

IPN 102/13 ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 4 de septiembre de 2013, ha aprobado el presente informe, relativo al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, el APL).

La solicitud de informe tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el 3 de julio de 2013. La documentación recibida consiste en una versión del texto del APL y la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN).

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a)¹ de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

I. OBJETO Y CONTENIDO

El APL lleva a cabo una reforma parcial del régimen jurídico de la propiedad intelectual, afectando fundamentalmente al vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI). De forma tangencial afecta también a la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo referente a los mecanismos de defensa ante los tribunales.

La propuesta consta de dos artículos, una disposición adicional, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, y dos disposiciones finales.

El artículo primero “Modificación del TRLPI” contiene reformas de los arts. 25, 28, 31, 32, 37 bis, 110 bis, 112, 119, 138, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 157, 157 bis, 158 bis, 158 ter, 159, 159 bis, 159 ter, 159 quater, 161, Disposición Adicional Quinta, Disposición Adicional Sexta y Disposición Transitoria Vigésima Primera de dicho texto legal.

El artículo segundo “Modificación de la LEC” contiene alteraciones de los arts. 256 y 259 de dicha ley.

La Disposición Adicional Primera se refiere a las Medidas de reducción de los costes de transacción. La Disposición Transitoria Primera se refiere a la notificación edictal en los procedimientos de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual; la segunda a la aplicación del plan de contabilidad de las entidades sin fines lucrativos; la

¹ La CNC continúa ejerciendo la competencia del artículo 25.a) de la Ley 15/2007 según lo indicado en la Disposición Transitoria tercera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

tercera a las funciones de control y determinación de las tarifas de las entidades de derechos de propiedad intelectual, y la cuarta a la aprobación de nuevas tarifas por parte de dichas entidades.

También se incluye una Disposición Derogatoria Única, una Disposición Final Primera sobre el título competencial (art. 149.1.6ª, 8ª y 9ª Constitución de 1978) y una segunda sobre la entrada en vigor, diferenciando entre los preceptos que lo harán al día siguiente de su publicación en el BOE de los que lo harán a los dos meses (art. 158 ter y concordantes), a los seis meses (art. 154.7 y 8, art. 159 ter y art. 159 quater) y a partir del 1 de enero del año natural siguiente a la publicación.

Cabe señalar que el APL incide fundamentalmente sobre los siguientes cuatro bloques de cuestiones:

- La **transposición de dos Directivas** europeas de 2011 y de 2012².
- La revisión de los **límites de copia privada e ilustración en la enseñanza**.
- El diseño de mecanismos de **supervisión de las entidades de gestión** de los derechos de propiedad intelectual.
- El fortalecimiento de los denominados "**instrumentos de reacción**" frente a las **vulneraciones de derechos de propiedad intelectual**.

Por lo que se refiere a la **transposición de las Directivas mencionadas**, se han producido modificaciones en los siguientes puntos:

- En relación con los plazos de protección del derecho de autor y determinados derechos afines (en particular los de los artistas intérpretes o ejecutantes y los de los productores de fonogramas) *se amplía, en determinadas circunstancias, el plazo de protección* de los mencionados titulares de derechos, que pasa de 50 a 70 años.
- Se armoniza en toda la UE el plazo de protección de las *composiciones musicales con letra*, que queda establecido igualmente en 70 años.
- Se incorporan nuevas normas que rigen la cesión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes a los productores de fonogramas, estableciéndose un nuevo derecho de remuneración en favor de los primeros cuando tenga lugar la cesión de sus derechos a los productores.
- Se regulan las obras *huérfanas*, que son aquellas cuyos titulares de las obras protegidas por derechos de propiedad intelectual no han podido ser identificados o, si lo han sido, no han podido ser localizados tras una búsqueda diligente. Se regulan las condiciones en que tales obras podrán ser puestas a disposición al público, siempre sin ánimo de lucro y por instituciones que sirvan a fines de interés público.

² La Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

En cuanto a la revisión de los **límites de copia privada e ilustración en la enseñanza**:

Se ha revisado el *concepto legal de copia privada*³: en base a ello se mantienen los requisitos ya previstos⁴ y se añade la condición de que la reproducción se realice sin asistencia de terceros. Igualmente, se determina qué se entiende por acceso legal a la obra que puede reproducirse por las personas físicas con fines de uso privado. Dicho acceso legal se circunscribiría a dos supuestos exclusivamente:

- a la reproducción que se realice a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial.
- a la reproducción individual y temporal de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión⁵.

No obstante, se introduce una matización. Se prevé la exclusión del límite de copia privada de las reproducciones que se realicen respecto a las obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido⁶ por contrato de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija.

Por otro lado, se establecen *excepciones o límites a los derechos de autor cuando el uso tenga por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica*⁷. Sobre el *derecho de cita*, que es una excepción a la protección y ampara la reproducción de obras ajenas sin autorización del titular siempre que se realice bajo

³ El artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE permite a los EE.MM de la UE establecer el límite de copia privada a los derechos de propiedad intelectual, siempre que los titulares de estos derechos reciban a cambio una compensación equitativa. Sobre esta base, el artículo 25 LPI preveía una compensación equitativa de carácter indiscriminado sobre el que vino a incidir la sentencia del TUE en el caso Padawan que declaró que no pueden dar lugar a derecho de remuneración por copia privada las reproducciones realizadas con fines profesionales. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. Asunto C-467/08.

⁴ Por un lado, que la reproducción por copia privada se lleve a cabo por una persona física para su uso privado sobre obras ya divulgadas y por otro, que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa

⁵ Únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno, en el sistema conocido como pausa en directo (“time shifting”).

⁶ La justificación principal para ello es que la voluntad de las partes a través de un contrato prevalecerá sobre el límite, es decir que el límite de copia privada deja de tener sentido cuando es el usuario y el titular de derechos los que pueden convenir cuantas copias se pueden realizar de una obra determinada, sin que se esté ya ante la figura de copia privada

⁷ Además, se establece que los Estados miembros pueden prever una compensación equitativa a los titulares cuando apliquen las disposiciones facultativas relativas a las excepciones o limitaciones que no requieran dicha compensación. Ahora bien, una ampliación del límite de la ilustración en la enseñanza de estas características que opere asimismo respecto de la investigación científica lleva una compensación a cambio, razón por la cual se introduce la figura de la remuneración equitativa que compense el perjuicio causado como consecuencia de la extensión del señalado límite. La citada remuneración será satisfecha por los usuarios a través de las entidades de gestión lo que convierte a este derecho como derecho de gestión colectiva obligatoria.

ciertas condiciones, la reforma proyectada separa entre usos que no generan derecho a remuneración y usos que dan lugar a remuneración. Para este último tipo de supuestos se crea un derecho de remuneración irrenunciable de gestión colectiva obligatoria.

