

ALAI Congreso 2019 en Praga

Gestión de Derechos de Autor

Autores: Montserrat Benzal Medina, Fernando Carbajo Cascón (coord.), Teresa García-Barrero Giurgiu, Álvaro Hernández-Pinzón, Vanessa Jiménez Serranía, Nora Oyarzabal Oyonarte, Nerea Sanjuan

Cuestionario

Al redactar el informe nacional, por favor: citen la literatura más relevante; refiéranse a las decisiones judiciales dondequiera que existan; agreguen una lista de la literatura citada y de las abreviaturas utilizadas; en su informe usen terminología consistente; expliquen los términos especiales que podrían no conocerse fuera de su jurisdicción cuando los usen por primera vez; añadan el texto de las disposiciones legales pertinentes (traducidas al inglés o al francés) en las notas a pie de página.

1. Resumen general de la gestión colectiva

1.1. ¿Se pueden describir las organizaciones de gestión colectiva (OGC) como monopolios (monopolios naturales o monopolios establecidos por la ley) en sus jurisdicciones?

La ley española sobre propiedad intelectual¹ (LPI), no establece un monopolio legal. Cualquier entidad que cumpla los requisitos legalmente establecidos, puede gestionar como OGC los derechos de propiedad intelectual a los que quiera consagrar su actividad. No obstante, debido a la propia estructura del mercado de la gestión colectiva, las ocho OGC españolas existentes se encuentran en una situación de “monopolio natural” en sus respectivos ámbitos de actividad, con la salvedad (relativa), de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y Derechos de Autor y Medios Audiovisuales (DAMA), que compiten en el mercado de la gestión de derechos de autor de medios audiovisuales.

El art. 147 LPI² establece una serie de requisitos que han de ser cumplidos por una entidad para ser considerada como OGC. En esencia, dos son los rasgos característicos de las OGC en España: por un

¹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

² Art. 147 LPI: “Las entidades legalmente constituidas que tengan establecimiento en territorio español y pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura y Deporte, con objeto de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual. Esta autorización habrá de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado».

Las entidades de gestión colectiva son propiedad de sus socios y estarán sometidas al control de los mismos, no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su

lado, la ausencia de ánimo de lucro y, por otro, la necesidad de obtener una autorización del Ministerio de Cultura y Deporte (MCD).

Por otro lado, aunque en la legislación española se establecen ciertos derechos de gestión colectiva obligatoria (GCO), esta gestión no aparece atribuida legalmente a una única OGC para cada uno de estos derechos.

En la actualidad son ocho las OGC autorizadas por el Ministerio de Cultura español:

- Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) <http://www.sgae.es>
- Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) <http://www.cedro.org>
- Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) <http://www.agedi.es>
- Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) <http://www.aie.es>
- Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) <http://www.vegap.es>
- Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) <http://www.egeda.es>
- Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE) <http://www.aisge.es>
- Asociación Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA) <http://www.damautor.es/>

A ellas se suma la entidad Euskal Kulturgileen Kidegoa (EKKI), <http://ekki.eus>, autorizada por la Comunidad Autónoma del País Vasco para gestionar los derechos de los autores vascos y que actúa exclusiva o mayoritariamente en esa Comunidad Autónoma.

Recordemos que el monopolio natural aparece en la explotación de determinadas actividades económicas y servicios públicos en los que, debido al fenómeno de los costes marginales decrecientes, las empresas tienen que ser de gran dimensión, y una sola empresa es suficiente para abastecer todo el mercado. Esto ocurre generalmente en mercados donde se precisan cuantiosas inversiones cuya rentabilidad solo es posible si el mercado está en manos de un único operador. El monopolio natural se da, por tanto, en aquellos mercados donde la forma más eficiente de asignar los recursos es la existencia de un único operador.

En el ámbito de las OGC, el monopolio permite aprovechar al máximo las economías de escala que implican que el coste medio de administrar las obras se reduce cuanto mayor es el repertorio administrado. Puesto que las economías de escala dependen de la agregación del mayor número posible de derechos, la eficiencia será mayor cuanto mayor sea el volumen de derechos gestionados.

Pese a que la autoridad española de competencia, actualmente denominada Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia³ (CNMC), ha considerado que estos requisitos merecen la calificación

gestión por sus titulares mediante contrato de gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este título se establecen y, en particular, hacer efectivos los derechos a una remuneración y compensación equitativas en los distintos supuestos previstos en esta ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable."

³ Previamente denominada Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

de barreras legales para la entrada en el mercado de la gestión colectiva⁴, el sistema de gestión colectiva español responde más a una suerte de monopolio natural derivado de los efectos de red y de atracción que caracterizan los mercados bilaterales.

Los mercados bilaterales (más conocidos por su denominación en inglés *-two-sided markets-*) poseen como característica que en ellos existen dos grupos de “usuarios” o “clientes” distintos de una misma plataforma que servirá, además, de intermediaria entre ambos. La particularidad que existe en este tipo de mercados es que cada una de las categorías de “usuarios” genera externalidades positivas sobre el otro.

La principal diferencia entre los mercados bilaterales y los mercados comunes es que en los mercados bilaterales el comportamiento óptimo de la plataforma no consiste en maximizar su beneficio sobre cada grupo de usuarios por separado, sino de optimizar la eficiencia del sistema, llegando incluso a considerar como comportamiento óptimo el de subvencionar a un grupo de usuarios, puesto que debido a esto se consiguen ganancias para el otro grupo.

La gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual constituye un buen ejemplo de mercado bilateral. Los grupos de usuarios implicados en la caracterización de este mercado son, de una parte, los titulares de derechos y, de otra, los demandantes de licencias sobre estos derechos.

Las OGC constituyen elementos clave de este sistema ya que van a actuar como plataformas intermediarias entre ambos grupos titulares de derechos y los demandantes de licencias, en función de las relaciones de prestación de servicios que mantienen con cada uno de esos dos grupos. Dicho de otra manera, las OGC van a ofrecer, por un lado, unos servicios de administración de derechos respecto a los titulares de derechos, y, por otro, van a poder conceder licencias de utilización de las obras a los demandantes. Cuantos más titulares de derechos atraiga dicha entidad mayor atractivo tendrá para los demandantes y viceversa. Vemos, por tanto, que debido a esta estructura y a los efectos de red creados por la OGC (plataforma) existe una tendencia a una situación monopolística.

En resumen, cada OGC pueden considerarse como un ejemplo paradigmático de una plataforma de intermediación en un mercado bilateral (*two sided market*), que, debido a las condiciones estructurales del mismo, tiende a ser (o es) un monopolio natural.

1.2. ¿Su sistema hace una diferencia entre la gestión colectiva voluntaria, la extendida (si la hay) y la obligatoria? ¿Qué derechos se gestionan bajo cada régimen?

⁴ Vid. Comisión Nacional de la Competencia, *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, 21 diciembre de 2009, págs. 43-51; Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Acuerdo por el que se emite informe relativo al Anteproyecto de Ley por el que se modifica el LPI, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior*, IPN/CNMC/040/17, 30 noviembre de 2017, págs.8-11.

