



IPN/CNMC/040/17 ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 DE ABRIL, Y POR LA QUE SE INCORPORA AL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL LA DIRECTIVA 2014/26/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, EN LO RELATIVO A LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES Y A LA CONCESIÓN DE LICENCIAS MULTITERRITORIALES DE DERECHOS SOBRE OBRAS MUSICALES PARA SU UTILIZACIÓN EN LÍNEA EN EL MERCADO INTERIOR

30 de noviembre de 2017

Índice

I.	ANTECEDENTES	4
II.	CONTENIDO	5
III.	VALORACIÓN	7
III.1	Requisitos de las entidades de gestión para operar en el mercado	8
III.2	Los contratos de gestión entre los titulares de los derechos y las entidades de gestión colectiva y su revocación	11
III.3	Reparto de cantidades recaudadas y no reclamadas por su titular	12
III.4	Régimen de control y sancionador	14
III.5	Afectación a la normativa de competencia. Relación entre el TRLPI y la LDC	14
III.6	Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y la posibilidad de establecer códigos de conducta voluntarios	15
III.7	Otras cuestiones sobre los miembros, la política de inversiones y los órganos de control de las entidades de gestión colectivas	16
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	17

ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME (IPN/CNMC/040/17) RELATIVO AL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 DE ABRIL, Y POR LA QUE SE INCORPORA AL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL LA DIRECTIVA 2014/26/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, RELATIVA A LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES Y A LA CONCESIÓN DE LICENCIAS MULTITERRITORIALES DE DERECHOS SOBRE OBRAS MUSICALES PARA SU UTILIZACIÓN EN LÍNEA EN EL MERCADO INTERIOR

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 30 de noviembre de 2017

Vista la solicitud de informe remitida por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte el 2 de octubre de 2017, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la SALA DE COMPETENCIA, acuerda emitir el siguiente Informe relativo al *“Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior”* (en adelante, APL).

I. ANTECEDENTES

El APL viene a finalizar la transposición de la Directiva 2014/26/UE¹ al ordenamiento jurídico con el objeto de (i) mejorar la eficiencia y la rendición de cuentas a los socios por parte de las entidades de gestión; (ii) introducir el marco regulatorio de las licencias multiterritoriales que impulse la competitividad del repertorio musical español y (iii) facilitar el acceso a los contenidos musicales españoles en las plataformas digitales legales que operan en los Estados miembros de la UE.

Por su parte, la Autoridad de Competencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las actividades relacionadas con los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente en relación con las entidades de gestión colectiva de dichos derechos, tanto desde el punto de vista de expedientes sancionadores como desde la óptica de promoción de la competencia.

Desde el punto de vista de promoción de la competencia, el Estudio sobre la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de 2009 realizó un análisis del marco regulatorio de la gestión colectiva en España. Asimismo, entre otros, el IPN/102/13, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y el IPN/CNMC/0020/15 sobre el borrador de Orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual también analizaron el sector en profundidad. De carácter muy reciente, cabe destacar el INF/CNMC/160/17 sobre el borrador de Código de conducta voluntario a proponer a titulares de derechos, operadores de acceso a Internet y servicios de publicidad para la colaboración voluntaria contra los servicios de la sociedad de la información vulneradores de derechos de propiedad intelectual.

En relación con los expedientes sancionadores, se han constatado en el pasado comportamientos anticompetitivos de las entidades de gestión consistentes, entre otros, en la fijación de tarifas discriminatorias², fijación de tarifas excesivas³, fijación de tarifas sin relación con el uso efectivo de los repertorios⁴

¹ Fecha límite para la transposición 10 de abril de 2016.

² Resoluciones de 25 de enero de 2002 (511/01, *Vale Music/SGAE*), de 9 de diciembre de 2008 (Expediente 636/07 *Fonogramas*) y de 23 de julio de 2009, (651/08 *Artistas Intérpretes o Ejecutantes*). Más recientes, destacan la Resolución de 6 de noviembre de 2014 (S/0460/13SGAE – CONCIERTOS), la de 26 de noviembre de 2015 (S/0500/13 AGEDI/AIE RADIOAERC) y la de 7 de abril de 2016 (S/0518/14 AERC).

³ Resoluciones de 27 de julio de 2000 (465/99 *Propiedad Intelectual Audiovisual*), de 2 de marzo de 2012 (S/0157/2009, *EGEDA*) y de 19 diciembre de 2011 (S/208/09 *AISGAE-Cines*).

⁴ Resoluciones de 23 de febrero de 2011 (S/2785/07, *AIE*), de 14 de junio de 2012 (S/0297/10, *AGEDI/AIE*) y de 23 de julio de 2009, (651/08 *Telecinco-AIE*).

así como la introducción de obstáculos para evitar la competencia de otras entidades⁵.

