

Actualidad Civil

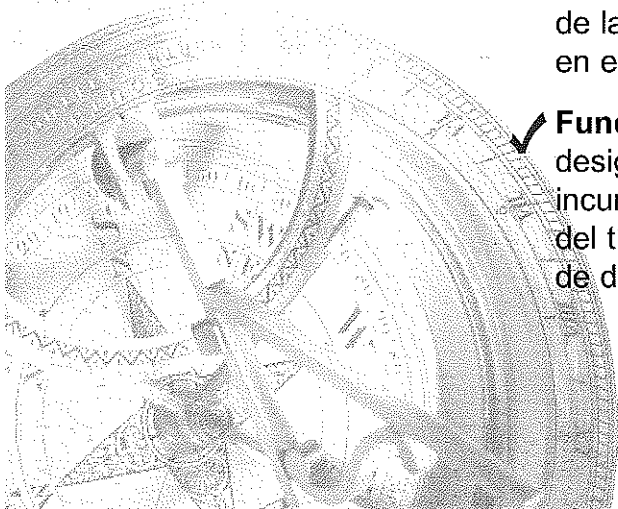
Director: Xavier O'Callaghan Muñoz

Primera quincena mayo de 2011

Número 9

EN ESTE NÚMERO:

- ✓ **A Fondo:** La Gestión Colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los artistas
- ✓ **Comentarios de Jurisprudencia:** Propiedad intelectual: indemnización por descarga directa de archivos musicales (Comentario a la SAP Barcelona, núm. 83/2011, de 14 de febrero)
- ✓ **Práctica Profesional:** La publicación de la llamada «Ley Sinde» y la cuestión de la suficiencia del control judicial en ella contemplado
- ✓ **Fundamentos de Casación:** Falta de designación del tomador en un cheque por incumplimiento de los requisitos formales del título (Análisis de la STS de 30 de diciembre de 2010)

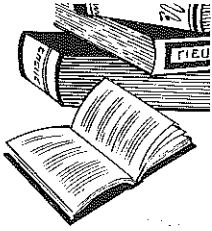


LA LEY

grupo Wolters Kluwer



3652K13252



La Gestión Colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los artistas

Informe de la Comisión Nacional de Competencia de 2010 y doctrina reciente del Supremo

Loreto Corredoira y Alfonso
Profesora Titular de Derecho de la Información.
Universidad Complutense de Madrid

En este artículo analizaremos sobre el telón de fondo de las Directivas Europeas de derechos de autor de 1992, 1993 y 2001, así como en el marco de la Jurisprudencia del Supremo de 2009 sobre la gestión de los derechos de autor y la equidad de las tarifas aplicadas por las Entidades de gestión a las televisiones (STS 55/2009, de 18 de febrero 2009 y, la STS 228/2009 de 7 abril), la situación de la Gestión Colectiva de los derechos de autor y de propiedad intelectual de los artistas.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. *STATUS QUAESTIONIS*.**
- II. CONTEXTO EUROPEO Y DIRECTIVAS DE REFERENCIA.**
 1. Alternativas para una mayor competencia entre las Entidades de Gestión.
- III. OBJECIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA A LA GESTIÓN DE LAS ENTIDADES DE AUTORES Y ARTISTAS.**
 1. Sobre tarifas por disponibilidad del repertorio que no tienen en cuenta el uso efectivo.
 2. Sobre la falta de equidad en la fijación de las tarifas.
 3. Sobre la necesidad de repertorios transparentes.
 4. Jurisprudencia del Supremo sobre tarifas de las Entidades de Gestión para los «usuarios» de televisión.
- IV. CONCLUSIONES.**
- V. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.**
 - Sentencias Europeas.
 - Jurisprudencia del Supremo sobre tarifas de entidades de gestión y remuneración equitativa.

I. INTRODUCCIÓN. *STATUS QUAESTIONIS*

Una de las cuestiones que más polémica despierta en la doctrina y en resoluciones de organismos consultivos como la Comisión Nacional de Competencia, el Consejo Económico Social o el Consejo de Estado, cuando no de Tribunales ordinarios, es la situación monopolística de

facto de las Entidades de Gestión de los derechos de autores y artistas y productores. Como veremos, en España hay ocho Entidades que agrupan a distintos colectivos de personas, creadores, y editores o productores de contenidos. También plantean serias objeciones las barreras legales y de entrada en ese mercado, y especialmente, la obligatoriedad de la gestión colectiva de ciertos derechos (ver Cuadro 2), que bloquea a los autores o titulares a trabajar de otro modo.

Según nuestra *Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* (en adelante, LPI), hay determinados derechos de autores y artistas que necesariamente han de pasar por las entidades de gestión, que además, son irrenunciables por lo que exigen necesariamente su intervención.

A este asunto le ha dedicado la CNC un contundente informe (1) sobre la situación de las Entidades de Gestión que entra a fondo en el porqué de la «gestión obligatoria» de ciertos derechos a través de dichas Entidades, que comentaremos con detalle. Antes quizá convenga recordar someramente cuáles son los derechos morales, económicos y remuneratorios que la LPI concede a los tres tipos de «autores» y «titulares de la propiedad intelectual», sobre lo que hemos trabajado en obras anteriores (2) (Cuadro 1).

Cuadro 1

DERECHOS DE AUTOR EN LA OBRA AUDIOVISUAL				
Sujeto-Titular		Autores	Artistas	Productor audiovisual
Derechos		Morales Patrimoniales Remuneratorios	Dº conexos: Morales Patrimoniales Remuneratorios	Patrimoniales Remuneratorios
Objeto		Obra audiovisual: Película, corto, etc.	Interpretación Actuación Ejecución	Grabación audiovisual

El informe la CNC repasa la legislación vigente, y describe los defectos del sistema legislativo y de control administrativo de la Propiedad Intelectual, entre otros:

– *Junto con las barreras de entrada legales, existen una serie de barreras de entrada estratégicas que las entidades han establecido en un entorno regulatorio que permite que las entidades puedan explotar su posición monopolística.*

– *La existencia de contratos con entidades de gestión extranjeras que suelen incorporar cláusulas de exclusividad en la gestión de los repertorios y obstáculos a la libre elección de entidad por parte de los titulares.*

(1) Comisión Nacional de Competencia, *Informe sobre la Gestión Colectiva de derechos de Propiedad Intelectual*, 2010, url: <http://www.cnccompetencia.es>.

(2) CORREDOIRA, L. (2009). *Legislación aplicable a las tarifas por utilización de obras protegidas en televisión. Casos Telecinco y Sogecable*, Libro de la Televisión UTECA 2009, Editorial Deusto, IESE.

