

INDICE

ABREVIATURAS, SÍMBOLOS Y SIGLAS

PRÓLOGO

I. LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR: UNA SUCINTA DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA

1. Statu quo de la gestión de los derechos de autor
 - 1.1. En la búsqueda del sistema de gestión más eficiente
 - 1.2. Los desafíos generados por la era digital
2. Proposición de clasificación de las categorías de gestión de derechos de autor
 - 2.1. Gestión individual
 - 2.2. Gestión colectiva
 - 2.2.1. Gestión colectiva voluntaria
 - 2.2.2. Gestión colectiva obligatoria
3. La gestión colectiva como forma de gestión propia al derecho de autor
 - 3.1. Justificaciones de la pertinencia de la gestión colectiva
 - 3.2. Aprehensión por la gestión colectiva de los distintos tipos de derechos sobre los diferentes tipos de obras
 - 3.2.1. Derechos de reproducción
 - 3.2.1.1. Derechos de reproducción mecánica
 - 3.2.1.2. Derechos de reproducción reprográfica
 - 3.2.1.3. Derechos sobre obras dramáticas
 - 3.2.2. *Droit de suite*
 - 3.2.3. Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas
 - 3.2.4. Derechos de interpretación y ejecución sobre obras musicales de pequeños derechos
 - 3.2.5. Derechos de retransmisión por cable de programas radiodifundidos
4. La gestión colectiva en España
 - 4.1. Régimen jurídico de las entidades de gestión colectiva en el ordenamiento jurídico español

- 4.1.1. Elementos clave del régimen jurídico de las entidades de gestión españolas
- 4.1.2. Entidades de gestión que operan en España
- 4.1.3. Clasificación
- 4.2. Las relaciones entre las entidades de gestión y los titulares de derechos: El contrato de gestión colectiva
 - 4.2.1. Características del contrato de gestión
 - 4.2.2. Naturaleza jurídica del contrato de gestión
 - 4.2.3. Condición de socio y condición de administrado del titular de derechos

II. LAS ENTIDADES DE GESTIÓN FRENTE AL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

- 1. Las entidades de gestión como sujetos sometidos a las normas sobre competencia
 - 1.1. El concepto de empresa en derecho de la competencia
 - 1.2. La pertinente calificación de las entidades de gestión como empresas
 - 1.2.1. La consideración de la actividad de las entidades de gestión como actividad económica
 - 1.2.1.1. Las entidades de gestión como prestadoras de servicios
 - 1.2.1.2. La remuneración a las entidades de gestión por la prestación de sus servicios
 - 1.2.2. La autonomía o independencia en el ejercicio de la actividad de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor
- 2. El mercado de referencia de la gestión colectiva: un ejemplo paradigmático de mercado bilateral (two sided market)
 - 2.1. El mercado de referencia como elemento clave del análisis
 - 2.2. El papel de las entidades de gestión en los llamados “mercados culturales”
 - 2.3. La gestión colectiva como mercado bilateral
 - 2.3.1. El mercado de adquisición de derechos
 - 2.3.1.1. El mercado material de adquisición de derechos
 - 2.3.1.2. El mercado geográfico de adquisición de derechos
 - 2.3.2. El mercado de concesión de licencias
 - 2.3.2.1. El mercado material de concesión de licencias
 - 2.3.2.2. El mercado geográfico de concesión de licencias
- 3. La posición dominante de las entidades de gestión sobre los mercados de referencia
 - 3.1. Los factores condicionantes de una posición de una posición dominante

3.2. Las barreras de entrada al mercado como factores determinantes de la posición de dominio de las entidades de gestión colectiva. Especial referencia al caso español

3.2.1. Sucinta definición del concepto barrera de entrada al mercado

3.2.2. El caso español como ejemplo paradigmático de la posición de dominio de las entidades de gestión debido a la existencia de barreras de entrada al mercado