II. CONTENIDO

El APL está integrado por una exposición de motivos, un artículo único⁶, cuatro disposiciones adicionales y cinco disposiciones finales. Las modificaciones afectan fundamentalmente al título IV del libro tercero⁷ del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual donde se recoge **la regulación aplicable a las entidades de gestión**.

- Capítulo I. Requisitos de la gestión colectiva. Se establecen los requisitos que deben cumplir los distintos tipos de sujetos que pueden gestionar colectivamente derechos de propiedad intelectual (DPI). Las novedades respecto al vigente TRLCPI consisten en la inclusión de normas específicas aplicables a aquellas entidades de gestión de otros Estados que operen en España; a las entidades dependientes de una entidad de gestión; y a los operadores de gestión independientes⁸ (estos últimos son entidades que ya están activas en España y en otros Estados miembros (EE.MM) de la Unión Europea (UE) gestionando derechos de propiedad intelectual pero operando al margen del régimen jurídico previsto actualmente en el TRLPI y de las facultades de supervisión de las Administraciones Públicas).
- Capítulo II. Titulares de derechos. Se regula la situación jurídica del titular de derechos de propiedad intelectual en su relación con la entidad de gestión y, fundamentalmente, el instrumento jurídico que la articula: el contrato de mandato de gestión. Como novedad en el texto refundido, se incluye el derecho del titular a revocar su contrato total o parcialmente siempre que realice un preaviso de seis meses.
- Capítulo III. Organización de las entidades de gestión. Se centra en la regulación de ciertos aspectos orgánicos y de funcionamiento interno de

⁵ Resolución de 24 de junio de 2008 de la Comisión Nacional de la Competencia, DAMA/SGAE (Expediente 630/07).

⁶ El APL modifica, asimismo, el artículo 20.4.c), el 139.1 y el 141 del TRLPI pues sustituye el plazo específico de prescripción de tres años ahora previsto por el plazo general de cinco años regulado en el actual artículo 154.3 TRLPI (que tras la modificación que realiza el APL pasará a ser el nuevo artículo 177).

⁷ El APL reorganiza dicho título IV del libro tercero del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, sobre «gestión colectiva de los derechos reconocidos en la Ley» el cual pasa a estar dividido en siete capítulos.

⁸ Tal y como se explica en la misma exposición de motivos del APL, las características que diferencian a estos *operadores de gestión independientes* del resto son la existencia de ánimo de lucro (frente a la ausencia del mismo en las entidades de gestión) y la inexistencia de vínculo propietario o de control de los mismos por titulares de derechos (a diferencia de las entidades de gestión).

las entidades de gestión. Destaca la introducción de un órgano que tendrá como función controlar internamente la gestión llevada a cabo por los órganos de gobierno y representación de la entidad.

- Capítulo IV. Autorización no exclusiva para el uso del repertorio de las entidades de gestión. Establece el régimen de autorizaciones no exclusivas para el uso del repertorio de las entidades de gestión (conocidas en la práctica comercial como licencias). Este capítulo se divide, a su vez, en dos secciones: la primera sobre el régimen jurídico general aplicable a cualquier tipo de licencia; y la segunda sobre el régimen jurídico específico de las licencias multiterritoriales, las cuales se regulan por primera vez en el ordenamiento jurídico español y facilitarán a los proveedores de servicios de música en línea la obtención de la autorización necesaria, mediante una única autorización trasfronteriza, para utilizar los derechos sobre obras o repertorios musicales en el territorio de varios EE.MM e, incluso, de toda la UE.
- Capítulo V. Gestión de los derechos recaudados por las entidades de gestión. Se regula la recaudación, reparto y pago de los importes generados por la concesión de licencias a los usuarios de derechos de propiedad intelectual. Este capítulo se divide en dos secciones: la primera sobre el régimen jurídico general y la segunda sobre el régimen jurídico de la gestión de los derechos recaudados por autorizaciones multiterritoriales no exclusivas de derechos en línea sobre obras musicales. La principal novedad del APL es la inclusión de un plazo máximo de nueve meses para repartir y pagar a los titulares los derechos recaudados en el año anterior y la obligación de que las entidades de gestión lleven una contabilidad analítica que les permita adecuar el importe de sus descuentos de gestión a los costes reales en los que haya incurrido.
- Capítulo VI. Obligaciones de información, contabilidad y transparencia de las entidades de gestión. La principal novedad es la obligación de elaborar un informe anual de transparencia en paralelo a las cuentas anuales, y que proveerá, con un elevado nivel de detalle, información financiera y sobre gestión económica.
- Capítulo VII. Régimen sancionador. Las modificaciones respecto al vigente TRLCSP son: mayor aclaración respecto al reparto competencial cuando la potestad sancionadora corresponde al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte; la especificación de los plazos máximos para resolver los procedimientos administrativos sancionadores por la comisión de infracciones muy graves y graves; y el mecanismo de intercambio de información entre autoridades europeas respecto de las infracciones cometidas por entidades de gestión que tengan establecimiento en otros EE.MM y presten servicios en España. Igualmente, se introduce un nuevo tipo de infractor grave que sanciona el incumplimiento de la obligación de comunicar el inicio de las

actividades por parte de los operadores de gestión independientes y las entidades de gestión establecidas fuera de España.