– *Los contratos de gestión con los titulares que se caracterizan por incluir altos períodos de permanencia y preaviso, limitar la libertad del titular para definir el alcance del contrato y garantizar a la entidad la exclusividad en la gestión de los derechos.*

– *O, el hecho de que las entidades establecen en muchas ocasiones tarifas por disponibilidad independientes del uso efectivo, configurando repertorios en los que confluyen sin distinción entre derechos de gestión colectiva obligatoria y voluntaria.*

Indudablemente la LPI establece un marco normativo de la gestión colectiva que fomenta la existencia de entidades de gestión monopolísticas. Ahora bien, esas obligaciones que tal marco legal les impone, en absoluto permiten contrarrestar el elevado poder negociador que les atribuye su poder de mercado, de ahí que se abogue por su reforma.

Tal criterio coincide con el expresado por el Abogado de la Unión Europea en la Cuestión Prejudicial sobre la aplicación indiscriminada del canon digital independientemente de su uso y que es Sentencia firme del pasado 21 de octubre de 2010 (3). La cuestión se elevó a Luxemburgo –mediante la llamada «petición de decisión prejudicial» que un juez español puede presentar ante el TJCE– para solicitar la adecuada interpretación del concepto de «compensación equitativa», que figura en el art. 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167, p. 10), y que se abona a los titulares de los derechos de autor en concepto de «excepción de copia privada».

Concretamente, sobre las entidades de gestión la CNC afirma que:

1) *No existe control ex-ante sobre las tarifas que fijan las entidades, ya sea a través de la introducción de obligaciones eficaces o a través de la supervisión de una autoridad competente.*

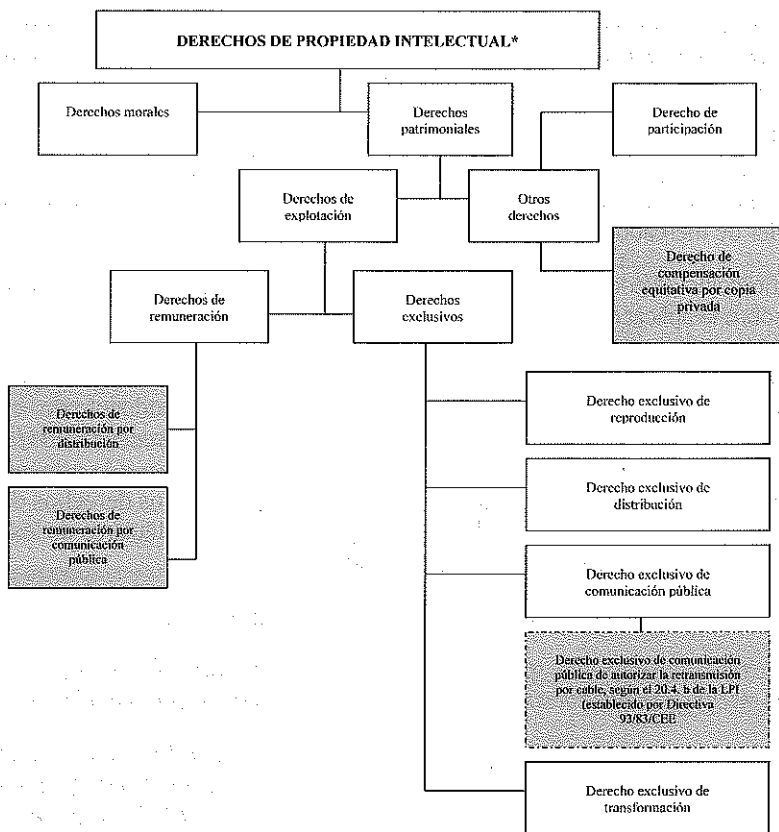
2) *El proceso de negociación con los usuarios no garantiza que las tarifas sean razonables y equitativas, puesto que el marco legal permite que, ante una falta de acuerdo, se apliquen las tarifas generales fijadas previamente de modo unilateral por la entidad monopolística, lo que reduce los incentivos de esta última a entrar en una negociación real.*

3) *Y que el control ex-post es muy reducido, principalmente porque la Comisión de Propiedad Intelectual, creada por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 como mecanismo de resolución de conflictos tarifarios entre las entidades de gestión y determinados usuarios, no se ha mostrado como un instrumento eficaz, fundamentalmente porque no ha sido dotada de las competencias y las facultades coactivas necesarias para que pudiese servir eficazmente a ese fin.*

(3) CORREDOIRA, Loreto (2010), «Publicada la anunciada Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010», en *Observatorio TICS*, Url: cyberlaw.ucm.es.

Cuadro 2

Fuente: Informe CNC



* En sombreado, los derechos de gestión colectiva obligatoria.

Afirma la CNC (4) que «al impedir a los titulares gestionar sus derechos de modo individual, se obliga a que éstos tengan que obtener servicios de gestión de la entidad. De este modo, se crea una demanda cautiva para las entidades de gestión, que operan desde una posición monopolística y además, en estos casos, representan al titular por mandato legal.

Esta situación puede dar lugar a problemas de agencia entre titular y entidad, que aparecen cuando existen conflictos de interés entre el agente que presta servicios al titular (la entidad) y el titular. Los problemas pueden surgir en el ámbito de las negociaciones o en el establecimiento de tarifas. Por ejemplo, puede que la entidad haga que las negociaciones con los usuarios se alarguen más de lo que un grupo de titulares estarían dispuestos a aceptar. Del mismo modo, puede que el nivel de las tarifas no coincida con las preferencias de los titulares a los que representa».

(4) *Ibid.* página 38.

Cuadro 3

Derechos de autores y artistas de gestión obligatoria en la LPI

Derecho de remuneración por distribución

Derechos de remuneración por comunicación pública

Derecho exclusivo de comunicación pública y autorización para retransmisión por cable

Derecho de compensación por copia privada

II. CONTEXTO EUROPEO Y DIRECTIVAS DE REFERENCIA

La LPI actualmente en vigor recoge los principios y disposiciones de las siguientes Directivas, que en el proceso de ser incorporadas al Derecho español, dan cierta flexibilidad o atribuyen a los Estados potestades concretas de Derecho variable, que son éstas:

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

– Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Directiva modificada por la Directiva 93/98/CEE.

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

En concreto las Directivas de 1992 y 1993 han establecido de modo desigual la posibilidad de dejar a la voluntad de los titulares el ejercicio colectivo de un determinado derecho, ante lo que el legislador español siempre ha optado por hacerlo obligatorio.

El único caso en el que no hay opción es el de **la remuneración y explotación de la comunicación por cable**, que debe ser gestionada colectivamente tal y como exige el art. 9.1 de la Directiva 93/83/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, que establece que:

«Los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión solo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva».

No ocurre igual, en cambio, **en la remuneración por alquiler** que corresponde a los autores (art. 90.2 LPI) y a los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 109.3 LPI), que si viene establecida con libertad por la Directiva 92/100/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. La UE permite que la gestión pueda ser individual o colectiva.

