requisitos introduce incertidumbre, lo que puede actuar como barrera de entrada de nuevos operadores y perjudicar a la competencia. El margen de discrecionalidad que estos requisitos proporcionan al Ministerio de Cultura es amplísimo. Basta que este organismo considere que una entidad potencialmente competidora no va a desarrollar su actividad con eficacia o que su entrada no va a ser favorable a los intereses generales de la propiedad intelectual, para que deniegue su autorización e impida la competencia con su actuación administrativa.

107. En definitiva, a pesar de que la propia Directiva de Servicios exige que los requisitos de un proceso de autorización sean claros y objetivos, la Ley Ómnibus mantiene estos requisitos sin cambios significativos, de tal forma que seguirán obstaculizando la competencia en este sector. Esto es particularmente grave si se tiene en cuenta que el sistema de autorización diseñado por la LPI ha sido clave para consolidar el monopolio de cada una de las entidades sobre la gestión de un determinado tipo de derechos.

### **Criterios de valoración de los requisitos**

108. Los criterios contemplados en la LPI vigente para valorar el cumplimiento de los requisitos de eficacia y de favorecer los intereses de la propiedad intelectual no incorporan mayor claridad, transparencia u objetividad, ni arrojan más luz sobre la necesidad y proporcionalidad de los requisitos.

109. La Ley Ómnibus en este caso sí ha eliminado o modificado algunos de estos criterios de forma, en opinión de la CNC, adecuada (algunos de ellos eran, directamente, requisitos prohibidos por la Directiva de Servicios). Ese es el caso de los criterios de valoración relativos a “*el número de titulares de*

*derechos que se hayan comprometido a confiarle la gestión de los mismos”, “el volumen de usuarios potenciales”, y “el informe de las entidades de gestión ya autorizadas”.*

110. En todo caso, es importante destacar que sus efectos negativos sobre la competencia en este sector han estado presentes hasta la reciente aprobación de la Ley Ómnibus. Cualquiera de ellos, por ejemplo, la necesidad de contar con suficiente masa crítica de titulares de derechos, con suficiente número de clientes, o con el visto bueno de competidores ya establecidos, pone de manifiesto el carácter claramente desfavorable a la competencia que caracteriza al proceso de autorización establecido en la LPI.

111. Pese a tales modificaciones, la Ley Ómnibus mantiene en la LPI otros criterios de valoración de los requisitos que, en opinión de la CNC, generan graves problemas de competencia por dificultar la entrada de nuevos operadores de forma inadecuada o injustificada. Los criterios son los siguientes: *“la capacidad de una gestión viable de los derechos encomendados”, “la idoneidad de sus estatutos y sus medios materiales para el cumplimiento de sus fines” y “la posible efectividad de su gestión en el extranjero”.*

112. A juicio de la CNC, los criterios que permanecen en la Ley Ómnibus se caracterizan por ser poco claros y subjetivos, lo que genera incertidumbre y repercute negativamente en la competencia. Por otro lado, todos persiguen que la entidad pruebe, antes de entrar en el mercado, que va a ser eficaz, lo que parece desproporcionado. Además, la alusión a una gestión viable podría interpretarse como un criterio de naturaleza económica, de los prohibidos por la Directiva de Servicios, si la viabilidad del operador se hiciera depender de que existiese una demanda en el mercado.

113. En último término, tanto la falta de claridad y la subjetividad de los requisitos como los criterios analizados que permanecen en la LPI, otorgan al Ministerio de Cultura un margen de discrecionalidad que no se ha empleado precisamente para favorecer la competencia efectiva en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. En este sentido, es importante aludir al artículo 10 de la Directiva de Servicios, sobre condiciones para la concesión de la autorización, que en su apartado 1 establece lo siguiente: *“Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria”.*

### **Gestión colectiva obligatoria**

114. Las barreras de entrada legales comentadas hasta el momento (imposición de una forma jurídica determinada y exigencia de autorización administrativa previa) constituyen restricciones a la competencia que limitan la presión competitiva de otras entidades. Por su parte, la gestión colectiva obligatoria constituye un obstáculo a la gestión individual y, por lo tanto, impide la entrada y limita la presión competitiva ejercida por los titulares de derechos.

115. Al impedir a los titulares gestionar sus derechos de modo individual, se obliga a que éstos tengan que obtener servicios de gestión de la entidad. De este modo, se crea una demanda cautiva para las entidades de gestión, que operan desde una posición monopolística y además, en estos casos, representan al titular por mandato legal. Esta situación puede dar lugar a problemas de agencia entre titular y entidad, que aparecen cuando existen conflictos de interés entre el agente que presta servicios al titular (la entidad) y el titular. Los problemas pueden surgir en el ámbito de las negociaciones o en el establecimiento de tarifas. Por ejemplo, puede que la entidad haga que las negociaciones con los usuarios se alarguen más de lo que un grupo de titulares estarían dispuestos a aceptar. Del mismo modo, puede que el nivel de las tarifas no coincida con las preferencias de los titulares a los que representa.

116. Como ya se ha señalado anteriormente, los derechos en los que la gestión colectiva es obligatoria son básicamente los derechos de remuneración, pero también el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable (artículo 20.4.b LPI) y el derecho de compensación equitativa por copia privada (artículo 25 LPI).

117. Los derechos de gestión colectiva voluntaria son todos los derechos exclusivos (con la excepción del derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable, artículo 20.4.b LPI) y el derecho de participación (artículo 1 de la Ley 23/2008).

118. Ahora bien, la imposición de la obligatoriedad en el caso del derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable obedece a la transposición de una directiva europea. En efecto, como se señala en el artículo 9.1 de la Directiva 93/83/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable: *“Los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva”*.

119. La imposición de la obligatoriedad en otros casos no obedece a ninguna directiva del derecho comunitario<sup>44</sup>. Es más, en los casos en los cuales una directiva europea impone la gestión colectiva opcional, el legislador español se decanta por imponer su gestión colectiva obligatoria. Por ejemplo:

- El derecho de remuneración equitativa por alquiler que corresponde a los autores (90.2 LPI) y a los artistas intérpretes o ejecutantes (109.3 LPI) tiene su origen en la Directiva 92/100/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. En uno de sus considerandos se establece que *“es necesario establecer un régimen que garantice de manera irrenunciable una remuneración equitativa para autores y artistas intérpretes y ejecutantes,*

<sup>44</sup> Marín López (2007).



*quienes deberán tener la posibilidad de confiar la administración de este derecho a entidades de gestión colectiva que los representen".* A su vez, en el artículo 4.3 de esta directiva se establece que *"la gestión del derecho a obtener una remuneración justa podrá encomendarse a entidades de gestión colectiva"* y en el artículo 4.4 se especifica que *"los Estados miembros podrán establecer la obligatoriedad total o parcial de la gestión a través de las entidades de gestión colectiva"*. Por lo tanto, mientras que la Directiva no establece la obligatoriedad de la gestión colectiva<sup>45</sup>, la LPI sí la impone.

- El derecho de una remuneración equitativa y única para los productores de fonogramas y artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de fonogramas (artículos 108.4, 108.6, 116.2 y 116.3 de la LPI) también tiene su origen en la Directiva mencionada. No obstante, tampoco en este caso la directiva impone la gestión colectiva obligatoria, algo que sí se hace en la LPI.

120. A pesar de que un titular debería poder gestionar sus derechos de modo individual a no ser que existiese una justificación objetiva para prohibírselo, es importante señalar algún motivo por el cual desearía gestionar sus derechos de modo individual. El principal es que puede considerar que podría obtener más renta por sus obras o prestaciones si realizase la gestión de modo individual. Por un lado, puede que el titular perciba que la entidad no le está dando lo suficiente por la utilización de sus obras o prestaciones. A su vez, puede que considere que en virtud de la política de tarifas de la entidad, su obra no se está difundiendo tanto, y en consecuencia, se está obstaculizando el conocimiento de su obra y su carrera profesional.

121. Sin embargo, la LPI no contempla los motivos para imponer la gestión colectiva obligatoria de algunos derechos, es decir, no se justifica por qué se restringe la libertad individual de los titulares y se crea una reserva de actividad para las entidades de gestión.

122. Podría pensarse que la obligatoriedad se impone para proteger al titular de algún modo, para garantizar el cobro de sus derechos. No obstante, en el caso de que la gestión colectiva fuese voluntaria, el titular podría seguir teniendo la opción de conferir la gestión de sus derechos a una entidad: en caso de que se viese desprotegido, podría acudir a la entidad. La mera suposición de que los titulares decidirían optar por la gestión colectiva no puede constituir una justificación para imponer su obligatoriedad, puesto que si ése constituye el resultado óptimo para los agentes, ello podría tener lugar en un régimen de gestión colectiva voluntaria.

123. Por otro lado, no debe olvidarse que, para esta misma situación, las Directivas europeas no imponen la gestión colectiva obligatoria, así como

<sup>45</sup> La Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, que deroga la Directiva 92/100/CEE, sigue estableciendo lo mismo sobre la no obligatoriedad de la gestión colectiva.

que para el derecho de participación, que se parece más a un derecho de remuneración que a uno exclusivo, la gestión colectiva es voluntaria<sup>46</sup>.

124. En suma, y una vez analizadas las barreras de entrada legales, aunque la LPI no impone de forma expresa la existencia de monopolios gestores de derechos de propiedad intelectual, sí incorpora diversas restricciones legales que dificultan la entrada de nuevos operadores interesados en la gestión de derechos. Además, el análisis de la arquitectura legal de la LPI para las entidades de gestión pone claramente de manifiesto que el legislador está pensando en la existencia de entidades de gestión monopolísticas, pues sólo desde esta perspectiva encuentran justificación, entre otras, las obligaciones de contratar que imponen los artículos 152 y 157.1 a las entidades de gestión<sup>47</sup> y que se analizan en mayor profundidad más adelante. Por añadidura, el régimen de autorización contribuye a refrendar estos monopolios en la gestión de derechos de propiedad intelectual. Todos estos factores configuran a la LPI como un marco legal muy restrictivo de la competencia, que refuerza el efecto negativo de las barreras de entrada intrínsecas a la naturaleza económica de los derechos de propiedad intelectual, que ya de por sí generan una tendencia a la concentración en el mercado.

<sup>46</sup> En el artículo 1 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, se establece que “los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor.” Según el preámbulo de la Ley/23/2008 “se mantiene la opción de nuestro ordenamiento jurídico por la gestión colectiva voluntaria del derecho de participación. De este modo, los titulares del derecho podrán optar libremente entre encomendar la gestión a una entidad de gestión o ejercitar su derecho individualmente”. Este derecho se parece a un derecho de remuneración, ya que no permite al autor autorizar la reventa pero sí obliga al que revende la obra a pagar al autor, según las tarifas que se fijan en la Ley 3/2008.

<sup>47</sup> Art. 152. Obligaciones de administrar los derechos de propiedad intelectual conferidos  
Las entidades de gestión están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines. Dicho encargo lo desempeñarán con sujeción a sus estatutos y demás normas aplicables al efecto.

Art. 157. Otras obligaciones

1. Las entidades de gestión están obligadas:

- a) A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.
- b) A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.
- c) A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

## 3.3.

### Barreras de entrada estratégicas

125. Existen otras barreras de entrada que no pertenecen a la naturaleza económica de la actividad de gestión colectiva y que tampoco se encuentran en la LPI, sino que han sido creadas por las entidades en el desarrollo de su actividad, en concreto, a través de determinadas cláusulas en los acuerdos de representación recíproca con otras entidades del mundo, de prácticas contractuales en los contratos de gestión, del empleo de tarifas independientes del uso efectivo y de la falta de transparencia con respecto a los repertorios efectivamente gestionados.

126. Este tipo de barreras se denominan restricciones estratégicas. Como las barreras en la normativa, reducen la presión competitiva que afrontan las entidades, ya sea porque limitan las posibilidades de que otras entidades compitan con ellas o porque limitan las posibilidades de gestión individual. Es muy importante señalar que en sectores donde existen economías de escala relevantes, el efecto anticompetitivo de las barreras estratégicas (como por ejemplo, el establecimiento de obstáculos a la movilidad de los titulares entre entidades) es mayor.

#### Cláusulas en los acuerdos de representación recíproca con otras entidades del mundo

127. Las entidades de gestión llegan a acuerdos de representación recíproca con otras entidades del mundo. El objetivo fundamental de estos acuerdos es que el repertorio de la entidad española sea gestionado en otros países por las entidades de esos países y que el repertorio de las entidades de otros países sea gestionado por la entidad española en España.

128. No obstante, en algunos casos, estas entidades incluyen en sus acuerdos cláusulas cuya consecuencia ha sido y es reforzar el poder monopolístico territorial de las entidades de gestión. Es importante señalar que la LPI no regula formalmente los contratos que las entidades de gestión alcanzan con entidades extranjeras. Hasta hace poco se limitaba a establecer que las entidades tenían la obligación de comunicarlos y enviarlos al Ministerio de Cultura<sup>48</sup>.

129. En relación con este asunto y en el ámbito particular y concreto del derecho de comunicación pública por cable, satélite y *online*<sup>49</sup>, la Comisión Europea tomó en 2008 una decisión, la ya mencionada Decisión CISAC<sup>50</sup>. Mediante ella, se obliga a 24 entidades europeas de derechos de autor, entre las que se encuentra la SGAE, a eliminar de sus acuerdos de representación recíproca las cláusulas de afiliación y de exclusividad. A su vez, les obliga a poner fin a la práctica concertada de limitar territorialmente el mandato de

<sup>48</sup> Es lo que disponía el art. 159.3 de la LPI, pero la STC 196/1997 lo declaró inconstitucional por contrario al orden constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

<sup>49</sup> La decisión se ocupa de estas modalidades de explotación porque el caso se originó a partir de la denuncia del grupo de comunicación RTL y de Music Choice, un proveedor de música en Internet.

<sup>50</sup> Caso COMP/38.698 - CISAC Agreement, de julio de 2008. 153. La CISAC es la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores. La decisión CISAC se encuentra en la línea seguida por la CE en la Decisión sobre el Acuerdo Simulcasting (2002) y en la Decisión sobre el Acuerdo Ampliado de Cannes (2006), comentadas con anterioridad, y cuyo objetivo es promocionar la competencia entre entidades en la prestación de servicios a usuarios.

gestión al territorio nacional de la otra entidad. El objetivo de la Comisión Europea es eliminar estas restricciones para promocionar la competencia entre estas entidades europeas en la prestación de servicios a titulares y usuarios. Además, también pretende eliminar las barreras que impiden que el mercado de comunicación *online* de obras musicales en territorio europeo se desarrolle libremente. A juicio de la Comisión, el sistema actual obliga a los usuarios que explotan obras de modo simultáneo en varios territorios a negociar con cada una de las entidades establecidas en dichos territorios, lo que crea un obstáculo considerable a la creación de un Mercado Único en estos mercados emergentes.

130. Las cláusulas de afiliación estipulan que ninguna sociedad de gestión colectiva puede *“sin el consentimiento de la otra, aceptar como miembro a un autor que ya fuera miembro de otra sociedad de gestión o que fuera nacional del territorio en el que operase la otra sociedad de gestión”*<sup>51</sup>.

131. Estas cláusulas restringen la competencia entre entidades. En primer lugar, impiden a un titular elegir o moverse a otra entidad, o ser simultáneamente miembro de diferentes entidades para la administración de sus derechos en distintos territorios del Espacio Económico Europeo (EEE). En consecuencia, se restringe la competencia entre entidades con respecto a los servicios de gestión que prestan a los titulares y se crean demandas cautivas de monopolios nacionales gestores de derechos. En segundo lugar, han contribuido y contribuyen a nacionalizar, compartimentar y diferenciar los repertorios de cada una de las entidades, mermando de este modo las posibilidades de una mayor competencia en la concesión de licencias a los usuarios<sup>52</sup>.

132. Por su parte, la cláusula de exclusividad implica que los acuerdos de representación recíproca son en términos exclusivos. Si la entidad española E gestiona el repertorio de una serie de entidades extranjeras de los países X, Y, Z en territorio español, E será la única entidad que los gestione. Por lo tanto, la cláusula *“impide que una sociedad de gestión colectiva autorice su propio repertorio en otros territorios o permita a una tercera sociedad de gestión colectiva representar el mismo repertorio en el territorio de la sociedad de gestión colectiva nacional”*<sup>53</sup>.

133. La cláusula de exclusividad favorece que exista un monopolio nacional en cada país, esto es, reduce las posibilidades de entrada de otras entidades, puesto que implica que una y sólo una entidad de cada país gestionará

<sup>51</sup> Resumen de la decisión de la Comisión de 16 de julio de 2008 relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y en el artículo 53 del acuerdo sobre el EEE (Asunto COMP/C-2/38.698 — CISAC).