Asimismo, el APL también modifica el TRLPI en su Título V. Comisión de Propiedad Intelectual y el Título VI Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos, así como el Libro cuarto del ámbito de aplicación de la ley.

Por otro lado, la disposición adicional primera del APL regula la modificación de los estatutos de las entidades de gestión y aprobación o ratificación del reglamento de reparto de derechos recaudados, la segunda la información sobre los derechos de los miembros de entidades de gestión, la disposición adicional tercera el derecho de revocación y, finalmente, la cuarta las comunicaciones de inicio de actividad de entidades de gestión con establecimiento fuera de España y de operadores de gestión independientes

Adicionalmente, la disposición final primera modifica de la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, la segunda establece la aplicación de las normas de contabilidad, auditoría e informe anual de transparencia, la tercera regula el título competencial y la cuarta la incorporación de Derecho de la UE. Finalmente, la disposición final quinta establece la entrada en vigor (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado).

III. VALORACIÓN

El Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual persiguen objetivos compartidos en aras de promover tanto la competencia como la innovación, además de la consecución del bienestar y la asignación eficiente de los recursos. Debe, no obstante, hallarse un equilibrio entre todos estos factores, así como adecuarse a los principios de buena regulación (necesidad, proporcionalidad) que, como es bien sabido, son de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas⁹.

Como ha venido manifestando la autoridad de competencia en el pasado, el modelo de entidades de gestión actualmente vigente (consagrado en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) fortalece la posición monopolística de dichas entidades debido a diferentes barreras de entrada. Es posible un modelo regulatorio más favorable a la competencia, donde las entidades afronten una mayor presión competitiva, de forma que se remuevan buena parte de esas barreras a nuevos operadores, lo que incrementará los incentivos de las entidades a prestar sus servicios de modo eficiente.

⁹ Artículo 129. *Principios de buena regulación de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

Sin embargo, la transposición de la Directiva 2014/26/UE al ordenamiento jurídico nacional mejora **aspectos que a priori deben valorarse positivamente**, fundamentalmente en lo relativo a la implantación de un sistema de **autorizaciones multiterritoriales no exclusivas de derechos en línea sobre obras musicales** que puede provocar una mayor competencia entre entidades de gestión de diferentes países.

Con este nuevo sistema, mediante la obtención de una única autorización, se les permite reproducir y poner a disposición de los usuarios su repertorio de obras musicales en diversos Estados de la UE. Asimismo, y dado que es previsible que no todas las entidades de gestión colectiva que operan hoy en día en los distintos EE.MM cumplan con las condiciones establecidas para conceder este tipo de autorizaciones o bien no deseen prestar estos servicios, se establece la obligación para aquellas entidades que sí concedan licencias multiterritoriales de aceptar el mandato de representación del repertorio musical de las entidades que así lo soliciten, debiendo gestionar estos derechos de forma no discriminatoria.

Desde el punto de vista de promoción de la competencia se trata de una regulación más procompetitiva que el anterior sistema de acuerdos de reciprocidad de derechos. En efecto, si entendemos que la UE tiene como uno de sus objetivos establecer un auténtico mercado único europeo permitiendo la libre circulación efectiva, se considera que medidas como ésta favorecen de forma práctica el mercado único digital de la UE.

No obstante, a continuación, se **exponen igualmente determinados aspectos del APL que son susceptibles de replanteamiento** atendiendo a los principios de eficiencia económica y buena regulación señalados.

III.1 Requisitos de las entidades de gestión para operar en el mercado

Los artículos 148 y 149 del APL establecen los requisitos para que una entidad de gestión pueda operar en el mercado, que básicamente consisten en la exigencia de carecer de ánimo de lucro y la necesidad de contar con la autorización administrativa correspondiente.

- *Exigencia de carecer de ánimo de lucro*

Como ya se señaló en el Estudio de la CNC sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de 2009¹⁰ se exige a las entidades de gestión

¹⁰ Estudio sobre la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de 2009, apartado 94 :“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. 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

carecer de ánimo de lucro. Sin embargo, la Directiva¹¹ admite que las entidades de gestión colectiva puedan optar por cumplir, al menos, alguno de los dos criterios siguientes: i) ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros o ii) carecer de ánimo de lucro. Cabe constatar, además, que fuera del marco de la UE existen entidades de gestión que tienen finalidad lucrativa.¹²

En consecuencia, sobre la pervivencia de esta barrera en el APL propuesto y su falta de justificación (ni en el texto legal ni en la Memoria del análisis de impacto normativo) no cabe sino reiterar lo que ya se puso de manifiesto anteriormente sobre la recomendación de eliminar 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”*. Si dicha eliminación no se produce, se recomienda profundizar en las razones que justifican el mantenimiento de la exigencia de carecer de ánimo de lucro en el APL, máxime teniendo en cuenta que no viene impuesto por la Directiva.