Sobre los mecanismos de **supervisión de las entidades de gestión**, se introducen reformas en diversos aspectos:

Por un lado, se incluye un catálogo de obligaciones de las entidades de gestión para con las Administraciones Públicas (condiciones para operar, obligaciones contables, de transparencia, etc.) y respecto a sus asociados, sobre todo en el ámbito de la rendición anual de cuentas. Por otro, se introducen nuevas obligaciones en relación con el establecimiento y publicación de las tarifas generales.

Además, se establece un cuadro de infracciones y sanciones que permitan exigir a las entidades de gestión responsabilidades administrativas por el incumplimiento de sus obligaciones legales. Adicionalmente, se regulan aspectos sustanciales de la *gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual*:

- Se determinan las condiciones que las entidades de gestión deben reunir para operar en el mercado.
- Se someten a una serie de obligaciones de funcionamiento en lo relativo a la transparencia, obligaciones contables, etc.
- Se atribuyen a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI) facultades de determinación de tarifas y de control para velar por que éstas sean equitativas y no discriminatorias, se prevé un régimen sancionador por incumplimiento de obligaciones, y se refuerza su posición frente a los usuarios en las reclamaciones judiciales.
- Se delimitan los ámbitos de responsabilidad ejecutiva de la Administración General del Estado (AGE) y de las Comunidades Autónomas (CCAA).

Por lo que se refiere al **fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones** de derechos:

Se introducen una serie de medidas para reforzar la persecución de infracciones de derechos de propiedad intelectual, función que se ejercerá a través de la Sección Segunda de la CPI a través de un procedimiento cuyo objetivo será el restablecimiento de la legalidad. Por otro lado, se adapta la vía jurisdiccional civil (reforma del artículo 256 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*) para que pueda mantener su papel de cauce ordinario para la solución de conflictos de intereses contrapuestos.

Por último, se acometen ajustes en el procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual: se generaliza el uso de las notificaciones por medios electrónicos y se dota a la CPI de mecanismos de reacción frente a las vulneraciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada que le sean dirigidos por ésta.

II. OBSERVACIONES

II.1 Introducción: consideraciones previas

La existencia de una normativa de protección de la propiedad intelectual⁸ se justifica por la necesidad, en el caso en cuestión, de crear un sistema de incentivos que favorezca la actividad creadora de obras artísticas, literarias y científicas. Es un postulado comúnmente asumido que el Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual persiguen el idéntico objetivo de promover tanto la competencia como la innovación, además de la consecución del bienestar y la asignación eficiente de los recursos. Esta reflexión, originaria de la jurisprudencia estadounidense⁹ sería trasladada posteriormente al Derecho comunitario.

Ahora bien, en el diseño regulatorio de los sistemas de protección es preciso tener en cuenta no solo el interés de los titulares de los derechos en obtener la protección, maximizando sus posiciones de renta, sino también minimizar las externalidades negativas¹⁰ que de dicha protección pudieran derivarse, como pudieran ser el elevado coste de vigilancia de posibles infracciones o las violaciones de la privacidad de los usuarios.

⁸ El término “propiedad intelectual” puede emplearse en una doble acepción. En sentido amplio, siguiendo la nomenclatura internacional que incluye a los derechos de propiedad industrial (marcas, patentes, etc.) o en sentido restringido como sinónimo de derechos de autor y afines, tal es el uso que de este término se da en el Derecho español. En el ámbito internacional, su definición se recoge en el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (OMC), que opta por el concepto amplio anteriormente recogido.

⁹ *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, [897 F.2d 1572, 1576 (Fed. Cir. 1990)], al afirmar “[T]he aims and objectives of patent and antitrust laws may seem, at first glance, wholly at odds. However, the two bodies of law are actually complementary, as both are aimed at encouraging innovation, industry and competition.” Esta afirmación sería reproducida literalmente en las directrices para la transferencia de derechos de propiedad intelectual, en cuyo apartado 1.0 se afirma: *The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare.* Vid., U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission: *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, de 6 de abril de 1995. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>. Para una exposición sobre la evolución de la relación entre propiedad intelectual y libre competencia, vid., WILLARD K. T. & JOSHUA A. N., “Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to Unified Field”, 66 *Antitrust L. J.* 167, págs. 178-184 (1998). Disponible en: http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/atcorpocounsel/pdf/topical-index/ip/ab_tom.pdf.

¹⁰ BOLDRIN, M & LEVINE, D., “The Case Against Intellectual Property”, *AEA Papers and Proceedings*, Mayo 2002, págs. 210-212. Este trabajo advierte sobre posibles externalidades negativas cuyo coste sea superior al valor de los bienes objeto de protección.

Desde la óptica de la búsqueda de la eficiencia económica¹¹, debe hallarse un adecuado equilibrio entre todos estos factores, así como adecuarse a los principios generales de buena regulación (necesidad, proporcionalidad, mínima restricción), para asegurar el éxito de la normativa en cuestión.

Por su parte, la CNC 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.

En relación con los **expedientes sancionadores**, se ha declarado que determinados comportamientos de las entidades de gestión son constitutivos de abuso de posición dominante y se han sancionado conductas consistentes en la fijación de tarifas discriminatorias¹², fijación de tarifas excesivas¹³, fijación de tarifas sin relación con el uso efectivo de los repertorios¹⁴ así como la introducción de obstáculos para evitar la competencia de otras entidades¹⁵.

Las conductas observadas determinaron un **análisis del marco regulatorio** de la gestión colectiva en España desde el punto de vista de la competencia que condujo al **"Informe sobre la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual"**¹⁶ de 2009 (en adelante, el informe).

Este informe tuvo por finalidad la realización de recomendaciones para la articulación de un modelo más favorecedor de la competencia, en el que se incrementaran las posibilidades de que las entidades afronten mayor presión competitiva, que permitiera una reducción del nivel de conflictividad y que garantizara un marco eficaz de resolución de conflictos relativos a la gestión de la propiedad intelectual, y en particular de los conflictos tarifarios.