<sup>52</sup> Tal y como se señala en la Decisión de la Comisión sobre Asunto COMP/C-2/38.698 - CISAC: *“Las cláusulas pueden limitar los repertorios de cada sociedad de gestión a los derechos de los titulares del mismo país del EEE, lo que hace que los repertorios sean más complementarios de lo que lo serían de no existir las cláusulas. Por lo tanto, las restricciones pueden reducir la competencia potencial en la concesión de licencias entre sociedades de gestión por sus repertorios propios... Sin las restricciones a la afiliación de miembros es menos probable que exista esta distinción en función de la nacionalidad, lo que potencialmente haría que los repertorios fueran más homogéneos a largo plazo”*.

<sup>53</sup> Resumen de la decisión de la Comisión de 16 de julio de 2008 relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y en el artículo 53 del acuerdo sobre el EEE (Asunto COMP/C-2/38.698 — CISAC).

en cada país el repertorio de las entidades de otros países. A su vez, una entidad nacional que trate de competir con la nacional incumbente no podrá ofrecer un repertorio que incluya el de otras entidades extranjeras, factor que puede incidir en que algunos usuarios no consideren el repertorio de la entrante tan atractivo como el de la incumbente.

134. Finalmente, en la Decisión CISAC se sostiene que las entidades limitan el mandato de las entidades extranjeras al territorio nacional de cada una de ellas. Es decir, si la entidad nacional E concede la gestión de su repertorio a la entidad del país Y, la segunda sólo podrá gestionar el repertorio de E en el país Y, y no en algún otro país. En consecuencia, se limita la competencia entre entidades con respecto a la concesión de licencias a usuarios.

135. La Decisión CISAC afecta a la SGAE. No obstante, muchas otras entidades de gestión españolas incluyen cláusulas similares en sus acuerdos de representación con entidades extranjeras<sup>54</sup>. El análisis realizado por la CNC a partir de las consultas a las entidades y del análisis de sus modelos de contratos de representación concluye que la mayoría de las entidades firman estos acuerdos en términos exclusivos. En los casos de AGEDI<sup>55</sup>, AISGE, DAMA y VEGAP, los acuerdos son en términos exclusivos, lo que significa que la entidad española es la única que puede recaudar en nombre de la extranjera en España.

136. En lo que respecta a las cláusulas de afiliación, la norma general es que no se incluyan como tales, aunque sí se encuentren algunas referencias con respecto a los miembros de cada de las entidades participantes en el acuerdo. En los casos de los contratos de CEDRO, DAMA y VEGAP, pueden observarse cláusulas en las que las entidades se comprometen a no comunicarse directamente con los miembros de la otra entidad y, en caso de hacerlo, a utilizar como intermediario a la otra entidad.

137. Con respecto a la necesidad o justificación de estas cláusulas, es importante señalar que muchas entidades, entre ellas la SGAE, aceptan de *facto* romper estas condiciones en determinados casos. Desde noviembre de 2008, la SGAE pertenece a la iniciativa de Warner Chappell Music (la editorial musical del grupo multinacional de discográficas Warner Music Group) denominada *Pan-European Digital Licensing*, cuyo objetivo es conferir la gestión en términos no exclusivos del catálogo de Warner/Chappell a las entidades de gestión europeas que acepten las condiciones del acuerdo. Lo que este acuerdo implica es que varias entidades europeas (entre ellas la SGAE) podrán gestionar simultáneamente el catálogo de Warner/Chappell, y conceder licencias por él en todo el espacio europeo<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Según un documento de investigación de la Comisión Europea (véase Comisión Europea 2005), tradicionalmente, los acuerdos entre entidades de autores, productores y artistas intérpretes o ejecutantes de distintos países de la Unión Europea han incluido cláusulas que restringían la competencia entre entidades en la prestación de servicios a usuarios y titulares.

<sup>55</sup> Salvo en las modalidades de *simulcasting*, *webcasting* y *podcasting*, donde el contrato es no exclusivo.

<sup>56</sup> <http://www.wmg.com/news/article/?id=8a0af8121ca10443011cadd6a8a51218> (consulta realizada el 16/03/09).

138. A juicio de la CNC, las decisiones de la Comisión Europea destinadas a favorecer la competencia entre entidades europeas en el ámbito de los acuerdos de representación recíproca encierran importantes efectos pro-competitivos.

### Prácticas contractuales en los contratos de gestión

139. La LPI legisla de modo muy general la duración y el alcance del contrato de gestión, mediante el cual la entidad y el titular acuerdan los términos del servicio de gestión que la primera proporcionará al segundo<sup>57</sup>. En caso de que en estos mercados el grado de competencia fuera mayor, esta regulación podría considerarse suficiente. No obstante, teniendo en cuenta el elevado poder de mercado de las entidades, el marco regulatorio posibilita que las entidades puedan explotar su posición monopolística, lo que ha permitido que las entidades hayan desarrollado prácticas contractuales que limitan la presión competitiva.

140. Algunas de las características de los contratos de gestión que ofrecen las entidades<sup>58</sup>, relacionadas con aspectos como su duración, alcance y exclusividad, pueden actuar como barreras a la entrada de nuevos operadores por reducir sus posibilidades de actuación<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> El artículo 153 de la LPI es donde se regula el contrato de gestión, y dice lo siguiente:

*“1. La gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad mediante contrato cuya duración no podrá ser superior a cinco años, indefinidamente renovables, ni podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura.*

*2. Las entidades deberán establecer en sus estatutos las adecuadas disposiciones para asegurar una gestión libre de influencias de los usuarios de su repertorio y para evitar una injusta utilización preferencial de sus obras”.*

<sup>58</sup> Para realizar este análisis, la CNC ha utilizado la información recabada a través de un proceso de consultas a las entidades de gestión, así como los contratos de gestión y los estatutos de las entidades de gestión.

<sup>59</sup> La importancia relativa de estas barreras depende del poder de negociación del titular frente a la entidad.

## Duración

141. En cuanto a la duración de los contratos de gestión<sup>60</sup>, ésta suele ser dilatada, al igual que sucede con los periodos de preaviso mínimo, aunque existen diferencias entre entidades, como se observa en la Tabla 4.

**Tabla 4**

Duración de los contratos y periodos de preaviso en las entidades de gestión

Entidad	Duración contrato (años)	Período de preaviso (meses)
AGEDI*	5	12
AISGE	5	12
EGEDA	5	12
VEGAP	5	12
AIE	5	12
SGAE**	3	12
DAMA	3	3
CEDRO	2	12

Fuente: elaboración propia a partir de los contratos de gestión y de los estatutos de las entidades

\* En las modalidades de *simulcasting*, *webcasting* y *podcasting* la duración es de un año y el preaviso de dos meses.

\*\* En el caso de la SGAE, y tal y como dispone en su contrato de gestión, “en lo que respecta a los autores pertenecientes a los grupos profesionales de directores-realizadores, argumentistas y guionistas, será de aplicación lo establecido en el COMPROMISO 4 del Acuerdo de terminación convencional del expediente 2398/02, seguido ante el Servicio de Defensa de la Competencia, de 27 de noviembre de 2003, el cual establece que la duración del contrato de gestión para dichos grupos profesionales será de tres años, prorrogándose automáticamente por periodos de un año, salvo denuncia por parte de TITULAR, comunicada por escrito a SGAE antes del 30 de septiembre del año natural y teniendo efecto la baja a partir del 1 de enero del año siguiente”.

142. Los contratos son indefinidamente prorrogables por su duración inicial, salvo en los casos de DAMA y SGAE (sólo para autores audiovisuales), en los cuales las prórrogas son anuales.

143. Periodos excesivos de duración del contrato o de obligación de preaviso dificultan la movilidad de los titulares e incrementan su permanencia en las entidades incumbentes, actuando en consecuencia como barreras de entrada y reforzando su poder de mercado.

<sup>60</sup> Si bien algunas entidades sostienen que es posible que un titular modifique la duración del contrato de gestión, lo cierto es que no es posible deducirlo de sus contratos tipo o de sus estatutos y, en aquellos casos en que se contempla no se trata de un procedimiento sencillo (en el caso de SGAE se debe realizar una solicitud a la Junta Directiva).

144. Es importante señalar que este tipo de barreras fue uno de los motivos por los cuales el extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) incoó en 2003 un expediente a SGAE a raíz de una denuncia de DAMA, que finalmente terminó en un Acuerdo de Terminación Convencional en el mismo año. El expediente se inició por las prácticas restrictivas de la competencia de SGAE, entre otras, por *“impedir la libre elección de entidad de gestión por los autores y el libre movimiento de los mismos entre entidades de gestión”*<sup>61</sup>. De hecho, en el punto 9 del Acuerdo de Terminación Convencional se señala que la competencia efectiva entre entidades es más intensa de cara a la captación de titulares, motivo por el cual barreras a la movilidad de titulares entre entidades como la duración de los contratos adquieren especial relevancia.

145. El Acuerdo de Terminación Convencional incluyó una serie de elementos favorecedores de la competencia, entre los que se incluía la reducción de la duración de los contratos de gestión. En concreto, el punto 4 del Acuerdo obligó a SGAE a que, en lo que respecta a los autores pertenecientes al medio audiovisual, que era donde competía con DAMA, la duración del contrato de gestión fuese de tres años, prorrogándose automáticamente por períodos de un año, siendo el periodo de preaviso de tres meses.

146. No existen razones que justifiquen una duración tan dilatada de los contratos de gestión. El caso de SGAE o DAMA para los autores del medio audiovisual o los dos años de permanencia en el caso de CEDRO son la prueba de que es posible aplicar reducciones en estos ámbitos. Por otro lado, existen entidades de gestión extranjeras que ofrecen periodos más limitados. Por ejemplo, ASCAP en EE.UU. permite a un miembro dejar la entidad al final de cada año, siempre y cuando haya preavisado con al menos tres meses de antelación<sup>62</sup>.

147. A su vez, es importante señalar que la Comisión Europea, en su *Comunicación de 2004*<sup>63</sup>, sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, afirma que debería ofrecerse a los titulares flexibilidad con respecto a la duración del contrato de gestión.

### Alcance

148. En relación con el alcance de los contratos de gestión, los problemas se derivan de las limitaciones que podría haber en la práctica para modificar el alcance del contrato tipo ofrecido por la entidad, en particular, en relación con la reserva de derechos, obras o territorios. Con carácter general, se observa lo siguiente:

- Por un lado, se observan dificultades para que los titulares se reserven para su gestión individual<sup>64</sup> derechos y territorios incluidos en el contrato tipo. En muchos casos no pueden hacerlo y, en otros casos, como en el de la

<sup>61</sup> Resolución del Consejo de la CNC, de 24 de junio de 2008, sobre Incidente de Cumplimiento de Acuerdo de Terminación Convencional de Expediente 630/07, DAMA/SGAE.

<sup>62</sup> Véase *Consent Decree* de ASCAP.

<sup>63</sup> Comisión Europea (2004).

<sup>64</sup> En este caso concreto, se está haciendo referencia a derechos de gestión colectiva voluntaria que se incluyen en el contrato tipo ofrecido por la entidad, puesto que en el caso de derechos de gestión colectiva obligatoria la gestión individual está prohibida por la LPI.



SGAE, el titular que desee reservarse derechos o territorios para su gestión individual debe seguir un procedimiento riguroso de solicitud razonada al Consejo de Dirección para que éste adopte una decisión motivada<sup>65</sup>.

- Por otro lado, se observan dificultades para que los titulares se reserven para su gestión por parte de otras entidades derechos o territorios incluidos en el contrato tipo. En muchos casos no pueden hacerlo, y en algunos casos en los que sí, no siempre queda claro si esa posibilidad aplica a titulares de nacionalidad española.
- En último término, normalmente el titular no puede excluir del contrato obras o prestaciones sobre las que tenga derechos o sobre las que adquiere derechos durante la vigencia del mismo, o afronta ciertos obstáculos para hacerlo, como en el caso de la SGAE, donde es preciso solicitarlo a la Junta Directiva<sup>66</sup>.

149. Mediante las limitaciones a la posibilidad de reservarse derechos, obras o territorios, se limita tanto la entrada de otras entidades de gestión como la gestión individual.

150. De hecho, los problemas derivados de la escasa libertad contractual han sido motivo de decisiones por las autoridades europeas, ya desde las decisiones GEMA<sup>67</sup> (de 1971, 1972 y 1981), donde por primera vez se aplicó la normativa de competencia europea a una entidad de gestión por abuso de posición dominante y mediante las cuales la Comisión Europea estableció límites a los derechos que una entidad de gestión podía exigir a un titular para entrar a formar parte de ella. Entre otras cosas, determinó que una entidad de gestión abusaba de su posición de dominio si exigía que el titular le confiriese la gestión de todos sus derechos.

151. En relación con decisiones más recientes, es importante señalar la posición de la Comisión Europea en la Decisión *Daft Punk*<sup>68</sup>, de 2002, relacionada con la solicitud de dos miembros de la banda *Daft Punk* de reservarse los derechos de reproducción y de explotación *online* de su obra en el momento de firmar el contrato con la entidad francesa SACEM. La entidad rechazó esa petición, algo que la Comisión Europea consideró una prohibición desproporcionada de la gestión individual contraria al artículo 82 del Tratado. Sin embargo, como SACEM cambió sus estatutos<sup>69</sup> para permitir la gestión indi-

<sup>65</sup> Artículo 14.1.3º.B), C) de los Estatutos de la SGAE. Esta posibilidad se introdujo después de una denuncia a la SGAE en el extinto SDC en 2002 por parte de un grupo de titulares (editores musicales).

<sup>66</sup> Tal y como se establece en el artículo 14.1.9º de los Estatutos de la SGAE: “*La Junta Directiva podrá incluir en el contrato cualesquiera otros pactos y condiciones especiales con sujeción a la Ley, a los presentes Estatutos y a las normas reglamentarias, así como modificar el contenido de los párrafos 1º y 2º del número 1 del presente artículo, en consideración a las circunstancias especiales que concurran en el otorgante.*”

<sup>67</sup> Decisiones 71/224/CEE, 72/268/CEE y 82/204/EEC de la Comisión Europea.

<sup>68</sup> Caso COMP/37.219 - Banghalter & de Homem Christo / SACEM.

<sup>69</sup> En concreto, el cambio supuso que: “*el Consejo de Administración, en base a una demanda motivada, puede aceptar que un autor, autor realizador, compositor o editor perteneciente a la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo no confiera determinados derechos a la sociedad o a una o varias sociedades de autor. La decisión deberá ser motivada*” (traducción de la CNC a partir de la nota informativa en francés sobre el caso COMP/37.219 - Banghalter & de Homem Christo / SACEM).

vidual de algunos derechos cuando la entidad así lo considerase y la petición fuese motivada, la Comisión Europea finalmente estableció que, en virtud de ese cambio, no podía hablarse de abuso.

152. En todo caso, es importante destacar que la Comisión Europea fundamentó su defensa de la gestión individual en el hecho de que el progreso tecnológico permite a los autores gestionar de modo individual sus derechos, puesto que las nuevas tecnologías han reducido los costes de transacción de modo considerable; la gestión individual refuerza el derecho moral de los autores; y, el hecho de que pocas entidades restringen la gestión individual en los derechos relevantes para el caso que se discutía.

153. En España existió un caso similar<sup>70</sup>. En 2002, un grupo de editores musicales (Universal Music Publishing S.A., Ediciones Musicales BMG Ariola S.A., Sony ATV Music Publishing Holdings LLC S. En C., EMI Music Publishing Spain S.A. y Peermusic Española S.A.) denunciaron a la SGAE por impedir la gestión individual de algunos de sus derechos de gestión colectiva voluntaria. En 2002, una vez el expediente ya estaba en marcha, la SGAE cambió sus estatutos para que formalmente las posibilidades de gestión individual de derechos fueran mayores. Según el TDC, la situación antes de dicho cambio podía haber sido calificada de restrictiva de la gestión individual. No obstante, en su resolución también señaló que la posibilidad de acudir a la Junta Directiva *“hubiera permitido a cualquier titular de derechos proponer a la Junta Directiva la reserva de la gestión de aquellos que tuviera por conveniente”* añadiendo que *“sólo en el caso de haber recibido una negativa arbitraria o injustificada podría alegar haber sufrido una restricción abusiva de sus derechos”*.