- *Exigencia de autorización*

El APL exige la autorización del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (MECD) para operar como entidad de gestión, no habiéndose acogido la postura de esta Comisión¹³, que propuso sustituirlo por un sistema menos gravoso para los solicitantes. En este sentido, para los operadores de gestión independientes únicamente se exige una comunicación al MECD.

No parece existir una obligación normativa en la Directiva que se transpone para la imposición de la obtención de una autorización por parte de las entidades de gestión que quieran operar en este mercado.

En este sentido, conviene señalar que el APL diferencia entre las entidades de gestión que no tengan establecimiento en España de las que si lo tienen. Frente a estas últimas, que deben ser autorizadas, las primeras deberán comunicar el inicio de sus actividades en territorio español al MECD. Dentro de este tipo de entidades de gestión hay que distinguir entre las entidades de gestión que tengan

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”.

¹¹ Artículo 3. a) : «entidad de gestión colectiva»: toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que cumple al menos uno de los siguientes criterios:

- i) ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros, o
- ii) carecer de ánimo de lucro;

¹² SESAC, una entidad estadounidense de derechos de autor que lleva alrededor de 80 años operando.

¹³ Así se propuso en el Informe de la extinta CNC de 2009.

establecimiento en un Estado miembro de la UE (caen, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/26/UE) y las que lo tengan en un tercer Estado (a las que, según el Considerando 10 de la Directiva, los Estados miembros podrán aplicar «disposiciones iguales o similares»¹⁴).

En la medida en que las entidades de gestión europeas tienen su establecimiento en otro Estado miembro en el que también se habrá transpuesto la Directiva 2014/26/UE, el régimen de obligaciones que les resultará de aplicación será el previsto en la norma de su ordenamiento jurídico interno de transposición. La armonización que provoca la Directiva no tiene por qué conllevar que el régimen de obligaciones previsto en una y otra norma nacional sea exactamente igual. En efecto, la Directiva deja libertad para implementar lo establecido en la misma por lo que se podrían dar situaciones dentro de la UE donde unas entidades de gestión tienen menos barreras que otras para operar en el mercado.

No ocurre lo mismo con las entidades de gestión de terceros Estados que operasen en España. Por este motivo, el anteproyecto de ley sí especifica el catálogo de obligaciones que les resultan de aplicación. Concretamente, aquellas relacionadas con el otorgamiento de licencias (incluidas las multiterritoriales) y la determinación de sus correspondientes tarifas; con el reparto, pago y prescripción de derechos; y aquellas obligaciones de información y de notificación a la Administración relacionadas directamente con la actividad de licenciamiento.

Si bien se puede entender ese catálogo de obligaciones para las entidades de gestión de Estados fuera de la UE, más difícil parece justificar la posible diferencia de trato de entidades de gestión de la UE que quieran operar en España (simple comunicación) con las entidades radicadas en el territorio nacional (autorización previa).

Por otra parte, no se alcanza a comprender las razones de imperioso interés general por las cuales la entrada en el mercado de una nueva entidad de gestión deba someterse a una condición suspensiva mediante la exigencia de autorización administrativa previa. Esta exigencia supone una carga para nuevos entrantes que desincentiva potencialmente la competencia en el mercado y que no parece, en todo caso, proporcionada a ningún interés a proteger. A juicio de esta Comisión, bastaría con una simple declaración responsable, que además debería conllevar la inscripción automática en el registro al objeto de que la inscripción en el registro no suponga, de facto, una nueva autorización.

- *Requisitos para la concesión de la autorización*

Se exigen tres requisitos acumulativos de manera que: a) los estatutos de la entidad solicitante cumplan los requisitos establecidos en el APL; b) de los datos

¹⁴ A tenor literal, Considerando 10: « Nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe impedir a un Estado miembro aplicar a las entidades de gestión colectiva establecidas fuera de la Unión pero que operan en dicho Estado miembro disposiciones iguales o similares ».

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 español; y c) la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 148 del APL establece: *“Para valorar la concurrencia de las condiciones establecidas en los letras b) y c) del apartado anterior, se tendrán particularmente en cuenta como criterios de valoración, 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, atendándose, especialmente, a las razones imperiosas de interés general que constituyen la protección de la propiedad intelectual”*.

En relación con el requisito de autorización previa de la letra c) anterior condicionada al cumplimiento de requisitos más abstractos cabe recomendar una mayor concreción que reduzca la discrecionalidad y subjetividad en favor de la Administración, para evitar inseguridad jurídica y desincentivos en los potenciales nuevos entrantes.