3.2.2.1. Las economías de escala

3.2.2.2. Las barreras legales

3.2.2.2.1. La autorización previa por parte del Ministerio de Cultura

3.2.2.2.2. La necesaria constitución como entidades sin ánimo de lucro

3.2.2.2.3. La gestión colectiva obligatoria en determinados casos

3.2.2.3. Las barreras estratégicas

3.2.3. Una teoría alternativa: las entidades de gestión como monopolios naturales

3.3. Un caso particular: la posición dominante colectiva de las entidades de gestión colectiva

3.3.1. La evolución jurisprudencial en la consideración de la posición dominante colectiva

3.3.2. La posible posición de dominio colectivo detentada por las entidades de gestión

4. Las entidades de gestión frente al abuso de posición dominante

4.1. Abuso de posición dominante frente a los titulares de derechos

4.1.1. La negativa a contratar por razón de la nacionalidad

4.1.2. La imposición de condiciones contractuales distintas a los titulares de derechos extranjeros

III. LAS EE.GG.FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

1. Los acuerdos entre empresas y el derecho de la competencia

2. Las ee.gg. y los acuerdos entre empresas

2.1. La e.g. como acuerdo entre los titulares de derechos

2.1.1. La e.g. como consecuencia de la estructura del mercado

2.1.2. La e.g. como elemento necesario para la creación de un equilibrio

2.2. Las ee.gg. y los acuerdos de reciprocidad

2.2.1. Definición de los acuerdos de reciprocidad

2.2.2. Características comunes a los acuerdos de reciprocidad

2.2.2.1. Naturaleza jurídica

- 2.2.2.2. Objeto
- 2.2.2.3. Forma
- 2.2.2.4. Ámbito espacial
- 2.2.2.5. Contenido
- 2.2.2.6. Duración y terminación
- 2.2.2.7. Solución de controversias
- 2.2.3. Los acuerdos de reciprocidad como acuerdos entre empresas
- 2.2.4. Justificación de la necesidad de los acuerdos de reciprocidad
- 3. La aprehensión por el derecho europeo de la competencia de los acuerdos de reciprocidad entre ee.gg.
 - 3.1. El Acuerdo BIEM/IFPI: un contrato-tipo negociado
 - 3.1.1. La fijación concertada de un nivel de remuneración uniforme
 - 3.1.2. La fijación de un nivel de remuneración excesivo
 - 3.2. El Acuerdo de Cannes: la gestión paneuropea de la reproducción mecánica de grabaciones musicales en soportes físicos
 - 3.2.1. Condiciones y garantías de los acuerdos de Cannes
 - 3.2.2. Compatibilidad de los acuerdos de Cannes con el derecho de la competencia
 - 3.3. El Acuerdo de Santiago (y Barcelona): las licencias multiterritorios y multirepertosios
 - 3.3.1. Los principales elementos del Acuerdo de Santiago
 - 3.3.1.1. El objeto del Acuerdo de Santiago
 - 3.3.1.2. El sistema de determinación de la entidad competente para conceder la autorización: las cláusulas de domicilio fiscal y de nación más favorecida
 - 3.3.1.3. El contenido de las autorizaciones
 - 3.3.2. El choque del Acuerdo de Santiago con el derecho de la competencia
 - 3.4. El Acuerdo IFPI/Simulcasting: la exención para la emisión simultánea
 - 3.4.1. El acuerdo Simulcasting, el reflejo de los nuevos métodos de gestión colectiva
 - 3.4.2. La instauración de una concurrencia geográfica entre las entidades de productores
 - 3.4.3. La entronización de una competencia por el precio entre las ee.gg.
 - 3.4.4. Una exención en aras de los beneficios generados en el conjunto del mercado
 - 3.5. El contrato-tipo CISAC: un punto de inflexión

- 3.5.1. El contexto y el objeto del conflicto
- 3.5.2. La notificación del pliego de cargos
- 3.5.3. Las propuestas de compromisos
- 3.5.4. La decisión de la Comisión
 - 3.5.4.1. Los mercados de producto afectados
 - 3.5.4.2. La cláusula de afiliación
 - 3.5.4.3. La cláusula de exclusividad
 - 3.5.4.4. Las cláusulas de limitación territorial
 - 3.5.4.4.1. La prueba de la práctica concertada
 - 3.5.4.4.1.1. La prueba por los contactos previos
 - 3.5.4.4.1.2. La prueba por ausencia de otra justificación
 - 3.5.4.4.1.3. La demostración de una restricción de la competencia
 - 3.5.4.4.2. La ausencia de exención individual

IV. LAS LICENCIAS MULTITERRITORIALES Y LA DETERMINACIÓN DE LAS TARIFAS: DOS QUASI-SEMPITERNOS PROBLEMAS EN BUSCA DE SOLUCION

- 1. La gestión colectiva en la era digital: viejos problemas, ¿nuevas soluciones?
- 2. Las licencias multiterritoriales o la obstinación por incentivar competencia entre ee.gg. a nivel europeo
 - 2.1. Los primeros pasos hacia la armonización de la gestión colectiva: la Resolución del Parlamento de 2004
 - 2.2. El ímpetu exacerbado de incentivar la competencia: la Recomendación de la Comisión de 2005
 - 2.2.1. Una intervención sobre la vertiente de los titulares de derechos
 - 2.2.1.1. Los objetivos de la Recomendación de 2005
 - 2.2.1.2. Las opciones de competencia planteadas por la Comisión
 - 2.2.1.3. La opción finalmente elegida en la Recomendación: la competencia por la competencia
 - 2.2.2. El impacto de la Recomendación de 2005 sobre el mercado: la lógica de la competencia a beneficio de los editores multinacionales
 - 2.2.2.1. Los efectos para los titulares de derechos y las ee.gg.
 - 2.2.2.2. Los efectos para los usuarios comerciales
 - 2.3. La Resolución del Parlamento Europeo de 2007: una enconada reacción en contra de Recomendación 2005

- 2.4. El largo camino hacia la Directiva 2014/26/CE
- 2.5. La Directiva de 2014: la consagración de la competencia en las licencias multiterritoriales
 - 2.5.1. Los fundamentos de la Directiva
 - 2.5.1.1. Objeto
 - 2.5.1.2. Ámbito de aplicación
 - 2.5.2. Reglas respecto a las licencias de los derechos sobre obras musicales para su explotación on line
 - 2.5.2.1. El sistema selectivo o la creación de “meta-entidades”
 - 2.5.2.1.1. Las obligaciones de las ee.gg. para estar habilitadas a conceder licencias multiterritoriales
 - 2.5.2.1.2. El pasaporte europeo
 - 2.5.2.2. Las consecuencias del nuevo sistema impuesto por la Directiva
- 3. La problemática tarifas aplicadas por las ee.gg.. Especial referencia al caso español
 - 3.1. Los principales problemas asociados a la determinación de las tarifas
 - 3.1.1. Los problemas derivados del cálculo del importe de las tarifas
 - 3.1.2. Las posibles discriminaciones tarifarias
 - 3.2. La aprehensión por legislador español de la problemática tarifaria de la gestión colectiva
 - 3.2.1. La regulación de las tarifas
 - 3.2.1.1. Las controvertidas tarifas generales regulación en la determinación de las tarifas
 - 3.2.1.1.1. Los problemas suscitados por la ausencia de criterios normativos sobre la determinación de las tarifas generales
 - 3.2.1.1.2. La desproporcionada e ineficiente reacción del legislador
 - 3.2.1.1.2.1. La reforma del artículo 157.1 b) por la Ley 21/2014 de 4 de noviembre: una pretendida exhaustividad completamente innecesaria
 - 3.2.1.1.2.2. La Orden del Ministerio de Cultura de 2 de diciembre de 2015: un intervencionismo excesivo
 - 3.2.1.1.2.2.1. Los criterios para la determinación del valor económico
 - 3.2.1.1.2.2.2. La estructura tarifaria
 - 3.2.1.2. Las tarifas negociadas o como el método principal se transforma en secundario
 - 3.2.2. Los mecanismos de control

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

“On dit aux foyers des théâtres qu’il n’est pas noble aux auteurs de plaider pour le vil intérêt, eux qui se piquent de prétendre à la gloire. On a raison, la gloire est attrayante, mais on oublie que, pour en jouir seulement une année, la nature nous condamne à dîner trois cent soixante-cinq fois ».