154. Finalmente, y en relación con las limitaciones contractuales detectadas, es importante señalar que la Comisión Europea considera que debería existir mayor flexibilidad en el alcance de los contratos:

- En su Comunicación de 2004, sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, afirma que *“por lo que respecta al mandato, debería ofrecerse a los titulares un grado razonable de flexibilidad respecto a su duración y alcance. Por otro lado, visto el despliegue de sistemas digitales de gestión de derechos (DRM), los titulares deberían tener, en principio y salvo que la ley prevea lo contrario, la posibilidad de administrar individualmente algunos de sus derechos si así lo desean”*.
- En la Recomendación de 2005<sup>71</sup>, centrada en los derechos en el ámbito de música *online*, la Comisión Europea hace énfasis en la necesidad de que los titulares tengan más flexibilidad para retirar algunos derechos de los contratos de gestión: *“Por lo que se refiere a la concesión de licencias sobre los derechos en línea, las relaciones entre los titulares de derechos y los gestores colectivos de derechos, ya se basen en un contrato o en*

<sup>70</sup> Véase Resolución del TDC de 16 de diciembre de 2004, sobre Recurso contra Actos del Servicio (R 609/04), Ediciones Musicales.

<sup>71</sup> Recomendación de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea.

*normas obligatorias de afiliación, deben al menos regirse por las siguientes normas:*

- *a) Los titulares de derechos deben poder determinar los derechos en línea que confiarán a la gestión colectiva;*
- *b) Los titulares de derechos deben poder determinar el ámbito territorial del mandato de los gestores colectivos de derechos;*
- *c) Los titulares de derechos deben tener derecho, previa notificación razonable de sus intenciones, a retirar cualquier derecho en línea y a transferir su gestión multiterritorial a otro gestor colectivo de derechos, cualquiera que sea el Estado miembro de residencia o la nacionalidad del gestor colectivo o del titular”.*

### **Exclusividad**

155. En cuanto a la exclusividad, entendida como que únicamente la entidad podrá gestionar los derechos incluidos en el contrato durante su vigencia, ésta se contempla en la práctica totalidad de los contratos de gestión tipo de las entidades. La exclusividad en la gestión de los derechos obstaculiza la competencia, en especial con respecto a los usuarios. Si no existiera exclusividad, existirían distintas alternativas donde los usuarios podrían adquirir licencias para utilizar los mismos derechos, lo que sin duda introduciría más competencia. Además, desde la perspectiva del titular del derecho, la libertad para ceder en exclusiva o no su derecho contribuiría a reforzar o reequilibrar su posición negociadora frente a la entidad de gestión.

156. Ni en los estatutos de las entidades ni en los contratos de gestión se contempla que un titular tenga la posibilidad formal de modificar la exclusividad en la gestión, con la excepción de la SGAE que exige para ello elevar una solicitud a la Junta Directiva.

157. En relación con la exclusividad, si el mandato fuese en términos no exclusivos y se diera al titular la posibilidad de otorgar licencias a la par con la entidad, se favorecería la competencia<sup>72</sup>. Frente a la situación actual, en la que la entidad es la única que concede licencias, un escenario en el que no existiera exclusividad permitiría que, además de la entidad, los titulares concediesen licencias por la utilización de sus obras o prestaciones, lo que introduciría competencia con la entidad. Así, para utilizar la obra o prestación de un titular, un usuario podría hacerlo a través de la entidad o intentar el contacto directo con el titular. Esto permite un modelo de gestión más flexible. Si un usuario no está interesado en una autorización de uso general del repertorio y sólo desea utilizar algunas obras o prestaciones incluidas en él, puede intentar conseguir el derecho a explotar obras o prestaciones de modo directo. Si un usuario sí está interesado, siempre podrá acudir a la entidad.

<sup>72</sup> Véase, por ejemplo, US Department of Justice (2000); Katz (2005); Fels y Walke (2005).

158. En otros países, las condiciones de exclusividad son más relajadas que en España<sup>73</sup>. Por ejemplo, en Estados Unidos, los titulares representados por ASCAP, llevan décadas firmando contratos de gestión en términos no exclusivos, lo que permite tanto al titular como a la entidad poder gestionar los derechos incluidos en el contrato. Las otras dos entidades competidoras, BMI y SESAC, también gestionan derechos en los mismos términos. El sistema funciona de modo adecuado, ya que el titular se compromete en el contrato de gestión a avisar a la entidad cuando concede una licencia a un usuario. La gestión no exclusiva de titular y entidad también existe en entidades de gestión australianas.

159. La posibilidad de que un titular confiera a varias entidades la gestión de sus derechos para unas mismas obras o prestaciones y para los mismos territorios también encierra importantes efectos pro-competitivos. No obstante, en este caso, se tornan imprescindibles mecanismos de coordinación entre entidades que eviten los riesgos de dobles pagos por parte de los usuarios, sobre todo cuando las entidades de gestión no gestionen repertorios idénticos.

#### **Tarifas por disponibilidad que no tienen en cuenta el uso efectivo**

160. Las tarifas de las entidades suelen ser tarifas por disponibilidad, entendiendo como tales tarifas que no tienen en cuenta cuánto usa el usuario el repertorio. Esto significa que se enfrentará a la misma tarifa independientemente de lo que use el repertorio.

161. Esta tipología tarifaria constituye una barrera de entrada considerable<sup>74</sup>. Si existe una entidad con poder de mercado que establece tarifas independientes del uso efectivo, las entidades entrantes, o los titulares que decidan competir gestionando individualmente sus derechos, tendrán mayores dificultades para hacerlo que si las tarifas son por uso efectivo<sup>75</sup>.

162. En el primero de los escenarios (tarifa por disponibilidad), si un usuario desea sustituir uso del repertorio de la entidad incumbente por uso del repertorio de una entidad competidora y/o acudir a la gestión individual, no tendrá muchos incentivos a hacerlo, puesto que la entidad incumbente no cambiará su tarifa utilice poco o utilice mucho el repertorio. Sin embargo, en el segundo de los escenarios (tarifa por uso efectivo), la entidad incumbente no cobrará lo mismo si el usuario reduce su consumo y, por lo tanto, el usuario tendrá incentivos a sustituir uso del repertorio de la entidad incumbente por el de las otras alternativas, lo que sin duda incrementará la competencia y disciplinará la conducta de la entidad incumbente.

163. En principio, los usuarios que pudiesen anticipar el uso y controlarlo, y optar por tarifas por uso efectivo, podrían beneficiarse de una mayor competencia entre distintas alternativas y de una mayor posibilidad de gestionar sus costes.

<sup>73</sup> Véase US Department of Justice (2000); Fels y Walke (2005); <http://www.sesac.com/Licensing/FAQsGeneral.aspx> (consulta realizada el 17/07/09).

<sup>74</sup> Existen otros problemas relacionados con las tarifas por disponibilidad independientes del uso efectivo que se analizan en el apartado dedicado a los problemas tarifarios.

<sup>75</sup> Véase US Department of Justice (2000); Fels y Walke (2005).

### Falta de transparencia con respecto a los repertorios

164. El grado de transparencia sobre los repertorios efectivamente gestionados por las entidades no es adecuado para la competencia en este sector, como ha podido constatar la CNC en alguna ocasión. En concreto, con motivo del expediente de 2003 relacionado con SGAE y DAMA, que derivó en el Acuerdo de Terminación Convencional de 2003, en el que precisamente se incluía la creación de una base de datos para determinar los titulares que representaba cada entidad.

165. La LPI no impone ninguna obligación de transparencia con respecto a los repertorios. En todo caso, a pesar de que no existen obligaciones de transparencia, existen algunas entidades que a través de sus páginas web tienen dispositivos de consulta del repertorio, si bien la CNC no ha podido contrastar su fiabilidad o efectividad, puesta en duda por los usuarios. Con respecto a la base de datos conjunta entre DAMA y SGAE, derivada de una obligación en el Acuerdo de Terminación Convencional de 2003, todavía está en construcción.

166. Esta falta de transparencia sobre los repertorios incide negativamente en la competencia.

167. En primer lugar, si no existe información clara sobre los repertorios, las entidades que compitan entre sí tendrán dificultades a la hora de localizar a potenciales titulares, pertenecientes a otras entidades o no pertenecientes a ninguna, a quienes gestionar sus derechos. Este fue uno de los motivos por los cuales el ATC de 2003 originado en el expediente DAMA-SGAE incluyó como uno de sus compromisos la creación de una base de datos, en la que se reflejara qué autores representaba cada entidad. En este sentido, se señalaba que *“la base de datos favorecerá que las entidades de gestión compitan entre sí por la captación de autores audiovisuales y de este modo se obtendrá un mayor rendimiento por los derechos al menor coste posible”*<sup>76</sup>.

168. En segundo lugar, si los usuarios no conocen qué repertorio gestiona cada entidad, tendrán más dificultades para determinar a qué entidad dirigirse para obtener licencias, lo que obstaculiza las transacciones en el mercado y repercute negativamente en potenciales entrantes de diferentes maneras: incrementa las posibilidades de que una entidad incumbente cobre por derechos de titulares de la entidad entrante, lo que obstaculiza la operación de esta última en el mercado y dificulta que los usuarios sepan por lo que están pagando, lo que también obstaculiza la entrada. En relación con este último punto, no resulta extraño que en el ATC del expediente DAMA-SGAE otro motivo aducido para crear la base de datos fuese que *“permitirá que los usuarios de las obras audiovisuales puedan saber cuál es el repertorio por el que pagan”*<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 24 de junio de 2008, sobre Incidente de Cumplimiento de Acuerdo de Terminación Convencional de Expediente 630/07, DAMA/SGAE.

<sup>77</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 24 de junio de 2008, sobre Incidente de Cumplimiento de Acuerdo de Terminación Convencional de Expediente 630/07, DAMA/SGAE.

169. La falta de transparencia sobre los repertorios efectivamente gestionados por las entidades también afecta a los usuarios dificultando la gestión de sus costes y generando los problemas tarifarios que predominan en este sector y que se analizan a continuación.

# 4.

## Problemas tarifarios



## 4.1.

### Contexto regulatorio

170. Las entidades de gestión colectiva fijan tarifas en un contexto regulatorio que no contrarresta su poder de mercado. Dicho de otra forma, el marco regulatorio y la actuación administrativa actual facilitan la existencia de entidades de gestión colectiva que son monopolios, y “permite” que éstas puedan explotar con facilidad su posición monopolística frente a los usuarios del repertorio, lo que crea unas circunstancias para las relaciones entre las entidades y los usuarios que contribuyen a la existencia de numerosos problemas tarifarios. Las razones por las cuales el marco actual no resulta adecuado son fundamentalmente tres: no existe control *ex-ante* sobre las tarifas que fijan las entidades; el proceso de negociación no garantiza la equidad de las tarifas; y, no existe un control *ex-post* de las prácticas tarifarias de las entidades verdaderamente eficaz, más allá del control que se puede hacer desde la propia CNC o desde los Tribunales de Justicia.

#### A) Ausencia de control *ex-ante* sobre las tarifas

171. En cuanto a la falta de control *ex-ante*, dada la posición monopolística de las entidades, la LPI no incluye obligaciones eficaces en relación con la fijación de tarifas, ni tampoco criterios objetivos y específicos para su determinación. Por otro lado, no existe ningún tipo de supervisión de las tarifas por parte de la autoridad competente. Como ha señalado la CNC en su Resolución, de 9 de diciembre de 2008, sobre el Expediente 636/07, Fonogramas, la LPI concede a las entidades *“la facultad/obligación de fijar unilateralmente tarifas generales por el uso de los derechos gestionados sin sujetarse a ningún criterio o pauta objetiva, y sin estar sujeta a control o supervisión más que la que pueden ejercer ex post los tribunales y las autoridades de competencia dentro del ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de un concreto conflicto”*.

172. Las obligaciones que incluye la LPI para las entidades sobre la concesión de autorizaciones, la fijación de tarifas generales y los acuerdos con asociaciones de usuarios<sup>78</sup> son las siguientes:

- *“Contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración”* (artículo 157.1.a de la LPI).
- *“Establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las*

<sup>78</sup> Según la LPI, estas obligaciones no serán *“de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular”* (artículo 157.3 de la LPI).



*entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa” (artículo 157.1.b de la LPI)<sup>79</sup>.*

- *“Celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente” (artículo 157.1.c de la LPI).*
- Además, para determinados derechos de remuneración<sup>80</sup>, la LPI estipula de modo explícito que las entidades deberán negociar con los usuarios el importe de la remuneración.

173. Como ya se ha observado, la imposición de obligaciones como las citadas, responden a la idea del legislador de que, en lo posible, no debe existir más de una entidad de gestión por tipo de titular de derecho de propiedad intelectual. Si se asume esta concepción, las obligaciones que introduce la LPI resultan muy generales, inadecuadas e insuficientes para contrarrestar la posición monopolística de las entidades de gestión. En lo que se refiere a la fijación de tarifas la LPI no va más allá de conceptos imprecisos como “razonable” y “equitativo”<sup>81</sup> en términos de criterios, y no incluye ningún tipo de obligación sobre cómo han de calcularse las tarifas o qué características han de tener, o, por lo menos, ningún tipo de recomendación sobre cómo han de fijarse.

174. A pesar de que para las tarifas generales no se incorporan criterios específicos, es importante señalar que la inclusión de criterios algo más informativos no es algo ajeno a la LPI, puesto que en el caso de la compensación equitativa por copia privada para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, derecho que tiene un proceso específico para fijar

<sup>79</sup> La fijación de tarifas generales por derechos de remuneración constituye un asunto que provoca cierta controversia. Por un lado, podría pensarse que el 157.1.b de la LPI sólo refiere a los derechos exclusivos, puesto que en el 157.4 se habla de derechos de remuneración: *“Asimismo, las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable”*. No obstante, para determinados derechos de remuneración, la LPI establece explícitamente que éstos deben hacerse efectivos según las tarifas generales de las entidades de gestión. Este es el caso de los establecidos en los artículos 90.4, 122.2 y 108.5 (primer párrafo) de la LPI.

<sup>80</sup> Derechos reconocidos en los artículos 108.3, 108.4, 108.5, 116.2 y 122.2 de la LPI.

<sup>81</sup> Lo equitativo está presente en los derechos de remuneración equitativa.

su importe, se incluyen en la LPI los principios a tener en cuenta<sup>82</sup>. A su vez, en otros países se incluyen criterios algo más informativos en las leyes de propiedad intelectual, como por ejemplo en Alemania, o en el caso de Australia<sup>83</sup>, en un código de conducta específicamente creado para las entidades de gestión.

175. Por otro lado, es importante tener en cuenta la demanda realizada por el Parlamento y el Consejo Europeo en su Informe del Parlamento Europeo de 2003<sup>84</sup>, en cuyo considerando 53 se establece que *“Considera indispensable establecer en un marco comunitario normas mínimas para el cálculo de tarifas, con el fin de crear la transparencia necesaria también en el ámbito de la competencia”*.

176. A la ausencia de criterios eficaces, se une que no existe ningún tipo de control *ex-ante* sobre las tarifas que fijan las entidades. La LPI asignó originalmente al Ministerio de Cultura un papel potencialmente importante, principalmente en el artículo 159 de la LPI, estableciendo lo siguiente:

- Las entidades de gestión *“están obligadas a notificar al Ministerio de Cultura los nombramientos y ceses de sus administradores y apoderados, las tarifas generales y sus modificaciones, los contratos generales celebrados con asociaciones de usuarios y los concertados con organizaciones extranjeras de su misma clase, así como los documentos mencionados en el artículo 156 de esta Ley”*.
- Corresponde al Ministerio de Cultura, *“además de la facultad de otorgar o revocar la autorización regulada en los artículos 148 y 149, la vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en esta Ley”*. Entre estas obligaciones, se incluyen las obligaciones sobre la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados en condiciones razonables, la celebración de contratos generales y el establecimiento de tarifas generales. A estos efectos, *“el Ministerio de Cultura podrá exigir de estas entidades cualquier tipo de información, ordenar inspecciones y auditorías y designar un representante que asista con voz pero*

**82** Según el artículo 25.6.4 de la LPI, se tienen en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

*“4. Las partes negociadoras dentro del proceso de negociación y, en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior, deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:*

- a. El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago.*
- b. El grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1.*
- c. La capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales.*
- d. La calidad de las reproducciones.*
- e. La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161.*
- f. El tiempo de conservación de las reproducciones.*
- g. Los importes correspondientes de la compensación aplicables a los distintos tipos de equipos y aparatos deberán ser proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos”*.