III.2 Los contratos de gestión entre los titulares de los derechos y las entidades de gestión colectiva y su revocación

Existen determinadas prácticas contractuales restrictivas de las entidades de gestión con los titulares de los derechos gestionados tales como: cláusulas de exclusividad y obstáculos a la libre elección de entidad por parte de los titulares, altos periodos de permanencia y preaviso o limitaciones a la libertad del titular para definir el alcance del contrato (reguladas en los artículos 156-157 del APL).

Se recomendaría limitar el periodo de permanencia, estableciendo una duración máxima del contrato de un año, indefinidamente renovable por periodos de esa misma duración.

A su vez, se recomienda prever que el titular tuviese una mayor flexibilidad a la hora de determinar el alcance del contrato en términos de derechos, obras, territorios y utilizaciones, así como para establecer que el contrato pudiese ser de carácter no exclusivo y, de este modo, disponer de la posibilidad de conceder licencias a la vez que la entidad, ya fuese de modo directo o a través de otra entidad de gestión.

Por otro lado, el artículo 158 del APL contempla la revocación total o parcial del contrato de mandato de gestión, permitiendo al titular del derecho ejercitar tal revocación con una retirada de derechos, categorías de derechos o tipos de obras o prestaciones de su elección en los territorios de su elección. El ejercicio

de este derecho se subordina, entre otros, a: un preaviso de seis meses y que se realice conforme a los términos previstos en los estatutos de la entidad.

Respecto al preaviso, cabe destacar que la Directiva (artículo 5.4)¹⁵ contempla como plazo razonable el que no sea superior a seis meses. La transposición de tal precepto en el APL se contempla como plazo mínimo de forma que se limita la agilidad en el ejercicio del derecho de revocación. Se recomienda acortar el periodo de preaviso para la terminación del contrato, al objeto de reducir los costes de cambio de entidad de gestión y favorecer una mayor competencia entre estas cuando sea posible.

Por otro lado, en lo relativo a la revocación conforme a los términos previstos en los estatutos de la entidad, debe señalarse que el art. 159 e) 3º del APL establece que en los estatutos se harán constar: *“Las condiciones para el ejercicio del derecho de revocación total o parcial del contrato de mandato de gestión, previsto en el artículo 158, que deberán mantener un equilibrio entre este derecho del miembro y la capacidad de la entidad de gestión para gestionar eficazmente los derechos que le han sido encomendados”*.

Sin perjuicio de que la Directiva prevé que la entidad de gestión colectiva está obligada a gestionar los derechos encomendados salvo que tenga motivos objetivamente justificados para rechazar la gestión, debe advertirse que de la redacción del APL se desprende margen para limitar la revocación del contrato de mandato fijada no por la norma legal, sino por los Estatutos de la entidad de gestión y sobre la base de un elemento discrecional como el equilibrio entre derechos y capacidad de gestión de los mismos.

Por tanto, se advierte que dicha discrecionalidad y la fijación de esos criterios por parte de la entidad de gestión pueden dar lugar a restricciones no justificadas que perjudiquen de manera directa a la libertad de los titulares de derechos a elegir quién puede gestionar sus derechos.

Por todo lo anterior, se recomienda limitar el periodo de permanencia, prórroga y preaviso y el replanteamiento de los aspectos señalados respecto al derecho a la revocación de los contratos de gestión de derechos.

III.3 Reparto de cantidades recaudadas y no reclamadas por su titular

¹⁵ Art. 5.4 de la Directiva dispone: “Los titulares de derechos tendrán derecho a revocar la autorización para gestionar derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones, concedida por ellos a una entidad de gestión colectiva, o a retirar de una entidad de gestión colectiva los derechos o categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, según se determine de conformidad con el apartado 2, en los territorios de su elección, **con un plazo de preaviso razonable no superior a seis meses**. La entidad de gestión colectiva podrá decidir que la revocación o la retirada surta efecto únicamente al final del ejercicio.”

El artículo 177 del APL que regula el reparto, pago y prescripción de derechos, en sus apartados 1 y 2, establece que los plazos máximos de reparto de derechos puedan incumplirse cuando existan razones objetivas que lo justifiquen y relacionadas, en particular, con la comunicación de información por los usuarios; la identificación de los derechos o de los titulares de derechos; o el cotejo de la información sobre obras y otras prestaciones con los titulares de derechos.

En este sentido, de cara a evitar posibles abusos por parte de las entidades de gestión en cuanto al incumplimiento de esos plazos máximos, se recomienda replantear la redacción del citado artículo para hacer referencia a ampliaciones del plazo máximo para hacer efectivo el reparto de los derechos previa motivación de la entidad de gestión u organismo independiente.