Beaumarchais

PROLOGO

Delimitación del objeto de estudio

El término gestión colectiva hace referencia a aquellas formas de ejercicio conjunto de los derechos de autor y derechos conexos, cuando existen aspectos verdaderamente colectivizados (condiciones uniformes de concesión de licencias, tales como la fijación de tarifas por el uso de partes o la totalidad de las obras o prestaciones incluidas en el repertorio de la entidad, normas de recaudación, normas de reparto de beneficios entre los asociados, etc.), cuando estas formas de ejercicio conjunto están respaldadas por una comunidad organizada de acuerdo con unas reglas legales y estatutarias, y cuando la organización realiza otras actividades o servicios de carácter asistencial o de formación y promoción para sus socios que van más allá del mero cumplimiento de las tareas de gestión de derechos .

Nacidas en Francia a finales del siglo XVIII, las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor irán multiplicándose por el continente europeo, llegando luego a adoptarse este modelo de gestión por los ordenamientos jurídicos del “*common law*”. Más tarde, dicho sistema se extenderá poco a poco a los derechos conexos o vecinos. Actualmente continua progresando y adaptándose al desarrollo de la nuevas técnicas de comunicación y al reconocimiento de nuevos derechos y modalidades de gestión (ad. ex., las licencias multiterritoriales para la explotación de contenidos en línea).

En el marco de un sistema de gestión colectiva, los titulares de derechos de propiedad intelectual autorizan a las organizaciones de gestión colectiva a controlar el uso que se hace de sus obras y prestaciones, negociar con los posibles usuarios, concederles licencias no exclusivas a cambio de una

remuneración adecuada basada en un sistema de tarifas y, dadas las condiciones adecuadas, recaudar dicha remuneración y distribuirla entre los titulares de derechos de acuerdo con los criterios fijados en sus estatutos. En otras ocasiones, la legislación decreta la gestión colectiva de determinados derechos (derechos de mera remuneración o de compensación equitativas), sin recabar la voluntad de los titulares. Se hace así por considerar que la gestión colectiva constituye la forma más eficiente de gestión de esos derechos (de difícil, si no imposible gestión individual), tanto desde la perspectiva de los titulares de derechos como de los usuarios.

Efectivamente, resulta muy difícil -como decimos, prácticamente imposible en muchos casos- la gestión individualizada de autorizaciones para actos secundarios de explotación o uso no comercial (copia privada) de obras y prestaciones afines, que implican generalmente el uso masivo y en ocasiones indiscriminado de obras y prestaciones divulgadas anteriormente mediante actos de explotación primaria (edición y venta de libros, discos, vídeos, exhibición de películas, etc.); máxime cuando en un mismo acto de uso o explotación convergen derechos de diferentes grupos de titulares (v.gr., obras literarias y plásticas en libros y revistas; obras, interpretaciones y producciones musicales en la comunicación pública de fonogramas; obras, interpretaciones y producciones audiovisuales en la comunicación pública audiovisual).

En unos casos, estos actos secundarios de explotación o uso quedarán bajo la cobertura del derecho exclusivo (*ius prohibendi*) de los titulares de derechos (como sucede con la reprografía y escaneado de libros y publicaciones asimiladas o con la retransmisión de obras y producciones audiovisuales por cable); en otros se sustituye el régimen de derecho exclusivo por derechos de mera remuneración o de compensación equitativa (comunicación pública en establecimientos abiertos al público, alquiler y proyección en lugares públicos o

la puesta a disposición en línea de copias de obras audiovisuales, copia privada, préstamo público en bibliotecas...).

En todo caso, en todas estas situaciones la gestión colectiva resulta *a priori* más eficiente que la individual, tanto desde el punto de vista de los titulares de derechos (conseguir una remuneración o compensación equitativas o adecuadas por el uso plural que se hace de sus contenidos) como desde la perspectiva de los usuarios (acceder al conjunto de contenidos necesarios para el desarrollo de una actividad comercial o para el disfrute privado de los mismos).

En ciertas circunstancias, la gestión colectiva se impone por Ley, generalmente en el caso de derechos de remuneración o compensación equitativa, pero también excepcionalmente en algunos derechos exclusivos (como en el caso de la retransmisión por cable).

En otros escenarios, si bien la gestión colectiva es voluntaria, podría considerarse prácticamente insoslayable, (como en el caso de las autorizaciones para fotocopias y escaneado de libros y publicaciones asimiladas que queden fuera de la copia privada), pues la forma de explotación (explotación indiscriminada de un conjunto indeterminado de contenidos) hace inasumibles los costes de negociación para los titulares de derechos y para los usuarios comerciales o no comerciales (copisterías, bibliotecas, facultades, corporaciones profesionales, empresas, etc.).

Así pues, la gestión colectiva se impone en muchas situaciones, *de iure* o *de facto*, por razones de eficacia en la gestión de autorizaciones y en el cobro de remuneraciones equitativas por actos de explotación de obras y prestaciones protegidas. Más allá de las licencias de explotación otorgadas por autores e intérpretes a los productores para llevar a cabo explotaciones individualizadas (primarias) de sus obras e interpretaciones, las explotaciones secundarias de esas mismas obras y prestaciones por parte de terceros aparecen condicionadas

por altos costes de transacción tanto desde la perspectiva de la oferta (titulares de derechos) como de la demanda (usuarios comerciales).

El incremento de estas situaciones (actos secundarios de explotación) justifica la aparición de intermediarios que concentran un número importante de derechos individuales y colectivizan la gestión de repertorios universales, actuando como único interlocutor frente a los usuarios comerciales interesados o frente a los obligados *ex lege* por usos amparados por un límite.