En dicho Informe, la CNC propuso suprimir las barreras legales existentes, para efectuar una transición hacia un modelo de libre competencia. Al mismo tiempo,

¹¹ Buen ejemplo de ello es que la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual persigue reducir los costes de transacción inherentes a la contratación individualizada de los contenidos objeto de protección.

¹² 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*).

¹³ 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 de diciembre de 2011 (S/208/09 *AISGAE-Cines*).

¹⁴ 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*).

¹⁵ Resolución de 24 de junio de 2008 de la Comisión Nacional de la Competencia, *DAMA/SGAE* (Expediente 630/07).

¹⁶ Este informe está disponible en www.cncompetencia.es

mientras subsistiera la situación monopolística respecto a dichas entidades, se proponía introducir una serie de mejoras regulatorias. Estas mejoras pasarían por:

- exigir a las entidades la introducción de mayor flexibilidad en las condiciones de los contratos de gestión con los titulares.
- imposición de obligaciones de transparencia y definición de tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo de los repertorios y criterios objetivos para su fijación.
- creación de un regulador que pueda dirimir de forma vinculante toda clase de conflictos en materia de propiedad intelectual.

II.2 Observaciones

En líneas generales, sin perjuicio de que algún aspecto puntual pueda valorarse positivamente, como el establecimiento de obligaciones de transparencia sobre los repertorios gestionados por las entidades de gestión y la objetivación de los criterios a los que deben ajustarse las tarifas, **el texto sometido a informe adolece de importantes carencias.**

En primer lugar, el APL es una modificación excesivamente parcial de una materia que exigiría una reforma integral, en concordancia con lo planteado en la MAIN como necesidad para el sector, en la medida en que, en la actualidad, no es un marco legal suficientemente claro ni garantista del mantenimiento de la competencia efectiva, sobre todo en lo referente al modelo propuesto de entidades de gestión.

La CNC considera¹⁷ que 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 tres tipos de barreras: legales, estratégicas y de economías de escala¹⁸.

La CNC considera que **es posible un modelo regulatorio más favorable a la competencia**, donde las entidades afronten una mayor presión competitiva, de forma que se remuevan las barreras a la entrada de nuevos operadores, 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.

Según recogía el informe¹⁹: *“para introducir competencia es preciso apostar por la libertad de gestión, es decir, porque los titulares tengan más libertad contractual con*

¹⁷ Informe de la CNC, Conclusión Sexta.

¹⁸ Sobre las dos primeras es posible actuar mediante mejoras regulatorias. Con respecto a las economías de escala, el Informe relativizó su importancia como factor determinante de la posición de dominio, sobre todo por la incidencia del progreso tecnológico, que en determinados casos permite incluso la gestión individual

¹⁹ *Ibidem.*

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”.

En segundo lugar, el APL contiene una reforma que **no considera suficientemente el desarrollo actual y previsible de las tecnologías de la información y de las redes** informáticas, en cuanto no tiene en cuenta la existencia y/o desarrollo de modelos de negocio alternativos que pueden permitir la distribución y retribución de las obras de la forma menos restrictiva para la competencia²⁰.

En definitiva, el APL **presenta claros riesgos de mantener restricciones a la competencia**, tanto por las razones generales que se acaban de precisar como sobretodo porque, en lo sustancial, **no han sido acogidas las recomendaciones del informe de la CNC de 2009**. Por ello, la evaluación del APL se realizará teniendo en cuenta las conclusiones y recomendaciones de dicho informe, sin perjuicio de las que adicionalmente pudieran realizarse en relación con las modificaciones normativas introducidas *ex novo* en el APL.

II.2.1. Funciones y diseño de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI)

II.2.1.1 Funciones

Los apartados 3 y 4 del art 158 bis²¹ del APL atribuyen a la Sección Primera de la CPI nuevas competencias en materia de determinación de tarifas y de control sobre las

²⁰ Como ejemplo de modelo de negocio alternativo, puede mencionarse la necesidad de desarrollar un mercado europeo de comercialización de música a través de Internet. Como pone de manifiesto la Comisión Europea en la evaluación de impacto sobre la Propuesta de Directiva de 11 de julio de 2012 [COM (2012) 372 final 2012/0180 (COD)] “*Un ritmo excesivamente lento de modernización incide negativamente en la disponibilidad de nuevas ofertas para los consumidores y los proveedores de servicios, ya que supone una traba para la introducción de servicios innovadores, sobre todo en el entorno en línea. A fin de garantizar una prestación de servicios adecuada, utilizando obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, debe incitarse a las entidades de gestión colectiva a adaptar sus métodos de funcionamiento en beneficio de los creadores, los proveedores de servicios, los consumidores y el conjunto de la economía europea*”

²¹ “3. La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá su función de determinación de las tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria de las entidades de gestión, pudiendo solicitar previo informe de aquellos organismos públicos que ejerzan sus funciones en relación con los mercados o sectores económicos a los afecten las tarifas a determinar así como de las asociaciones o representantes de los usuarios correspondientes, estableciendo el importe de la remuneración exigida por la utilización de obras y demás prestaciones del repertorio de las entidades de gestión, la forma de pago y demás condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos de remuneración equitativa previstos en esta Ley, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario especialmente significativo,

mismas, que se añaden a las ya tradicionales en materia de mediación y arbitraje. En concreto, se le atribuyen funciones de determinación de tarifas respecto a ciertos derechos (los de gestión colectiva obligatoria) y funciones de control ex post, para garantizar que las tarifas son equitativas y no discriminatorias y que se guarda el deseable equilibrio negociador entre las partes.

- *En relación con la función de determinación de tarifas del art. 158 bis.3 del APL:*

En el Informe de la CNC sobre la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual ya se puso de manifiesto la necesidad de instrumentar mecanismos de solución de conflictos tarifarios eficaces, tal como existen en muchos países²². En esta línea se proponía:

“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”.

Desde esta perspectiva cabe acoger positivamente el hecho de que el APL atribuya a un regulador estas nuevas facultades de conflictos tarifarios a petición de cualquiera de las partes, dando respuesta a una necesidad largamente demandada. Sin embargo, se considera necesario plantear las siguientes consideraciones:

En primer lugar, a priori no se aprecia que existan razones para excluir los derechos de gestión colectiva voluntaria de esta función, pues tanto los derechos de gestión colectiva obligatoria como los de gestión colectiva

a juicio de la Sección, cuando no haya acuerdo entre ambas, en el plazo de seis meses desde el inicio formal de la negociación”.