Si. La ley española diferencia entre gestión colectiva voluntaria (GCV) y gestión colectiva obligatoria (GCO). El concepto de gestión colectiva extendida no forma parte del acervo jurídico español

A grandes rasgos, puede establecerse un paralelismo casi perfecto entre derechos exclusivos y GCV, por un lado, y derechos de simple remuneración (*id est* a obtener una remuneración o compensación equitativa) y GCO, por otro.

En el caso de los derechos sujetos a GCV, el titular es libre de decidir si quiere gestionar su derecho por sí mismo o prefiere encomendar la gestión a una OGC, mientras que en los derechos de GCO el ejercicio del derecho por su titular solo puede hacerse a través de una OGC.

Nuestra Ley solo permite que administren derechos de GCO las OGC que tengan establecimiento en territorio español y hayan sido autorizadas por el MCD (art. 151.4 LPI).

Son derechos de GCO los siguientes derechos de simple remuneración:

- El derecho de participación de los autores de obras plásticas y fotográficas en el precio de reventa de los originales de sus obras (art. 24.10 LPI)⁵.
- El derecho de compensación equitativa por copia privada (arts. 31.2 y 25 LPI);
- Los diversos derechos remuneratorios previstos en el marco del límite de cita, reseñas e ilustración con fines docentes y de investigación científica (arts. 32.1.II, 32.2.I y 32.4 LPI);
- La remuneración equitativa ligada al préstamo público en determinados establecimientos (art. 37.2 LPI);
- Los derechos de remuneración de los autores audiovisuales por el alquiler, y por determinadas formas de comunicación pública de la obra audiovisual (art. 90.2, 3 y 4 LPI).
- Los derechos de artistas y productores, tanto musicales como audiovisuales, en relación con diversos actos de comunicación pública de las respectivas grabaciones o fijaciones (arts. 108.4 y 5 y 116.2 y 122.2 LPI).
- El derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a una remuneración equitativa sobre el alquiler de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas y grabaciones audiovisuales (art. 109.3.2º LPI)
- El derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a una remuneración equitativa sobre la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas y grabaciones audiovisuales (art. 108.3 LPI).
- El derecho de los artistas musicales a obtener una remuneración adicional frente a los productores fonográficos (art. 110 bis.2 LPI).

⁵ Hasta la última reforma de la LPI, ocurrida en marzo de 2019, tal y como se cita seguidamente, el derecho de participación era en Derecho español de GCV.

Junto con los anteriores, también es de GCO el derecho de retransmisión por cable, a pesar de ser un derecho exclusivo (art. 20.4.b/ y concordantes LPI).⁶

Las restantes modalidades de explotación que caigan bajo la órbita de cualquiera de los derechos exclusivos (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) son de GCV.

También son de GCV dos derechos de tipo remuneratorio:

- El derecho de remuneración equitativa previsto en el art. 33 LPI relativo a trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social; y
- la compensación equitativa por la utilización de obras huérfanas una vez que el titular ha solicitado el fin de la condición de obra huérfana (art. 37 bis.7 LPI).

1.3. ¿Está permitida la competencia entre organizaciones de gestión colectiva en su jurisdicción? De ser así, en qué circunstancias, con qué frecuencia y en qué campos (por ejemplo: tarifas, servicio para usuarios, repertorio disponible, servicio para los titulares de derechos, cantidad de deducciones) puede producirse la competencia.

Si. Desde 1987 nuestra legislación admite la posibilidad de crear una OGC, con independencia de que ya existan otras operando en el mismo sector de actividad. No obstante, la capacidad de operar en territorio español como OGC está supeditada a que se obtenga una autorización del MCD, la cual se subordina a la acreditación de que el ente solicitante reúne condiciones para asegurar la eficaz administración de los derechos.

Desde abril de 2018, tras la reforma operada en la LPI por el Real Decreto-ley 2/2018 y por la Ley 2/2019⁷, nuestra legislación contempla la posibilidad de que también presten servicio en España:

- Las OGC legalmente constituidas sin establecimiento en territorio español, cuyo régimen de obligaciones está a su vez en función de si tienen establecimiento en otro Estado miembro de la Unión Europea (UE) o en un tercer Estado fuera de la UE;
- Los operadores de gestión independientes (OGI), sin que su régimen de obligaciones sea diferenciado en función de dónde tengan su establecimiento;

⁶ Para el derecho de retransmisión por cable, de conformidad con la 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 (“Directiva 93/83/CEE”), se prevé que, aunque un titular no haya encomendado la gestión de sus derechos a una OGC, los mismos se harán efectivos a través de la entidad que gestione derechos de la misma categoría (art. 20.4.c/ LPI).

⁷Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica la LPI, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2017 (“Directiva 2014/26/UE”) (“Real Decreto-ley 2/2018”); Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica la LPI, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE (“Ley 2/2019”).

En ambos casos, para poder operar aquí, las OGC no establecidas en nuestro territorio y los operadores de gestión independientes deberán comunicar al MCD el inicio de sus actividades en España.

Tanto unas como otros, en la medida en que no son OGC *autorizadas*, solo pueden ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión voluntariamente por sus titulares, no pudiendo hacer efectivos los derechos a una remuneración o compensación equitativas.

Esto significa que hay mayores posibilidades de que haya competencia entre OGC en el ámbito de los derechos de GCV que en el de los derechos de GCO.

En cualquiera de los casos, la competencia entre entes de gestión colectiva se puede producir sólo a nivel de repertorio pues, en el estado actual de nuestra legislación, un mismo derecho sobre una misma obra o prestación, a favor de un mismo titular, no puede ser gestionado simultáneamente por más de una entidad. Esto sucede no solo con los derechos exclusivos de GCV, sino también con los derechos de GCO, como se deriva de que las tarifas hayan de ajustarse siempre en función de la “amplitud del repertorio” (art. 164.3.c/ LPI), y que el titular de un derecho de GCO a la postre deba elegir cuál de las diferentes entidades que gestionan derechos de la misma categoría le representa (art. 20.4.c/ LPI).

Otra cosa es que en aquellos ámbitos en los que existe más de una entidad, para poder captar repertorio las nuevas OGC ofrecen a los titulares condiciones más ventajosas, normalmente en forma de un menor descuento de administración, ya que encarecer la tarifa podría hacerles perder competitividad en el mercado de los usuarios. Cuando una entidad entrante ha alcanzado cierto grado de consolidación, deja de tener incentivos para competir a través de la tarifa cobrada a los usuarios. Los eventuales incrementos de tarifas por parte de las entidades entrantes deberían corresponderse con disminuciones correlativas de tarifas por parte de las entidades ya establecidas, a cuya costa ha crecido el repertorio de aquellas, aunque ese reequilibrio no siempre se produce de forma inmediata ni perfecta.

La cuestión también está relacionada con cómo de sustituible sea el repertorio en cuestión. Es más fácil que haya competencia cuando se trata de utilizar obras musicales para un servicio de ambientación musical, que cuando hablamos del repertorio audiovisual para alimentar la programación de una televisión. Mientras que en el segundo caso el usuario necesitará agregar las porciones de repertorio gestionadas por las diferentes entidades existentes, en el primer caso puede bastarle con utilizar el repertorio de una de las varias entidades que operen en el sector. Cuando el repertorio sea más sustituible para el usuario, tenderá a haber más competencia en las tarifas y en el precio del servicio prestado al usuario, y viceversa.