Por otro lado, en su apartado 6, el artículo 177 señala que las cantidades recaudadas y no reclamadas por su titular en el plazo previsto serán destinadas por las entidades de gestión a una serie de finalidades¹⁶, entre las que destaca: *c) a acrecer el reparto a favor del resto de obras gestionadas por la entidad de gestión, debidamente identificadas.*

La Directiva, por su parte, en el artículo 13.6 establece que *“Los Estados miembros podrán limitar o determinar los usos autorizados de los importes que no pueden ser objeto de reparto, entre otros modos, garantizando que dichos importes se utilicen de forma separada e independiente para financiar actividades sociales, culturales y educativas en beneficio de los titulares de derechos.”*

Si bien la limitación o determinación de los usos se configura como una potestad no obligatoria para los Estados miembros, el acrecer el reparto a favor del resto de obras gestionadas por la entidad de gestión debidamente identificadas podría tener el efecto contrario al previsto en la Directiva, esto es, generar incentivos a no poner todos los medios necesarios para encontrar a los titulares de derechos, máxime si se tiene en cuenta que en el mismo artículo se establece que la cuantía mínima de los ingresos no repartidos que deberán destinarse a acrecer el reparto a favor del resto de obras debe ser de un 15%¹⁷. Se aconsejaría por tanto un replanteamiento de esta finalidad.

¹⁶ Las finalidades tasadas del art. 177.6 APL son: a) A la realización de actividades asistenciales a favor de los miembros de la entidad y/o actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes y ejecutantes. b) A la promoción de la oferta digital legal de las obras y prestaciones protegidas cuyos derechos gestionan, en los términos previstos en el artículo 178.1.c) 1º y 3º. c) A acrecer el reparto a favor del resto de obras gestionadas por la entidad de gestión, debidamente identificadas. d) A la financiación de una ventanilla única de facturación y pago. e) A la financiación de la persona jurídica que, en su caso, se constituya conforme a lo previsto en el artículo 25.10.

¹⁷ El art. 177.6 añade que: *« La asamblea general de cada entidad de gestión deberá acordar anualmente los porcentajes mínimos de las cantidades recaudadas y no reclamadas que se destinarán a cada una de las finalidades anteriormente señaladas y que, en ningún caso, salvo*

III.4 Régimen sancionador

Salvo para el incumplimiento muy grave de las obligaciones del título IV (arts. 147 a 192), que se tipifica como infracción muy grave en el APL, el resto de incumplimientos de dicho título no se tipifican en el APL como infracciones. Ello afecta, en especial, a los artículos 175 (recaudación y utilización de los derechos recaudados), 176 (descuentos) 179 (recaudación y facturación de los derechos recaudados por autorizaciones multiterritoriales no exclusivas de derechos en línea sobre obras musicales), 180 (reparto y pago de los derechos recaudados por autorizaciones multiterritoriales no exclusivas de derechos en línea sobre obras musicales), 181 (información facilitada a los titulares de derechos sobre la gestión de sus derechos), 182 (información facilitada a otras entidades de gestión sobre la gestión de derechos en virtud de acuerdos de representación), 184 (exactitud de la información sobre los repertorios multiterritoriales) y 189 (informe anual de transparencia).

El hecho de sólo reflejar como sancionables incumplimientos muy graves de las mismas limita la capacidad de actuación de la Administración y, por tanto, determina que aspectos tan relevantes como la recaudación, el reparto de determinados derechos multiterritoriales y las obligaciones de información a los titulares de derechos, que son esenciales para garantizar la observancia de las previsiones de la Directiva, presenten riesgos de aplicación inadecuada. Se recomienda, por tanto, que tales previsiones sean incluidas en el régimen sancionador de la Ley en lo relativo a infracciones graves para asegurar su cumplimiento por parte de los diferentes agentes implicados.

III.5 Afectación a la normativa de competencia. Relación entre el TRLPI y la LDC

El artículo 164.3 del APL establece una serie de criterios de obligada aplicación en la determinación de tarifas generales en relación con la remuneración de las entidades de gestión que constituyen una concreción de los principios desarrollados por la práctica de las autoridades de competencia y por la jurisprudencia a nivel nacional y europeo, en aplicación fundamentalmente de los artículos 2 de la LDC¹⁸ y 102 del TFUE¹⁹, para evitar el abuso de su posición de dominio por parte de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en la fijación de tarifas generales.

El equilibrio entre la normativa de defensa de la competencia y el TRLPI ya se ha puesto de manifiesto anteriormente en sede judicial²⁰, siendo resuelto en el

en los supuestos de las anteriores letras d) y e), podrán ser inferiores a un 15 por ciento por cada una de estas. ».

¹⁸ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹⁹ Tratado de Funcionamiento de la UE.

²⁰ Como ejemplo de esta doble obligación puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de octubre de 2006, en la que se ponen en relación los artículos 122 del TRLP (fijación de una remuneración equitativa por los actos de comunicación pública de grabaciones

sentido de afirmar la obligación de ajuste a ambas (el TRLPI, y la LDC y el TFUE). Sería conveniente valorar la posible inclusión en el APL de la posibilidad, como caso excepcional, de revocar la autorización de entidad de gestión en el caso de infracciones en materia de defensa de la competencia operando como tal, especialmente en los casos más graves por su alcance y reiteración, y modulando su alcance y duración a dicha gravedad.