²² *Vid.*, apartados 186 a 197 del Informe de la CNC. En la página 75 se incluye un cuadro nº 3 que describe la situación en el Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Canadá, Alemania, Noruega y Suiza.

voluntaria presenta potencialmente los mismos riesgos que se pretenden corregir con la reforma.

En segundo lugar, con el APL propuesto quedarían fuera del ejercicio de dicha función la mayor parte de los derechos exclusivos²³, respecto de los cuales existe una posición de dominio reforzada²⁴ de las entidades de gestión por lo que en estos casos el daño al usuario es potencialmente mayor. Es por ello necesario que la competencia de resolución de conflictos tarifarios a petición de una de las partes no se limite a los derechos de remuneración sino que se extienda también a los derechos exclusivos²⁵.

▪ *En relación con las funciones de control del art. 158 bis.4 del APL:*

La atribución de esta función, y el ejercicio de la potestad sancionadora que lleva aparejada, pretende, por un lado, que la Sección Primera de la CPI vele porque las tarifas establecidas por las entidades de gestión sean equitativas y no discriminatorias y, por otro, que garantice el equilibrio de las partes en la negociación de las mismas.

En primer lugar, dicha función presenta un alto riesgo de duplicidad de funciones con las funciones de supervisión y control de la futura Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), creada por la Ley 3/2013 de 4 de junio, con el consabido riesgo colateral de afectación al principio *non bis in idem* en cuanto a los tipos sancionadores aplicados al presunto infractor.

Por ello, aprovechando el contexto actual de integración de diferentes reguladores sectoriales con la vigente autoridad de competencia (CNC) en la CNMC, puede ser procedente que el legislador se replantee si dichas funciones de vigilancia del comportamiento de las entidades de gestión pudieran ser ejercidas por la propia CNMC, y ello por los siguientes motivos:

- porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1.a) de la Ley 3/2013, se atribuye a la CNMC la “supervisión y control de todos los mercados y

²³ Con la sola excepción de los derechos exclusivos de autorización de retransmisión por cable (art. 20.4b) de la LPI actualmente vigente).

²⁴ *Vid.* resolución del TDC de 27 de julio de 2000, Expediente 465/99 *Propiedad Intelectual Audiovisual*.

²⁵ La diferencia entre los derechos exclusivos y los de simple remuneración reside en que los primeros atribuyen a su titular la facultad exclusiva de autorizar a terceros el uso de las obras protegidas, lo que, en su vertiente negativa se traduce en la posibilidad de prohibir tales utilidades. En estos casos, el objeto de la gestión colectiva es un auténtico *ius prohibendi*. Por su parte, los derechos de simple remuneración, si bien no confieren a su titular el monopolio de la autorización, sí le autorizan a percibir una remuneración por las mismas.

sectores económicos”, entre los que se encontrarían todos los mercados o sectores afectados por la regulación sobre propiedad intelectual.

- porque las facultades de control sobre las tarifas que ejercería dicha sección primera de la CPI vienen a ser prácticamente idénticas a las actuaciones que podría realizar la CNMC en relación con los mercados de referencia afectados por dichas tarifas a través de la apertura de expedientes sancionadores por infracción de la normativa de competencia.
- porque la Disposición Transitoria Tercera del APL señala que hasta que la Sección primera de la CPI disponga de los medios necesarios para el eficaz desempeño de sus competencias podrá recabar la colaboración, asistencia y apoyo profesional de otros organismos públicos, entre los que evidentemente se encontraría la CNMC.

Por otro lado, esta argumentación serviría para que el legislador pudiera igualmente replantearse la atribución a la CNMC de las *funciones de mediación y arbitraje* encomendadas a la Sección primera de la CPI por el art. 148 bis del APL, al menos las de arbitraje, expresamente atribuidas a la CNMC de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.1.b) de la Ley 3/2013: *“Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos”*.

Todo ello sin perjuicio del carácter voluntario de estos procedimientos y de la posibilidad de que las partes puedan atribuir la resolución de sus conflictos a otros órganos de arbitraje y mediación de acuerdo con lo previsto en la legislación aplicable.

En definitiva, si bien cabe valorar positivamente el reconocimiento de las nuevas funciones de determinación de tarifas y de control, se considera procedente que el legislador se replantee cambios en la configuración de la primera función y de atribución de la misma en la segunda.

II.2.1.2. Diseño

El art. 158 del APL configura a la Sección Primera de la CPI como un órgano colegiado de ámbito nacional, adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Sobre su composición, se establece un mínimo de tres miembros y un máximo de siete, nombrados entre expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual y de defensa de la competencia a propuesta de los titulares de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, Economía y Competitividad y Justicia por un período de tres años renovable por una sola vez.

Con independencia de las recomendaciones recogidas en el punto anterior, se considera procedente recordar que, para garantizar un funcionamiento realmente independiente del regulador, la doctrina²⁶ precisa que el regulador debería ser un órgano colegiado, el mandato de sus miembros debería realizarse al más alto nivel, su duración debería abarcar periodos relativamente largos (4 o 5 años), y además debería poder disfrutar de autonomía para la gestión de sus recursos humanos y presupuestarios.

Desde esta perspectiva se advierten como aspectos positivos la previsión legal de que la CPI sea un órgano colegiado y la de que el nombramiento de sus miembros se realice mediante Real Decreto del Consejo de Ministros. Ahora bien, existen elementos del diseño institucional propuesto que plantean objeciones desde el punto de vista de su independencia.

- Por un lado, la *duración del mandato* por tres años renovable por otros tres no garantizaría suficientemente la independencia y ello por un doble motivo: por una parte, el mandato inicial es muy corto, no previéndose comparecencia parlamentaria de los candidatos, y, por otra, no se definen los criterios a los que deberá ajustarse la renovación o falta de renovación de los miembros de la CPI quedando en definitiva presente un cierto riesgo de arbitrariedad²⁷.
- Además, no se prevé que la CPI disponga de *autonomía organizativa y financiera* para el cumplimiento de sus fines, que son elementos esenciales para la deseable independencia de todo regulador²⁸. De la lectura del APL se percibe un cierto interés por que la CPI cuente con autonomía financiera y

²⁶ Vid., JACOBZONE, Stéphane, "Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities. A Comparative Overview across OECD Countries". *OECD Working Party on regulatory management and reform designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation*, 2005, págs. 33-36.