Esto favorece la consecución de economías de escala desde la oferta, lo cual permite la retribución de diferentes actos de explotación que difícilmente se conseguiría con una gestión individual; y también facilita el acceso desde la demanda, pues permite superar los altos costes asociados a la negociación separada de derechos aislados, erigiéndose la entidad como único interlocutor en la negociación y concesión de licencias (en derechos exclusivos) o en la liquidación y recaudación de tarifas (en derechos de mera remuneración) sobre un repertorio plural .

En definitiva, en los mercados de explotación masiva (generalmente por actos de explotación secundaria) de obras y prestaciones afines, en principio la gestión colectiva ofrece ventajas apreciables a los titulares de derechos y a los usuarios de contenidos. A los primeros les permite obtener un retorno económico por los actos de explotación de sus obras y prestaciones que difícilmente podrían controlar directa y personalmente. A los segundos les ofrece tener acceso de forma sencilla a las obras y prestaciones que necesitan a través de una ventanilla única, ya que la gestión colectiva simplifica las negociaciones, el control de las utilizaciones y la liquidación y recaudación de las remuneraciones con bajos costes de transacción. De modo que, en principio, la gestión colectiva supone un factor de equilibrio entre los intereses de la propiedad y los intereses del acceso.

Pero a pesar de los previsibles beneficios de la gestión colectiva, es indiscutible no obstante, que el establecimiento *de iure* o *de facto* de la gestión colectiva en buena parte de los mercados de derechos de propiedad intelectual ha servido para crear posiciones de dominio que han derivado en no pocas ocasiones en situaciones de abuso de la entidad frente a los titulares de derechos y -sobre todo- frente a los usuarios de su repertorio.

Estos abusos, unidos a la existencia, en ciertos casos de una falta de transparencia y buen gobierno de ciertas entidades de gestión, han generado, en los últimos años, fuertes reacciones contra esta figura y búsqueda de soluciones a los problemas que su fuerte posición en el mercado general. Estas soluciones pasan, salvo para el legislador español que ha optado por la regulación, por la creación de la competencia.

Para ello, se aboga por la eliminación de las barreras de entrada, legales y estratégicas, existentes en el mercado de la gestión de licencias para facilitar la competencia y lograr un sistema más eficiente.

Se entiende, en suma, que es posible un modelo de gestión de derechos de propiedad intelectual más favorable para la competencia, especialmente en el entorno en línea. Esta mentalidad crítica, ha dado como resultado una reforma profunda del modelo de gestión colectiva en el ámbito europeo, con la promulgación de 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.

Sin embargo, a nuestro entender, esta no parece ser la opción más adecuada. Si bien es cierto que las entidades de gestión han cometido actos contrarios al derecho de la competencia son intermediarios esenciales en el mercado de la

concesión de licencias. Para comprender y juzgar el rol que realmente desempeñan las entidades de gestión en el mercado, hay que analizar la construcción de esta figura jurídica desde varias perspectivas: en primer lugar, de la bases de la protección de la propiedad intelectual, en segundo lugar como su actuación puede afectar al correcto desarrollo del mercado de licencias/autorizaciones, en especial, desde la óptica de la protección de la competencia, y en tercer lugar, las repercusiones que dicha actuación tiene tanto en los mercados de contenidos ponderando la valoración de la misma en base al interés de protección de la cultura.

El objetivo del presente estudio es ofrecer una visión general y completa del panorama existente respecto a esta materia, apuntando los problemas más destacados de la misma, así como una valoración de los últimos desarrollos normativos en esta materia, tanto a nivel europeo como español, teniendo siempre como referencia la ponderación de los intereses en juego, que, especialmente, en este caso, no son baladíes.

Metodología

Para la realización del presente trabajo se ha empleado un método lógico-inductivo tanto a la hora de analizar la figura de la gestión colectiva, como de estudiar sus posibles colisiones con el derecho de la competencia. Para ello, hemos examinado pronunciamientos europeos, resoluciones judiciales, documentos provenientes de ee.gg. de diversos países, documentos internos de la CISAC y un amplio elenco de aportaciones doctrinales de orígenes diversos, procurando identificar los valores hermenéuticos que rigen la figura de la gestión colectiva, para, posteriormente, llegar, aplicando un razonamiento inductivo, a una identificación de las diferentes problemáticas así como a sus potenciales soluciones.

En la medida de lo posible, se ha intentado privilegiar en el análisis de los casos expuestos, la metodología de la jurisprudencia crítico-valorativa (*jurisprudencia de valores*), buscando investigar y sistematizar los criterios que han conducido una solución concreta en un determinado conflicto de intereses. Es decir, con este análisis de casos no se persigue únicamente poner de relieve los conflictos de intereses subyacentes en cada situación evaluada, sino, en palabras de REINHARDT, hallar los criterios o principios de orden o de valoración jurídica, social y económica de los que el legislador ha partido consciente o inconscientemente a la hora de crear las normas (Rudolf REINHARDT, *Richter und Rechtsfindung*, pp. 17 y ss.). En la búsqueda de estos objetivos o fines es necesaria, por tanto, la exposición sistemática del problema, a partir de un análisis no simplemente expositivo, sino constructivo de la jurisprudencia de los tribunales (Adolf GERMANN, *Probleme un Methoden der Rechtstfindung*, 1965, p. 65) y, en nuestro caso, en particular, de las decisiones de las autoridades de la competencia.

Por último, y como resulta inevitable en la materia del derecho de la competencia, se ha tenido recurso al análisis económico del derecho, especialmente a la hora de explicar la estructura del mercado de la gestión colectiva así como ciertos de los comportamientos de las propias entidades.

El uso del análisis económico del derecho, como herramienta exegética complementaria y neutral, permite obtener una visión heurística del sujeto tratado ya que permite conocer las coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales. Por otro lado su aspecto descriptivo, permite identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal.