El derecho de una remuneración equitativa y única para los productores de fonogramas y artistas intérpretes o ejecutantes **por la comunicación pública de fonogramas** (arts. 108.4,

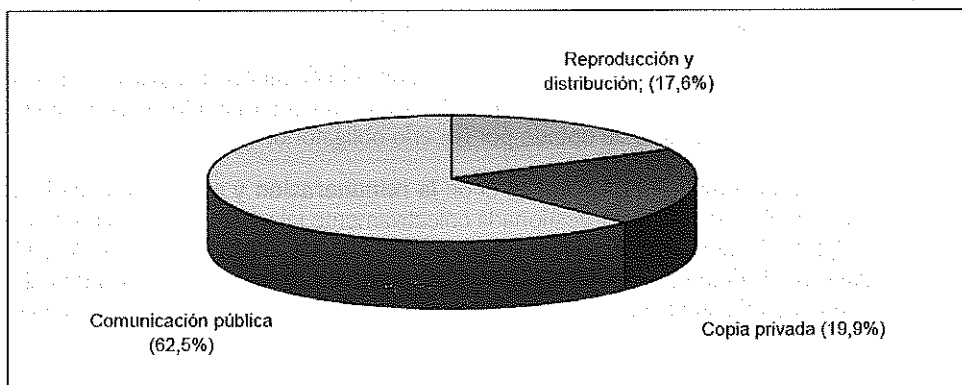
108.6, 116.2 y 116.3 de la LPI) también tiene su origen en la Directiva mencionada. No obstante, tampoco en este caso la directiva impone la gestión colectiva obligatoria, algo que sí hace la LPI.

Esto es posible porque las Directivas establecen el marco mínimo regulatorio que debe armonizar toda la Unión, pero da margen político y legislativo a los estados miembros en aquellas cuestiones que deja a su arbitrio.

Además, el análisis de la arquitectura legal de la LPI para las entidades de gestión pone claramente de manifiesto que el legislador está pensando en la existencia de entidades de gestión monopolísticas, pues solo desde esta perspectiva encuentran justificación, entre otras, las obligaciones de contratar que imponen los arts. 152 y 157.1 a las entidades de gestión y que se analizan en mayor profundidad más adelante. Por añadidura, el régimen de autorización contribuye a refrendar estos monopolios en la gestión de derechos de propiedad intelectual. Todos estos factores configuran a la LPI como **un marco legal muy restrictivo de la competencia**, que refuerza el efecto negativo de las barreras de entrada intrínsecas a la naturaleza económica de los derechos de propiedad intelectual, que ya de por sí generan una tendencia a la concentración en el mercado.

Cuadro 4

Reparto de la recaudación nacional por tipos de derechos,
en % sobre recaudación nacional total



Fuente: AEVAL (2008).

Aquí vemos en los Cuadros 4 y 5 un gráfico del origen de la recaudación por actividad y uso de la obra con datos de la SGAE, pues la CNC declara no tener disponibles los datos completos de todas las entidades, aunque sí maneja las estadísticas de Agencia Española de Evaluación de la Calidad (AEVAL) de 2008 (5).

(5) AEVAL, www.aeval.es, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública.

Cuadro 5
Recaudación de la SGAE por tipos de usuarios, 2007
Informe CNC

Categorías	Usuario	Recaudación (millones de euros)	Participación (en % sobre total)
Artes escénicas y musicales	Dramáticos	14,5	3,9%
	Variedades	26,6	7,2%
	Sinfónicos	1,9	0,5%
Radiodifusión y cable	Tv pública	77,6	21,0%
	Tv privada	52,4	14,2%
	Tv de pago	6,8	2,4%
	Rádios	20,9	5,7%
Comunicación pública	Restauración	17,7	4,8%
	Salas de cine	9,5	2,6%
	Discobares	11,1	3,0%
	Discotecas	6,3	2,3%
	Hospedaje	5,5	1,5%
	Salones de bodas	5,9	1,6%
	Ayuntamientos	5,3	1,4%
	Comercios	4,3	1,2%
	Compañías de transporte	1,6	0,4%
	Otros	6,7	1,8%
Reproducción mecánica	Soportes discográficos y videográficos	36,4	10,4%
	Redes digitales	5,6	1,5%
	Copia privada	20,5	5,6%
	Otros	1,1	0,3%
Gestión internacional		24,7	6,7%
Total		369,1	100,0%

Como indica la CNC «el abanico de actividades económicas que deben pagar por utilizar obras y prestaciones protegidas es muy amplio, **siendo los principales segmentos, en términos de recaudación, las televisiones y las radios**, que aglutinan casi un 50% de la recaudación de la SGAE» (6).

Cuadro 6
Recaudación y número de miembros de las Entidades de Gestión

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

Fuente: CNC con datos de AEVAL 2008

(6) Informe CNC, página 23.

1. Alternativas para una mayor competencia entre las Entidades de Gestión

Una primera aclaración necesaria en el escenario español es que de las ocho entidades de gestión que hay en España tan solo dos, DAMA y SGAE, compiten entre sí entre autores del sector audiovisual, según en qué entidad se registren éstos o a la que concedan los derechos de representación.

Hasta la fecha, el Ministerio de Cultura ha autorizado ocho entidades de gestión, que representan a los siguientes titulares de derechos (7):

De autores: SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), CEDRO (Centro español de derechos reprográficos), VEGAP (Visual entidad de gestión de artistas plásticos), DAMA (Derechos de autor de medios audiovisuales).

De Artistas intérpretes o ejecutantes: AIE (Artistas intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión de España, AISGE (Artistas intérpretes, sociedad de gestión).

De Productores: AGEDI (Asociación de gestión de derechos intelectuales), EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de los productores audiovisuales).

La Unión Europea (8) está fomentando fórmulas alternativas a la gestión *off line* de los derechos de autor como son los sistemas de gestión *on line* de los DRM (*Digital Rights Management Systems*) y, de hecho, en el campo musical han surgido entidades como: *Alliance Digital*, que es una plataforma formada por la MCPS-PRS británica para ofrecer licencias por un repertorio de pequeñas y medianas editoras musicales; la entidad francesa SACEM y *Universal Music Publishing Group* (UMPG) han firmado un acuerdo para ofrecer licencias del repertorio UMPG; la entidad alemana GEMA y la británica MCPS-PRS han formado *Central European Licensing and Administration Services* (CELAS), para ofrecer licencias del repertorio anglo americano y alemán de la editora musical EMI; *Warner Chappell Music* ha puesto en marcha la iniciativa *Pan-European Digital Licensing* (PEDL), mediante la cual confiere la gestión en términos no exclusivos de su catálogo a la entidad de gestión alemana GEMA, la sueca STIM, la británica MCPS-PRS y SGAE. Muchas de estas iniciativas están abiertas a la inclusión de otros repertorios y permitirían más flexibilidad en el sistema español.