²⁷ En este sentido, podemos tomar como referencia un sistema como el del Reino Unido, donde existe un *Copyright Tribunal* encargado de resolver los conflictos entre usuarios y entidades de gestión y cuyos miembros son nombrados por un período de cinco años renovables por un período adicional de igual duración (a modo de analogía, se recuerda que el mandato de los consejeros de la CNMC es de seis años no renovables). En el caso británico, la falta de renovación de sus miembros solo podrá acordarse por causas tasadas relacionadas con la ineficacia en el cumplimiento de sus obligaciones o por una reducción del número de miembros y, en este caso, se dará preferencia a los miembros más antiguos.

Ahora bien la falta de renovación solo puede obedecer a causas tasadas y se refiere bien al incumplimiento de las obligaciones por parte del miembro, bien a necesidades organizativas. En cualquiera de estos dos supuestos se prevén garantías, de manera que debiendo ser acordada por el Secretario de Estado previo informe del Presidente, y en las dos causas restantes, es decir, por reestructuración, no se renovará el mandato a los miembros más recientes. Fuente: <http://www.ipo.gov.uk/ctribunal/ctribunal-about/ctribunal-about-membership/ctribunal-about-membership-termcondition/ctribunal-about-membership-termcondition-nonrenewal.htm> [última consulta: julio de 2013].

²⁸ Vid., JACOBZONE, S, cit., 33, quien afirma: "the use of central public funds often involves binding constraints in terms of the use of this funds and might lead to implicit pressures from budgeting ministries".

presupuestaria para el eficaz cumplimiento de sus fines, como se desprende de la Disposición Transitoria Tercera del APL ya citada más arriba.

En definitiva, ha de insistirse pues en la necesidad de reforzar la independencia y autonomía financiera y organizativa del futuro regulador, tanto respecto de los operadores regulados como de los Departamentos Ministeriales correspondientes.

II.2.2. Riesgo de solapamiento del régimen sancionador contemplado en el APL con el recogido en materia de defensa de la competencia

Una vez analizados los tipos infractores recogidos en el APL, y como ya se ha apuntado, se observa que existe un riesgo de concurrencia del régimen sancionador previsto en éste y el régimen sancionador de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), sobre todo en relación con los abusos de posición dominante, que han sido reiteradamente sancionados por el antiguo TDC y la CNC en relación con este mercado, con respaldo de los tribunales, la última mediante sentencia de 19 de marzo de 2013²⁹.

Esta concurrencia deriva de la remisión que efectúa el artículo 159 ter 3.c) al artículo 157.1) del APL, precepto este último en el que se recogen las obligaciones de las entidades de gestión. El riesgo de solapamiento se produce, al menos, en relación con las sanciones previstas para los incumplimientos de dichas obligaciones de las entidades de gestión recogidas en los artículos a), b) y d) del apartado 1 del artículo 157 del APL:

- La letra a) del art. 157 del APL se refiere a la obligación, para las entidades de gestión, de *“contratar en condiciones equitativas y no discriminatorias con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración”*.

La subsunción de la fijación de las tarifas inequitativas y discriminatorias en el tipo infractor del art. 2 de la LDC es clara, atendiendo al aparato segundo de dicho precepto, cuando contempla en la relación de posibles conductas abusivas (letras a) y d) respectivamente) *“la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”* como *“la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”*.

- La letra b) del art. 157.1 del APL exige a las entidades de gestión *“establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la*

²⁹ Recurso de casación nº 2125/2009, por la que se confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2009, que a su vez confirmó la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de julio de 2006, Expte. 593/05.

utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. El importe de las tarifas se establecerá atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario y se buscará el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

- 1º. El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
- 2º. La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
- 3º. La amplitud del repertorio de la entidad de gestión.*
- 4º. Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.*
- 5º. Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización.*
- 6º. Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso”.*

Este apartado obliga a las entidades de gestión a fijar las tarifas atendiendo al valor económico de la utilización y se establecen una serie de orientaciones (de carácter no exhaustivo) para desarrollar dicha aproximación.

Como ya señaló el informe de la CNC, es positivo que se definan normativamente los criterios a que habrán de ajustarse las tarifas, pues ello contribuirá a definir un marco de seguridad jurídica en el que han de desenvolverse los operadores. Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance de las obligaciones de las entidades de gestión en relación con las tarifas, no se incluye como una obligación de aquellas, al menos para determinadas clases de usuarios, la aplicación de tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo del repertorio pero manteniendo como alternativa las tarifas por disponibilidad³⁰.

Por otro lado, cabe señalar que tanto la exigencia de que las tarifas guarden relación con el valor económico de la prestación, como los criterios que se proponen, encuentran su raíz en el art. 2 de la LDC (y art. 102 del TFUE).

La fijación por parte de un monopolista de precios que no guarden relación con el valor económico de la prestación es previsiblemente un abuso de posición dominante³¹, siendo procedente señalar algunas decisiones que desde la óptica

³⁰ Podría ser interesante por tanto una modificación en el texto legal que recoja ambas opciones.

³¹ Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, ha de suponerse la existencia de una imposición directa o indirecta de precios de venta u otras condiciones de transacción

de competencia han delimitado su configuración y que ahora han encontrado acogida en el art. 157.1 b. del APL:

- La fijación de tarifas sin relación con el “grado de uso” ha sido considerada un abuso de posición dominante, tanto por la jurisprudencia del TJUE (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2008 *Kanal 5/ STIM* (Asunto C-52/07 Rec., 2008, p. I-9275) como por la CNC (Resolución de 23 de julio de 2009 *Artistas Intérpretes o Ejecutantes*, Expediente 651/08).
 - La exigencia de que las tarifas guarden relación con la amplitud del repertorio ha sido establecida por la CNC en su Resolución de 23 de marzo de 2011 *A/SGE* (Expediente S/0156/09).
 - La comparación de las tarifas con las que se exigen a “*otros usuarios*” ha sido empleada, por ejemplo, en las Resoluciones del TDC de 27 de julio de 2000 (Expediente 465/99 *Propiedad Intelectual Audiovisual*) y de la CNC de 2 de marzo de 2012, *Egeda* (Expediente S/0157/2009). Con la salvedad de que el APL ahora propuesto, al introducir el inciso “*para la misma modalidad de utilización*” estaría restringiendo indebidamente el ámbito de aplicación del art 2 LDC, que se aplica incluso cuando los usos que se comparan no son enteramente coincidentes.³²
 - La comparación con las tarifas que se exigen en otros Estados Miembros de la UE ha sido empleada por el TDC en su Resolución de 14 de diciembre de 1998 (*Onda Ramblas/AGEDI*, expediente 430/98) y por la CNC en su Resolución de 2 de marzo de 2012 (Expediente S/0157/2009).
- La letra d) del art. 157.1 del APL exige a la entidades de gestión, entre otras cosas, una obligación de transparencia y de objetivación de los posibles descuentos aplicados: “*difundir en su sitio Web de forma fácilmente accesible los sistemas, normas y procedimientos de reparto, el importe o porcentaje de los descuentos que sean aplicados a cada derecho y modalidad de explotación*”