La situación en España es de muy escasa competencia entre OGC, y de una tímida aparición de algunos operadores independientes que comienzan a competir en cierta franja con algunas OGC.

La principal área de competencia se localiza en el sector de los autores de obras audiovisuales, (concretamente, de guionistas y directores-realizadores), donde dos OGC (SGAE y DAMA) compiten entre sí desde 1999 (fecha en que se autorizó DAMA), y que aglutinan una porción variable del repertorio nacional e internacional.

Por otro lado, como consecuencia del reciente inicio de actividad en España de dos operadores independientes (OGI) en el ámbito de las obras musicales (Soundreef y Unison), ha aparecido una zona de competencia con la entidad que tradicionalmente ha venido gestionando los derechos de los autores y los editores musicales (SGAE).

Existe un tercer operador independiente (OGI) en España (MPLC) que representa a los principales productores audiovisuales y gestiona los derechos de estos titulares respecto de la exhibición pública de producciones audiovisuales por cualquier medio, incluyendo DVDs, descargas, *streaming* o teledifusión, sin cobrar precio de entrada. Se trata de una franja de gestión que, tal y como está definida, podría concurrir en parte con la de EGEDA, entidad de gestión (OGC) que se ocupa de gestionar el derecho de retransmisión en favor de esos mismos titulares.

Por otro lado, cierto tipo de producciones audiovisuales (los vídeo-clips) son objeto de gestión no por la entidad de los productores audiovisuales sino por la de los productores fonográficos (AGEDI). Este sería un caso de no sustituibilidad de los repertorios, y por tanto de no competencia real, ya que la entidad de los productores audiovisuales no gestiona derechos sobre los vídeo-clips musicales y la de los productores fonográficos no gestiona derechos sobre otra clase de grabaciones audiovisuales distintas de los vídeo-clips.

Finalmente, existe una zona de controvertida concurrencia entre dos entidades a cuenta de los derechos exclusivos autorales sobre el audiovisual: mientras que una de las entidades que opera en el sector de los autores audiovisuales (SGAE) incluye en su tarifa el pago por esos derechos, en el entendimiento de que los autores de la obra audiovisual se los han podido reservar en el contrato con el productor, la entidad de los productores audiovisuales (EGEDA) parece asumir que esos derechos autorales exclusivos son cedidos al productor en virtud del contrato, y éste por tanto puede encomendárselos a ella. En la medida en que no se clarifique si los derechos están en el patrimonio del autor o del productor, o, en su caso, en qué porcentaje se encuentran en el uno o en el otro, se estaría produciendo, más que una auténtica competencia, un solapamiento o superposición de actividades gestoras sobre un mismo objeto.

Fuera de los señalados no se dan, por el momento, en nuestro mercado de gestión colectiva otros casos de competencia entre entidades, entre operadores independientes, o entre OGC y operadores independientes.

1.4. ¿Cómo se regula y aplica la gestión colectiva extendida (si la hay) y la obligatoria cuando, para la gestión de un derecho determinado, hay más de una organización?

Como ya se ha señalado en el apartado 1.2, el concepto de gestión colectiva extendida no forma parte del acervo jurídico español. Sin embargo, existen en España varios supuestos de gestión colectiva obligatoria, reservada a las OGC, con independencia de que los titulares hayan suscrito un contrato de gestión con ellas.

Cualquier OGC autorizada para la gestión de derechos de GCO de una determinada categoría de titulares de derechos estará legitimada para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, con el único requisito de que acredite dicha legitimación mediante la aportación de copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa (art. 150 LPI).

La Ley no regula expresamente qué ocurre cuando son dos o más las entidades autorizadas para administrar unos mismos derechos de GCO de una misma categoría de titulares de derechos. En ese caso cabe considerar que **cualquiera de las entidades autorizadas podrá administrar los derechos de GCO de cualquier derechohabiente de los derechos cuya gestión constituye el objeto de la entidad en cuestión.** No obstante, el usuario que ya haya satisfecho a una OGC los importes correspondientes a los derechos de GCO de una determinada categoría de titulares podrá fundar en dicha remuneración ya satisfecha su oposición al pago de la remuneración que por unos mismos derechos y respecto de unos mismos titulares exija una segunda OGC. A la luz de lo anterior deviene fundamental que cada OGC de derechos informe con precisión sobre la amplitud del repertorio que gestiona.

Téngase en cuenta que, en España, únicamente las OGC con establecimiento en territorio español y autorizadas por el MCD están legitimadas para gestionar los derechos de GCO. Es decir, las OGC que no tengan un establecimiento en territorio español y los operadores de gestión independientes que operen en España únicamente tienen capacidad para gestionar derechos de GCV, pero la concurrencia en la gestión de derechos de GCO únicamente podrá producirse entre OGC establecidas en España.

Por otra parte, mediante la suscripción del contrato de gestión, los titulares de derechos pueden encomendar a una OGC concreta la administración de sus derechos, tanto de GCO como de GCV. En aquellos casos en los que una OGC cuente con un contrato de gestión suscrito con un titular de derechos para la administración de sus derechos de GCO, la legitimación de ésta para gestionar los derechos en cuestión no suscitará ninguna duda. Por tanto, los usuarios deberán satisfacer a cada OGC la remuneración o compensación por el uso de sus respectivos repertorios.

1.5. ¿El otorgamiento de licencias colectivas de derechos se realiza mediante organizaciones de gestión colectiva (OGC) sin fines de lucro o un tipo diferente de agencia o entidad (entidades con fines de lucro, como corporaciones comerciales), o por parte de la agencia estatal (como la Oficina de Propiedad Intelectual)?

Bajo derecho español, las licencias colectivas de derechos pueden otorgarse o bien por OGC o por OGI.

Las OGC con establecimiento en España y sujetas a autorización por parte del MCD no podrán tener ánimo de lucro (art. 147 LPI), como tampoco podrán tener ánimo de lucro, en virtud de lo dispuesto

en la Directiva 2014/26/UE⁸ (art. 3.a/ii/), las OGC que tengan establecimiento en otro Estado miembro de la UE. Al contrario, los OGI, por definición, tendrán siempre ánimo de lucro (art. 153.2.b/ LPI)⁹. Finalmente, las OGC que no tengan un establecimiento en un Estado miembro de la UE podrán tener o carecer de ánimo de lucro siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en su país de establecimiento para operar como OGC.

1.6. ¿Las organizaciones de gestión colectiva están obligadas a contribuir al desarrollo cultural de la sociedad? Si es así, ¿en qué áreas y cómo se implementa el apoyo cultural (por ejemplo: la gestión de fondos sociales o culturales)? ¿La creación de tales fondos y su asignación está limitada por la ley?

Sí.

Además de las actividades propias de gestión de los derechos de explotación por cuenta y en interés de los titulares de derechos de propiedad intelectual, nuestra Ley impone a las organizaciones de gestión colectiva la **obligación de fomentar tres tipos de actividades** (art. 178 LPI):

a) **Promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus miembros.** En este caso, se trata de actividades que únicamente van a poder disfrutar los titulares de derechos que sean miembros de la entidad.