**83** <http://www.viscopy.com/pdfdocuments/COC.pdf> (consulta realizada el 22/04/09).

**84** Parlamento Europeo (2003).

*sin voto a sus Asambleas generales, Consejos de Administración u órganos análogos” (artículo 159.1, segundo párrafo).*

177. En todo caso, por sentencia de Tribunal Constitucional, de 13 de noviembre de 1997, se declararon contrarias al orden constitucional de competencias determinadas facultades que la LPI asignaba al Ministerio de Cultura, en los artículos 159.1 y 159.3 de la LPI. Según el Tribunal Constitucional, quedarían reservadas al Ministerio de Cultura las de autorizar o revocar la autorización y las que se contemplan en el artículo 159.2 de la LPI, que hacen referencia a la aprobación de los estatutos de la entidad. En la práctica, las entidades de gestión han seguido enviando información al Ministerio de Cultura, tanto la que hace referencia a memorias e informes de gestión como la relacionada con las tarifas generales. Las Comunidades Autónomas no han ejercido ningún tipo de función sobre las entidades de gestión. En caso de que las CC.AA llegaran a ejercer estas funciones, la CNC considera que se debería evitar que ello diera lugar a una ruptura de la unidad de mercado.

178. De todos modos, aunque el papel de vigilancia correspondiente a las Administraciones Públicas es potencialmente importante, es preciso señalar que también es muy general y ambiguo y sin ninguna función sancionadora, con la excepción de la revocación de la autorización<sup>85</sup>. Lo cierto es que, en el ámbito tarifario, y como subrayó el TDC en su Resolución, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual: “... *el Ministerio de Cultura no aprueba las tarifas, sólo acusa recibo de las mismas cuando le son comunicadas*”. En este sentido, es importante notar que el Tribunal Supremo<sup>86</sup> ha señalado que el silencio del Ministerio de Cultura en relación con las tarifas no significa que las mismas sean aprobadas de modo tácito o que se ajusten a unos criterios de equidad, al contrario de lo que las entidades han sugerido en alguna ocasión<sup>87</sup>.

## **B) Ineficacia de los mecanismos de negociación**

179. En relación con el segundo defecto de la regulación, la ineficacia del proceso de negociación con los usuarios para garantizar la equidad de las tarifas, ésta se deriva básicamente de la existencia de tarifas generales fijadas unilateralmente por las entidades que pueden ser exigidas en caso de falta de acuerdo en la negociación. La falta de eficacia del proceso negociador también afecta o puede afectar a los titulares. Esto remite de nuevo a los problemas de agencia que pueden aparecer por el hecho de que entidades de gestión presten servicios a los titulares: si negociaran ellos directamente, podrían preferir no alargar tanto las negociaciones y cerrar un acuerdo antes que litigar.

<sup>85</sup> Según el artículo 149 de la LPI, “*La autorización podrá ser revocada por el Ministerio de Cultura si sobreviniera o se pusiera de manifiesto algún hecho que pudiera haber originado la denegación de la autorización, o si la entidad de gestión incumpliera gravemente las obligaciones establecidas en este Título. En los tres supuestos deberá mediar un previo apercibimiento del Ministerio de Cultura, que fijará un plazo no inferior a tres meses para la subsanación o corrección de los hechos señalados*”. No obstante, resulta dudoso que esta medida pudiera aplicarse en alguna ocasión, teniendo en cuenta que las entidades disfrutan en la mayor parte de los casos de un monopolio de facto.

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2006.

<sup>87</sup> Véase Resolución de la CNC, de 23 de julio de 2009, sobre Expediente 651/08, AIE/T5: “... *apunta AIE que si el Ministerio de Cultura considerara inequitativas las tarifas comunicadas, hubiera actuado y no lo ha hecho*”.

180. La CNC ha señalado en su Resolución de 9 de diciembre de 2008, sobre el Expediente 636/07, Fonogramas, que se *“genera una clara asimetría de poder entre las partes negociadoras a favor de la entidad de gestión, y reduce los incentivos que ésta puede tener a alcanzar un acuerdo, puesto que se le reconoce el derecho a exigir coactivamente a través de los tribunales (sede en la que disfrutan de un status procesal privilegiado conforme al artículo 150 LPI<sup>88</sup>) el pago de un precio fijado unilateralmente y sin más límite que el que se deriva de los conceptos jurídicos indeterminados de la equidad o razonabilidad de la remuneración”*. La prevalencia de las tarifas generales en defecto de acuerdo se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1990.

181. En consecuencia, el contexto actual no incentiva a las entidades a fijar tarifas equitativas ni a negociar tarifas equitativas con los usuarios<sup>89</sup>. Además, distorsiona su naturaleza subsidiaria, ya que resulta dudoso que una tarifa fijada unilateralmente desde una posición monopolística pueda servir como sustituto en caso de falta de acuerdo con los usuarios.

182. Por otro lado, la LPI estipula que en *“tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales”* (artículo 157.2 de la LPI). Este elemento ahonda en el desequilibrio de la negociación, puesto que incrementa los costes de negociar para el usuario y puede llevarle a aceptar un acuerdo que no aceptaría en una situación de mayor equilibrio de poder negociador<sup>90</sup>.

183. Finalmente, la LPI tampoco incluye obligaciones de transparencia sobre los repertorios o ámbitos de derechos efectivamente gestionados por las entidades, sobre los costes de gestión, sobre las cantidades no repartidas o sobre los contratos a los que llegan con usuarios individuales. Ello provoca problemas de información que afectan al equilibrio de la negociación.

184. Además, incrementa el coste de la negociación y, en definitiva, de la obtención de la licencia, aumentado los costes agregados de los usuarios y/o el período de maduración de los negocios e introduciendo incertidumbre,

<sup>88</sup> Según el artículo 150 de la LPI: *“Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente”*. Como se puede observar, el privilegio que la LPI contempla reviste una gran importancia: es el demandado (que la LPI presupone que es el usuario, no la entidad) el que tendrá que probar que la entidad no representa al titular, y no al contrario.

<sup>89</sup> En relación con los incentivos o interés de las entidades por negociar con los usuarios, conviene señalar que incluso para los derechos en los que la LPI establece de modo explícito la obligación de negociar el importe de la remuneración con los usuarios (los derechos de remuneración establecidos en los artículos 108.3, 108.4, 108.5, 116.2 y 122.2 de la LPI), las entidades se han negado a hacerlo en ocasiones, tratando de imponer de modo unilateral la tarifa, sin negociar con el usuario. Véase la Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual, el TDC sancionó a EGEDA por tratar de imponer sin negociación sus tarifas.

<sup>90</sup> En todo caso, la importancia relativa de este factor en la negociación depende del poder de negociación del usuario.

lo que puede resultar especialmente negativo para el desarrollo de nuevos mercados y reducir el ritmo de innovación.

185. En consecuencia, no se puede afirmar que el proceso de negociación entre entidades y usuarios sea un proceso de negociación que garantice la equidad de las tarifas, principalmente porque las entidades tienen un elevado poder de mercado y el marco legal y procesal favorece que puedan conseguir una tarifa fijada de modo unilateral en una fase previa a la negociación.

### **C) Ausencia de un control *ex-post* eficaz**

186. En relación con la falta de control *ex-post*, la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI), mecanismo de resolución de conflictos entre las entidades de gestión y algunas clases de usuarios contemplado en la LPI, no se ha mostrado como un instrumento eficaz para solucionar los conflictos tarifarios. En consecuencia, el único control *ex-post* de las entidades lo ejercen los tribunales ordinarios de Justicia y la CNC.

187. La CPI es un órgano colegiado de ámbito nacional creado en el Ministerio de Cultura y cuyas funciones se regulan en el artículo 158 de la LPI y en el Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual (en adelante, RD 479/1989). Los miembros de la CPI son siete como máximo, de los que tres son árbitros designados por el Ministerio de Cultura y los cuatro restantes son nombrados por las partes. Por el lado de los usuarios, sólo las entidades de radiodifusión y las asociaciones de usuarios pueden ser parte en un proceso arbitral o mediador de la CPI.

188. Las dos funciones que la LPI asigna a la CPI son la de arbitraje y la de mediación:

- En su función de arbitraje, la CPI puede actuar dando solución a los conflictos que puedan surgir entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o las entidades de radiodifusión en relación con las obligaciones establecidas.
- Además, cuando las partes no alcancen un acuerdo, también puede actuar fijando “una cantidad sustitutoria de las tarifas generales” a solicitud de una asociación de usuarios o de una entidad de radiodifusión, a los solos efectos del pago bajo reserva o consignación judicial. Sin embargo, para poder hacerlo es condición indispensable que las partes se hayan sometido voluntariamente y por escrito a la función de arbitraje (artículo 158.2.a, b de la LPI)<sup>91</sup>.

La decisión de la Comisión en su función de arbitraje “tiene carácter vinculante y ejecutivo para las partes”<sup>92</sup>.

<sup>91</sup> Véase, por ejemplo, Casas Vallés (2003). Este autor, árbitro de la CPI, afirma que han existido al menos dos ocasiones en las cuales la CPI rechazó una solicitud de fijación de cantidades sustitutorias acompañadas de una solicitud de sometimiento al arbitraje por no haberse sometido también al arbitraje la entidad de gestión correspondiente.

<sup>92</sup> No obstante, la LPI establece que “lo determinado en este artículo se entenderá sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse ante la jurisdicción competente”.

- En sus orígenes, la CPI era únicamente comisión arbitral. El origen de la función mediadora de la CPI se encuentra en la Directiva 93/83/CEE<sup>93</sup>, en la que se exigía que se estableciesen los mecanismos mediadores adecuados que ayudasen a resolver la falta de acuerdo en los casos de autorizaciones para la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, lo que significa que el ámbito de actuación en su función de mediación se limita únicamente a este caso concreto.

En su función mediadora, la CPI colabora en las negociaciones *“previo sometimiento de las partes, para el caso de que no llegue a celebrarse un contrato, para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, por falta de acuerdo entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable”* (artículo 158.1.a de la LPI). Además, puede presentar, *“en su caso, propuestas a las partes”* (artículo 158.1.b de la LPI), es decir, no tiene la facultad de fijar tarifas sustitutorias, sino simplemente de hacer propuestas a las partes.

A diferencia de la función de arbitraje, en el caso de la mediación las partes no tienen por qué aceptar la propuesta que les haga la CPI.

189. La principal razón que explica la ineficacia de la CPI es precisamente su naturaleza arbitral extendida a su función mediadora, esto es, el requisito de sometimiento previo y voluntario de las dos partes para que pueda ejercer las funciones que la normativa nacional le asigna<sup>94</sup>.

190. Teniendo en cuenta la posición monopolística de las entidades de gestión, así como los privilegios procesales y legales comentados con anterioridad, resulta evidente que existen claras asimetrías en los incentivos a querer someterse a la CPI<sup>95</sup>. No obstante, se debe mencionar que han existido casos en los cuales han sido los usuarios los que han optado por no someterse a la función arbitral por desacuerdos en los términos de dicho sometimiento<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Directiva 93/83/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

<sup>94</sup> En el único caso en el que la CPI podría actuar sin necesidad de mutuo acuerdo entre las partes, según se regula en el capítulo V del RD 479/1989, sería en el caso de la remuneración equitativa correspondiente a los contratos de cesión o transferencia del derecho de alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales celebrados con anterioridad al 1 de julio de 1994. No obstante, la CPI nunca ha ejercido esta función de fijación de tarifas (Casas Vallés, 2003).

<sup>95</sup> En el caso de la función de mediación, las entidades tienen más incentivos a someterse a la autoridad de la CPI, en virtud de lo que establece el artículo 20.4.g de la LPI en relación con la aplicación de la normativa de competencia: *“Cuando alguna de las partes, en abuso de su posición negociadora, impida la iniciación o prosecución de buena fe de las negociaciones para la autorización de la retransmisión por cable, u obstaculice, sin justificación válida, las negociaciones o la mediación a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará lo dispuesto en el Título I, Capítulo I, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia”*.

<sup>96</sup> Como se señala en la Resolución de la CNC de 9 de diciembre de 2008, sobre el Expediente 636/07, Fonogramas: *“Después de varios contactos y comunicaciones en 2005 se considera la posibilidad de someterse al arbitraje de la CPI, lo que se rechaza por SOGECABLE en escrito de febrero de 2006 dirigido a dicha Comisión por su desacuerdo en los términos en que AGEDI/AIE han formulado su solicitud de intervención, proponiendo a su vez un arbitraje diferente, consistente entre otros extremos, en que el arbitraje tuviera en cuenta la resolución que en su día dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 593/05, lo que se rechaza a su vez por AGEDI/AIE aduciendo la imposibilidad por su parte de someterse al arbitraje con el efecto excluyente propuesto por SOGECABLE”*.

191. La CNC ha puesto de manifiesto las debilidades y deficiencias de la CPI en varias ocasiones:

- En la Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99 de Propiedad Intelectual Audiovisual, señala que: *“la Ley de Propiedad Intelectual vigente crea en la práctica un vacío frustrante cuando las partes no logran ponerse de acuerdo en la determinación de la prescrita remuneración equitativa y única porque, seguramente imaginando que la competencia iba a germinar y extenderse en el campo de la gestión de derechos de propiedad intelectual, contrariamente a lo sucedido, que es la proliferación de monopolios que individualmente gestionan cada uno de los múltiples derechos reconocidos, la Ley consideró bastante establecer una Comisión con facultades de mediación y arbitraje voluntario”*. En caso de que hubiese habido competencia, la CPI hubiese sido suficiente, pero, como se señala en la resolución: *“¿Qué ocurre, como es nuestro caso, si a los hoteles les parece excesiva la remuneración y la entidad o entidades de gestión, que son monopolios, rechazan el arbitraje? ¿Quién determina la retribución equitativa y única entonces?”*.
- En la Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/07 de Fonogramas, se afirma que *“no resulta irrelevante poner de manifiesto que en los cerca ya de 20 años de vida de la CPI... aunque le han llegado algunos conflictos entre entidades de gestión y usuarios, nunca se ha producido un pronunciamiento de fondo ni, en consecuencia, ha arbitrado o mediado en ningún conflicto de esta u otra naturaleza. Esta inoperancia o fracaso... en el cumplimiento de los fines para las que fue creada responde, a juicio de la doctrina especializada, tanto no sólo a defectos de configuración como a la falta de interés o confianza de sus potenciales destinatarios”*. Puesto que la Resolución es de diciembre de 2008, no se hace referencia al acuerdo, el primero de su historia, que la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) y AGEDI-AIE alcanzaron a través de la CPI en diciembre de 2008. Es preciso destacar que la CPI ha actuado en este caso ejerciendo su función mediadora, y no arbitral.

192. A todo ello se puede añadir el hecho de que para el derecho de compensación equitativa por copia privada no se haya propuesto a la CPI para la fijación del importe en caso de desacuerdo entre entidades y usuarios. Para el establecimiento de los equipos, aparatos y soportes digitales por los que habría que pagar, así como del importe, la LPI fija un periodo de negociaciones de cuatro meses entre entidades y las asociaciones sectoriales de fabricantes para alcanzar un acuerdo. En caso de que no se alcance dicho acuerdo, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y el Ministerio de Cultura, de modo conjunto, determinarán los equipos y el importe. De este modo, para este caso, no se propuso a la CPI, sino que se estableció la fijación por parte de los Ministerios en caso de ausencia de acuerdo.

193. Por los motivos expuestos, la CPI no ha dado los resultados esperados y no se ha convertido en un mecanismo eficaz para solventar los conflictos para cuya resolución fue creada. Por ello, la necesidad de reformar y reforzar la CPI ha sido reclamada en varias ocasiones.

194. En primer lugar, en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el

texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BALPI), iniciativa puesta en marcha en 2002 pero que no llegó a materializarse. El BALPI constituyó un intento de reforma global de la LPI, siendo uno de sus objetivos mejorar el modelo de gestión colectiva en España, intentado solucionar, entre otros, los problemas surgidos en torno a las tarifas. En relación con la CPI, se contemplaba que ésta pudiese fijar cantidades sustitutorias de las tarifas generales a efectos del pago bajo reserva a solicitud de asociaciones de usuarios, entidades de radiodifusión y usuarios especialmente significativos a juicio de la CPI, y sin la necesidad de que la entidad de gestión estuviese también de acuerdo. A su vez, tras un periodo de negociación de tres meses entre entidades y usuarios, en caso de no haber acuerdo entre las partes, también se asignaba a la CPI la posibilidad de fijar el importe del derecho de remuneración, sin necesidad de que ambas partes estuvieran de acuerdo.

195. En segundo lugar, en la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuyo preámbulo se establece que *“existen aspectos propios de la realidad española que deberán ser abordados en un futuro inmediato, como, por ejemplo, los organismos arbitrales, sin perjuicio de que esta Ley habilite al Gobierno para que, con carácter provisional, refuerce los mecanismos de actuación de la actual Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual, que pasará a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual”*. A su vez, en su disposición adicional segunda se especifica más, estableciéndose que *“se habilita al Gobierno para que, mediante real decreto, modifique, amplíe y desarrolle las funciones que el artículo 158 de esta Ley atribuye a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, debiendo incluir, entre otras, las de arbitraje, mediación, fijación de cantidades sustitutorias de tarifas y resolución de conflictos...”*.