Por último, el análisis económico del derecho permite, a su vez, conocer el contexto político y social en el que una norma es discutida y promulgada. Es lugar común que la producción jurídica responde a las exigencias y recoge las imposiciones derivadas, bien en el conjunto de la sociedad, bien de unos grupos de presión concretos, en un momento determinado. En la mayoría de los casos, y sobre todo en el tema que es objeto de estudio, en el proceso de interpretación de estos requerimientos sociales predominan los intereses de los grupos o elites con mayor poder decisorio. El análisis económico del derecho, en cierta medida, contribuye a evidenciar esa lógica de funcionamiento del sistema jurídico, ya que, tomando prestadas las palabras de POSNER, el derecho no evoluciona siguiendo una lógica interna, sino en respuesta a las presiones políticas y económicas del entorno social (Richard POSNER, *Overcoming Law*, 1995, p.17).

Estructura de la Tesis Doctoral

El presente trabajo que ahora se presenta, se desarrolla a través de cuatro capítulos y unas conclusiones, donde, sumariamente, se exponen las bases sobre las que se construye la gestión colectiva, se señalan los puntos conflictivos de los últimos desarrollos normativos sobre la materia y se apunta una vía alternativa a las opciones elegidas por los legisladores europeos y españoles.

En el **Capítulo I** se describe la figura de la gestión colectiva como forma particular de la gestión de derechos de propiedad intelectual, cuya justificación se fundamenta, al margen de razones de índole económica que serán abordados en Capítulo II, en los principios de mutualidad y solidaridad entre los titulares de derechos. Por otro lado, se ofrece una descripción detallada de la tipología de gestión colectiva (voluntaria u obligatoria) y, por último, se aborda la regulación en el ordenamiento español tanto de la figura de la gestión colectiva como de las relaciones jurídicas entre las entidades de gestión y sus miembros.

En el **Capítulo II** se estudia la aplicación del derecho de la competencia a las entidades de gestión colectiva. Para ello, se determinará si las mismas pueden ser calificadas como empresas, se examinará su condición de monopolio natural en un mercado bilateral y se apuntarán, los abusos tanto de exclusión como de explotación, en el sentido de los artículo 102 TFUE y 2 LDC, en que las entidades incurren aprovechando su posición privilegiada.

En el **Capítulo III** se desarrollará el tema de los acuerdos existentes entre entidades establecidas en diferentes Estados Miembros para la gestión recíproca de sus repertorios. Se realizará un recorrido, desde una perspectiva crítica, por los principales acuerdos evaluados por la Comisión Europea, centrándonos con especial atención en el análisis que ésta realiza sobre las principales cláusulas controvertidas de los mismos. En el presente apartado se realizará un recorrido, desde una perspectiva crítica, por los principales pronunciamiento emanados

de la Comisión, centrándonos en el análisis que ésta realiza sobre las principales cláusulas controvertidas de los mismos. A tal fin se abordarán en un primer lugar dos contratos tipo creados para las exigencias del entorno off-line (los acuerdos BIEM/IFPI y Cannes), para abordar posteriormente los acuerdos on-line (los acuerdos de Santiago y Barcelona, IFPI/Simulcasting y CISAC).

Por último, en el **Capítulo IV** se abordarán las problemáticas más recientes en el ámbito de la gestión colectiva y del derecho de la competencia, es decir, la concesión de licencias multiterritoriales para las explotaciones *on line* y los elementos a tener en cuenta para determinación de unas tarifas no abusivas sobre las licencias. El primer aspecto se abordará desde un perspectiva europea, explicando, desde una perspectiva crítica las razones de la necesidad de este tipo de licencias y las medidas que se han ido adoptando para impulsar su concesión (al mismo tiempo que se incentivaba la competencia), especialmente la Directiva 2014/26/UE, y las consecuencias poco positivas que acarrearán dichas medidas. Respecto al segundo, se estudiará el cambio del paradigma en el ordenamiento español respecto a la determinación de las tarifas generales, ya que se ha pasado de una ausencia casi absoluta de regulación a un exceso de la misma después de la promulgación de la Ley 21/2014 de modificación TRLPI y de la publicación de la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre.

CONCLUSIONES

(I)

El término gestión colectiva hace referencia a aquellas formas de ejercicio conjunto de los derechos de autor y derechos conexos, cuando existen aspectos verdaderamente colectivizados (condiciones uniformes de concesión de licencias, tales como la fijación de tarifas por el uso de partes o la totalidad de las obras o prestaciones incluidas en el repertorio de la entidad, normas de recaudación, normas de reparto de beneficios entre los asociados, etc.), cuando estas formas están respaldadas por una comunidad organizada de acuerdo con unas reglas legales y estatutarias, y cuando la organización atiende a objetivos colectivos (como actividades o servicios de carácter asistencial o de formación y promoción para sus socios) más allá del mero cumplimiento de las tareas de gestión de derechos.

Dentro de esta gestión colectiva podemos encontrar diversos tipos de organismos que pueden llevarla a cabo. Por lo general, la gestión colectiva está en manos de lo que se denominan entidades de derechos de autor y derechos conexos (ee.gg.) en forma de organizaciones (normalmente asociaciones) sin ánimo de lucro, como es el caso de España; pero tal situación varía en función de los diferentes países, encontrándonos también con ee.gg. en forma de sociedad civil o de sociedades limitadas o anónimas, como es el caso en Francia y en Alemania; o bien, organizaciones públicas o semipúblicas, como sucede en ciertos países africanos.

(II)

En el marco de un sistema de gestión colectiva, los titulares de derechos de propiedad intelectual autorizan a las organizaciones de gestión colectiva a controlar el uso que se hace de sus obras y prestaciones, negociar con los posibles usuarios, concederles licencias no exclusivas a cambio de una remuneración adecuada basada en un sistema de tarifas y, dadas las condiciones adecuadas, recaudar dicha remuneración y distribuirla entre los titulares de derechos de acuerdo con los criterios fijados en sus estatutos.