Las actividades y servicios asistenciales pueden ser de cualquier tipo y se regulan en los estatutos de cada organización. A modo de ejemplo, estas actividades pueden incluir (i) la promoción de la incorporación de los autores miembros de la organización en cuestión mediante el establecimiento de un régimen especial; (ii) la realización de aportaciones a mutualidades de previsión social; y (iii) la ayuda económica a otras entidades asistenciales de autores.

b) **La realización de actividades de formación y promoción de autores y artistas, intérpretes y ejecutantes.** De esta actividad pueden beneficiarse no solo los socios de la organización, sino cualquier titular de derechos de propiedad intelectual.

Son los estatutos de cada organización los que determinan este tipo de actividades que deben perseguir en todo caso el interés cultural. Cabe mencionar como ejemplos las siguientes: promocionar a autores y artistas, patrocinar y organizar conciertos y eventos similares, y organizar festivales y premios.

⁸ 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.

⁹ Aunque en la web de la Comisión Europea se mantiene una errata inicial, ya corregida en el texto de la Directiva, en el sentido de que los OGI no tendrán ánimo de lucro.

- c) **La oferta digital legal de las obras y prestaciones protegidas cuyos derechos gestionan.** Se trata de una actividad de la que solo se beneficiarán los miembros de las entidades, por referirse únicamente a las obras y prestaciones que gestionen las organizaciones.

Dentro del concepto de oferta digital, se incluyen: (i) las campañas de formación, educación o sensibilización sobre oferta y consumo legal de contenidos protegidos, así como campañas de lucha contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual; (ii) la promoción directa de las obras y prestaciones protegidas cuyos derechos gestiona a través de plataformas tecnológicas propias o compartidas con terceros; y (iii) las actividades para fomentar la integración de autores y artistas con discapacidad en su respectivo ámbito creativo o artístico, o ambos, así como a la promoción de la oferta digital de sus obras, creaciones y prestaciones, y el acceso de las personas discapacitadas a las mismas en el ámbito digital.

Las OGC podrán realizar ellas mismas estas actividades o constituir personas jurídicas sin ánimo de lucro a estos fines, siempre que lo comuniquen a la Administración competente (art. 178.4 LPI). Estas personas jurídicas pueden adoptar la forma de asociaciones y fundaciones, e incluso sociedades de capital con exclusión de fines lucrativos. De esta manera, se permite que se dote de autonomía jurídica y económica a los fondos destinados a la función social y cultural de las OGC.

Adicionalmente, para las actividades de los anteriores apartados a) y b), con carácter excepcional y de manera justificada, las OGC podrán constituir o formar parte de personas jurídicas con ánimo lucro (art. 178.5 LPI). Debido al carácter excepcional, se necesitará una autorización expresa y singular de la Administración competente.

Por otra parte, si bien la ley española no determina con carácter general las cantidades que deben dedicarse a estas actividades, sí que impone que a las actividades señaladas en los anteriores apartados a) y b) deberá destinarse, por partes iguales, un porcentaje de la compensación equitativa por copia privada que se determinará reglamentariamente. Según el Art.15.2 del Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, este porcentaje será del veinte por ciento del importe de la compensación por copia privada, que se destinará a ambas actividades por partes iguales.

Finalmente, cabe señalar que además de las actividades y servicios mencionados, **las OGC deben destinar ciertas cantidades al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, que tiene por objeto el impulso, fomento y apoyo de la creatividad en el campo de las artes plásticas.** Los beneficiarios de este Fondo son los autores de obras plásticas. En concreto, el Fondo está constituido por las cantidades percibidas por las OGC en concepto de derecho de participación que no hayan sido repartidas a sus titulares en un plazo determinado y, por tanto, solo las organizaciones que gestionen el derecho de participación tienen la obligación de contribuir al Fondo (actualmente, en España solo hay una entidad que gestiona este derecho: VEGAP).

2. Organizaciones de gestión colectiva y autores (titulares de derechos)

2.1 ¿Los autores/titulares de derechos tienen derecho legal a hacerse representar por una organización de gestión colectiva? ¿A convertirse en miembros? Si son rechazados, ¿qué tipo de solución tienen a su disposición?

La Directiva 2014/26/EU ha sido implementada en España¹⁰. Además, hasta la fecha, todas las OGC se han constituido como asociaciones al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

A la primera pregunta hay que responder de forma afirmativa. Los titulares de derechos de propiedad intelectual en España tienen derecho a ser representados por una OGC, con arreglo a lo dispuesto en la LPI. En particular, como principio general, el art. 147 determina que el fin de las OGC es la gestión de derechos de propiedad intelectual por cuenta e interés de varios titulares de derechos y se precisa, en el segundo párrafo de este precepto que, además de la gestión en virtud de contrato, las entidades harán efectivos los derechos de remuneración y compensación equitativas reconocidas en la ley, los cuales son configurados como de GCO, tanto para el titular como para la OGC.

El derecho concreto de los titulares a ser representados por las OGC está formulado a la inversa, es decir como una obligación para dichas entidades en el art. 156 LPI, las cuales deben aceptar “la administración de derechos que le sea encomendada contractual o legalmente”. Esta obligación se concreta estableciendo como condiciones para ello que la encomienda se encuentre comprendida dentro las normas estatutarias de la entidad, con independencia de la pertenencia o no del titular a la entidad y de la existencia o no de un contrato de mandato.

El artículo también comprende la facultad de la entidad de rechazar la administración de derechos siempre que “existan motivos objetivamente justificados para su rechazo que deberán ser motivados adecuadamente”. Se puede entender, a tenor de lo dispuesto en el apartado 3 del mismo art. 156, que esta posibilidad de rechazo sólo opera en la administración de derechos de GCV y no en aquellos derechos de GCO, en donde las entidades hacen efectivos los derechos de remuneración o compensación para todos los titulares de tales derechos protegidos por la legislación española de conformidad con los arts. 199, 200 y 201 LPI.

En los estatutos de las OGC autorizadas en España no hay una respuesta explícita a esta cuestión, pero el objeto y fines de todas ellas es la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los titulares a los que representan. Algunas OGC que administran derechos de GCO, sí recogen esta obligación legal, que deben hacer efectiva con independencia de que el titular sea miembro o no de la misma.