La CNC no ve con buenos ojos que las entidades de gestión tengan que ser necesariamente «asociaciones sin ánimo de lucro». Cabría que hubiese entidades mercantiles aún sin lucro como ocurre en otros países.

Hay una Comunicación de 2004 de la UE en este sentido, sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior: «*En relación con su estatuto, las sociedades de gestión colectiva pueden ser entidades empresariales benéficas, con o sin ánimo de lucro. El proceso de consultas demostró que, al parecer, la eficacia de una sociedad de gestión colectiva no depende de su forma jurídica*» Comisión Europea (2004).

(7) Fuente: Web Ministerio de Cultura URL: <http://www.mcu.es/propiedadInt/>.

(8) Entre estas iniciativas se encuentra la *Recomendación de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea*, cuyo objetivo es permitir que los titulares tengan más capacidad de elegir qué entidad de la Unión Europea les gestiona sus derechos en el entorno *online* y facilitar la existencia de licencias paneuropeas que fomenten el desarrollo de negocios que explotan obras y prestaciones en el entorno *online europeo*.

También hay un modelo exitoso en EE.UU. que es el de la SESAC (9), creada en 1930. Desde 1931, es una entidad con ánimo de lucro. Gestiona derechos de autores y editores de obras musicales, en competencia con otras dos entidades: ASCAP y BMI. En 1992 fue comprada por un grupo de inversores, y su participación en el total recaudado por estas tres entidades pasó de un 1% al 5% de la actualidad. En su repertorio se incluyen unas 200.000 composiciones musicales.

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

También es importante, aunque no lo trataremos así, el asunto de la exclusividad que a veces se exige en la representación internacional mutua de las entidades de gestión. «A juicio de la CNC, las decisiones de la Comisión Europea destinadas a favorecer la competencia entre entidades europeas en el ámbito de los acuerdos de representación recíproca encierran importantes efectos *procompetitivos*» (10).

– Los contratos de los titulares con las entidades oscilan de dos años (CEDRO) a cinco (DAMA y SGAE) son habitualmente prorrogados sin posibilidad de romperlo con anterioridad, lo que también bloquea el mercado y las oportunidades de los propios autores. De nuevo debe ser una solución ofrecer más flexibilidad, como recomienda la citada Comunicación de la UE de 2004.

– Tampoco se observa flexibilidad en el alcance de los contratos (tanto en territorio como tipo de obras), «mediante las limitaciones a la posibilidad de reservarse derechos, obras o territorios, se limita tanto la entrada de otras entidades de gestión como la gestión individual».

– En relación con la exclusividad, si el mandato fuese en términos no exclusivos y se diera al titular la posibilidad de otorgar licencias a la par con la entidad, se favorecería la competencia.

III. OBJECIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA A LA GESTIÓN DE LAS ENTIDADES DE AUTORES Y ARTISTAS

Analizaremos varios de los elementos del sistema legislativo y de control sobre las Entidades de control; aquellos que, como hemos dicho, generan mayor crítica cuando no han sido enmendados por los Tribunales. Antes de entrar en detalle en las objeciones que el citado Informe de la CNC destaca y considera vitanda para el futuro *on line* del negocio de contenidos, recordemos el marco jurídico de referencia.

Las obligaciones que incluye la LPI para las entidades **sobre la concesión de autorizaciones, la fijación de tarifas generales** y los **acuerdos con asociaciones de usuarios** (11) son, sintéticamente, las siguientes:

(9) Fuentes citadas por la CNC: *Department of Justice de EE.UU.*; <http://www.sesac.com/aboutsesac/about.aspx> (consulta realizada el 13 de abril de 2009).

(10) *Ibid.*, página 48.

(11) Según la LPI, estas obligaciones no serán «de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular» (art. 157.3 de la LPI).

a) «Contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración» (art. 157.1.a de la LPI).

Según la LPI, estas obligaciones no serán «de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier **clase que requiera la autorización individualizada de su titular** » (art. 157.3 de la LPI).

b) «Establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa» (art. 157.1.b de la LPI).

La fijación de tarifas generales por derechos de remuneración constituye un asunto que provoca cierta controversia. Por un lado, podría pensarse que el 157.1.b de la LPI solo refiere a los derechos exclusivos, puesto que en el 157.4 se habla de derechos de remuneración. No obstante, para determinados derechos de remuneración, la LPI establece explícitamente que éstos deben hacerse efectivos según las tarifas generales de las entidades de gestión.

c) «Celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente» (art. 157.1.c de la LPI).

d) Además, para determinados derechos de remuneración —de los derechos reconocidos en los arts. 108.3, 108.4, 108.5, 116.2 y 122.2 de la LPI—, la LPI estipula de modo explícito que las entidades deberán negociar con los usuarios el importe de la remuneración.

El marco legal actual de la LPI sobre las tarifas aplicables no resulta pues suficiente lo no generando el deseado «orden» que el Derecho debe facilitar a los ciudadanos, a los agentes del sector y a las industrias. Concretamente esto es así porque:

- a. no existe control *ex-ante* sobre las tarifas que fijan las entidades;
- b. el proceso de negociación no garantiza la equidad de las tarifas;
- c. y, no existe un control *ex-post* de las prácticas tarifarias de las entidades verdaderamente eficaz.

La LPI es muy desigual en la exigencia de una mayor información en los **criterios para la fijación de dichas tarifas**. Por ejemplo, el conocido «canon» o compensación equitativa por copia privada para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, derecho tiene un proceso específico para fijar su importe, se incluyen en la LPI los principios a tener en cuenta que son prolijos.

1. Sobre tarifas por disponibilidad del repertorio que no tienen en cuenta el uso efectivo

Como ha afirmado la CNC las tarifas de las entidades suelen ser tarifas por disponibilidad, **entendiendo como tales tarifas que no tienen en cuenta cuánto usa el usuario el repertorio. Esto significa que se enfrentará a la misma tarifa independientemente de su uso.**

¿Qué fenómeno se produce en el mercado ante el sistema de «tarifa por disponibilidad»?

Se trata de una especie de «tarifa plana» por el uso de un repertorio —del que tampoco se conoce completamente las obras y autores incluidas—, que discrimina a los usuarios (TV, radios u otros) que hagan menos uso del mismo. En medios como la radio o televisión, bastaría con introducir una canción en la gala de Nochevieja o en un informativo de cierre del año para que se cobre todo el repertorio.

Además, si un usuario desea sustituir uso del repertorio de la entidad incumbente por uso del repertorio de una entidad competidora y/o acudir a la gestión individual, no tendrá muchos incentivos a hacerlo, puesto que la entidad incumbente no cambiará su tarifa utilice poco o utilice mucho el repertorio.

Sin embargo, cabe otro modelo que es el de la tarifa por uso efectivo. La entidad de gestión no cobraría lo mismo si el usuario reduce su consumo y, por lo tanto, el usuario tendrá incentivos a sustituir uso del repertorio de la entidad incumbente por el de las otras alternativas, lo que sin duda incrementará la competencia y disciplinará la conducta de la entidad a la que incumbe.