Asimismo, cabe recordar que 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 oportunos.

III.6 Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y la posibilidad de establecer códigos de conducta voluntarios

El artículo 195 del APL establece que la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad.

Sin embargo, en su apartado octavo permite el desarrollo de códigos de conducta voluntarios entre los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad para la salvaguarda de tales derechos.²¹

Sin perjuicio de otros aspectos, podría valorarse, antes que acudir a códigos de conducta con operadores, parecería más razonable, si se han detectado carencias en ese sentido, reforzar las capacidades y medios de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Por otra parte, la existencia y efectividad de los códigos de conducta entre operadores puede resultar positiva en ciertas circunstancias (por ejemplo, si facilita la resolución de determinados problemas de manera más ágil y a un menor coste). No obstante, dados los riesgos que pueden comportar, se ha de cuidar especialmente que no incluyan o propicien actuaciones o conductas de

audiovisuales) y el concepto de abuso de posición de dominio recogido en el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (hoy artículo 2 de la LDC): *“La exigencia de que la remuneración sea equitativa no se deriva para la recurrente únicamente del citado artículo 122 TRLPI, sino también, como para las demás empresas o entidades que se encuentren en posición dominante, del artículo 6 LDC que considera abuso de dicha situación, entre otros supuestos, la imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos”*.

²¹ Puede consultarse a este respecto el reciente INF/CNMC/160/17 BORRADOR DE CÓDIGO DE CONDUCTA PARA COLABORACIÓN VOLUNTARIA CONTRA SERVICIOS DE LA SOC. DE LA INFORMACIÓN VULNERADORES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

los operadores que puedan suponer un riesgo de incumplimiento de las normas sobre competencia.

III.7 Otras cuestiones sobre los miembros, la política de inversiones y los órganos de control de las entidades de gestión colectivas

De conformidad con el artículo 6.2 de la Directiva,²² las entidades de gestión colectiva aceptarán como miembros a los titulares de derechos y a las entidades que representen a los titulares de derechos, incluidas otras entidades de gestión colectiva y asociaciones de titulares de derechos, que cumplan los criterios de admisión, que se basarán en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

Del texto del APL se desprende que tal previsión no ha sido transpuesta. Por ello, se recomienda su inclusión expresa en el APL de manera que se objetive y se limite la discrecionalidad de las entidades de gestión a la hora de impedir el acceso de miembros.

En otro orden de consideraciones, el artículo 160.1 e) del APL establece que la Asamblea General de la entidad de gestión deberá *“Aprobar la política general de inversión de los derechos recaudados y de cualquier otro rendimiento derivado de la inversión de los mismos, que deberá observar en todo caso los principios y recomendaciones establecidos en los códigos de conducta regulados según la disposición adicional quinta del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y su normativa de desarrollo, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.”*²³

²² El art. 6.2 de la Directiva dispone que : *Las entidades de gestión colectiva aceptarán como miembros a los titulares de derechos y a las entidades que representen a los titulares de derechos, incluidas otras entidades de gestión colectiva y asociaciones de titulares de derechos, que cumplan los criterios de admisión, que se basarán en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios. Estos criterios de admisión se incluirán en los estatutos o en las condiciones para ser miembro de la entidad de gestión colectiva y se harán públicos. En caso de que una entidad de gestión colectiva deniegue una solicitud de admisión, deberá ofrecer al titular de los derechos una explicación clara de los motivos de su decisión.*

²³ La citada normativa regula que: *“1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y el Ministerio de Economía, cada uno en el ámbito de su supervisión, aprobarán códigos de conducta que contengan las reglas específicas a las que deberán ajustarse las inversiones financieras temporales que hagan las fundaciones, establecimientos, instituciones y asociaciones sin ánimo de lucro, colegios profesionales, fondos de promoción de empleo, mutuas de seguros, mutualidades de previsión social, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y, en su caso, las demás entidades sujetas a tipos de gravamen reducidos en el Impuesto sobre Sociedades, que no tengan un régimen específico de diversificación de inversiones con el fin de optimizar la rentabilidad del efectivo de que dispongan y que puedan destinar a obtener rendimientos de acuerdo con sus normas de funcionamiento.*

2. Los órganos de gobierno, administración o dirección de las entidades referidas en el apartado anterior deberán presentar un informe anual acerca del grado de cumplimiento de los citados códigos para que lo conozcan el protectorado o sus partícipes, asociados o mutualistas.”

Es decir, se remiten a códigos de conducta aprobados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y el Ministerio de Economía y Competitividad, cada uno en el ámbito de su supervisión, y que contendrán las reglas específicas a las que deberán ajustarse las inversiones financieras temporales de determinadas entidades.