A la segunda pregunta, también, hay que responder afirmativamente, aunque la regulación no es tan clara como el caso de la pregunta anterior. El art. 157 LPI se refiere al “contrato de gestión”,

¹⁰Por el Real Decreto-ley 2/2018 y la Ley 2/2019.

como aquel mediante el cual el titular de derechos da su consentimiento expreso a la OGC para administrar las categorías derechos y prestaciones, así como los territorios, que estime convenientes. Por tanto, **este contrato, además de ser el mandato de gestión en el caso de los derechos de GCV, en la práctica vincula al titular con la entidad y establece los derechos económicos y políticos de aquél con ésta.**

La Ley española no ha traspuesto de forma literal la definición de “miembro” del art. 3 letra d) de la Directiva 2014/26/UE, aunque el articulado de la LPI se refiere a los miembros de las OGC en varios preceptos. En el art. 159 LPI se establece que deben estar predeterminados en los estatutos los criterios para adquirir y perder la cualidad de miembro. Transponiendo el art. 6 apartado 2 de la Directiva 2014/26/UE, se incluye que dichos criterios de admisión deben ser “objetivos, transparentes y no discriminatorios”. Sin embargo, al contenerse esta norma en la reguladora de los estatutos, pierde la firmeza del precepto de la Directiva citado, el cual se refiere a que “las entidades de gestión colectiva aceptarán como miembros a los titulares de derechos”. En todo caso, podemos concluir que, en el caso español, las OGC están obligadas a admitir como miembros a aquellos que cumplan lo dispuesto en los estatutos de la entidad para la adquisición de tal condición, tal como se deriva de las previsiones estatutarias las ocho OGC autorizadas en España: Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales¹¹ (AGEDI), art. 7; Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión de España¹² (AISGE), art. 13; Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España¹³ (AIE), art. 11; Centro Español de Derechos Reprográficos¹⁴ (CEDRO), art. 7; Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales¹⁵ (EGEDA), art. 7; Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos¹⁶ (VEGAP), art. 9; Asociación de Derechos de Autores de Medios Audiovisuales¹⁷ (DAMA), art. 11; y Sociedad General de Autores y Editores¹⁸ (SGAE), art. 15.

En cuanto a la tercera pregunta, la LPI no comprende ninguna norma que regule los procesos o recursos de los que dispone el titular de derechos contra el rechazo de su solicitud como miembro de la entidad. Únicamente, el art. 159.o) obliga a las OGC a incluir en sus Estatutos procedimientos de “tratamiento y resolución de reclamaciones y quejas planteadas por sus miembros”, por lo cual su acceso ya está limitado para quien es socio.

La admisión o inadmisión como miembro de la entidad, será fruto de la decisión de sus órganos de gobierno y representación, sin embargo, ni el art. 161 LPI sobre la administración, ni ningún otro, recoge ninguna regla sobre el recurso contra los acuerdos de dichos órganos.

Si acudimos a los estatutos de las OGC, encontramos tres previsiones diferentes ante la denegación de la solicitud de admisión como miembro a un titular de derechos. En primer lugar, los Estatutos de

¹¹ Que representa a los productores de música.

¹² Que representa a los artistas intérpretes visuales (actores, dobladores, bailarines y directores de escena).

¹³ Que representa a los artistas intérpretes o ejecutantes musicales.

¹⁴ Que representa a los autores y editores de libros y publicaciones periódicas, en lo que se refiere a la utilización secundaria de esas publicaciones.

¹⁵ Que representa a los productores audiovisuales y cinematográficos.

¹⁶ Que representa a los artistas plásticos.

¹⁷ Que representa a autores de obras audiovisuales (directores y guionistas).

¹⁸ Que representa a autores (incluidos, de obras audiovisuales) y editores.

AIE (art. 11 ap. 8 *in fine*) reconocen la posibilidad de recurrir ante la justicia ordinaria el acuerdo denegatorio de la solicitud adoptado por el Consejo de Administración de la Entidad. En segundo lugar, los Estatutos de AGEDI (art. 14) facultan al titular de derechos a recurrir a la Asamblea General de la entidad el acuerdo del Comité Directivo denegando su ingreso como miembro. Por último, los Estatutos de SGAE (art.122 ap.1) contienen la posibilidad de los titulares de derechos -no miembros- de formular reclamaciones o quejas relativas a cualquier materia relacionada con la actividad de la Sociedad y, en particular, con las condiciones de la adquisición de la condición de socio.

2.2 ¿Cómo resuelve la OGC un conflicto entre los titulares de los derechos en caso de una “doble reclamación”? ¿Están los titulares de los derechos obligados a acudir a los tribunales o hay un sistema alternativo de resolución de conflictos disponible?

La cuestión hace referencia a los conflictos de titularidad sobre las obras o prestaciones objeto de los derechos de explotación o de las modalidades de derechos que administra la OGC de que se trate.

Con independencia de las cuestiones relativas a la eventual constatación y revisión de errores en la declaración, acreditación y registro de titularidades, el enunciado hace referencia a los sistemas de resolución alternativa de conflictos de titularidad, reales y declarados.

La declaración de conflicto sobre un porcentaje o sobre la totalidad de la titularidad de los derechos de explotación sobre una obra o prestación, debe conllevar la suspensión inmediata de los pagos de los repartos del citado derecho hasta la resolución definitiva y/o firme del conflicto.

Como punto de partida, **no existe una obligación legal para las OGC de poner a disposición de los titulares de derechos sistemas de solución de conflictos alternativos a la vía judicial o arbitral.** Tampoco la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI), órgano colegiado de ámbito nacional adscrito al MCD puede mediar o arbitrar en la resolución de conflictos de titularidad. El objeto de sus mediaciones o arbitrajes se concreta a los términos previstos en el art. 194 LPI.

No obstante, algunas OGC ofrecen dichos sistemas a sus titulares, a través de sus estatutos o a través de las normas o reglamentos internos de la OGC diferentes de los estatutos. En concreto, EGEDA regula un sistema de resolución de conflictos en su reglamento de registro de obras y grabaciones, que prevé la resolución mediante una comisión de conflictos, y, en caso de que ambas partes en conflicto no admitan la resolución, recomienda el arbitraje acelerado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en su versión adaptada para EGEDA (art. 14, Reglamento de registro); AIE prevé un acto de conciliación previa (art. 65 de sus estatutos), para someter las controversias que puedan surgir entre sus socios y antes de una posible reclamación judicial entre ellos; AISGE (art. 102 de sus estatutos) regula su procedimiento de reclamaciones al reparto, como hacen asimismo otras entidades, pero no circunscrito exclusivamente a las reclamaciones derivadas de conflictos de titularidad; SGAE (art. 96 de sus estatutos y art. 52.3º del Reglamento) prevé un acto de conciliación previo y la mediación o arbitraje de derecho o equidad de

una sección de la entidad, si bien el ámbito de las discrepancias que pueden resolver no se circunscribe estrictamente a los conflictos de titularidad; y CEDRO (art. 8 de su reglamento de régimen interno) establece un procedimiento de resolución tramitado por su departamento de socios.

Los procedimientos litigiosos derivados de una doble asunción de titularidad sobre una obra o prestación, al recaer sobre discrepancias que afectan a derechos individuales de los socios, o miembros de la entidad, no son susceptibles de obligaciones que puedan limitar su derecho a la tutela judicial o a elegir el mecanismo de solución de conflictos que prefiera. Por ello estos procedimientos se regulan de forma voluntaria.

2.3 ¿Cómo pueden los autores (titulares de derechos) participar en las actividades de la organización de gestión colectiva? ¿Bajo qué circunstancias pueden ser elegidos en la administración o en las juntas de control? ¿Existen condiciones previas, como una cantidad mínima de remuneración repartida por la OGC, para ser elegido?

Los miembros de las OGC ostentan el derecho de ser convocados a las Asambleas o Juntas Generales y de asistir a las mismas, participando en los debates sobre los asuntos que figuren en el Orden del Día de las reuniones, que debe constar en la convocatoria, e interviniendo en la formación de la voluntad social y toma de decisiones mediante el ejercicio del derecho de voto regulado estatutariamente.