Este es uno de los puntos en los que Asociaciones de usuarios como la que reúne a las televisiones comerciales nacionales —UTECA— ha mostrado siempre desacuerdo y varias empresas de comunicación o entretenimiento, incluidas Antena 3 y Telecinco, han sometido el asunto ante los Tribunales. También la CNC está contra esa falta de rigor y destaca que, «a pesar de que no existen obligaciones de transparencia, existen algunas entidades que a través de sus páginas web tienen dispositivos de consulta del repertorio, si bien la CNC no ha podido contrastar su fiabilidad o efectividad, puesta en duda por los usuarios». Con respecto a la base de datos conjunta entre DAMA y SGAE (12), derivada de una obligación en el Acuerdo de Terminación Convencional de 2003, declaran que «todavía está en construcción».

La falta de transparencia sobre los repertorios efectivamente gestionados por las entidades no contribuye a contrarrestar el monopolio efectivo, lo que también afecta a los usuarios dificultando la gestión de sus costes —no sabe por lo que están pagando— y generando problemas tarifarios.

2. Sobre la falta de equidad en la fijación de las tarifas

La doctrina de la CNC sobre este punto es clara desde la «Resolución de 9 de diciembre de 2008, sobre el Expediente 636/2007, Fonogramas, que se *"genera una clara asimetría de poder entre las partes negociadoras a favor de la entidad de gestión, y reduce los incentivos que ésta puede tener a alcanzar un acuerdo, puesto que se le reconoce el derecho a exigir coactivamente a través de los Tribunales (sede en la que disfrutan de un status procesal privilegiado conforme al art. 150 LPI) el pago de un precio fijado unilateralmente y sin más límite que el que se deriva de los conceptos jurídicos indeterminados de la equidad o razonabilidad de la remuneración"*». La prevalencia de las tarifas generales en defecto de acuerdo se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1990.

En ese caso resulta dudoso que una tarifa fijada unilateralmente desde una posición monopolística pueda servir como sustituto en caso de falta de acuerdo con los usuarios.

En consecuencia, concluye la CNC, «no se puede afirmar que el proceso de negociación entre entidades y usuarios sea un proceso de negociación que garantice la equidad de las tarifas,

(12) Resolución del Consejo de la CNC de 24 de junio de 2008, sobre Incidente de Cumplimiento de Acuerdo de Terminación Convencional de Expediente 630/2007, DAMA/SGAE.

principalmente porque las entidades tienen un elevado poder de mercado y el marco legal y procesal favorece que puedan conseguir una tarifa fijada de modo unilateral en una fase previa a la negociación» (13).

Debido a la escasa importancia y eficacia de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI) del Ministerio —cuya reforma para convertirla en una comisión no solo mediadora sino decisoria, se ha pospuesto desde 2007 una vez más—, nuestro sistema carece de control *ex-post*; el único control *ex-post* de las entidades lo ejercen los Tribunales ordinarios de justicia y la CNC.

Como se ha dicho ya en varias ocasiones, se ha reclamado por UTECA y otras asociaciones de usuarios la CPI no resuelve la falta de control *ex-post*. También la CNC, en su Resolución de 9 de diciembre de 2008, sobre el Expediente 636/2007 de Fonogramas, se afirma que «no resulta irrelevante poner de manifiesto que en los cerca ya de 20 años de vida de la CPI... aunque le han llegado algunos conflictos entre entidades de gestión y usuarios, nunca se ha producido un pronunciamiento de fondo ni, en consecuencia, ha arbitrado o mediado en ningún conflicto de esta u otra naturaleza. Esta inoperancia o fracaso... en el cumplimiento de los fines para las que fue creada responde, a juicio de la doctrina especializada, tanto no solo a defectos de configuración como a la falta de interés o confianza de sus potenciales destinatarios». Puesto que la Resolución es de diciembre de 2008, no se hace referencia al acuerdo, el primero de su historia, que la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) y AGEDI-AIE alcanzaron a través de la CPI en diciembre de 2008. Es preciso destacar que la CPI ha actuado en este caso ejerciendo su función mediadora, y no arbitral.

Tampoco la Ley da a la CPI un papel importante en el derecho de compensación equitativa por copia privada; el hecho de no se haya propuesto a la CPI para la fijación del importe en caso de desacuerdo entre entidades y usuarios manifiesta su ineficacia una vez más y su necesaria transformación.

¿Una tarifa equitativa debe guardar una relación razonable con el valor económico de la prestación de la utilización del repertorio? Si, pues de lo contrario resultaría inequidad. En línea con lo sostenido por la CNC en varias de sus resoluciones basándose en la jurisprudencia europea sobre precios no equitativos, que establece «un abuso de posición dominante en el sentido del art. 86.a) puede consistir en la práctica de un precio excesivo sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada» (14).

A su vez, como ha podido constatar la CNC, en ocasiones las entidades no tienen en cuenta una serie de criterios que podrían ayudar a determinar el valor de la utilización de los repertorios para los usuarios. En efecto, en la Resolución de la CNC, de 23 de julio de 2009, sobre el Expediente 651/2008, AIE/T5 se afirma que en el caso de las televisiones, la entidad AIE no ha tenido en cuenta criterios objetivos para determinar el valor que la comunicación pública tiene para las televisiones, como por ejemplo, franjas horarias, audiencias o los ingresos por publicidad.

(13) *Ibid.*, página 58.

(14) Sentencia *United Brands* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de febrero de 1978.

a) Casos previos en que el Tribunal de Defensa de la Competencia o la CNC se pronuncian pro fijación de tarifas por uso efectivo

En la Resolución de Expediente 593/2005, de Televisión, el entonces TDC señalaba «que desde el punto de vista de la libre competencia resulta deseable que la base del cálculo de las tarifas generales se establezca con relación fundamentalmente al uso real».

— En la Resolución de 4 de febrero de 2008, sobre el Recurso contra actos del Servicio (714/2007, Telecinco/AIE), la CNC «considera que la fijación de una tarifa exclusivamente sobre los ingresos totales del usuario no es razonable y pudiera no ser equitativa, ya que éstos no están directamente relacionados con el mayor o menor uso de los fonogramas o de las grabaciones audiovisuales, como tampoco puede aceptar que el mayor o menor éxito comercial de una cadena de televisión esté vinculado de forma directa con el mayor o menor uso de la música».

— En su Resolución de 23 de julio de 2009, sobre Expediente 651/2008, AIE/T5, la CNC afirma que es necesario que «la exigencia de una tarifa general a un usuario contemple un criterio que permita, en un primer paso, medir la intensidad de uso en la medida de lo posible (tiempo de comunicación, ponderación respecto del producto televisivo final, etc.)» y que «lo equitativo está relacionado con el uso efectivo de ese insumo».