no equitativas, en particular, cuando la empresa en posición dominante exige una retribución o una remuneración sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada. Sentencias de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continental/Comisión* (27/76, Rec. p. 207), 248 a 252 y de 13 de noviembre de 1975, *General Motors Continental/Comisión* (26/75, Rec. p. 1367), apartados 11 y 12.

³² Para determinar el posible carácter excesivo de una tarifa un elemento que contribuye a determinar el “valor económico” es la comparación de las tarifas con las que se exigen a otros usuarios que utilizan este mismo repertorio, aunque la modalidad de utilización no sea exactamente la misma. Por ejemplo, en la resolución de 2 de marzo de 2012, *Egeda* (Expediente S/0157/2009) se afirmó el carácter excesivo de las tarifas, tomando como referencia las que EGEDA cobraba a los operadores de televisión por cable y satélite. Realmente el ALP contiene una imprecisión técnica pues, si los usos fueran los mismos, ya no estaríamos en el ámbito de las tarifas no equitativas sino en el ámbito de las tarifas discriminatorias.

administrados, y las obras y prestaciones protegidas que administran cuyos titulares están parcial o totalmente no identificados”.

La exigencia de objetivar los posibles descuentos se conecta con la prohibición de discriminación, tal y como ha reconocido la CNC, por ejemplo, en la Resolución de 3 de julio de 2012 SGAE (Expte. S/0220/10).

En definitiva, si bien es valorable positivamente que el APL contenga de forma clara y objetiva las obligaciones de las entidades de gestión, debe replantearse la remisión que el art. 159 ter 3.c) del APL realiza al artículo 157.1) del APL (al menos en lo referente a las letras a, b y d de dicho precepto), tipificando como infracción administrativa de la LPI conductas que ya se encuentran recogidas en los tipos infractores previstos en la LDC y que vienen siendo sancionadas con regularidad por la autoridad de competencia.

II.2.3. 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.

Estas barreras de entrada ya se identificaron en el Informe de la CNC, sin que se haya justificado su mantenimiento desde el punto de vista de su necesidad, proporcionalidad y mínima restricción en el texto del APL.

II.2.3.1 Exigencia de que la entidad carezca de ánimo de lucro.

Como ya se señaló en el informe citado,³³ *“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 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”.*

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 MAIN) no cabe sino reiterar lo que ya se dijo

³³ Informe de la CNC, apartado 94.

en la recomendación segunda del Informe de la CNC, a cuyo tenor, “*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*”.

II.2.3.2 Exigencia de autorización por parte del Ministerio y requisitos a los que se condiciona tal autorización.

Por un lado, el APL propuesto, en su artículo 148, requiere autorización del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para operar como entidad de gestión, en contra de lo que se propuso en el Informe de la CNC, que proponía abandonar el régimen de autorización sustituyéndolo por un sistema de simple registro.

De hecho, la MAIN señala como justificación que se realiza “*en aras a brindar la máxima protección posible a la propiedad intelectual*”. Sin embargo, 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 previa³⁴.

Por otro lado, el aspecto que más incide en el carácter restrictivo de la autorización son los requisitos que se han de cumplir para obtenerla. En caso de que éstos no estén justificados e introduzcan incertidumbre, arbitrariedad e inseguridad jurídica, la restricción será más severa. En el APL propuesto, los tres requisitos cumulativos a los que se condiciona la obtención de esta autorización [previstos en las letras b), c) y d) del art. 149] perpetúan el *statu quo* imperante en cuanto a potenciales operadores, en la medida en que se exige a cada supuesta entidad de gestión:

- a) Que acrediten experiencia en la administración de derechos de explotación de propiedad intelectual de los titulares de derechos comprendidos en su gestión.*
- b) Que dispongan de medios económicos y técnicos demostrables que aseguren una eficaz administración de los derechos para los que solicitan autorización en todo el territorio español.*
- c) Que acrediten la representación de un repertorio de obras y prestaciones protegidas españolas y extranjeras de gestión colectiva voluntaria.*

Sobre estos requisitos cabe decir que introducen una restricción a la competencia que de facto impediría el acceso al mercado a otras entidades de gestión que no fueran las ya establecidas en el mismo. En la MAIN no se justifica la finalidad a la que responden estas restricciones. Si lo que se pretende con ellas es proteger a los titulares de los derechos gestionados para, por ejemplo, prevenir problemas de agencia, podrían plantearse alternativas menos restrictivas de la competencia como, por ejemplo, la exigencia de algún tipo de garantía.

³⁴ En este mismo sentido, *vid.*, Informe de la CNC, apartado 100.

En definitiva, se propone:

- Suprimir la exigencia de autorización administrativa como requisito previo para poder operar en el mercado de la gestión colectiva en España, sustituyendo el sistema de autorización por otro menos intervencionista como el de simple registro o declaración responsable.
- Con respecto a los requisitos que una entidad debe cumplir y, asumiendo que la finalidad de la regulación sea prevenir problemas de agencia, estudiar alternativas que permiten alcanzar este objetivo, optando por la menos restrictiva para la competencia.

II.2.4 Nuevos operadores en el mercado de gestión colectiva voluntaria

El APL reserva la denominación oficial de “entidad de gestión colectiva” y la consiguiente aplicación del régimen regulatorio previsto en el mismo a aquellas entidades que se constituyan con arreglo a ciertos requisitos (autorización administrativa, no persecución de ánimo de lucro, obligaciones de información...). Sin embargo, de acuerdo con el nuevo artículo 147, se admite que “*cualquier persona físicas o jurídica³⁵ legalmente constituida*” pueda representar a los titulares de derechos, con excepción de los derechos de gestión colectiva obligatoria que serán gestionados necesariamente por las entidades de gestión colectiva.