Desde este órgano de la entidad participan en la adopción de las decisiones sobre los asuntos más relevantes y en la aprobación de las políticas generales de la entidad de acuerdo con lo dispuesto en sus estatutos y de la LPI y la Directiva 2014/26/UE. Ostentan asimismo el derecho de acceso a la información prevista legal y estatutariamente para adoptar sus decisiones de voto de manera informada en el seno de las Asambleas o Juntas Generales. Pueden participar también en el órgano de administración de la OGC y en el órgano de control interno de la misma, de conformidad con las mismas referencias normativas que antes, ostentando los derechos de sufragio activo y pasivo.

En principio, cualquier miembro puede ser elegido para los órganos de administración de la OGC. Los estatutos establecen causas de inelegibilidad que en general son causas de incompatibilidad, de falta de capacidad o debidas a motivos de carácter disciplinario.

Algunas entidades regulan ciertos límites al derecho de sufragio pasivo de los miembros de la entidad. En el caso de SGAE, el derecho de sufragio pasivo se encuentra limitado para los socios que posean un mínimo de cinco votos permanentes, en el de AIE se limita a los que la entidad denomina socios activos, que deben reunir el requisito de permanencia en la entidad durante un mínimo de tres años y haber percibido durante el trienio anterior unos determinados rendimientos económicos netos; AGEDI requiere para ostentar el derecho de sufragio pasivo que el miembro de la entidad ostente al menos seiscientos puntos de acuerdo con el sistema de puntos de la OGC.

A raíz del cambio normativo producido en la LPI procedente de la incorporación de la 2014/26/UE, **los miembros del órgano de control interno deben ser independientes, de hecho y de derecho,**

de los componentes de los órganos de gobierno de las entidades, lo que también se ha recogido en los estatutos de las distintas OGC.

Las entidades regulan algunos de los ítems de referencia en los siguientes artículos: arts. 9 y 32 de los estatutos de EGEDA; arts. 14, 10 y 36 de los estatutos de AIE; art. 20 de los estatutos de AISGE; arts. 18 y 46 de la norma estatutaria de SGAE; arts. 16 y 38 de los estatutos de CEDRO; art. 15.5 de los estatutos de DAMA; art. 12 de los estatutos de VEGAP; arts. 15 y 43 de los estatutos de AGEDI.

2.4 ¿Cómo se distribuye la recaudación entre los autores? ¿Cómo pueden los autores intervenir en el proceso de formulación de esquemas de distribución? ¿En qué fases del proceso de recaudación se cobran los aranceles y quién los cobra?

De acuerdo con el art. 177 LPI, **el reparto de los derechos se realizará de forma periódica** y, salvo que lo justifiquen razones objetivas relativas a la comunicación de información por los usuarios, a la identificación de los titulares de derechos o al cotejo de la información con los titulares, **en el plazo máximo de nueve meses** desde el 1 de enero del año siguiente al de la recaudación de los derechos. Las OGC lo llevarán a cabo **de acuerdo con sus reglamentos de reparto, y de forma separada para cada categoría de obras o prestaciones protegidas**, en el caso de que la entidad administrara derechos sobre diferentes tipos de aquéllas.

Los criterios de reparto se aprueban por las Asambleas o Juntas Generales de miembros de las diferentes entidades. Las propuestas sometidas a la Asamblea o Junta General provienen de acuerdos adoptados por las Juntas Directivas o Consejos de Administración, directamente o a iniciativa y propuesta, a su vez, de la comisión de la entidad que pueda ostentar, en su caso, dicha función. Por tanto, los titulares de derechos representados por la OGC pueden intervenir en el proceso de formulación de los criterios y sistemas de reparto mediante el ejercicio de su derecho de voto en las Juntas o Asambleas Generales o, en su caso, mediante su participación (si resultaren elegidos conforme a las normas de la OGC) en los órganos de administración y comisiones de la entidad.

Los criterios de reparto se dirigen a una efectuar una distribución en función de la explotación o utilización de los diferentes derechos o modalidades sobre las obras o prestaciones protegidas.

A dichos efectos se regulan por las diferentes OGC específicos criterios de reparto. Por ejemplo, art. 51 de los estatutos de EGEDA y reglamento de reparto de derechos de esta entidad; art. 84 de los estatutos de SGAE y reglamento de reparto de la entidad; art. 55 de los estatutos de AIE; y art. 50 de los estatutos de DAMA.

En cuanto a la recaudación de derechos, tiene lugar en las fechas pactadas en los contratos celebrados con los usuarios, salvo en el caso de la compensación equitativa por copia privada, en la que el procedo de presentación y pago de liquidaciones se hace de acuerdo a la norma vigente. Las cantidades son recaudadas por las entidades correspondientes y el pago de los derechos a los titulares, se efectúa tras la realización del reparto, que es el proceso de asignación de los derechos recaudados a las obras o prestaciones utilizadas por los usuarios de acuerdo con las normas legales y con los

criterios establecidos en las normas estatutarias de la OGC y en su reglamento de reparto. Finalizados los procesos de reparto, se emiten las correspondientes liquidaciones de derechos a los titulares, que deben detallar la información que establece el art. 177 LPI, y se procederá al abono de los importes al titular una vez cotejada su exactitud por el mismo.

2.5 ¿Cómo refleja la ley o la práctica legal la voluntad del autor (“autonomía de voluntad”) para otorgar licencias individualmente? ¿Está permitido que el usuario obtenga la licencia directamente del autor representado? ¿Son tales licencias directas nulas e inválidas o son válidas mientras que el usuario todavía pague una remuneración a la OGC? Por favor, elabore la respuesta para cada régimen de la gestión colectiva.

Con respecto a los derechos de GCV, debe distinguirse entre aquellos cuya gestión se haya cedido en exclusiva a la OGC o no. El autor podrá autorizar libremente la explotación de aquellos derechos de GCV cuya gestión no haya cedido en exclusiva a la entidad de gestión. Por el contrario, tratándose de derechos cedidos en exclusiva, en principio, el autor no podría otorgar licencias individualmente sin incumplir su contrato con la OGC a la que previamente haya cedido ese mismo derecho en exclusiva. Sin embargo, una Sentencia del TS de 2016 admite la validez de una autorización directa del autor a un usuario, a pesar de que ello suponga una infracción del contrato (de cesión en exclusiva) suscrito por el autor con la OGC, lo cual da lugar a un incumplimiento contractual, pero deja al margen al usuario. Por su parte, los derechos de GCO deben ser por Ley gestionados por la OGC correspondiente, por lo que en ningún caso podrán ser objeto de autorización individual - ni siquiera por el propio autor. Cuando tales derechos de GCO son de simple remuneración, ni la OGC ni el autor podrán tampoco decidir sobre su explotación, ya que ésta se prevé *ex lege* y en este caso sólo la entidad de gestión debe y puede gestionar los términos de la remuneración de dicha explotación.

El art. 2 LPI establece que *“La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”*.