La introducción del criterio del uso efectivo en la medida de lo posible ha sido defendida recientemente por otras instancias. Así, es muy importante destacar que el Tribunal Supremo, en una sentencia relevante dictada en el contexto de un conflicto tarifario entre Telecinco y AIE (15), analizada con detalla en la edición de este libro en 2009.

Establecido que un criterio que atienda exclusivamente a los rendimientos de explotación «no puede ser aceptado. Resulta, en principio, evidente que resulta más equitativo el criterio de efectividad del uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas. Se impone la necesidad de fijar como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad en la fijación de la remuneración equitativa que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente».

También el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (16), en el contexto de una petición de decisión prejudicial planteada por la autoridad de competencia sueca, este Tribunal defiende que «una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que tiene una posición dominante... no explota de forma abusiva dicha posición cuando, en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, aplica a las cadenas de televisión privadas un sistema de tarifas según el cual los importes de dichas tarifas corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas, siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales prote-

(15) Sentencia 55/2009 del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2009, motivada por el recurso de casación número 2157/2003 interpuesto por la representación procesal de Gestevisión Telecinco, S.A. contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 583/2001 por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 21 de marzo de 2003.

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

gidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras».

Como ya dijo el Supremo en el caso *Telecinco v. IAE* (Sentencia de 18 de febrero de 2009) que veremos a continuación, una tarifa equitativa tiene que tener en cuenta el repertorio efectivamente gestionado por la entidad. En caso contrario, se dificulta que la tarifa guarde una relación razonable con el valor económico de la utilización del repertorio y se incrementa la posibilidad de que los usuarios realicen pagos por titulares que la entidad no representa.

El Informe CNC detalla modelos de gestión de tarifas por el uso efectivo en otros países así como en distintos medios en España, radio, comunicación *on line* por Internet, bares, televisiones, etc. «Aunque sea complicado determinar de modo taxativo todos los casos en los cuales deberían existir tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo, sí es posible afirmar que siempre y cuando sea posible monitorizar y vigilar la utilización efectiva de los repertorios a un coste razonable, y cuando el usuario esté dispuesto a proveer la información que en su caso sea necesaria para medir el uso, deberían existir tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo como alternativa a las tarifas por disponibilidad. Este es el caso, por ejemplo, de las televisiones y las radios, pero también del incipiente mercado de los usuarios que exploten obras y prestaciones en el entorno *online*. Pueden existir usuarios que por motivos de coste y tecnología, o por motivos de confidencialidad y salvaguarda de secretos comerciales, deseen seguir utilizando tarifas que no tengan en cuenta el uso efectivo, aun en el supuesto de que por las características de su uso pudieran acogerse a esta tipología tarifaria. También cabe que el uso efectivo sea uno de los componentes de la tarifa, pudiendo haber otros de tipo fijo que reflejen la disponibilidad u otro tipo de variables. Lo importante es que la tarifa permita recoger variaciones en el uso efectivo que el usuario haga del repertorio» (17).

3. Sobre la necesidad de repertorios transparentes

En los últimos años se ha puesto énfasis en la necesidad de una mayor transparencia en el ámbito específico de los repertorios. Concretamente en las siguientes instancias u organismos:

a) El Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente de 2003 entre DAMA y SGAE, se manifestó sobre la necesidad de una mayor transparencia, mediante la inclusión de la creación de una base de datos en el Acuerdo de Terminación Convencional.

b) El Parlamento Europeo en un Informe de 2003, sobre un marco comunitario relativo a las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor, se subraya la necesidad de «garantizar que las entidades de gestión funcionen según el principio de la transparencia» (considerando 31) y de «regular su actividad cuando la ejerzan desde una posición de monopolio, para garantizar la transparencia que exige el derecho de competencia» (considerando 35). De hecho, una medida que recomendaba la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios de la Comisión Europea en el proceso de consultas para la elaboración de dicho informe era «el establecimiento de un registro público de acceso electrónico en el que figuren todos los titulares de derechos que estén representados por sociedades de gestión colectiva».

(17) *Ibid.*, página 74.

c) La Comisión Europea en su Recomendación de 2005 (18) relativa a la música en línea, incluye la siguiente recomendación: «Los gestores colectivos de derechos deben informar a los titulares de derechos y a los usuarios comerciales del repertorio que representen de cualquier acuerdo recíproco de representación vigente, del ámbito territorial de sus mandatos para dicho directorio y de las tarifas aplicables».

– Asimismo, es importante destacar que el originario borrador de anteproyecto de la LPI incluía modificaciones con el objetivo de introducir más transparencia en la actuación de las entidades, puesto que incorporaba obligaciones de informar sobre los contratos suscritos con otras entidades de gestión nacionales y extranjeras y obligaciones de informar al usuario sobre el repertorio gestionado por la entidad, así como de las categorías de titulares de derechos de propiedad intelectual no incluidas en el alcance del contrato concedido y que pudieran resultar afectadas por la explotación prevista en el mismo.

También se ha demandado una mayor transparencia en el funcionamiento de las entidades de gestión en términos más generales en los siguientes documentos:

a) De la CNC. Tanto en su Resolución de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/2007, Fonogramas, como en la Resolución de 23 de julio de 2009, sobre Expediente 651/2008, AIE/T5, se alude al deber de especial transparencia, razonabilidad y objetividad que tienen las entidades de gestión en sus negociaciones con los usuarios.

b) Del Parlamento y Consejo Europeos. En la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. El Parlamento y Consejo Europeos consideran que «los Estados miembros deben asegurarse de que los organismos de gestión colectiva funcionen de modo eficaz y transparente» (considerando 28).

En la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Considera que «es necesario, especialmente a la luz de las exigencias derivadas del entorno digital, garantizar que las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor consigan un nivel más alto de racionalización y transparencia en el respeto de las normas de competencia» (considerando 17). Es importante destacar que ninguna de estas dos directivas trata específicamente de la gestión colectiva, sino de otros temas relacionados con los derechos de autor y derechos afines.

La falta de transparencia no es solo grave en cuando al repertorio en sí sino también a los contratos entre usuarios de una misma actividad. Estas prácticas discriminatorias en las que incurren las entidades de gestión introducen distorsiones competitivas en los mercados donde operan los usuarios, puesto que algunos usuarios se ven obligados a pagar por un *input* intermedio precios más altos que los que pagan sus competidores.

Elemento importante en la aparición de estas prácticas es la falta de transparencia sobre del contrato que una entidad tiene con un usuario *j* para otro usuario *i*, siendo *j* e *i* usuarios que realizan una actividad similar, un uso similar del repertorio y que se ejercen cierta presión com-

(18) Recomendación de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea.

petitiva. Esta falta de transparencia facilita que se pueda discriminar, lo que de nuevo pone de manifiesto la conexión entre la falta de obligaciones de transparencia de las entidades y la introducción de distorsiones en el funcionamiento de los mercados desde su posición monopolística.