Este modo de gestión ofrece ventajas apreciables no sólo a los titulares de derechos sino también a los usuarios de contenidos, especialmente en los mercados de explotación masiva de obras y prestaciones afines. A los primeros les permite obtener un retorno económico por los actos de explotación de sus obras y prestaciones que difícilmente podrían controlar directa y personalmente. A los segundos les ofrece tener acceso de forma sencilla a las obras y prestaciones que necesitan a través de una ventanilla única. De modo que, en principio, la gestión colectiva supone un factor de equilibrio entre los intereses de la propiedad y los intereses del acceso.

En otras ocasiones, será la legislación quien decreta la gestión colectiva de determinados derechos sin recabar la voluntad de los titulares (gestión colectiva obligatoria de derechos de mera remuneración derivados de usos secundarios de comunicación pública o de derechos de remuneración o compensación equitativas vinculados a algunos límites a los derechos exclusivos). Se hace así por considerar que la gestión colectiva constituye la forma más eficiente de gestión de esos derechos (de difícil, si no imposible gestión individual), tanto

desde la perspectiva de los titulares de derechos como de los usuarios, contribuyendo a ese equilibrio entre propiedad y acceso.

Por consiguiente, podemos afirmar que la gestión colectiva se impone en muchas situaciones, bien *de facto* bien *de iure*.

(III)

Partiendo de las premisas establecidas en los puntos anteriores, desde la perspectiva del derecho de la competencia las ee.gg. son consideradas como empresas (siendo independiente esta calificación de su forma jurídica y de sus objetivos últimos) que van a ejercer una actividad de prestación de servicios sobre un mercado bilateral, compuesto, de una parte, por los titulares de derechos, y de otra, por los usuarios comerciales.

En la práctica, observamos que cada entidad de gestión se sitúa, en el país en el que se halla establecida, en una posición de interlocutor único entre estas dos categorías de “clientes”. Esta situación viene provocada por las propias particularidades económicas de la gestión colectiva, que configuran a las ee.gg. como monopolios naturales.

En efecto, la gestión de derechos implica incurrir en unos costes fijos (tareas de autorización, vigilancia, defensa frente a infracciones y recaudación) muy elevados. Debido a su estructura, las ee.gg. van a facilitar que los titulares de derechos se beneficien de importantes economías de escala en la administración de sus derechos. En primer lugar, les va a permitir mutualizar los costes fijos de la administración de los derechos, que, como decimos, son cuantiosos, independientemente del número de obras gestionadas. En segundo lugar, y más relevante aún, se observa que los costes variables por la gestión de una obra adicional van a ser relativamente pequeños, con lo cual, los costes medios a largo plazo que los titulares soportan van a ser decrecientes. Estas sinergias generan un fenómeno de atracción para otros titulares de derechos, aspecto que a su vez

redundará en una disminución de los costes de gestión que deberá soportar la totalidad de miembros de la e.g.

Conjuntamente, y debido a la estructura del mercado de la gestión colectiva, encontramos que esta situación se considera eficiente también desde el punto de vista de la otra parte del mercado, es decir, desde la perspectiva de los usuarios.

Recordemos que los mercados bilaterales se caracterizan por contar con plataformas que proponen servicios a las dos partes del mercado, proponiendo a cada una un precio determinado por su prestación. Este mercado presenta unos efectos de red cruzados: la utilidad que un participante de una parte del mercado obtiene de su participación en el servicio ofrecido por la plataforma depende del número de participantes de la otra parte del mercado. Si tenemos en cuenta que, como hemos dicho anteriormente, la parte de los titulares en el mercado de la gestión colectiva estará compuesta por un nutrido grupo de participantes, la utilidad de este sistema para la otra parte, es decir los usuarios, está garantizada, especialmente porque les permitirá disminuir en una cantidad sustancial sus costes de transacción (tanto de información, como de negociación como de garantía).

(IV)

No obstante, y a pesar de los evidentes beneficios de la gestión colectiva, es indiscutible que su situación de monopolio ha derivado, en no pocas ocasiones, en situaciones de abuso de posición dominante condenadas por las autoridades de competencia.

De esta manera, encontramos que las ee.gg. han cometido, por un lado, numerosos comportamientos calificables como abusos de exclusión, impidiendo la generación de una competencia efectiva en el lado de los titulares de derechos mediante conductas tales como: la negativa a contratar por razón de la nacionalidad; la negativa de una entidad de gestión colectiva a posibilitar la reserva de cesión de ciertas categorías de derechos para su administración por otra entidad; la negativa a posibilitar la reserva de cesión de ciertas categorías de derechos para su gestión individual; o la negativa por parte de una entidad de gestión colectiva a posibilitar la reserva de cesión de derechos para ciertos territorios.

Por otro lado, existe un profuso grupo de abusos de explotación perpetrados contra los titulares de derechos como también, y sobre todo, contra los usuarios. Concerniendo a los primeros encontramos prácticas como la exigencia de cesión de derechos futuros, la imposición de condiciones contractuales distintas a los titulares de derechos extranjeros, así como la imposición de una excesiva duración de los contratos de gestión. Respecto a los segundos, los comportamientos abusivos se centraron en el establecimiento de precios (tarifas) excesivas o inequitativas, discriminatorias y sin relación con el uso efectivo del repertorio.

(V)

La posición de monopolio territorial de las ee.gg. se ha visto, en ocasiones, fortalecida por la existencia de acuerdos de reciprocidad entre las ee.gg. de diferentes países.

Estos acuerdos, celebrados entre dos ee.gg. nacionales, tenían como objetivo primigenio facilitar la gestión de derechos de una e.g. situada en un determinado territorio en otros países. En virtud de estos contratos dichas sociedades se otorgan mutuamente el derecho de conceder, en el territorio a su cargo, las licencias requeridas para la explotación de los derechos de propiedad intelectual de los miembros de la otra sociedad y de someter dichas autorizaciones a determinados requisitos, de conformidad con las leyes aplicables en el territorio de que se trate.