Por tanto, el principio básico sobre el que se regula la administración y gestión de derechos de propiedad intelectual es la “autonomía de la voluntad” del titular originario de los mismos (ya sea el autor, artista o productor que en su caso corresponda), en el sentido de que corresponde a dicho titular decidir los términos en los que quiere ejercitar y disponer de tales derechos. No obstante, se dejan a salvo las limitaciones previstas en la Ley.

Entre dichas limitaciones se incluyen los límites al ejercicio de los derechos exclusivos regulados en los arts. 31 a 40 bis de la LPI, así como los supuestos de derechos de GCO, los cuales se enumeran y describen en la respuesta a la pregunta 1.2 anterior del presente cuestionario, y algunos de los cuales derivan precisamente de la aplicación de los límites previamente referidos (ex. compensación equitativa por copia privada).

En lo que se refiere a los derechos de GCO, la Ley establece la obligación de que la toma de decisiones con respecto a la gestión de los mismos la adopten las OGC que en cada caso correspondan.

Cuando tales derechos de GCO son de simple remuneración (identificados también en la respuesta a la pregunta 1.2), ni el titular de los mismos ni la OGC puede tomar la decisión de autorizar o prohibir su explotación, puesto que ésta se otorga *ex lege*. Lo que sí debe hacer la OGC, no el titular originario, es determinar la tarifa aplicable a esa modalidad de explotación, que deberá negociar y acordar con los usuarios y asociaciones de usuarios en los términos previstos en la LPI, salvo en los casos en que esté regulado que dicha tarifa se determine también por Ley o se establezca que debe ser la Administración la que fije dichas tarifas (ex. compensación equitativa por copia privada). Se incluye un único supuesto de derecho exclusivo objeto de GCO, el derecho de retransmisión por cable, con respecto al que la OGC podrá decidir no sólo sobre la remuneración a reclamar en concepto de explotación, en los términos de consenso previamente indicados, sino también si otorga la autorización de explotación propiamente dicha (art. 20.4.b/ y concordantes LPI).

Asimismo, los titulares originarios de derechos de propiedad intelectual también pueden ceder voluntariamente a las OGC todos o algunos de los derechos exclusivos que ostenten para que éstas gestionen la explotación de los mismos. En estos casos, si dicha cesión fuera exclusiva, sólo la OGC podrán conceder las correspondientes autorizaciones de explotación, sin perjuicio de lo indicado seguidamente. Por el contrario, si la cesión fuera no exclusiva, tanto el autor como la OGC podrá otorgar licencias de explotación a terceros usuarios. Ello dependerá de los términos del contrato de gestión que, en cada caso, definan las OGC.

Sin perjuicio de lo anterior, el art. 150 LPI establece que el demandado por una OGC en un potencial pleito por no haber obtenido la correspondiente autorización podrá fundar su oposición, entre otros, en la autorización otorgada por el titular del derecho exclusivo con base en la cual haya podido realizar el correspondiente acto de explotación. La Sentencia del Tribunal Supremo (“STS”) de 12 de julio de 2016¹⁹ corrobora la aplicación de esta disposición. En su decisión, el TS cita dicho art. 150 LPI para argumentar efectivamente que un usuario pueda esgrimir en su defensa en un pleito iniciado por una OGC el argumento de que el titular del derecho exclusivo le ha otorgado una autorización de

¹⁹ En este caso, SGAE había iniciado un procedimiento judicial contra el Ayuntamiento de Telde por hacer uso del repertorio de obras gestionadas por SGAE en festividades patronales y populares y demás actos culturales, sin la debida autorización de dicha entidad. En primera instancia se dió la razón a SGAE. No obstante, dicha sentencia se revocó en segunda instancia. Por su parte, en casación, el TS afirma que no puede cuestionarse que hayan existido actos de comunicación pública de las obras del repertorio de SGAE en los conciertos y eventos en conflicto, como tampoco debe cuestionarse la legitimación de SGAE para reclamar, puesto que la gestión del derechos de comunicación pública sobre dichas obras había sido cedido por los autores de las mismas a SGAE. No obstante, el Alto Tribunal considera que *”Si como pretende la SGAE, el contrato de gestión excluye la autorización del autor, para que pueda oponerse como excepción a la reclamación de la entidad de gestión, quedaría prácticamente vacía la previsión normativa. De ahí que, con carácter general, y sin perjuicio de la atribución de la carga de la prueba de la existencia de tal autorización, debemos reconocer, frente a la reclamación de las entidades de gestión ex art. 150 LPI, que el obligado al pago de la remuneración equitativa por los actos de comunicación puede oponer, respecto de las concretas obras afectadas, que ha sido autorizado por el titular exclusivo de aquel derecho afectado por el acto de comunicación, al margen de los términos en que este titular exclusivo hubiera encomendado a la SGAE la gestión de estos derechos de explotación sobre su obra”*. Cfr. <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/dcf9f820d59da42/20160722>

explotación de su obra. Ello será así, al margen de los términos en que este titular exclusivo hubiera encomendado a la OGC correspondiente la gestión de esos derechos de explotación sobre su obra y que, en su caso, pudiera haber incumplido como consecuencia del otorgamiento de dicha autorización. Por tanto, esta disposición esencialmente protege al tercer usuario que haya obtenido ese tipo de autorización.

Es el caso de SGAE, en concreto, su contrato de gestión prevé, en la cláusula primera, la cesión exclusiva de todos los derechos de propiedad intelectual del autor que se incorpora a la misma con respecto a las obras de su autoría, salvo con respecto a (i) el derecho de primera reproducción (sincronización) de una composición musical en una obra o grabación audiovisual o en un fonograma, y (ii) el derecho de representación escénica de las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y teatrales en general, que se corresponden con la categoría de utilidades descrita en el art. 166 LPI y respecto de las que se requiere una autorización individual del autor. Por tanto, en lo que se refiere a estas dos categorías de derechos, los autores sí podrán negociar directamente con el usuario la concesión de la licencia solicitada, de acuerdo con la cláusula cuarta de dicho contrato de gestión. En su cláusula quinta se establece además que el autor no podrá ceder los derechos previamente cedidos a la OGC a terceros sin consentimiento de ésta. No obstante, la cláusula sexta del contrato, citando el art. 14 de los estatutos de la entidad, prevé la posibilidad de que el autor pueda revocar alguna de las autorizaciones otorgadas.

En definitiva, el autor representado por SGAE no podrá: (i) reclamar directamente ninguna cantidad por la explotación por terceros de sus derechos de simple remuneración, por ser éstos de GCO, ni tampoco autorizar el derecho de retransmisión por cable, único derecho exclusivo también de GCO; (ii) otorgar licencias directas a los usuarios de sus obras con respecto a aquellos derechos exclusivos de GCV que, por contrato, hubiera cedido a SGAE (y no hubiera revocado), por ser dicha cesión en exclusiva, en los términos del contrato de gestión, esto último sin perjuicio de lo previsto en el art. 150 LPI, de acuerdo con la interpretación realizada por el TS en los términos previamente descritos.