196. En tercer lugar, en el Proyecto de Real Decreto de 2007, que constituyó una respuesta a la demanda en la Ley 23/2006 y por el que se regularía una CPI reformada, se contemplaron reformas de la CPI con el objetivo de solucionar los conflictos tarifarios. En concreto, el Proyecto, que no llegó a aprobarse, otorgaba una función decisoria para fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales en el caso de los derechos de remuneración: *“La Comisión ejercerá funciones decisorias a solicitud de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de una entidad de gestión, todas ellas de ámbito nacional, para la fijación de cantidades sustitutorias de las tarifas generales, en el caso de los derechos de remuneración previstos en los artículos 90.2, 90.3, 90.4, 108.3, 108.4, 108.5, 109.3.2º, 116.2 y 122.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”*. Según se establecía en el artículo 29.1 del Proyecto de Real Decreto: *“La intervención de la Comisión podrá ser solicitada por una asociación de usuarios, una entidad de radiodifusión o una entidad de gestión, siempre que dispongan de un ámbito de actuación de carácter nacional y que hayan transcurrido tres meses desde el inicio de negociaciones entre tales asociaciones o entidades de radiodifusión y la entidad de gestión de que se trate, o bien desde la acreditación de la solicitud de inicio de dichas negociaciones sin que haya sido atendida por la otra parte”*.



197. Todas estas iniciativas ponen de manifiesto la necesidad de implementar mecanismos de resolución de conflictos tarifarios más eficaces, que por otro lado, existen en otros países. En efecto, muchos países disponen de un control *ex-post* más fuerte que el aplicado en España. Aunque el panorama es diverso, en muchos países existe, como mínimo, un organismo independiente especializado en propiedad intelectual que puede fijar tarifas cuando las partes (entidades y usuarios) no hayan alcanzado un acuerdo y sin el requisito de que ambas tengan que estar de acuerdo en que lo haga. No obstante, los casos en los que puede tener lugar la fijación varían: en determinados casos, sólo aplica a derechos de remuneración (o similares), mientras que en otros, aplica a todos los derechos gestionados por una entidad. En el cuadro que sigue a continuación, se describen con cierto detalle los sistemas de algunos países.

**Cuadro 3**

## Mecanismos de resolución de conflictos tarifarios en algunos países

Reino Unido	<p>Existe un organismo independiente, denominado <i>Copyright Tribunal</i>, creado en 1988 a partir de la ley de Propiedad Intelectual del Reino Unido. La principal función del tribunal es decidir los términos y las condiciones de las licencias concedidas por las entidades de gestión colectiva cuando las partes no puedan alcanzar un acuerdo.</p> <p>En términos jurisdiccionales, cualquier usuario a quien se le haya negado una licencia en términos no razonables o considere que los términos de una licencia no son razonables puede acudir al tribunal. Las entidades de gestión no pueden acudir al <i>Copyright Tribunal</i>.</p> <p>Las decisiones del <i>Copyright Tribunal</i> pueden recurrirse ante una instancia jurídica superior sólo en sus aspectos legales</p>
Estados Unidos	<p>Para los derechos que gestionan ASCAP y BMI, entidades de gestión del derecho de comunicación pública de autores y editores musicales, existe la posibilidad de que unos jueces especializados resuelvan los conflictos tarifarios. Tienen la potestad para determinar la cuantía de la tarifa a pagar en caso de que, después de un periodo de negociaciones, cualquiera de las dos partes (la entidad o el usuario) solicite al tribunal que fije la tarifa en ausencia de acuerdo.</p> <p>Los jueces fijan la tarifa siguiendo una metodología más bien casuística (caso por caso), y están obligados a fijarla en términos razonables. Las tarifas fijadas por el juez se extienden a todo el sector, conformado por un conjunto de usuarios similares.</p>
Australia	<p>Existe un <i>Copyright Tribunal</i> que se estableció con el fin de controlar la conducta de las entidades de gestión colectiva. Tanto usuarios como asociaciones de usuarios pueden acudir al <i>Copyright Tribunal</i>.</p> <p>Cuando un usuario no está satisfecho con el esquema tarifario o con el importe de una tarifa establecida por una entidad de gestión, ya sea para una <i>voluntary license</i> o para una <i>statutory license</i>, puede solicitar al <i>Copyright Tribunal</i> que intervenga.</p>
Canadá	<p>Desde 1989, y en sustitución del antiguo <i>Copyright Appeal Board</i>, existe un organismo denominado <i>Copyright Board</i> que, en algunos casos, tiene la potestad de establecer, a petición de una de las partes, el importe de las tarifas que un usuario debe pagar por la utilización de obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, en los casos en los cuales la administración de éstas se haya confiado a una entidad de gestión colectiva.</p>
Alemania	<p>En la Oficina Alemana de Patentes y Marcas existe un mecanismo de resolución de conflictos de naturaleza arbitral. Su objetivo es intervenir en las disputas que se originan entre las entidades de gestión (o en algunos casos, entre las televisiones que administran sus derechos) y otras partes.</p>

**Cuadro 3**

## Mecanismos de resolución de conflictos tarifarios en algunos países

Noruega	Según la ley de propiedad intelectual de Noruega, cada una de las partes implicadas en una negociación puede solicitar que la remuneración por la utilización de derechos de propiedad intelectual en determinados casos sea fijada por el <i>Copyright Tribunal</i> , y que la decisión de éste obligue. Esta solución se aplica en los siguientes casos: uso de obras y prestaciones para usos educativos; producción y uso de reproducciones para personas con discapacidad; y, comunicación pública de fijaciones sonoras de los artistas y los productores.
Suiza	Según la Ley federal suiza de derechos de autor y derechos vecinos o afines de 1992, la Comisión arbitral federal es competente para aprobar las tarifas de las sociedades de gestión si son equitativas en su estructura y en cada una de sus cláusulas, pudiendo introducir modificaciones. Para determinar la equidad de las tarifas la Comisión atenderá a una serie de requisitos (artículo 60).

Fuentes. **Reino Unido:** Consulta realizada a la *Office of Fair Trading*; <http://www.ipo.gov.uk/ctribunal/ctribunal-about.htm> (consulta realizada el 01/04/2009); **EE.UU.:** consulta realizada al *Department of Justice*; **Australia:** <http://www.copyrighttribunal.gov.au/about/index.html> (consulta realizada el 25/05/09); **Canadá:** <http://www.cb-cda.gc.ca/aboutus/mandate-e.html> (consulta realizada el 01/04/2009); *Minister of Public Works and Government Services Canada* (1999); [http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/C-42/bo-ga:l\\_VII/en#anchorbo-ga:l\\_VII](http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/C-42/bo-ga:l_VII/en#anchorbo-ga:l_VII) (Copyright Act de Canadá; consulta realizada el 01/04/2009); **Alemania:** Consulta realizada al *Bundeskartellamt* (Autoridad de Competencia Alemana); Ley de Propiedad Intelectual de Alemania [traducción al inglés puede consultarse en [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_html.jsp?lang=en&id=1033#JD\\_DE079\\_S14](http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=en&id=1033#JD_DE079_S14) (consulta realizada el 31/03/2009)]; **Noruega:** Consulta realizada a la *Konkurransetilsynet* (Autoridad de Competencia Noruega).

## 4.2.

### Ejercicio de poder de mercado en la fijación de tarifas

198. La posición monopolística desde la que actúan las entidades de gestión y el contexto regulatorio que no contrarresta dicha posición ha dado lugar a un problema tarifario fundamental: la fijación de tarifas inequitativas y/o discriminatorias por la utilización de los repertorios, problema que en varias ocasiones ha sido motivo de expedientes en el TDC y en la CNC<sup>97</sup>.

#### Principales características de las tarifas

199. Puesto que las tarifas fijadas por las entidades de gestión en la actualidad han dado lugar a numerosos problemas tarifarios y algunos aspectos relacionados con ellas entrañan cierta complejidad, es preciso analizar previamente sus características principales.

200. Las entidades de gestión fijan las denominadas “tarifas generales” por la utilización de los derechos de explotación que gestionan, que pueden ser exclusivos o de remuneración. Normalmente, la tarifa informa de lo que un usuario tendrá que pagar (anualmente, mensualmente, etc.) por explotar el repertorio gestionado por la entidad.

201. El análisis de las últimas tarifas generales enviadas por las entidades al Ministerio de Cultura pone de manifiesto que las entidades cobran precios distintos a distintos tipos de usuarios por la utilización del mismo repertorio. Por ejemplo, por comunicar públicamente el repertorio musical y audiovisual que gestiona, la SGAE cobra una tarifa diferente a un bar que a una compañía de transporte en autobús por carretera. En ocasiones, la diferenciación es muy variada. Según el último manual de tarifas enviado al Ministerio de Cultura, la SGAE contempla más de 100 tipos de usuarios de su repertorio para la modalidad de comunicación pública, que van desde las discotecas a los moteles, pasando por los desfiles de modelos, las boleras, las plazas de toros, los actos políticos o las pensiones.

202. Por ejemplo, en el caso de las compañías de autocares, la tarifa<sup>98</sup> de SGAE asciende a 1.265,50 euros por vehículo y por toda la vida del autocar. En el caso de los bares, la tarifa mensual<sup>99</sup> de SGAE se sitúa entre los 15 y los 25 euros (dependiendo de la superficie del local). En el caso de los restaurantes, la tarifa mensual por el mismo concepto se sitúa entre 69 y 148 euros (dependiendo de los tenedores del restaurante).

203. Las tarifas suelen ser por disponibilidad, lo que significa que el usuario paga una cantidad determinada y puede utilizar el repertorio en la modalidad

<sup>97</sup> Véase: Resolución del TDC, de 14 de diciembre de 1998, sobre el Expediente 430/98, Onda Ramblas/AGEDI; Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99 de Propiedad Intelectual Audiovisual; Resolución del TDC, de 25 de enero de 2002, sobre el Expediente 511/01 Vale Music/SGAE; Resolución del TDC, de 13 de julio de 2006, sobre el Expediente 593/05 Televisión (pendiente de revisión judicial); Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/07, Fonogramas (pendiente de revisión judicial); Resolución de la CNC, de 23 de julio de 2009, sobre el Expediente 651/08, AIE/T5 (pendiente de revisión judicial).

<sup>98</sup> Por utilización de las obras del repertorio de SGAE por medio de aparato mecánico o electrónico no reproductor de imagen y por medio de video-gramas lícitamente producidos y distribuidos.

<sup>99</sup> Para la utilización de las obras musicales y audiovisuales del repertorio SGAE como amenización de carácter secundario e incidental.

contratada todo lo que quiera y las partes que quiera<sup>100</sup>. No obstante, y como se analiza con más detalle más adelante, existen casos de tarifas que reflejan de algún modo el uso efectivo que se hace de los repertorios<sup>101</sup>.

204. Existen dos tipos de modalidades principales de tarifas:

- *A tanto alzado*. Esto significa que el usuario paga una cantidad determinada por la utilización del repertorio.
- *En % sobre los ingresos de explotación*. Esto significa que el usuario paga un % de sus ingresos de explotación.

205. Las tarifas generales tienen una naturaleza subsidiaria, es decir, se aplican en el caso de que entidades y usuarios no lleguen a un acuerdo. Además, se utilizan para determinar la cantidad que el usuario debe hacer efectiva bajo reserva o consignar judicialmente para disponer de la autorización mientras la entidad y el usuario no alcancen un acuerdo.

206. Las negociaciones entre entidades y usuarios pueden hacer que la tarifa o precio aplicable finalmente sea distinta a la tarifa general, si bien ésta influye y determina todo el proceso, ya que se aplica si no hay acuerdo. Las entidades de gestión suelen justificar las diferencias entre tarifas generales y tarifas negociadas en las contrapartidas que a cambio reciben del usuario, aunque esto es motivo de seria controversia. Según las entidades, ejemplos de estas contrapartidas son: la prestación de determinados servicios por parte de la asociación o del usuario, que ahorra costes de gestión y administración de los derechos; la promoción de las obras o prestaciones de los titulares que la entidad representa. A su vez, las negociaciones también tienen como objetivo establecer un calendario progresivo de establecimiento de la tarifa general inicialmente fijada por la entidad.

### **Tarifas inequitativas**

207. El problema en torno a la equidad de las tarifas que fijan las entidades de gestión es recurrente en este sector. Teniendo en cuenta que las entidades de gestión constituyen monopolios de hecho débilmente regulados, las posibilidades de que establezcan tarifas abusivas, por inequitativas, se incrementan con respecto a una situación en la que estuviesen disciplinadas por una mayor presión competitiva o por una mayor supervisión.

208. La inequidad de las tarifas es constante motivo de queja por parte de los usuarios y fuente de numerosos conflictos en los Tribunales de Justicia. A su vez, ha sido objeto de varias resoluciones del TDC/CNC:

<sup>100</sup> Por ejemplo, un usuario como un bar paga una cantidad determinada al mes a SGAE y ello le permite comunicar públicamente el repertorio de la entidad, todo lo que quiera y las obras que quiera.

<sup>101</sup> No existe un esquema determinado de uso efectivo. Lo que implica el uso efectivo es que lo que paga el usuario varía según su utilización del repertorio. Por ejemplo, DAMA no cobra lo mismo a una televisión que utilice repertorio DAMA durante una hora de su programación que a la que sólo lo utilice 10 minutos diarios de su programación en la misma franja horaria.

- Resolución del TDC, de 14 de diciembre de 1998, sobre el Expediente 430/98, Onda Ramblas/AGEDI. Uno de los motivos del expediente fue una denuncia de Onda Ramblas a AGEDI por fijación de tarifas inequitativas. No obstante, el TDC no sancionó a AGEDI.
- En la Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual, se sancionó a distintas entidades de gestión (EGEDA, AIE y AISGE) por la fijación de tarifas inequitativas a los hoteles.
- En la Resolución del TDC, de 13 de julio de 2006, sobre el Expediente 593/05, Televisión, se trató la fijación de tarifas inequitativas por parte de AGEDI, si bien no se pudo acreditar que las tarifas fuesen inequitativas.
- En Resolución de la CNC, de 23 de julio de 2009, sobre el Expediente 651/08, AIE/T5, donde se sancionó a AIE por haber exigido unas tarifas inequitativas a Telecinco.

209. Existen una serie de factores que inciden en que una tarifa sea equitativa: su relación razonable con el valor económico de la utilización del repertorio; su relación con el uso efectivo; y su ajuste al repertorio. Estos factores se deducen de un análisis sobre la jurisprudencia que ha tratado la inequidad de las tarifas de las entidades de gestión.

#### **Relación con el valor económico de la utilización de los repertorios**

210. Una tarifa equitativa debe guardar una relación razonable con el valor económico de la prestación, en este caso, de la utilización del repertorio. De lo contrario, dicha tarifa puede resultar excesiva, en línea con lo sostenido por la CNC en varias de sus resoluciones basándose en la jurisprudencia europea sobre precios no equitativos, que establece *“un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86.a) puede consistir en la práctica de un precio excesivo sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada”*<sup>102</sup>.

211. El carácter excesivo de una tarifa no depende necesariamente de que sea por disponibilidad o por uso efectivo, en la medida en que tanto una como la otra pueden ser excesivas. La tarifa por uso efectivo que, por ejemplo, una entidad establezca por comunicar públicamente un minuto de su repertorio puede ser excesiva por no guardar una relación razonable con el valor económico de comunicar dicho minuto.

212. Existen motivos para pensar que las entidades fijan tarifas excesivas en ocasiones, como ponen de manifiesto las diferencias significativas<sup>103</sup> sin justificación objetiva que a menudo tienen lugar entre tarifas generales y tarifas

<sup>102</sup> Sentencia *United Brands* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de febrero de 1978.

<sup>103</sup> Por ejemplo, la tarifa general de AIE para televisiones por el derecho de remuneración equitativa de artistas intérprete o ejecutantes por comunicación pública de grabaciones audiovisuales suponía abonar un pago que representaba el doble que lo que tendría que abonarse según la tarifa acordada en el convenio con la FORTA (véase Resolución de 23 de julio de 2009, sobre Expediente 651/08, AIE/T5).

negociadas, y que llevan a concluir que ambas no pueden guardar al mismo tiempo una relación razonable con el valor económico. A su vez, como ha podido constatar la CNC, en ocasiones las entidades no tienen en cuenta una serie de criterios que podrían ayudar a determinar el valor de la utilización de los repertorios para los usuarios. En efecto, en la Resolución de la CNC, de 23 de julio de 2009, sobre el Expediente 651/08, AIE/T5 se afirma que en el caso de las televisiones, la entidad AIE no ha tenido en cuenta criterios objetivos para determinar el valor que la comunicación pública tiene para las televisiones, como por ejemplo, franjas horarias, audiencias o los ingresos por publicidad.