Por estos motivos, en su Resolución del Expediente 636/2007, de Fonogramas, la CNC sostiene que «la ocultación de los acuerdos previamente celebrados con otros usuarios operadores de televisión constituye un grave incumplimiento del deber de especial transparencia que tienen frente a los usuarios de los derechos que gestionan», considerando necesario «en orden a mitigar el riesgo de que se produzcan nuevos comportamientos discriminatorios, imponer a las entidades de gestión imputadas que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario demandante sobre las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio».

De hecho concluye la CNC con varias recomendaciones para la reforma de la LPI y de los Estatutos de las Entidades y, con una advertencia: «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 art. 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 art. 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».

4. Jurisprudencia del Supremo sobre tarifas de las Entidades de Gestión para los «usuarios» de televisión

Destacamos en primer lugar, la importancia de la Sentencia del Supremo favorable a Gestión Telecinco, S.A., STS 55/2005 (19) que mantiene la obligación de la Sentencia de 21 de marzo de 2003 de la Audiencia Provincial de Madrid de remunerar a AISGE y AIE, establece que esto se haga «con arreglo a criterios que aproximen la fijación de las remuneraciones a la utilización efectiva y a la amplitud del repertorio de las distintas sociedades de gestión en correlación con la distribución del producto obtenido entre los titulares del derecho, teniendo en cuenta un criterio de proporcionalidad en la comparación con tarifas aprobadas en convenios con otras televisiones».

En segundo lugar, la STS 228/2009 (20) en el caso de **SOGECABLE v. AIE y AISGE** que estima las peticiones de Sogecable.

(19) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil nº 55/2005, de 18 de febrero de 2005. Recurso nº 2157/2003, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos.

(20) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 228/2009 de 7 abril, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos.

Destacamos de los Fundamentos de esta última Sentencia, el FJ DÉCIMO sobre la necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad:

«Ambas partes reconocen que las tarifas generales están fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante. Este criterio no puede ser aceptado. Como hemos puesto de manifiesto en la STS de 21 de enero de 2009, RC n.º 2157/2003, es evidente, en principio, que resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas.

Por otra parte, otro de los criterios que indudablemente deben ser tenidos en cuenta y que alega expresamente la parte recurrente, es el de la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras, pues la equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unas y otras productoras, lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas.

(...)

La parte recurrente parece justificar la imposición de unas tarifas mucho más gravosas a la parte demandada respecto de otras productoras en el hecho de que ésta no ha aceptado en la negociación las tarifas que se le han ofrecido; pero resulta evidente que el hecho de no llegar a un acuerdo en un proceso negociador no puede convertirse en un criterio justificado para la imposición de unas tarifas más gravosas que aquellas que responden objetivamente a criterios de equidad ponderados en función de las tarifas aplicadas a otros organismos en los correspondientes convenios, pues lo contrario supondría colocar a una de las partes negociadoras en una posición de superioridad sobre la otra y en condiciones de hacer prevalecer sobre ella su voluntad dejando a su arbitrio el contenido del acuerdo.

Igualmente debe tenerse en cuenta que la LPI pone en relación el deber de la sociedades de fijar tarifas generales con la utilización de su repertorio [art. 152.1 b) LPI]. Esto significa que no puede quedar al margen de la fijación de las tarifas la consideración de los criterios relacionados con la amplitud del repertorio de cada una de estas sociedades en relación con las demás y con los sujetos activos de la remuneración equitativa que no son, como es evidente, solo los que han celebrado contratos de gestión con la sociedades, pues existen otros que puedan estar al margen de los mecanismos efectivos de distribución del producto obtenido a través de una o de todas las sociedades de gestión».

El Supremo recurre a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en el caso SENA [STJCE 6 de febrero de 2003, asunto C-245/00 (21)] que expresó la necesidad de establecer criterios análogos a los que estamos ponderando en relación con la remuneración equitativa por alquiler de fonogramas contemplada en el art. 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. En concreto:

«se refiere a la necesidad de "alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas, intérpretes o ejecutantes y de los productores a percibir una remuneración por la difusión de

(21) En este caso (Asunto SENA/NOS) el Tribunal Europeo estableció en 2003 una interpretación uniforme para todos los Estados miembros fijando como referencia el valor real de la utilización de fonogramas.

un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dicho fonograma en condiciones razonables" y para ello cita diversos criterios o "factores variables y fijos" que no se oponen a ello y pueden ser utilizados por los Estados, relacionados con el principio de efectividad de uso y de comparación con situaciones análogas, como "la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras de radio y de televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas fijadas por contrato en materia de derechos de ejecución y de radiodifusión de obras musicales protegidas por los derechos de autor, las tarifas practicadas por los organismos públicos de radiodifusión en los Estados miembros del Estado miembro de que se trate y las cantidades pagadas por las emisoras comerciales". Es cierto que la sentencia se refiere únicamente a la remuneración equitativa que aparece directamente contemplada en la Directiva comunitaria, pero no existen razones suficientes para entender que los principios en que se inspira la sentencia referida no puedan ser tenidos en cuenta en otros casos de remuneraciones equitativas cuando sea necesario para alcanzar el debido equilibrio.

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido ya implícitamente, en relación con los derechos de autor dimanantes de la comunicación pública de obras audiovisuales, que la remuneración equitativa no puede fijarse de manera incondicionada, cualesquiera que sean las circunstancias en que ha tenido lugar la negociación, de acuerdo con las tarifas generales fijadas unilateralmente por la sociedades de gestión, aun cuando las mismas no hayan sido objetadas por parte de la Administración. Antes bien, se han ponderado criterios para garantizar la aproximación de la remuneración equitativa a principios de efectividad de uso que garanticen el criterio de equidad. En efecto, la STS 20 de septiembre de 2007, RC n.º 3732/2000, declara que "no se discute que la actora ha aplicado las tarifas generales que tiene establecidas, y cuya fijación obedece a una previsión legal, lo que no es óbice a que se puedan cuestionar, aunque en el caso no se ha suscitado discrepancia acerca de un hipotético importe abusivo o contrario a la equidad, ni consta se haya planteado conflicto en relación con las mismas".