Estos acuerdos, por regla general, fundamentaran su estructura en modelos tipo creados en el seno de ciertas organizaciones internacionales (IFPI, CISAC, IFFRO) que, en ciertas ocasiones, contendrán cláusulas que bien buscarán un refuerzo de la posición de monopolio territorial de las ee.gg. mediante el reparto de mercados (i.a., prohibición de la aceptación como miembros de la entidad a titulares de derechos extranjeros; atribución de la competencia para conceder licencias según el domicilio fiscal del usuario; cláusulas de limitación de la concesión de licencias a usuarios nacionales; cláusulas de exclusividad), bien establecerán la fijación de tarifas uniformes excesivas.

Tales acuerdos han sido, en su mayoría, considerados por la Comisión Europea como cárteles, siendo las ee.gg. firmantes bien obligadas a eliminar las cláusulas

prohibidas, bien forzadas, directa o indirectamente, a abandonarlos definitivamente.

(VI)

Como se puede deducir de los apartados anteriores, existen dos sempiternas preocupaciones respecto a la gestión colectiva desde la perspectiva de la competencia; ambas interrelacionadas y ligadas a las condiciones de concesión del acceso a la explotación de los derechos de propiedad intelectual: el ámbito territorial de las licencias y el precio (tarifa) de las mismas.

Debido a la llegada de las nuevas tecnologías, que han potenciado un desarrollo exponencial tanto de los canales de explotación como del acceso global a los contenidos, estas dos preocupaciones van a estar más que nunca de actualidad. Por parte de los usuarios comerciales se va a buscar poder ofrecer contenidos con todas las garantías legales en múltiples territorios a un precio razonable.

Dos cuestiones se convertirán, respectivamente, en los “caballos de batalla”, del legislador europeo, por un lado, y del español, por otro: la concesión de licencias multiterritoriales y el control en el establecimiento de las tarifas por las ee.gg..

(VII)

En primer lugar, como decíamos, encontramos que la UE, más en concreto la DG Mercado Interior, ha centrado sus esfuerzos en impulsar la concesión de licencias multiterritoriales mediante el incremento de la competencia, en detrimento de otros sistemas preexistentes, como son los contratos de representación recíproca. Esta firme voluntad de la Comisión ha dado como resultado la promulgación de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, en la que se establecen, si bien limitadas a los derechos sobre obras musicales para su utilización *on line* en el mercado interior, las bases de la concesión de licencias multiterritoriales. Pese a que, como decimos, su ámbito de aplicación es restringido, esta Directiva indica claramente la senda que pretende seguirse desde la UE respecto a otro tipo de obras.

En la Directiva 2014/26/UE, se propone un modelo en el que solamente estarán habilitadas para conceder licencias multiterritoriales una serie de ee.gg. que cumplan con unos requisitos estrictos sobre sus facultades de gestión y su transparencia en su actividad. Las ee.gg. que no cumplan con estos requisitos podrán beneficiarse de lo que se ha denominado el “*pasaporte europeo*”, es decir, podrán mandar a la entidad de su elección, que sí posea las características adecuadas, para que conceda las licencias multiterritoriales sobre su repertorio. Asimismo, para completar el sistema, se va a hacer recaer sobre las ee.gg. facultadas para conceder licencias multiterritoriales una obligación denominada de “*must carry*” sobre la gestión del repertorio de las ee.gg. que no consigan alcanzar los estándares requeridos por la Directiva. El objetivo buscado *in fine* es la creación de un mecanismo de reagrupación de los repertorios alrededor de ciertas “meta-entidades” (o *hubs*), competentes para conceder licencias en línea,

que serán compelidas a desempeñar una serie de obligaciones de diligencia respecto a la identificación de repertorios y a las reglas de facturación.

Además del establecimiento del *pasaporte europeo*, la Directiva garantiza la movilidad de los titulares de derechos, pudiendo éstos últimos elegir la e.g. que más les convenga, independientemente de su territorio nacional, repartir la gestión de derechos entre varias ee.gg. y, por supuesto, reservar todos o ciertos derechos para su gestión individual. Es decir, se crea una especie de gestión de derechos "*a la carta*".

Pese a que en un principio, se pudiera pensar que estas medidas son positivas, un análisis detallado ofrece unos resultados muy diferentes.

(VIII)

Como señalábamos en el apartado anterior, las críticas al sistema establecido por la Directiva son múltiples. En primer lugar, la Directiva presupone la existencia de ciertas condiciones particulares para gestionar los derechos, especialmente en términos de transparencia, de uso de las nuevas tecnologías en la gestión y de rapidez en la transmisión de informaciones, que están, según la opinión de los propios actores del mercado, alejada de la realidad y cuya viabilidad genera, cuanto menos, escepticismo.

Por otro lado, estaríamos ante un desmantelamiento del carácter mutualista de la gestión colectiva. Pese a que el objetivo de la Directiva es el de aumentar la eficiencia de las ee.gg. (aspecto, en sí mismo, positivo para el mercado), éste pasa por una jerarquización entre las ee.gg. “facultadas para la gestión” y aquellas que no lo son, sin tener en cuenta otro tipo de parámetros fuera de los meramente económicos. De hecho, la Directiva prevé la posibilidad de una instrumentalización de los mecanismos de gestión, con la posibilidad de repartir los derechos gestionados entre distintos tipos de ee.gg..

Esta situación es agravada por la posibilidad de la gestión individual para todos los titulares que lo soliciten. Esta posibilidad, que fue reconocida por la jurisprudencia europea (caso *Daft Punk*) y que la Recomendación de la Comisión de 18 de octubre de 2005 relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea (2005/737/CE) buscó incentivar en todo lo posible, se interpretó como una especie de invitación a los titulares de derechos a conceder

directamente a los explotadores de servicios en línea las autorizaciones multiterritoriales.

De hecho, como señalamos en su momento, con posterioridad a la Recomendación de 2005 las grandes discográficas (Universal, Sony ATV, Warner Chappell, EMI...) se retiraron del marco tradicional de los acuerdos de representación recíproca.