### **Relación con el uso efectivo**

213. La consideración del uso efectivo que los usuarios hacen de los repertorios constituye uno de los principales problemas que giran en torno a la equidad de las tarifas.

214. El problema es que las tarifas por disponibilidad, independientes del uso efectivo, constituyen un esquema tarifario no razonable en ocasiones, puesto que incrementa las posibilidades de que tenga lugar una desproporción entre el valor económico de la utilización del repertorio y lo que el usuario paga por utilizarlo. Por ejemplo, una tarifa porcentual sobre ingresos en casos en los cuales éstos no estén correlacionados con la utilización del repertorio, puede dar lugar a un pago que no guarda relación, o guarda una relación insuficiente, con el valor económico de la utilización del repertorio. Si se cobra un 3% sobre ingresos a dos televisiones, y una pone un minuto de música al día y otra pone cinco horas de música al día, la tarifa independiente del uso efectivo podría hacer que la primera televisión realizase un pago desproporcionado. Resultaría más razonable que dicho pago se modulara en función del uso que cada televisión hace del repertorio.

215. A su vez, las tarifas que no tienen en cuenta el uso efectivo generan distorsiones en la asignación de recursos, puesto que no permiten que los usuarios asignen de modo eficiente la utilización del repertorio, reduciendo su consumo y asignando los recursos liberados a usos alternativos. Un ejemplo puede resultar clarificador: supóngase que una televisión utiliza dos horas al día obras musicales y que sus ingresos brutos totales son 100. Ello supondrá que los pagos a una entidad que fije para las televisiones tarifas porcentuales por disponibilidad ascenderán a un % sobre esos 100. En caso de que la televisión decida reducir en una hora su consumo de obras por otros contenidos que no utilizan esas obras, y que a pesar de dicha sustitución, sus ingresos se mantengan en 100, la entidad le cobrará el mismo porcentaje (y la misma cantidad final), lo que significa que su coste por explotar obras será el mismo que antes de la sustitución, si bien el usuario ha utilizado el repertorio un 50% menos. De este modo, se dificulta la gestión del coste de explotar obras o prestaciones protegidas.

216. No obstante, a la hora de tener en cuenta el uso efectivo también es necesario considerar el coste al que ello puede realizarse. De lo contrario, en utilizaciones en las cuales monitorizar el uso es costoso, el usuario podría acabar pagando un importe muy elevado, más que el resultante de aplicar una tarifa por disponibilidad. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia que a continuación se analiza, que ha considerado que una tarifa equitativa

debe tener en cuenta el uso efectivo que los usuarios hacen de los repertorios, siempre y cuando pueda tenerse en cuenta a un coste razonable.

217. En este sentido se ha expresado el TDC/CNC en varias ocasiones:

- En la Resolución de Expediente 593/05, de Televisión, el TDC señala *“que desde el punto de vista de la libre competencia resulta deseable que la base para el cálculo de las tarifas generales se establezca con relación fundamentalmente al uso real”*.
- En la Resolución de 4 de febrero de 2008, sobre el Recurso contra actos del Servicio (714/07, Telecinco/AIE), la CNC *“considera que la fijación de una tarifa exclusivamente sobre los ingresos totales del usuario no es razonable y pudiera no ser equitativa, ya que éstos no están directamente relacionados con el mayor o menor uso de los fonogramas o de las grabaciones audiovisuales, como tampoco puede aceptar que el mayor o menor éxito comercial de una cadena de televisión esté vinculado de forma directa con el mayor o menor uso de la música”*.
- En su Resolución de 23 de julio de 2009, sobre Expediente 651/08, AIE/T5, la CNC afirma que es necesario que *“la exigencia de una tarifa general a un usuario contemple un criterio que permita, en un primer paso, medir la intensidad de uso en la medida de lo posible (tiempo de comunicación, ponderación respecto del producto televisivo final, etc.)”* y que *“lo equitativo está relacionado con el uso efectivo de ese insumo”*.

218. A su vez, la introducción del criterio del uso efectivo en la medida de lo posible ha sido defendida recientemente por otras instancias. Así, es muy importante destacar que el Tribunal Supremo, en una sentencia relevante dictada en el contexto de un conflicto tarifario entre Telecinco y AIE<sup>104</sup>, ha establecido que un criterio que atienda exclusivamente a los rendimientos de explotación *“no puede ser aceptado. Resulta, en principio, evidente que resulta más equitativo el criterio de efectividad del uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas. Se impone la necesidad de fijar como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad en la fijación de la remuneración equitativa que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente”*.

219. Finalmente, en el contexto de una petición de decisión prejudicial planteada por la autoridad de competencia sueca al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>105</sup>, este tribunal defiende que *“una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que tiene una posición*

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2009, motivada por el recurso de casación número 2157/2003 interpuesto por la representación procesal de *Gestevisión Telecinco S.A* contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 583/2001 por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 21 de marzo de 2003.

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 11 de diciembre de 2008, en el asunto C-52/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el *Marknadsdomstolen* (Suecia), mediante resolución de 2 de febrero de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de febrero de 2007, en el procedimiento entre *Kanal 5 Ltd*, *TV 4 AB* y *Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)*.



*dominante... no explota de forma abusiva dicha posición cuando, en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, aplica a las cadenas de televisión privadas un sistema de tarifas según el cual los importes de dichas tarifas corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas, siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras”.*

220. En consecuencia, una tarifa equitativa debe tener en cuenta el uso efectivo que los usuarios hacen de los repertorios, siempre y cuando pueda tenerse en cuenta a un coste razonable.

221. Sin embargo, las tarifas independientes del uso efectivo predominan en la actualidad. El motivo que normalmente se utiliza para justificar que las tarifas no tengan en cuenta el uso efectivo es que su medición es complicada y muy costosa, lo que implicaría un incremento del coste final para el usuario. No obstante, a pesar de que ello puede ser cierto en ocasiones, también lo es que las posibilidades de medir el uso varían según el tipo de usuario y el tipo de derecho y que algunos usuarios que podrían acogerse a tarifas por uso efectivo deben sin embargo pagar según tarifas por disponibilidad.

222. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el progreso tecnológico y la digitalización permiten en muchos casos monitorizar el uso a un coste razonable y que entidades extranjeras lo aplican en casos en los cuales en España no se aplica. Además, también es muy relevante el hecho de que las entidades utilicen datos de uso efectivo para repartir entre sus titulares gran parte de su recaudación.

223. Los principales beneficiarios de tarifas por uso efectivo serían las televisiones y los radios, que sin embargo pagan normalmente por disponibilidad o según esquemas de uso efectivo que lo reflejan de modo insuficiente.

224. Por ejemplo, en el caso de las televisiones, actualmente pagan un % sobre ingresos a entidades como SGAE<sup>106</sup>, AGEDI<sup>107</sup>, AIE o AISGE. Aunque las televisiones han manifestado que desearían poder pagar según el uso efectivo, estas entidades reclaman un mismo % independientemente de lo que las televisiones utilicen el repertorio.

<sup>106</sup> Por utilizar para la comunicación pública el repertorio de SGAE, las tarifas de 2009 para televisiones de difusión por vía terrestre ascienden a un porcentaje fijo sobre ingresos brutos o netos. Las tarifas se aplican a los ingresos mensuales. Si la cantidad resultante es menor que un mínimo, entonces el usuario paga un mínimo. La tarifa total sobre ingresos brutos se sitúa en el 2,8804%, mientras que la total sobre ingresos netos asciende al 4,4802% (*Tarifas Generales de SGAE 2009*).

<sup>107</sup> En el caso de AGEDI, por reproducción y comunicación pública de vídeos musicales las tarifas tienen en cuenta de alguna manera el uso efectivo, puesto que se establecen tantos alzados por vídeo musical emitido (*Tarifas Generales de AGEDI-AIE para la utilización de vídeos musicales*, 2008).

225. En este caso, no existe una justificación por el lado de la tecnología o del coste de monitorizar el uso, puesto que las televisiones ya ofrecen información a las entidades sobre la utilización de los repertorios para que después éstas repartan lo recaudado entre sus titulares. A su vez, DAMA, una entidad pequeña en comparación con SGAE, fija sus tarifas a las televisiones según el uso efectivo que se haga de su repertorio audiovisual (Tabla 5).

**Tabla 5**

Tarifas de DAMA, aplicables a emisoras de televisión de difusión por vía terrestre por comunicación pública\*. 2008

Franja	Horario	Precio/minuto (en euros)
Madrugada	02:30 - 07:29	0,20
Despertador	07:30 - 08:59	3,86
Mañana	09:00 - 12:59	12,62
Acces - sobremesa	13:00 - 14:59	128,14
Sobremesa	15:00 - 17:59	79,72
Tarde	18:00 - 20:59	103,00
Primer time	21:00 - 23:59	197,86
Late night	00:00 - 02:29	37,92

Fuente: Tarifas Generales de DAMA, mayo 2008.

\* Que retribuyen el derecho a la comunicación pública de las obras de repertorio DAMA contenidas en programas propios del usuario, mediante la emisión y difusión inalámbrica, tanto en señal analógica como digital y otras similares que pudieran implantarse, todo ello por medio de la televisión. (Tarifas Generales de DAMA, mayo 2008).

226. Si se acude a la experiencia internacional, se observa que algunas entidades de gestión de derechos de autor de obras musicales fijan tarifas por uso efectivo a las televisiones, como la entidad alemana GEMA o la sueca STIM. Existen otros ejemplos de modalidades tarifarias alternativas que tienen en cuenta el uso efectivo, como las denominadas *per-program-licenses* de Estados Unidos, por las que una televisión puede obtener una licencia para utilizar cualquier obra del repertorio de la entidad durante una parte de su programación.

227. En el caso de las radios, la tarifa general de AGEDI-AIE por comunicación pública de fonogramas también es un porcentaje sobre ingresos<sup>108</sup>, independientemente del uso efectivo. Sólo en el caso de comunicación pública de fonogramas por Internet se establecen tarifas a tanto alzado que tienen en cuenta de alguna manera el uso efectivo<sup>109</sup>. En el caso de SGAE, esta entidad fija una tarifa porcentual sobre ingresos para la comunicación pública de obras musicales, que a pesar de que incorpora algo el uso<sup>110</sup>, lo hace de modo claramente insuficiente, puesto que las franjas de uso no son lo suficientemente flexibles.

228. Sin embargo, como en el caso de las televisiones, las radios informan a las entidades del uso que realizan de sus repertorios, y en todo caso, vigilar el uso en el caso de las radios es tecnológica y económicamente viable. De hecho, acudiendo de nuevo a la experiencia internacional, también se observa que entidades de otros países aplican tarifas por uso efectivo a las radios, con esquemas mucho más sofisticados que los que existen en España. Por ejemplo, la *Australasian Performing Right Association* (APRA) de Australia, que recauda y distribuye pagos por la comunicación pública de obras musicales, fija tarifas por uso efectivo a las radios comerciales (véase Tabla 6 ).

**108** Por ejemplo, para radios de difusión inalámbrica, AGEDI-AIE fijan tarifas generales en concepto de derechos de comunicación pública que son el 2,35 % (correspondiendo a AGEDI el 1,1985 % y a AIE el 1,1515 %) sobre el importe total de los ingresos brutos que obtenga mensualmente la emisora de radio, y el 5 % (correspondiendo a AGEDI el 2,55 % y a AIE el 2,45 %) de los ingresos brutos que ésta haya obtenido por las emisiones de fonogramas en programas patrocinados por personas o entidades comerciales para la publicidad o promoción de sus negocios. (Tarifas Generales AGEDI-AIE por la comunicación pública de fonogramas, 2009).

**109** Por la comunicación pública de fonogramas a través de Internet en las modalidades de simulcasting y webcasting no interactivo ofrece dos alternativas a) 0,000740 euros por cada canción transmitida y oyente o b) 0,000185 euros por cada minuto de emisión y oyente. (Tarifas Generales AGEDI-AIE por la comunicación pública de fonogramas, 2009).

**110** Por la utilización de su repertorio por parte de las emisoras de radio, la SGAE fija tarifas generales que ascienden a un 3,75% de los ingresos por comunicación pública y un 1,25% en concepto de reproducción. La base de ingresos totales sobre la que se aplica varía dependiendo del grado de utilización del repertorio sobre el tiempo total de emisión. Existen tres categorías: a) emisoras que utilizan el repertorio hasta un diez por ciento de su total tiempo de emisión; b) más del 10% y menos de 70%; c) un 70% o más. Los coeficientes a aplicar para obtener la base de ingresos a los que se aplica los % por comunicación pública y reproducción serían 0,25 para la categoría primera, 0,6 para la segunda y 1,0 para la tercera. Después, a estas bases se aplicarían los porcentajes del 3,75% y del 1,25% (Tarifas Generales de SGAE 2009).

**Tabla 6**

Tarifas APRA, aplicables a radios comerciales por la comunicación pública de obras musicales. 2009

% de la música sobre el total de tiempo de emisión	% de ingresos brutos a pagar
80% +	3.50%
75 – 79.99%	3.00%
70 – 74.99%	2.75%
65 – 69.99%	2.50%
60 – 64.99%	2.25%
55 – 59.99%	2.00%
50 – 54.99%	1.75%
45 – 49.99%	1.50%
40 – 44.99%	1.25%
30 – 39.99%	1.00%
10 – 29.99%	0.50%
0 – 09.99%	0.05% por cada punto porcentual (o fracción) de uso relativo

Nota: % a aplicar a los ingresos publicitarios mensuales. / Fuente: página web de APRA (consultada 21/04/09)

229. Además de que aplicar tarifas por uso efectivo a las televisiones y las radios es tecnológica y económicamente viable, conviene señalar que estas clases de usuarios son muy relevantes, como se deduce de su participación en términos de recaudación:

- En 2007, la recaudación nacional de la SGAE derivada de la *radiodifusión* y *cabble*, proveniente de radios y televisiones ascendió a 159,7 millones de euros, un 46,4% de su recaudación nacional total<sup>111</sup>.
- En 2008, los ingresos de AGEDI<sup>112</sup> provenientes de televisiones y radios por comunicación pública y reproducción de fonogramas y videos musicales ascendió a 16,9 millones de euros, un 66,1% de su recaudación bruta total.

<sup>111</sup> Informe de Gestión de la SGAE 2007.

<sup>112</sup> Consulta realizada a AGEDI.

- En 2008, la recaudación de AISGE<sup>113</sup> a las televisiones se situó en 20,4 millones, un 64,7% de su recaudación nacional en 2008.
- En 2008, los ingresos de AIE<sup>114</sup> por comunicación pública de fonogramas se situaron en 8,2 millones de euros, un 72,3% de su facturación nacional total por comunicación pública de fonogramas.

230. Aunque sea complicado determinar de modo taxativo todos los casos en los cuales deberían existir tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo, sí es posible afirmar que siempre y cuando sea posible monitorizar y vigilar la utilización efectiva de los repertorios a un coste razonable, y cuando el usuario esté dispuesto a proveer la información que en su caso sea necesaria para medir el uso, deberían existir tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo como alternativa a las tarifas por disponibilidad. Este es el caso, por ejemplo, de las televisiones y los radios, pero también del incipiente mercado de los usuarios que exploten obras y prestaciones en el entorno *online*. Pueden existir usuarios que por motivos de coste y tecnología, o por motivos de confidencialidad y salvaguarda de secretos comerciales, deseen seguir utilizando tarifas que no tengan en cuenta el uso efectivo, aun en el supuesto de que por las características de su uso pudieran acogerse a esta tipología tarifaria. También cabe que el uso efectivo sea uno de los componentes de la tarifa, pudiendo haber otros de tipo fijo que reflejen la disponibilidad u otro tipo de variables. Lo importante es que la tarifa permita recoger variaciones en el uso efectivo que el usuario haga del repertorio.

### Ajuste al repertorio

231. Una tarifa equitativa tiene que tener en cuenta el repertorio efectivamente gestionado por la entidad. En caso contrario, se dificulta que la tarifa guarde una relación razonable con el valor económico de la utilización del repertorio y se incrementa la posibilidad de que los usuarios realicen pagos por titulares que la entidad no representa. Recientemente, el Tribunal Supremo, en la citada Sentencia de 18 de febrero de 2009, dictada en el contexto de un conflicto tarifario entre Telecinco y AIE<sup>115</sup>, ha defendido que un principio que debe guiar la fijación de tarifas es el de la amplitud del repertorio: *“... no puede quedar al margen de la fijación de las tarifas la consideración de los criterios relacionados con la amplitud del repertorio de cada una de estas sociedades en relación con las demás...”*.