Por tanto, se desprende que a la luz de la citada disposición adicional quinta, las entidades de gestión deberían conocer y consultar los códigos de conducta que hayan aprobado CNMV, BDE y Ministerio de Economía y Competitividad para, a partir de éstos, determinar los principios generales que deben imperar su política general de inversión. Además, cabe destacar que el MECD no se encuentra dentro de los denominados organismos supervisores citados por la norma a la que se remite en APL.

Por todo ello, se recomienda aclarar el alcance exacto del artículo 160.1 e) ya que en otras partes del APL y de la Directiva sí se establecen limitaciones a las inversiones que las entidades de gestión y organismos independientes pueden realizar con los ingresos de derechos o bien limitar la redacción a *aprobar la política general de inversión de los derechos recaudados de cualquier otro rendimiento derivado de la inversión de los ingresos de derechos* para evitar interpretaciones erróneas del precepto.

Por otro lado, se recomienda que se aclare a quién le corresponde dirimir los casos en los que pueda existir conflicto de intereses (en el sentido del art. 161 del APL). El órgano de control interno podría asumir tal función si se incluye entre sus competencias listadas en el art. 162.5 del APL.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El sector de los derechos de propiedad intelectual ha sido objeto de análisis bajo la normativa de competencia en diversas ocasiones, tanto en la dimensión de promoción de la competencia y regulación económica eficiente como en la sancionadora.

El APL pretende mejorar la eficiencia y la rendición de cuentas a los socios por parte de las entidades de gestión, introducir el marco regulatorio de las licencias multiterritoriales que impulse la competitividad del repertorio musical español y facilitar el acceso a los contenidos musicales españoles en las plataformas digitales legales que operan en los Estados miembros de la UE.

Sin embargo, cabe destacar que en el mercado de los derechos de propiedad intelectual sigue existiendo limitada presión competitiva y las entidades de gestión siguen teniendo posiciones cuasi monopolísticas por la confluencia de diversas barreras de entrada que limitan la competencia efectiva y/o potencial de otras entidades nacionales o extranjeras o de los propios titulares de derechos.

En el presente informe se ofrecen ciertas recomendaciones para realizar una interpretación pro competitiva al efectuar la transposición de la Directiva 2014/26/UE:

- Se recomienda sustituir el actual sistema de autorización administrativa de las entidades de gestión colectiva por un sistema de declaración responsable con registro de oficio automático por la Administración.
- En caso de mantenerse la autorización, se aconseja que no se condicione al cumplimiento de requisitos subjetivos, para evitar una excesiva discrecionalidad y subjetividad en favor de la Administración, inseguridad jurídica y desincentivos en los potenciales nuevos entrantes.
- Se recomienda eliminar la obligación de que las entidades de gestión carezcan de ánimo de lucro, disponiendo de forma expresa además que se pueden constituir bajo cualquiera de las formas jurídicas admitidas en derecho.
- Se recomienda limitar los periodos de permanencia y de preaviso para la revocación, al objeto de facilitar una mayor movilidad de titulares de derechos entre entidades de gestión y por ende una mayor competencia, allí donde sea posible.
- Debe garantizarse que el titular tenga mayor flexibilidad a la hora de determinar el alcance del contrato con la entidad de gestión en términos de derechos, obras, territorios y utilizaciones, 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.
- De cara a evitar posibles abusos por parte de las entidades de gestión en cuanto al incumplimiento de los plazos máximos de reparto de derechos, debe considerarse la posibilidad de ampliación de plazo motivada. En cuanto a las finalidades a las que se podrán destinar las cantidades no reclamadas, se recomienda el replanteamiento de la relativa a acrecer el reparto a favor del resto de obras gestionadas por la entidad de gestión puesto que podría generar incentivos a no poner todos los medios necesario para encontrar a los titulares de los derechos.
- Se recomienda que se incluya entre las infracciones tipificadas como graves el incumplimiento de aspectos tan relevantes como la recaudación, el reparto de determinados derechos multiterritoriales o de las obligaciones de información a los titulares de derechos, que son esenciales para garantizar la observancia de las previsiones de la Directiva.

- Teniendo en cuenta la relación entre el TRLPI y la LDC, se recomienda valorar la posible inclusión en el APL, con la debida modulación en cuanto a su ámbito temporal y efectos, de la posibilidad excepcional de revocación de la autorización de entidad de gestión en el caso de haber sido sancionada por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, especialmente en los casos más graves por su alcance o reiteración.
- Se recomienda reforzar las capacidades y medios de la Comisión de Propiedad Intelectual para limitar el recurso indiscriminado a los códigos de conducta voluntarios.
- Se recomienda que se aclaren de manera explícita en el texto del APL determinados aspectos relacionados con el acceso de miembros a las entidades de gestión, los criterios a aplicar por la Asamblea General para aprobar la política general de inversiones y el órgano al que le corresponde dirimir los supuestos de conflicto de intereses.