Ahora bien, esta posibilidad de acceso al mercado por parte de nuevos operadores, positiva desde la óptica de competencia, se ve oscurecida por la diferencia de trato, sin aparente justificación, dispensada a unos y otros, ya que en el mercado de la gestión colectiva voluntaria habrá entes sujetos a un régimen jurídico con un fuerte intervencionismo regulatorio (entidades de gestión) frente a otros operadores no sujetos a control (personas físicas o jurídicas legalmente constituidas).

En este sentido, la relevancia de los fines de las entidades de gestión justifica una intervención regulatoria que trace un marco claro que defina las obligaciones de las entidades de gestión en pro de los intereses de los titulares de los derechos gestionados y de los usuarios. En la medida en que una regulación eficiente que ofrezca garantías a los titulares y usuarios sirve también al interés general de la colectividad debería aplicarse igualmente a todos los sujetos que gestionen derechos de propiedad intelectual por cuenta ajena.

³⁵ La innovación que pretende el APL es más aparente que real. Tal posibilidad *de facto* ya existe con la actual regulación. Baste citar un pasaje de la Resolución del TDC de 10 de mayo de 2004 (Expediente A 334/03 Acuerdo Marco –Propiedad Intelectual) en la que se transcribe la respuesta que dio el Ministerio de Cultura a la Dirección General de Competencia, afirmando *la posibilidad de gestionar derechos de propiedad intelectual por entidades que no hayan solicitado, ni obtenido la autorización a que se refiere el artículo 147 del TRLPI ha sido expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia nº 196/1997, de 13 de noviembre, en su Fundamento de Derecho Sexto.*

En definitiva, sin perjuicio de ciertas diferencias regulatorias que pudieran, en su caso, estar justificadas, sería recomendable:

- equiparar a ambos tipos de operadores al menos en cuanto a aquellas obligaciones más directamente vinculadas a ofrecer garantías de fiabilidad y buena gestión a los usuarios, las relativas a información, transparencia y rendición de cuentas (art. 157.1 e) g) e i) del APL).
- Como se ha precisado en el punto *II.2.3*, esta equiparación también debería llevar a replantearse en qué medida están justificadas otras obligaciones que se aplican exclusivamente a las entidades de gestión (exigencia de autorización, no persecución de ánimo de lucro).

II.2.5 Legitimación procesal de las entidades de gestión

De acuerdo con el nuevo art. 150 del APL, en defensa de los derechos confiados a su gestión, se ha modificado de forma relevante la legitimación procesal de las entidades de gestión, de forma que con la reforma planteada, para acreditarla, en materia de derechos de gestión colectiva obligatoria, lo podrá hacer a través de la aportación de una copia de sus estatutos y de una aportación acreditativa de su autorización administrativa.

Pero en cambio, para la defensa del resto de derechos de gestión colectiva voluntaria no se especifica la existencia de una legitimación específica, por lo que es de suponer que cabría en este caso acudir a la regla general de exigir la acreditación de la representación que el litigante se atribuya. Esta acreditación puede ser especialmente problemática en la práctica si se exigiera aportar por parte de la entidad de gestión todos los contratos firmados con los titulares de los derechos, cuyo número puede ser muy elevado.

Por otro lado, dicho precepto establece igualmente que, en el caso de derechos de gestión colectiva obligatoria, el demandado sólo podrá fundar su oposición en el pago de la remuneración correspondiente. Esta nueva regulación plantea el interrogante de si dicha afirmación implica una limitación de los derechos de defensa de los demandados en la medida en que no pudieran alegarse, por ejemplo, aspectos relativos a la inequidad de las tarifas.

A este respecto, cabría dejar claro que cuando nos encontramos ante reclamaciones sobre las que no existen pronunciamientos judiciales previos que se hayan manifestado sobre dicho asunto (inequidad de las tarifas), no deberían coartarse las posibilidades de que este tipo de cuestiones sean alegadas por el demandado y resueltas por los tribunales.

En base a lo anterior, se recomienda completar la regulación relativa a la legitimación procesal de las entidades de gestión de forma que, salvo justificación expresa en contrario por parte del legislador, y en aras de la siempre deseable seguridad jurídica, se proceda a unificar la legitimación procesal de las entidades de gestión en ambas posibles situaciones (derechos de gestión colectiva obligatoria y voluntaria), y se regule

de forma oportuna la legitimación procesal de los otros operadores distintos a las entidades de gestión que se mencionan en el siguiente apartado.

II.2.6. Reparto competencial Estado-CC.AA en lo relativo a las funciones de inspección, vigilancia y control de las entidades de gestión.

El ejercicio de dichas funciones, de acuerdo con el artículo 159 del APL, se efectuará con arreglo al reparto³⁶ de funciones entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y las Comunidades Autónomas.

En virtud de este reparto, se atribuye a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se desarrolle principalmente la actividad de la entidad de gestión, además de las funciones de inspección, vigilancia y control de estas entidades, el ejercicio de la potestad sancionadora. Para ello, dichas entidades de gestión deben contar con domicilio social en la región y tener su ámbito principal de recaudación en la Comunidad con al menos un 85% de la recaudación.

Con independencia de la mayor o menor relevancia del porcentaje exigido y de las dificultades que a día de hoy existen en la práctica para el ejercicio de dichas funciones por las Comunidades Autónomas, resulta conveniente a este respecto simplemente recordar lo que se recogía en el Informe de la CNC sobre el posible riesgo de la intervención de éstas en las funciones de las entidades de gestión, indicándose que *“en el 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”*³⁷.

II.2.7. Ampliación de los derechos de gestión colectiva obligatoria (derecho de cita con fines docentes)

De acuerdo con el informe de la CNC³⁸ la gestión colectiva obligatoria constituye un obstáculo a la gestión individual que, como tal, impide la entrada y limita la presión competitiva ejercida por los titulares de derechos. 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, creando una demanda cautiva para las entidades de gestión, que operan desde una posición monopolística y, en estos casos, representan al titular por mandato legal.

³⁶ Este reparto competencial está condicionado por el marco previsto en la Constitución e interpretado por sentencia de Tribunal Constitucional, de 13 de noviembre de 1997, según la cual quedarían reservadas al Ministerio de Cultura las funciones de autorizar o revocar la autorización y las que se contemplan en el apartado segundo del artículo 159 de la LPI, que hacen referencia a la aprobación de los estatutos de la entidad.