232. No obstante, como ya se aludió en el análisis de las barreras estratégicas, no existe la suficiente transparencia con respecto a los repertorios, lo que significa que en ocasiones un usuario no sabe a qué titulares representa una entidad y a cuáles no. En los casos de los derechos de gestión colectiva obligatoria, el desconocimiento se debe además a que existen distintas interpretaciones sobre qué titulares de otros países se protegen en España según la LPI.

<sup>113</sup> Consulta realizada a AISGE.

<sup>114</sup> Memoria AIE 2008.

<sup>115</sup> Sentencia motivada por el recurso de casación número 2157/2003 interpuesto por la representación procesal de Gestevisión Telecinco S.A contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 583/2001 por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 21 de marzo de 2003.

233. Esta falta de transparencia facilita que las tarifas no se ajusten al repertorio, como en ocasiones denuncian los usuarios, y refuerza la posición negociadora de la entidad, lo que también repercute negativamente en la equidad. Por lo tanto, es preciso un mayor grado de transparencia en el ámbito de las entidades de gestión, lo que ha sido demandado en varias ocasiones por diferentes instituciones:

- En primer lugar, se ha puesto énfasis sobre la necesidad de una mayor transparencia en el ámbito específico de los repertorios:
  - TDC. En el expediente de 2003 entre DAMA y SGAE, el TDC también se manifestó sobre la necesidad de una mayor transparencia, mediante la inclusión de la creación de una base de datos en el Acuerdo de Terminación Convencional.
  - Parlamento Europeo. En un Informe del Parlamento Europeo de 2003<sup>116</sup>, sobre un marco comunitario relativo a las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor, se subraya la necesidad de *“garantizar que las entidades de gestión funcionen según el principio de la transparencia” (considerando 31) y de “regular su actividad cuando la ejerzan desde una posición de monopolio, para garantizar la transparencia que exige el derecho de competencia” (considerando 35)*. De hecho, una medida que recomendaba la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios de la Comisión Europea en el proceso de consultas para la elaboración de dicho informe era *“el establecimiento de un registro público de acceso electrónico en el que figuren todos los titulares de derechos que estén representados por sociedades de gestión colectiva”*.
  - Comisión Europea. La Comisión Europea, en su Recomendación de 2005<sup>117</sup>, relativa a la música en línea, incluye la siguiente recomendación: *“Los gestores colectivos de derechos deben informar a los titulares de derechos y a los usuarios comerciales del repertorio que representen de cualquier acuerdo recíproco de representación vigente, del ámbito territorial de sus mandatos para dicho directorio y de las tarifas aplicables”*.
  - Asimismo, es importante destacar que el BALPI incluía modificaciones en la LPI con el objetivo de introducir más transparencia en la actuación de las entidades, puesto que incorporaba obligaciones de informar sobre los contratos suscritos con otras entidades de gestión nacionales y extranjeras y obligaciones de informar al usuario sobre el repertorio gestionado por la entidad, así como de las categorías de titulares de derechos de propiedad intelectual no incluidas en el alcance del contrato concedido y que pudieran resultar afectadas por la explotación prevista en el mismo.

<sup>116</sup> Parlamento Europeo (2003).

<sup>117</sup> Recomendación de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea.

- En segundo lugar, se ha demandado una mayor transparencia en el funcionamiento de las entidades de gestión en términos más generales:
  - CNC. Tanto en su Resolución de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/07, Fonogramas, como en la Resolución de 23 de julio de 2009, sobre Expediente 651/08, AIE/T5, se alude al deber de especial transparencia, razonabilidad y objetividad que tienen las entidades de gestión en sus negociaciones con los usuarios.
  - Parlamento y Consejo Europeos. En la Directiva 2001/84/CE<sup>118</sup> el Parlamento y Consejo Europeos consideran que *“los Estados miembros deben asegurarse de que los organismos de gestión colectiva funcionen de modo eficaz y transparente”* (considerando 28). En la Directiva 2001/29/CE<sup>119</sup> considera que *“es necesario, especialmente a la luz de las exigencias derivadas del entorno digital, garantizar que las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor consigan un nivel más alto de racionalización y transparencia en el respeto de las normas de competencia”* (considerando 17). Es importante destacar que ninguna de estas dos directivas trata específicamente de la gestión colectiva, sino de otros temas relacionados con los derechos de autor y derechos afines.
  - Comisión Europea. En su Comunicación de 2004<sup>120</sup>, la Comisión Europea se expresa en estos términos en relación con los problemas que requieren un nuevo enfoque legislativo: *“Los principios de buen gobierno, no discriminación, transparencia y responsabilidad de la sociedad de gestión colectiva en su relación con los titulares revisten, por tanto, particular importancia y deberían aplicarse a la adquisición de derechos (mandato), las condiciones de admisión (y de exclusión), de representación y la posición de los titulares en la sociedad...”*.

### Tarifas discriminatorias

234. Desde el punto de vista de la teoría económica, existe discriminación cuando un mismo bien o servicio se vende a precios diferentes a distintos demandantes, sin que la diferencia se justifique en el coste de producir el bien o servicio. Para que la discriminación de precios sea exitosa, han de cumplirse dos requisitos fundamentales: que las empresas puedan clasificar a sus usuarios y que no exista la posibilidad de arbitraje entre éstos<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

<sup>119</sup> Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

<sup>120</sup> Comisión Europea (2004).

<sup>121</sup> Por ejemplo, cuando se aplican tarifas distintas a jóvenes y personas mayores por un abono de metro, se está clasificando a los usuarios. A su vez, se intenta eliminar el arbitraje entre ellos, haciendo que las personas pertenecientes a un colectivo no puedan utilizar abonos pertenecientes a otros colectivos, o introduciendo multas para el caso en el que lo hagan.

235. Puesto que el efecto de la discriminación sobre el bienestar es ambiguo<sup>122</sup>, la discriminación no se prohíbe *per se*, lo que significa que un precio no es necesariamente abusivo por ser discriminatorio.

236. La CNC ha establecido que cuando una entidad con posición de dominio reclama tarifas distintas por una prestación equivalente, sin justificación objetiva y ocasionando una desventaja competitiva, se está ante un caso de tarifa discriminatoria que debe ser sancionado. Las resoluciones en este caso también han sido numerosas:

- Resolución del TDC, de 14 de diciembre de 1998, sobre el Expediente 430/98, Onda Ramblas/AGEDI. Aunque la fijación de tarifas discriminatorias constituyó uno de los motivos por los cuales se originó el expediente, el TDC no sancionó finalmente a AGEDI.
- Resolución del TDC, de 25 de enero de 2002, sobre el Expediente 511/01 Vale Music/SGAE. En esta resolución, el TDC sancionó a SGAE por abusar de su posición de dominio mediante la fijación de tarifas discriminatorias a Vale Music frente a otras productoras de discos integradas en una asociación. La conducta específica sancionada fue la fijación de una tarifa un 37% más elevada a Vale Music que al resto de radios integradas en la asociación.

Es importante señalar que el conflicto entre Vale Music y SGAE tuvo su curso en los tribunales ordinarios de justicia de modo paralelo. Recientemente, el Tribunal Supremo, en una sentencia dictada en el contexto del conflicto entre SGAE y Vale Music en el orden jurisdiccional civil<sup>123</sup>, ha defendido que *“el establecimiento de tarifas más gravosas para los productores individuales que para aquellos que se presentan como asociados, en la medida en que, por una parte, se imponga un carácter unilateral que haga imposible o muy difícil una real negociación y, por otra parte, tenga carácter discriminatorio y, por ello, contrario al principio de igualdad, debe considerarse que conculca el mandato de razonabilidad contenido en el artículo 157 a) de la LPI y, por ende, determina la nulidad de las cláusulas contractuales que vulneran de este modo los límites impuestos por la ley al principio de autonomía de la voluntad, a los que se refiere expresamente el artículo 1256 del CC”*.

- En la Resolución del TDC, de 13 de julio de 2006, sobre el Expediente 593/05, Televisión, la CNC sancionó a AGEDI por discriminar a A-3 y T-5 frente a TVE. En este caso, el TDC consideró acreditado que el peso del montante reclamado a A-3 y T-5 sobre los ingresos de publicidad era seis veces superior que el peso resultante de aplicar lo reclamado a TVE sobre los ingresos publicitarios de esta cadena.

<sup>122</sup> Por un lado, supone una transferencia de renta de los consumidores a los productores, pero por otro, puede incrementar la producción. El efecto global puede ser un incremento del bienestar total.

<sup>123</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2008, respecto a un recurso de casación número 2951/2002 interpuesto por la SGAE contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 2002, que entre otras cosas, ordenó la aplicación a Vale Music de las condiciones pactadas entre SGAE y AFYVE.



- En la Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/07, Fonogramas, se sanciona a AGEDI y AIE por discriminar a SOGE-CABLE frente a TVE y ONO.
- En la Resolución de la CNC, de 23 de julio de 2009, sobre el Expediente 651/08, AIE/T5, donde se sancionó a AIE por haber exigido unas tarifas discriminatorias a Telecinco.

237. Estas prácticas discriminatorias en las que incurren las entidades de gestión introducen distorsiones competitivas en los mercados donde operan los usuarios, puesto que algunos usuarios se ven obligados a pagar por un *input* intermedio precios más altos que los que pagan sus competidores.

238. Un elemento importante en la aparición de estas prácticas es la falta de transparencia sobre del contrato que una entidad tiene con un usuario *j* para otro usuario *i*, siendo *j* e *i* usuarios que realizan una actividad similar, un uso similar del repertorio y que se ejercen cierta presión competitiva. Esta falta de transparencia facilita que se pueda discriminar, lo que de nuevo pone de manifiesto la conexión entre la falta de obligaciones de transparencia de las entidades y la introducción de distorsiones en el funcionamiento de los mercados desde su posición monopolística.

239. Por estos motivos, en su Resolución del Expediente 636/07, de Fonogramas, la CNC sostiene que *“la ocultación de los acuerdos previamente celebrados con otros usuarios operadores de televisión constituye un grave incumplimiento del deber de especial transparencia que tienen frente a los usuarios de los derechos que gestionan”*, considerando necesario *“en orden a mitigar el riesgo de que se produzcan nuevos comportamientos discriminatorios, imponer a las entidades de gestión imputadas que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario demandante sobre las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio”*.



# 5.

## Conclusiones

©

©

©

©

©

©

©

©

©

©



### Primera

El marco legal vigente reconoce distintos derechos de propiedad intelectual a las personas que crean obras y prestaciones. Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual gestionan muchos de estos derechos y constituyen un sector relevante que incide en múltiples mercados de la economía, a pesar de que el progreso tecnológico y las nuevas formas de distribución y consumo de obras y prestaciones están poniendo en cuestión su rol tradicional.

### Segunda

Las entidades de gestión tienen un elevado poder de mercado, realizando normalmente su actividad desde una posición monopolística. Cada una de ellas gestiona un determinado conjunto de derechos que nadie más gestiona. De esta manera, existen en España siete monopolios que gestionan cada uno un conjunto diferente de derechos reconocidos. La única excepción tiene lugar en el segmento de autores audiovisuales, donde existe un leve grado de competencia entre la entidad dominante, SGAE, y la minoritaria, DAMA.

La posición monopolística de las entidades reduce sus incentivos a operar de modo eficiente y facilita la aparición de una serie de problemas. Por un lado, el establecimiento de tarifas inequitativas y/o discriminatorias. Por otro, las dificultades para que los usuarios gestionen de modo eficiente sus costes y para que se desarrollen mercados no tradicionales de explotación de obras y prestaciones.

Estas dificultades se ven agravadas por la multiplicidad de derechos y entidades, y por la falta de claridad de la LPI en aspectos que son claves en la comercialización de los derechos de propiedad intelectual, todo lo cual incrementa los costes de transacción y negociación de los usuarios, generando un alto nivel de litigiosidad entre oferentes y demandantes, con la consiguiente inseguridad jurídica.

### Tercera

La escasa presión competitiva que afrontan las entidades de gestión se explica por la confluencia de diversas barreras de entrada que limitan la competencia efectiva y/o potencial que otras entidades nacionales o extranjeras o los propios titulares podrían ejercer.

Por un lado, las economías de escala en la gestión de derechos de propiedad intelectual generan una tendencia a la concentración de mercado que puede conllevar desventajas competitivas para los entrantes; no obstante, su relevancia depende del tipo de utilización y se ha visto afectada por el progreso tecnológico, que está reduciendo los costes vinculados a la gestión de derechos de propiedad intelectual y facilitando la gestión individual, particularmente en el entorno *online*.

Por otro lado, están presentes las barreras de entrada legales incluidas en la LPI y las barreras de entrada estratégicas que las entidades han establecido en un entorno regulatorio que no contrarresta su elevado poder de mercado.

En relación con las barreras de entrada legales, la LPI incorpora una serie de condiciones para operar como entidad de gestión que han contribuido decisivamente a configurar el actual régimen de monopolios, y que dificultan la aparición de nuevos operadores que compitan con las entidades ya autorizadas.

Por un lado, está la exigencia de autorización previa condicionada al cumplimiento de requisitos que introducen un elevado grado de incertidumbre, falta de claridad y subjetividad, y otorgan al Ministerio de Cultura un elevado margen de discrecionalidad en la concesión de autorizaciones. Todo ello permite cerrar el paso a otras formas de gestión colectiva distintas a la actualmente existente y que el mercado puede estar demandando, de forma especial en los ámbitos *online*.

Por otro lado, la imposición de que la entidad carezca de ánimo de lucro en el ejercicio de una actividad típicamente empresarial como es la gestión de derechos y de determinados requisitos estatutarios (art. 151 LPI), no se justifican por la defensa de los titulares de los derechos gestionados y, en todo caso, no deberían excluir la utilización de formas societarias mercantiles, en principio más adecuadas que la asociación para el desarrollo de actividades típicamente económico-empresariales.

Por último, la LPI impone la gestión colectiva obligatoria a través de entidades de gestión más allá de lo que obliga la legislación de la Unión Europea. Esta imposición legal elimina la libertad del titular del derecho para elegir entre la gestión individual o la colectiva (en cualquiera de sus formas materialmente posible), lo que gracias al progreso tecnológico es cada vez más factible, de forma especial en el ámbito *online*.

Por todo ello, si bien es cierto que la LPI no impone de forma expresa la existencia de una única entidad de gestión por tipo de derechos, el análisis del marco normativo de la gestión colectiva realizado por la CNC pone de manifiesto que la voluntad del legislador es que existan entidades de gestión monopolísticas.

En cualquier caso, todos estos factores ponen de manifiesto que la LPI constituye un marco legal muy restrictivo de la competencia, y tendente a reforzar el efecto negativo de las barreras de entrada de naturaleza económica, que ya de por sí generan una tendencia a la concentración en el mercado. En este sentido, las reformas introducidas en la LPI a raíz de la transposición de la Directiva de Servicios resultan claramente insuficientes y favorecen el mantenimiento de monopolios gestores de derechos de propiedad intelectual.

En cuanto a las barreras de entrada estratégicas, éstas se derivan de algunas actuaciones de las entidades de gestión en un entorno regulatorio que permite que las entidades puedan explotar su posición monopolística. Fundamentalmente, destacan las cláusulas de los acuerdos de representación recíproca con entidades de otros países que generan monopolios nacionales; la amplitud de los contratos que ofrecen a los titulares para la gestión de sus derechos, tanto en cuanto a su duración como en cuanto a la extensión de los derechos que incluyen; la exclusividad en la gestión de los derechos; la falta de transparencia sobre los repertorios gestionados; la configuración de repertorios en los que confluyen sin distinción aparente derechos exclusivos y de remuneración, unos de gestión colectiva voluntaria y otros obligatoria; así como la predominancia de tarifas independientes del uso efectivo.

#### Cuarta

Pese a que la LPI establece un marco normativo de la gestión colectiva en el que la opción querida y más probable es la de entidades de gestión que actúan como monopolios, las obligaciones que se les imponen en absoluto

permiten contrarrestar el elevado poder negociador (ante los titulares y ante los usuarios) que le atribuye ese poder de mercado.

En el ámbito tarifario, no existe control *ex-ante* sobre las tarifas que fijan unilateralmente las entidades, ya sea a través de la introducción de obligaciones eficaces o a través de la supervisión de una autoridad competente, puesto que las facultades que la LPI asigna a las Administraciones Públicas son muy generales y ambiguas, y sin ningún poder sancionador.