Por su parte, la STS de 15 de enero de 2008, RC n.º 3623/2000 (22), la cual se refiere a la remuneración equitativa en favor de los productores de obras audiovisuales por la comunicación pública de éstas en hoteles por medio de la televisión, declara que "el precio de la comunicación pública procedente que ya se ha considerado como tal, ha de venir determinado por dos criterios: el pacto de la gestora, en este caso con el hotel demandado, o, fuera de este caso, como en realidad ocurre, con asociaciones de hoteles; y a falta de este pacto el precio vendrá fijado, en principio, por las tarifas que la gestora comunica simplemente al Ministerio de Cultura (es decir, a los órganos de las comunidades autónomas, según ha declarado el Tribunal Constitucional). Pero ello no quiere decir que las tarifas, sin más, hayan de prevalecer frente a una oposición de los obligados al pago, toda vez que la Ley exige que las mismas se atengan a criterios equitativos. La equidad acogida en el art. 3.2 CC requiere de una ponderación sumamente prudente y restrictiva (STS de 8 de febrero de 1996). Como dijo la sentencia de 15 de julio de 1985, el párrafo 2 del art. 3 CC veda el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté rigurosamente autorizado, pero no veda en modo alguno la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas, que es lo ocurrido en el caso concreto que nos ocupa (STS de 15 de marzo de 1995)".

(...)

(22) Desfavorable en esta ocasión a Sogecable, a favor de las pretensiones de AISGE y AIE.

En igual sentido las sentencias de 12 de junio de 1990, de 11 de octubre de 1988 y de 3 de noviembre de 1987. Y, en consideración al caso examinado en ella, la sentencia añade que "[n]o puede razonablemente considerarse abusiva la aplicación de las tarifas formuladas, a falta de acuerdo, cuando se reducen a la utilización real de la comunicación pública, por referirse a habitaciones y apartamentos ocupados. Distinta consideración merecería la pretensión indemnizatoria a calcular sobre número de habitaciones y apartamentos disponibles".

En consecuencia, procede la estimación de este motivo, pues el requisito de la equidad en la fijación de la remuneración equitativa partiendo de las tarifas fijadas por las sociedades de gestión debe estar sometido al control de los Tribunales, en los términos en que se pronunció el Juzgado de Primera Instancia». (...)

IV. CONCLUSIONES

Tal y como dice el Tribunal Europeo «El art. 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. En consecuencia, la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29».

Si a nuestra Jurisprudencia añadimos la reciente Sentencia del Tribunal Europeo (23) que no es propiamente un caso sobre «tarifas» pero sí sobre la aplicación indiscriminada del canon de compensación equitativa por copia privada, la opiniones respecto al modo de fijación de las tarifas, así como a las características de los repertorios y la transparencia de los procesos de gestión, los cambios que debe afrontar nuestra Ley son claros.

Estas Sentencias brevemente comentadas, junto con los informes del Consejo Económico y Social y la CNC sobre el Proyecto de Ley de Economía Sostenible emitido también en contra de la modificación propuesta del art. 158 de la LPI, obligará a cambiar la Ley vigente de 2006 o, hasta que esto se lleve a cabo, a dejarla prácticamente sin efecto al aplicar la Jurisprudencia del Supremo sobre este asunto.

Concretamente, y esta es nuestra propuesta *de lege ferenda*, sería necesario incorporar más funciones arbitrales, mediadoras y decisorias a la Comisión de Propiedad Intelectual en el caso de desacuerdo entre los usuarios de los derechos y las Entidades correspondientes. En todo caso, la fijación de las tarifas que se aplicarían deberían tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) El repertorio de las entidades y su utilización real por el usuario.
- b) Las tarifas existentes para otras modalidades de uso o explotación.
- c) La relevancia del repertorio y de su utilización en el conjunto de la actividad del solicitante.

(23) Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010, respecto al procedimiento entre *Padawan, S.L.*, y *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*.

d) Las tarifas aplicadas por otras entidades extranjeras para derechos y utilización obras análogas.

Asimismo consideramos esencial que la Comisión haga público el repertorio de las Entidades o arbitre fórmulas para su transparencia.

Pese a lo dicho hasta ahora, la reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual que se ha propuesto en la Legislatura 2004/2008 por el Ministro Molina no ha llegado a aprobarse. La que ahora propone la Ministra de Cultura, introducida de rondón en el todavía no aprobado Proyecto de Ley de Economía Sostenible para modificar el art. 158 de la LPI, tampoco responde a los requerimientos que hemos venido exponiendo.

Al ámbito del Derecho sobre derechos de autor y propiedad intelectual le está ocurriendo lo que sucediera al ámbito audiovisual: abundan las leyes desflecadas, con una técnica legislativa empleada que dificulta la comprensión de la norma y, en definitiva, un sistema injusto para todos los titulares y beneficiarios de la Ley.

V. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

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

BERCOVITZ, Rodrigo y VV.AA. (2007), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Tecnos, Madrid.

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

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

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

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

Comisión Nacional de Competencia (2010), IPN 35/10 Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible.

Comisión Nacional de Competencia (2010), Informe sobre la Gestión Colectiva de derechos de Propiedad Intelectual.

CORREDOIRA, Loreto (2009), «Legislación aplicable a las tarifas por utilización de obras protegidas en televisión. Casos Telecinco y Sogecable», en *La regulación de la televisión en 2009*, capítulo Libro de la Televisión UTECA, Editorial Ariel, IESE, 2009.

CORREDOIRA, Loreto (2010), «Publicada la anunciada Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010», en *Observatorio TICS*, Url: cyberlaw.ucm.es.

CORREDOIRA, Loreto y COTINO, Lorenzo (2010), «Propiedad intelectual y Nuevas tecnologías: Problemas de actualidad. Especial referencia proyecto para el cierre de páginas web.»

Conferencia durante la Jornada: *Temas de actualidad en derecho de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, 21 de abril, Coloquio Ilustre Colegio Abogados de Valencia.

MARÍN LÓPEZ, J. J. (2007), «Art. 153» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. R. BERCOVITZ), 3.ª edición, Editorial Tecnos, 2007.

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

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

VV.AA. (2003), *Factbook. Derecho del Entretenimiento*, Aranzadi.

Sentencias Europeas

Cuestión Prejudicial TJCE (Sala Sexta). Caso *Stichting ter exploitatie van Naburige Rechten* (SENA) contra *Nederlandse Omroep Stichting* (NOS), Sentencia de 6 febrero 2003. TJCE 2003 \32.

Asunto C-245/00.

Tribunal de Justicia Europeo (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010, respecto al procedimiento entre *Padawan, S.L.*, y *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*. Pendiente publicación en Asunto C-467/2008. TJCE <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0467:ES:HTML>.

Jurisprudencia del Supremo sobre tarifas de entidades de gestión y remuneración equitativa

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Auto de 3 octubre 2006.

Recursos de casación al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 de la LEC 2000 contra Sentencia recaída en juicio de mayor cuantía tramitado por razón de la cuantía. Interposición defectuosa por falta de técnica casacional (art. 483.2.2.º de la LEC 2000, en relación con los arts. 481.1 y 477.1 de la LEC 2000).

Interposición defectuosa por plantear cuestiones que exceden del recurso de casación (art. 483.2.2.º, en relación con los art. 481.1 y 477.1 de la LEC 2000). (Antena 3 y SGAE: desestimado a ambas).

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia de 15 de enero de 2008, RC n.º 3623/2000. AISGE y AIE v. Sogecable.