En definitiva, inscribiéndose, sobre este punto, en la misma línea de actuación que la Recomendación de 2005, se corre el riesgo de que la Directiva perpetúe los efectos negativos ya manifestados o, incluso, los agrave, sobre todo debido a que no impone las mismas cargas, respecto a las concesión de licencias multiterritoriales, a las ee.gg. que a los editores discográficos (entre los que se encuentran, evidentemente, las *majors*). Este desequilibrio puede generar una serie de ineficiencias en el mercado importantes, ya que estos actores no se verán en ninguna manera compelidos a respetar las obligaciones de transparencia y de diligencia en la gestión que las ee.gg..

(IX)

Por su parte, el legislador español, en la reforma del TRLPI realizada en 2014, se ha centrado en establecer una fuerte regulación de las tarifas denominadas generales, descartando emular las tendencias europeas e ignorando las recomendaciones que se habían realizado a lo largo de los últimos años desde ciertos sectores y especialmente desde la CNMC.

Recordemos que el establecimiento de unas tarifas generales, obligación que fue tomada por nuestro legislador del derecho alemán, obedece al hecho de fomentar equidad en la concesión de licencias. Esto es, el objetivo de esta medida es garantizar que las ee.gg., en posición monopolística en nuestro país, traten de manera similar a los usuarios en situaciones semejantes. No obstante, hasta la susodicha reforma nuestro ordenamiento no recogía ningún tipo de regulación legislativa sobre la materia ni se establecía ningún tipo de control *ex-ante* de estas tarifas. Intentando paliar estas carencias, el legislador español ha realizado una doble regulación estableciendo tanto medidas legislativas sobre la determinación de las tarifas como estableciendo un control *ex ante* de las mismas por una autoridad administrativa.

De estas dos previsiones, habría sido suficiente, en nuestra opinión, con la atribución a la Comisión de la Propiedad Intelectual de las facultades de revisión de las tarifas generales. Consideramos que tanto la modificación operada en el artículo 157.1 b), así como la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, 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 (cuyo texto es confuso,

incongruente y, en ciertos aspectos, *ultra vires*), ni eran necesarios ni son pertinentes.

En el caso de querer incluir una modificación legislativa, habría bastado, a nuestro parecer, con recordar las características que han atribuido a las tarifas tanto la jurisprudencia europea como española, es decir, ser equitativas, no discriminatorias y reflejar el uso efectivo del repertorio..

Cierto es que, desde la teoría económica, se saluda la regulación como método para mitigar el poder monopolístico de las ee.gg., pero, como vemos, nuestro legislador, en la última reforma del TRLPI, lo aplica con excesivo celo, tal vez influenciado por las opiniones de ciertos grupos económicos de presión. Se podría decir que, si antes nuestro ordenamiento pecaba por defecto en la regulación de las tarifas, en la actualidad lo hace por exceso y no muy acertadamente.

(X)

Vemos por tanto que, por un lado, en Europa se busca incentivar la competencia a todo precio, y por otro, en España se asfixia a las ee.gg. con una regulación a todas luces excesiva. En nuestra opinión el problema fundamental radica en un desconocimiento e, incluso, un cierto rechazo de la figura de la gestión colectiva y los fines que se buscan con la misma.

Si bien son loables las iniciativas de establecer una mayor transparencia y principios de buen gobierno en las ee.gg., los intentos de responder a las demandas de los usuarios en base a un deterioro reputacional de la figura de la gestión colectiva no nos parece, en nuestra opinión, la solución correcta.

Por otro lado, no hay que olvidar que, pese a que la armonización europea de la propiedad intelectual ha progresado ampliamente, y que en la actualidad hay proyectos que buscan eliminar las disparidades nacionales en materia de estándares de protección con vista a promover los intercambios en el mercado interior, la operatividad de las soluciones “paneuropeas” resta limitada en base al *statu quo* europeo. Dejando al margen la cuestión de la diversidad en las legislaciones nacionales de propiedad intelectual, existen razones políticas y socio-económicas que explican este fenómeno. No hay que olvidar que la diversidad se deriva, también, de las regulaciones a nivel fiscal y administrativo relativas a la distribución de contenidos (por ejemplo, ayudas estatales, o tasas de impuestos diferentes), así como de la fragmentación del mercado, debido a las preferencias lingüísticas y culturales de los consumidores.

Por lo que respecta al legislador español, en nuestra opinión, este debería intentar estar más en sintonía con las tendencias europeas, así como procurar no crear

más ineficiencias en el sistema de las ya existentes e intentar solucionar las existentes.

Son, ciertamente, tiempos convulsos para la gestión colectiva, no obstante esperemos que, *in fine*, el legislador (tanto europeo como nacional) recuerde el verdadero sentido de la misma: la protección de los titulares de derechos frente a las empresas que explotan sus obras, que de una manera tan clara supo expresar la excelsa pluma de Honoré de Balzac, en su *Lettre aux écrivains français*, de 1836: “*Notre salut est en nous-mêmes. Il est dans une entente de nos droits, dans une reconnaissance mutuelle de nos forces. Il est donc du plus haut intérêt que nous nous assemblions, qui nous formions une société (...)*”. (“*Nuestra salvación está en nosotros mismos. Pasa por un reagrupamiento de nuestros derechos, por un reconocimiento mutuo de nuestras fuerzas. Es, por tanto, del más alto interés que nos unamos, que formemos una sociedad (...)*”).

En estos tiempos en los que facilitar el acceso a los contenidos culturales parece que se ha convertido, ya no en una tendencia, sino una obsesión, por parte del legislador europeo (la víspera del depósito de este trabajo fue presentada por la Comisión una Propuesta de Reglamento relativo a la portabilidad transfronteriza de servicios de contenidos en línea así como anunciada la intención de hacer reformas en el derecho de autor para conseguir un mercado único digital), se debería tener bien presente que sólo mediante mecanismos como la gestión colectiva se puede preservar la diversidad en la oferta de ese mercado.