

# INFORME SOBRE LA GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

## V. CONCLUSIONES

### Primera.

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

### Segunda.

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

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

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

### Tercera.

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

Por un lado, las economías de escala en la gestión de derechos de propiedad intelectual generan una tendencia a la concentración de mercado que puede conllevar desventajas competitivas para los entrantes; no obstante, su relevancia depende del tipo de utilización y se ha visto afectada por el

progreso tecnológico, que está reduciendo los costes vinculados a la gestión de derechos de propiedad intelectual y facilitando la gestión individual, particularmente en el entorno *online*.

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a las barreras de entrada estratégicas, éstas se derivan de algunas actuaciones de las entidades de gestión en un entorno regulatorio que permite que las entidades puedan explotar su posición monopolística.

Fundamentalmente, destacan las cláusulas de los acuerdos de representación recíproca con entidades de otros países que generan monopolios nacionales; la amplitud de los contratos que ofrecen a los titulares para la gestión de sus derechos, tanto en cuanto a su duración como en cuanto a la extensión de los derechos que incluyen; la exclusividad en la gestión de los derechos; la falta de transparencia sobre los repertorios gestionados; la configuración de repertorios en los que confluyen sin distinción aparente derechos exclusivos y de remuneración, unos de gestión colectiva voluntaria y otros obligatoria; así como la predominancia de tarifas independientes del uso efectivo.

#### **Cuarta.**

Pese a que la LPI establece un marco normativo de la gestión colectiva en el que la opción querida y más probable es la de entidades de gestión que actúan como monopolios, las obligaciones que se les imponen en absoluto permiten contrarrestar el elevado poder negociador (ante los titulares y ante los usuarios) que le atribuye ese poder de mercado.

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

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

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

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

conflictos, principalmente por la oposición de las entidades de gestión a todo lo que suponga la injerencia de la Administración en la determinación de las tarifas por uso de los derechos exclusivos gestionados.

#### **Quinta.**

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

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

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

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

#### **Sexta.**

La CNC considera que es posible un modelo más favorable a la competencia, donde las entidades enfrenten mayor presión competitiva en la prestación de servicios a titulares y a usuarios, ya sea por parte de otras entidades, nacionales o extranjeras, o por parte de los propios titulares.

El objetivo de introducir competencia en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual es particularmente importante teniendo en cuenta los desarrollos tecnológicos de la última década y el advenimiento del entorno *online* como la ventana de explotación de obras y prestaciones fundamental en el futuro. En este nuevo ámbito, las posibilidades de conseguir un entorno más competitivo para la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual son mayores que en el mundo *offline*.

Por este motivo, la CNC considera que debe realizarse una revisión integral de la LPI en materia de gestión colectiva, y recomienda la remoción de una serie de obstáculos a la competencia y barreras de entrada, lo que incrementará los incentivos de las entidades a prestar sus servicios de modo eficiente y reducirá las posibilidades de que ejerzan su poder de mercado en el ámbito tarifario. Introducir competencia no equivale a que un determinado conjunto de derechos quede repartido entre varias entidades.

Este tipo de modelo no parece la mejor opción: los usuarios se ven obligados a negociar con todas las entidades si quieren acceder al repertorio de la totalidad de autores y, por ello mismo, la competencia no se ve realmente favorecida. La competencia requiere de modelos de gestión colectiva distintos al existente, que refuercen la capacidad de elección y de actuación no sólo de los usuarios, sino también de los titulares de los derechos.

En efecto, para introducir competencia es preciso apostar por la libertad de gestión, es decir, por que los titulares tengan más libertad contractual con respecto al mandato que dan a la entidad de gestión, y más libertad para elegir quién y bajo qué forma jurídica le gestiona sus derechos. A su vez, resulta imprescindible erradicar el intervencionismo administrativo que durante todos estos años ha podido obstaculizar o impedir que los mecanismos de mercado operen a la hora de organizar la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

No obstante, la CNC considera que mientras la situación monopolística de las entidades de gestión persista, resulta determinante mejorar la regulación de unas entidades que abusan de modo recurrente de su posición de dominio.

Estas mejoras pasan por la imposición de obligaciones de transparencia, por la elaboración de tarifas que tengan en cuenta el uso de los repertorios y determinados criterios de cuantificación, así como por la creación de un regulador que pueda dirimir de forma vinculante toda clase de conflictos en materia de propiedad intelectual.

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

## VI. RECOMENDACIONES

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

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

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

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

### **Primera.**

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

### **Segunda.**

**Revisar y, en su caso, eliminar aquellos elementos de la LPI que están actuando de barreras de entrada legales, teniendo en cuenta de modo**

**especial las nuevas posibilidades que brinda el progreso tecnológico. En particular:**

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

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

**Tercera.**

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

- **Debe limitarse el periodo de permanencia, prórroga y preaviso, estableciendo una duración máxima de 1 año, indefinidamente renovable por periodos de un año, y un preaviso de 3 meses.**
- **Debe garantizarse que el titular tenga mayor flexibilidad a la hora de determinar el alcance del contrato en términos de derechos, obras, territorios y 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.**

**Cuarta.**

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

- **Obligaciones de puesta a disposición de titulares y usuarios de los repertorios (titular y obras /prestaciones) efectivamente gestionados.**

- **Obligaciones de informar sobre los contratos a los que llegan con otros usuarios, cuando negocien con usuarios que realicen una actividad similar a los primeros.**
- **Obligaciones de informar sobre los contratos concertados con organizaciones de gestión colectiva de su misma clase.**

#### **Quinta.**

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

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

#### **Sexta.**

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

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

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

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

#### **Séptima.**

**Establecer normativamente los criterios a los cuales las entidades de gestión tengan que ajustarse para determinar las tarifas por uso de su**



repertorio de derechos exclusivos y/o de remuneración, y a los cuales se atenderá también la Comisión reguladora en caso de ser necesaria su intervención. Los criterios deberían incluir en todo caso los siguientes:

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

**Octava.**

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