³⁷ *Vid.*, apartado 177.

³⁸ Sobre los derechos de gestión colectiva obligatoria, *vid.*, apartados 114 a 124 del Informe de la CNC.

Con esta fundamentación, en el Informe de la CNC se proponía “*eliminar la obligatoriedad de gestión colectiva a través de entidades de gestión en los casos en que se impone en la actualidad, con la excepción de cuando dicha obligatoriedad venga impuesta por una Directiva europea*”.

En el APL propuesto no solo se mantienen los supuestos anteriores sino que introduce injustificadamente un nuevo derecho de gestión colectiva obligatoria³⁹ con el derecho de cita con fines docentes. El artículo 32.3 del APL, prevé que, en relación con ese derecho de cita, los autores de las obras reproducidas parcialmente, distribuidas y comunicadas públicamente tendrán un derecho irrenunciable a percibir de las entidades usuarias una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión.

No cabe sino reiterar que esta supresión de la gestión colectiva obligatoria debería acometerse en próximas revisiones de la LPI y, en relación con el APL propuesto, no deberían introducirse nuevos derechos de gestión colectiva obligatoria.

II.2.8. Necesidad de una mayor flexibilidad en los contratos de gestión entre los titulares de los derechos y las entidades de gestión colectiva

La CNC identificó como barrera a la entrada estratégica determinadas prácticas contractuales de las entidades de gestión con los titulares de los derechos gestionados, prácticas que consistían en cláusulas de exclusividad en la gestión de los repertorios 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 y garantizar a la entidad la exclusividad en la gestión de los derechos.

Bajo estas premisas, se recomendaba limitar el periodo de permanencia, prórroga y preaviso, estableciendo una duración máxima del contrato de un año, indefinidamente renovable por periodos de esa misma duración, y un preaviso de tres meses. A su vez, se recomendaba garantizar 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 en términos no exclusivos 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.

Sin embargo, el APL no incorpora modificaciones para garantizar una mayor flexibilidad y libertad en los contratos de gestión entre los titulares y las entidades. La introducción de un precepto en tal sentido sería oportuna en el presente APL, que en cambio regula

³⁹ Así, el art. 32.3 APL, relativo al derecho de cita con fines docentes, prevé que *los autores de las obras reproducidas parcialmente, distribuidas y comunicadas públicamente tendrán un derecho irrenunciable a percibir de las entidades usuarias una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión.*

la actividad de las entidades de gestión y las relaciones entre estas y los titulares de los derechos gestionados por aquellas.

A este respecto, debe tenerse presente que existe una propuesta de Directiva europea de julio de 2012 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,⁴⁰ que incluye propuestas para la flexibilización del contrato de gestión.⁴¹

Llama la atención que la MAIN del Anteproyecto mencione esa propuesta de Directiva como elemento determinante⁴², pero no incorpore las propuestas de flexibilizar el alcance del mandato de gestión entre las entidades y los titulares de los derechos gestionados. En cambio, se incorporan otras disposiciones de esta Directiva aún no aprobada, como las obligaciones de transparencia contable de las entidades de gestión y su obligación de rendir cuentas de su gestión.

En concreto, a modo de resumen, se recomienda:

- limitar el periodo de permanencia, prórroga y preaviso, estableciendo una duración máxima de un año, indefinidamente renovable por periodos de un año, y un preaviso de tres meses.
- garantizar que el titular tenga 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 pueda realizarse en términos no exclusivos y permitir al mismo conservar la posibilidad de conceder licencias a la vez que la entidad de gestión, ya sea de modo directo o a través de otra entidad.

II.2.9. Ampliación de los plazos de disfrute de ciertos derechos

Con independencia de que la ampliación de los plazos de protección de ciertos titulares de derechos (de 50 a 70 años) venga impuesta por la Directiva 2011/77/UE citada

⁴⁰ Propuesta de Directiva de 11 de julio de 2012 [COM(2012) 372 final 2012/0180 (COD)].

⁴¹ “5.2 Los titulares de derechos tendrán derecho a autorizar a la entidad de gestión colectiva de su elección a gestionar los derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, respecto de los Estados miembros de su elección independientemente de su Estado miembro de residencia o de establecimiento o de la nacionalidad de la entidad de gestión colectiva o del titular de derechos.

5.3 Los titulares de derechos tendrán derecho a revocar la autorización para gestionar derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones, concedida a una entidad de gestión colectiva, o a retirar de una entidad de gestión colectiva los derechos o categorías de derechos o los tipos de obras y otras prestaciones de su elección, en los Estados miembros 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 o a la mitad del ejercicio, eligiendo la fecha más próxima a la expiración del plazo de preaviso”.

⁴² Pág. 18 de la MAIN del APL.

anteriormente, ha de insistirse en que la regulación en materia de propiedad intelectual ha de responder a un análisis entre el beneficio y el coste sobre el conjunto del sistema, en particular sobre la eficiencia dinámica general.

En lo que respecta el incremento de la protección por un plazo adicional de 20 años:

- En primer lugar, no consta que se hayan realizado los estudios pertinentes de las externalidades positivas y negativas sobre el conjunto del sistema ni, *a priori*, esta extensión permite suponer que su posible incentivo para la creación de nuevas obras sea superior al perjuicio social que origina la prolongación para las obras futuras de un monopolio durante dicho plazo.
- Por otro lado, la ampliación de la protección a 70 años a las obras ya existentes no tiene ningún sentido económico desde el punto de vista del interés general. Es un “beneficio sobrevenido⁴³” para el titular del derecho, innecesario y socialmente ineficiente, ya que, cuando se trata de obras ya creadas, con el marco jurídico vigente en su momento, los cambios en la normativa actual de la propiedad intelectual no tienen ninguna capacidad para incentivar retroactivamente la creación de obras y, en cambio, limitan la libre disponibilidad social de las obras ya creadas cuya protección hubiese concluido.

⁴³ Los beneficios sobrevenidos o *windfall profits* en la terminología anglosajona al uso, pueden definirse como aquellos beneficios *supranormales*, de magnitud significativa y sostenidos durante un cierto período de tiempo, debidos a circunstancias de mercado extraordinarias, inesperadas y fuera del control de las empresas o a cambios significativos en la regulación / legislación de sus actividades.