Esta circunstancia conduce a que el proceso de negociación con los usuarios no garantice que las tarifas sean razonables y equitativas. Las entidades gozan de un elevado poder de mercado y el marco legal permite que, ante una falta de acuerdo, se apliquen las tarifas generales fijadas previamente de modo unilateral por la entidad monopolística, lo que reduce los incentivos de esta última para entrar en una negociación real.

Además, la LPI no incluye obligaciones de transparencia sobre los repertorios o ámbitos de derechos efectivamente gestionados por las entidades, sobre los costes de gestión, sobre las cantidades no repartidas o sobre los contratos a los que llegan con usuarios individuales, lo que provoca problemas de información que afectan al equilibrio de la negociación.

Finalmente, el control *ex-post* es muy reducido. La Comisión de Propiedad Intelectual, pensada por la LPI de 1987 como mecanismo de resolución de conflictos entre las entidades de gestión y usuarios, no se ha mostrado como un instrumento eficaz para solucionar los conflictos tarifarios, principalmente porque no ha sido dotada de las competencias y de las facultades coactivas necesarias para que pudiese servir eficazmente a ese fin. A lo largo de estos años el legislador no ha conseguido mejorar este sistema de solución de conflictos, principalmente por la oposición de las entidades de gestión a todo lo que suponga la injerencia de la Administración en la determinación de las tarifas por uso de los derechos exclusivos gestionados.

## Quinta

La ausencia de un marco regulatorio eficaz ante la posición monopolística de las entidades a la hora de establecer sus tarifas ha dado lugar a numerosos conflictos tarifarios, que se han tratado de resolver a través de los tribunales de justicia y también ante el TDC/CNC, sede en la que en varias ocasiones las entidades han sido sancionadas por abusar de su posición de dominio mediante la fijación de tarifas inequitativas y/o discriminatorias.

Los problemas en torno a la equidad surgen principalmente porque las entidades establecen unilateralmente sus tarifas sin ajustarse al valor económico de la utilización del repertorio y al uso efectivo de los repertorios. Las entidades son reacias a conceder a los usuarios tarifas por uso efectivo, a pesar de que ello es tecnológica y económicamente viable en muchos casos y las entidades utilizan informes de uso efectivo para repartir un porcentaje muy alto de lo que recaudan.

Las tarifas inequitativas introducen distorsiones en los mercados donde operan los usuarios, ya sea por su carácter excesivo o porque obstaculizan que los usuarios gestionen de modo eficiente sus costes.

Por su parte, la fijación de tarifas discriminatorias tiene lugar porque las entidades establecen tarifas distintas para usuarios similares, sin que exista una justificación objetiva y ocasionando una desventaja competitiva. Este tipo de práctica, cuya aparición se facilita por el hecho de que no existan obligaciones de transparencia para las entidades sobre los acuerdos que alcanzan con usuarios similares, dificulta la competencia en los mercados donde operan los usuarios, puesto que algunos usuarios se ven obligados a pagar por un *input* intermedio precios más altos que los de sus competidores.

## Sexta

La CNC considera que es posible un modelo más favorable a la competencia, donde las entidades enfrenten mayor presión competitiva en la prestación de servicios a titulares y a usuarios, ya sea por parte de otras entidades, nacionales o extranjeras, o por parte de los propios titulares. El objetivo de introducir competencia en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual es particularmente importante teniendo en cuenta los desarrollos tecnológicos de la última década y el advenimiento del entorno *online* como la ventana de explotación de obras y prestaciones fundamental en el futuro. En este nuevo ámbito, las posibilidades de conseguir un entorno más competitivo para la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual son mayores que en el mundo *offline*.

Por este motivo, la CNC considera que debe realizarse una revisión integral de la LPI en materia de gestión colectiva, y recomienda la remoción de una serie de obstáculos a la competencia y barreras de entrada, lo que incrementará los incentivos de las entidades a prestar sus servicios de modo eficiente y reducirá las posibilidades de que ejerzan su poder de mercado en el ámbito tarifario.

Introducir competencia no equivale a que un determinado conjunto de derechos quede repartido entre varias entidades. Este tipo de modelo no parece la mejor opción: los usuarios se ven obligados a negociar con todas las entidades si quieren acceder al repertorio de la totalidad de autores y, por ello mismo, la competencia no se ve realmente favorecida. La competencia requiere de modelos de gestión colectiva distintos al existente, que refuercen la capacidad de elección y de actuación no sólo de los usuarios, sino también de los titulares de los derechos. En efecto, para introducir competencia es preciso apostar por la libertad de gestión, es decir, por que los titulares tengan más libertad contractual con respecto al mandato que dan a la entidad de gestión, y más libertad para elegir quién y bajo qué forma jurídica le gestiona sus derechos. A su vez, resulta imprescindible erradicar el intervencionismo administrativo que durante todos estos años ha podido obstaculizar o impedir que los mecanismos de mercado operen a la hora de organizar la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

No obstante, la CNC considera que mientras la situación monopolística de las entidades de gestión persista, resulta determinante mejorar la regulación de unas entidades que abusan de modo recurrente de su posición de dominio. Estas mejoras pasan por la imposición de obligaciones de transparencia, por la elaboración de tarifas que tengan en cuenta el uso de los repertorios y determinados criterios de cuantificación, así como por la creación de un regulador que pueda dirimir de forma vinculante toda clase de conflictos en materia de propiedad intelectual.

En todo caso, tal y como se ha venido haciendo hasta el momento, la CNC continuará vigilando cualquier comportamiento o práctica anticompetitiva que carezca de amparo legal en el ámbito de los servicios ofrecidos por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.



# 6.

## Recomendaciones



En este apartado, tomando como punto de partida la actual regulación de los distintos derechos de propiedad intelectual, la CNC realiza propuestas para la articulación de un modelo de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual más favorecedor de la competencia, en el que se incrementen las posibilidades de que las entidades afronten mayor presión competitiva, que permita una reducción del nivel de conflictividad y garantice un marco eficaz de resolución de los conflictos relativos a la gestión de la propiedad intelectual, y en particular de los conflictos tarifarios.

Este cambio en el modelo se vería reforzado a través de las iniciativas favorecedoras de la competencia que se están tomando a nivel europeo y cuyo objetivo es fomentar la competencia entre las entidades de distintos países.

De hecho, en la medida en que se pueda entender que es la propia legislación española de propiedad intelectual la que hace factible que las entidades de gestión adopten o puedan adoptar de forma reiterada comportamientos abusivos de su posición de dominio, no es del todo descartable conforme a la jurisprudencia comunitaria que la Comisión Europea pueda llegar a considerar que España es responsable de una infracción del artículo 86 del Tratado CE (actual art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que impone a los Estados miembros la obligación de no adoptar ni mantener respecto de *“aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos...”* relativos a las normas de competencia, siendo así que el artículo 82 TCE (actual art. 102 del TFUE) prohíbe a las empresas la explotación abusiva de su posición dominante en el mercado.

En tanto en cuanto no se avance por la senda del cambio del modelo hacia otro más favorable a la libre competencia y persista la situación de monopolios en la gestión de derechos de propiedad intelectual, la CNC considera necesario adoptar otro tipo de medidas que contribuyan a contrarrestar ese poder monopolístico y a prevenir posibles abusos e ineficiencias.

### Primera

La LPI no constituye en la actualidad un marco legal suficientemente claro, predecible y generador de certidumbre para los agentes involucrados en los mercados de gestión de derechos de propiedad intelectual, por lo que deberá procederse a su revisión general.

### Segunda

Revisar y, en su caso, eliminar aquellos elementos de la LPI que están actuando de barreras de entrada legales, teniendo en cuenta de modo especial las nuevas posibilidades que brinda el progreso tecnológico. En particular:

- Debe eliminarse la obligatoriedad de la gestión colectiva a través de entidades de gestión en los casos en los que se impone en la actualidad, con la excepción de cuando dicha obligatoriedad venga impuesta por una Directiva europea.
- Debe sustituirse el actual sistema de autorización administrativa de las entidades de gestión colectiva por un sistema de simple registro.
- Debe eliminarse la obligación de que las entidades de gestión carezcan de ánimo de lucro, disponiendo de forma expresa que se pueden constituir bajo cualquiera de las formas jurídicas admitidas en Derecho.

No obstante, en tanto persista el actual marco normativo y, en todo caso, la situación monopolística de las entidades de gestión, la CNC propone las modificaciones que siguen.

### Tercera

Revisar la regulación de la LPI relativa a los estatutos de las entidades y a los contratos de gestión con los titulares de los derechos, con el fin de dotarles de mayor flexibilidad y de facilitar el cambio de entidad gestora por parte de los titulares. En concreto:

- Debe limitarse el periodo de permanencia, prórroga y preaviso, estableciendo una duración máxima de 1 año, indefinidamente renovable por periodos de un año, y un preaviso de 3 meses.
- Debe garantizarse que el titular tenga mayor flexibilidad a la hora de determinar el alcance del contrato en términos de derechos, obras, territorios y utilidades, así como para establecer que el contrato pueda ser en términos no exclusivos y permitir al titular conservar la posibilidad de conceder licencias a la vez que la entidad, ya sea de modo directo o a través de otra entidad de gestión.

### Cuarta

Incluir en la LPI obligaciones de transparencia, con sanciones previstas en caso de incumplimiento. En cualquier caso, las obligaciones de transparencia deberían incorporar, al menos:

- Obligaciones de puesta a disposición de titulares y usuarios de los repertorios (titular y obras/prestaciones) efectivamente gestionados.
- Obligaciones de informar sobre los contratos a los que llegan con otros usuarios, cuando negocien con usuarios que realicen una actividad similar a los primeros.
- Obligaciones de informar sobre los contratos concertados con organizaciones de gestión colectiva de su misma clase.

### Quinta

Incluir como una obligación en la LPI que las entidades de gestión establezcan, al menos para determinadas clases de usuarios, tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo, manteniendo como alternativa las tarifas por disponibilidad.

Como principio general para determinar qué usuarios podrían optar a este tipo de tarifas, se considera que siempre que la monitorización y la vigilancia del uso efectivo pueda realizarse a un coste razonable y siempre que el usuario esté dispuesto a proporcionar la información que sea necesaria para determinar el uso, la entidad de gestión debería tener la obligación de ofrecer al usuario una tarifa que tenga en cuenta el uso efectivo.

### Sexta

Reformar o sustituir la Comisión de Propiedad Intelectual para que sea un órgano regulador independiente, dotado de competencia técnica y facultades decisorias y sancionadoras adecuadas para resolver cualesquiera conflictos en materia de propiedad intelectual y, en particular, los conflictos tarifarios entre entidades de gestión y usuarios, ya sean sobre derechos exclusivos o de remuneración.

La Comisión deberá poder actuar en sus funciones decisorias de oficio o cuando cualquiera de las partes lo solicite a la Comisión, siempre y cuando hayan estado negociando previamente durante un período mínimo, sin llegar a un acuerdo.

En este sentido, deberían eliminarse las actuales disposiciones normativas que permiten que, a falta de acuerdo, se apliquen las tarifas generales unilateralmente aprobadas por las entidades de gestión.

Las decisiones de esta Comisión reguladora serán públicas, inmediatamente ejecutivas y revisables por el órgano jurisdiccional competente.

### Séptima

Establecer normativamente los criterios a los cuales las entidades de gestión tengan que ajustarse para determinar las tarifas por uso de su repertorio de derechos exclusivos y/o de remuneración, y a los cuales se atenderá también la Comisión reguladora en caso de ser necesaria su intervención. Los criterios deberían incluir en todo caso los siguientes:

- *Amplitud del repertorio.* La tarifa debe ajustarse al repertorio o ámbito de derechos efectivamente gestionado por la entidad, y si existen titulares a quienes la entidad no gestiona sus derechos, éstos no deben entrar en el cálculo de la tarifa.
- *No discriminación.* La tarifa debe ser similar para prestaciones equivalentes, esto es, para usuarios que realicen una actividad económica similar y una utilización similar del repertorio, a no ser que exista una justificación objetiva para que puedan establecerse tarifas diferentes.
- *Valor económico y uso efectivo del repertorio.* La tarifa debe basarse en criterios que permitan su ajuste al valor económico de la utilización del repertorio.
- *Simplicidad, transparencia y publicidad.* Los manuales tarifarios deben ser simples y claros. Las metodologías de cálculo de las tarifas deben ser accesibles a los usuarios.

### Octava

Las administraciones públicas competentes que en el ejercicio de sus funciones, tengan conocimiento de acuerdos de las entidades de gestión con entidades extranjeras que obstaculicen o sean susceptibles de obstaculizar el desarrollo de un mercado europeo de gestión de derechos de propiedad intelectual, deben ponerlo en conocimiento de las autoridades de competencia a los efectos que sean oportunos.

## Bibliografía

AEVAL - Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (2008) *Evaluación del Sistema de Gestión Colectiva de los Derechos de Propiedad Intelectual*, Madrid.

Allendesalazar, R y Vallina, R. (2005), "Collecting Societies: The Usual Suspects" en *European Competition Law Annual 2005. The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Reino Unido.

Besen, S. M. (2008), "Regulating intellectual (property) monopolies", *Competition & Consumer Law Journal*, Volume 16, Number 2.

Besen, S. M., Kirby S. N y Salop, S. C. (1992), "An economic analysis of copyright collectives", *Virginia Law Review*, Volume 78.

Besen, S. M. y Kirby S. N. (1989), *Compensating Creators of Intellectual Property. Collectives that Collect*, Rand Corporation Report, Santa Monica.

Casas Vallés, R. (2003), "La Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual. Experiencias y Perspectivas", artículo que recoge la Ponencia del mismo título presentada en el curso *Propiedad Intelectual, reforma legislativa y lucha contra la piratería*, celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en septiembre de 2003.

CNC – Comisión Nacional de la Competencia (2009), *Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos*.

Comisión Europea (2004), *La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, Bruselas.

Comisión Europea (2005), *Study on a Community Initiative on the Cross-Border Collective Management of Copyright*, Documento de Trabajo de la Comisión Europea.

Comisión Europea (2008), *Monitoring of the 2005 Music Online Recommendation*, Bruselas.

Crampes, C., Encaoua, D. y Hollander, A. (2005), "Competition and Intellectual Property in the European Union", Documento de Trabajo de la Université Paris1 Panthéon-Sorbonne.

Einhorn, M. A. (2002) "Intellectual Property and Antitrust: Music Performing Rights in Broadcasting", *Columbia Journal for Law and the Arts*.

Fels, A. y Walke, J. (2005), "Australian Intellectual Property Law, Competition and Collecting Societies: Efficiency, Monopoly, Competition and Regulation?" en *European Competition Law Annual 2005. The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Reino Unido.

Gervais, D.J (2001) *Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: an International Perspective*, Informe preparado para el Department of Canadian Heritage.

Handke, C. y Towse, R. (2007), "Economics of Copyright Collecting Societies", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 38, No.8.

Jenny, F. y Newman, P. G. (2005), "EC Competition Law Enforcement and Collecting Societies for Music Rights: What are we aiming for?" en *European Competition Law Annual 2005. The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Reino Unido.

Katz, A. (2005), "The Potential Demise of Another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1, No. 3.

Marín López, J. J. (2007), "Artículo 153" en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. R. Bercovitz), 3ª edición, Editorial Tecnos, 2007.

Minister of Public Works and Government Services Canada (1999), *Copyright Board Canada. Performance Report*, Ottawa, Canada.

Monopolies and Mergers Commission (1997), *Performing rights. A report on the supply in the UK of the services of administering performing rights and film synchronization rights*.

Motta, M. (2003), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, UK.

Parlamento Europeo (2003), *Informe sobre un marco comunitario relativo a las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior. Ponente: Raina A. Mercedes Echerer.

Senado Francés (1997), *La Gestion Collective des Droits d'Auteur et des Droits Voisins*. Servicio de Asuntos Europeos del Senado Francés, Paris.

SGAE (2008), *Informe de Gestión y Responsabilidad Social Corporativa de la SGAE 2007*.

Towse, R. (2008), "Regulating Copyright Collecting Societies", charla impartida en el Simposio del *Centre for Intellectual Property Policy & Management* celebrado en la Bournemouth University en diciembre de 2007.

US Department of Justice (2000), *United States of America vs. American Society of Composers, Authors and Publishers*, Civil Action No. 41-1395m, *Memorandum in Support of the Joint Motion to Enter Second Amended Final Judgment*.

Vinje, T. y Nllranen O. (2005), "The Application of Competition Law to Collecting Societies in a Borderless Digital Environment", *European Competition Law Annual 2005. The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Reino Unido.

WIPO – World Intellectual Property Organization (2007), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Suiza.