Un ejemplo distinto lo constituiría AGEDI, cuyo contrato de gestión prevé el otorgamiento del mandato exclusivo a la misma por el titular de derechos (productor fonográfico) de la gestión en territorio español de los derechos de GCO que representa dicha entidad, a saber: (A) con respecto a los fonogramas: (i) el derecho de comunicación pública, que comprende la emisión por radio o televisión, incluso la efectuada por satélite; la retransmisión inalámbrica y la difusión pública de los fonogramas radiodifundidos o televisados; la transmisión por cable de esos mismos fonogramas y su utilización en locales comerciales, en medios de transporte público u otros espacios análogos, y el *simulcasting* y el *webcasting* no interactivo, (ii) el derecho de reproducción exclusivamente para proceder a su comunicación pública únicamente en las modalidades anteriormente expresadas, excluyendo los servicios interactivos, y (iii) la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 LPI; y (B) con respecto a los vídeos musicales: (i) el derecho de comunicación pública, en términos similares a los indicados para fonogramas, excluyendo el *webcasting*, (ii) el derecho de reproducción en términos similares a los anteriores, y (iii) la compensación equitativa por copia privada.

Por otra parte, el contrato prevé la cesión no exclusiva a favor de AGEDI de la explotación de otros derechos de propiedad intelectual titularidad de los productores de fonogramas, concretamente, aquellos que son de GCV, los cuales incluyen: (A) para fonogramas: (i) el *simulcasting* y *webcasting* no interactivo en los países firmantes de los acuerdos multilaterales recíprocos suscritos por AGEDI al efecto, (ii) el derecho de puesta a disposición del público en las modalidades de *webcasting*, *podcasting* y ambientación musical de páginas web, tanto en el territorio español como en el resto de los países firmantes de los acuerdos multilaterales recíprocos suscritos por AGEDI al efecto, y (iii) el derecho de reproducción exclusivamente para llevar a cabo las actividades expresadas en los apartados anteriores; y (B) con respecto a los vídeos musicales: los derechos de comunicación pública y reproducción para la comunicación pública que se lleven a cabo a través de canales musicales y audiovisuales de ámbito multiterritorial. Con respecto a estos derechos, se prevé también la posibilidad de que el titular de derechos renuncie a ceder de forma no exclusiva a AGEDI algunos de ellos.

Quedan excluidos de esta cesión no exclusiva los derechos de sincronización o primera fijación de fonogramas o videos musicales, así como la utilización publicitaria de los mismos, respecto de los que será necesario siempre obtener la autorización directamente de los titulares de derechos.

Dado que la cesión de estos derechos de GCV es no exclusiva, los titulares de los mismos podrán otorgar licencias de explotación a aquellos usuarios que lo soliciten, sin perjuicio de que también pueda otorgar este tipo de licencias la propia AGEDI. Lo mismo ocurrirá con respecto a los derechos cuya cesión se excluye del contrato de gestión, si bien, en este caso AGEDI no podrá otorgar ninguna licencia.

2.6 ¿Las OGC permiten a los titulares de los derechos otorgar una licencia no comercial para su obra? ¿Se utilizan las llamadas “licencias públicas” en este contexto? ¿Existen ejemplos relacionados con la distribución no comercial de la materia protegida por parte de las OGC en su país?

La posibilidad de otorgar licencias no comerciales, y/o licencias públicas por parte de los titulares originarios de derechos de propiedad intelectual dependerá de los términos y condiciones de los contratos de gestión firmados con las OGC correspondientes y de los estatutos de cada una de ellas. Así lo prevé el art. 159 e), 1º TRLPI según el cual en los estatutos de las OGC se harán constar las condiciones para el ejercicio del derecho del miembro de la entidad a conceder autorizaciones no exclusivas para el ejercicio no comercial de los derechos encomendados a la entidad de gestión, previsto en el art. 169 (“La gestión de derechos encomendada a una entidad de gestión no impedirá a su titular conceder autorizaciones no exclusivas para el ejercicio no comercial de los mismos en los términos previstos en los estatutos de la entidad”).

En concreto, el contrato de gestión de SGAE incluye un Anexo 2 por el que se permite al autor incluir en su propia página web determinadas obras musicales titularidad del mismo en modo de música a la

carta con fines de autopromoción. Esa utilización no comercial de sus obras musicales se define en el contrato como “la puesta a disposición del público de las obras promocionales por el autor sin contraprestación económica y sin existencia de publicidad en el sitio web”.

Por el contrario, el contrato de gestión de SGAE no contiene ninguna disposición relativa a “licencias públicas”. No obstante, en la medida que la gestión de derechos de GCO se otorga a la misma por Ley y a través del mandato exclusivo del autor, y que la gestión de derechos de GCV se otorga en exclusiva, no debería ser posible para el autor que haya contratado con SGAE, al menos a priori, la concesión de licencias públicas (ex. *Creative Commons*) con base en dicho contrato. Únicamente sería posible amparar estas licencias en el art. 150 LPI, en los términos previamente analizados en la respuesta a la pregunta 2.5: es decir, tal licencia sería válida (frente a los usuarios) pero incumpliría la cesión de derechos en exclusiva que el autor ha realizado a la OGC.

Con respecto a AGEDI, nada dice el contrato de gestión ni tampoco sus estatutos, en relación a la posibilidad de otorgar licencias no comerciales y/o licencias públicas. No obstante, con respecto a aquellos derechos de propiedad intelectual cuya cesión se haya otorgado a la entidad de forma no exclusiva, y que se corresponde únicamente con derechos de GCV, el titular de derechos podrá conceder todas aquellas licencias y en las modalidades que considere oportunas, siempre que las mismas tengan carácter no exclusivo. Ahora bien, si quisieran otorgar cesiones exclusivas deberán antes revocar la cesión no exclusiva otorgada a AGEDI.

En cuanto a AIE, su contrato de gestión y estatutos no se refieren a esta materia. Por el contrario, en los estatutos se indica que los titulares de derechos no podrán otorgar autorizaciones a terceros en ejercicio de los derechos objeto del contrato de gestión establecido con la Entidad, entre las que se deberán entender incluidas las autorizaciones para fines no comerciales. Por su parte, EGEDA incluye en sus estatutos una disposición por la que se permite al titular de derechos conceder autorizaciones no exclusivas para el ejercicio no comercial de derechos encomendados a EGEDA, siempre que sean susceptibles de ejercicio individual y se lo comuniquen a EGEDA antes de su otorgamiento (art. 9.1).

Con respecto a VEGAP, sus estatutos (art. 1.3.h) y 11) prevén que los titulares de derechos puedan conceder autorizaciones no exclusivas para el ejercicio no comercial de los derechos cuya gestión hayan encomendado a la entidad, siempre que (i) el titular de derechos que concede la autorización sea el único titular de los derechos sobre la obra objeto de utilización o, en su caso, haya obtenido el acuerdo previo por escrito de la totalidad de los restantes cotitulares; y (ii) el titular de derechos informe de forma expresa y por escrito a VEGAP sobre las condiciones de la autorización con anterioridad a su concesión y a que la entidad haya iniciado la gestión de la utilización objeto de autorización.

En cuanto al resto de OGC, en la medida en que las mismas se hayan atribuido vía contrato de gestión la gestión no exclusiva de derechos exclusivos de GCV, los titulares de los mismos podrán otorgar con respecto a ellos aquellas licencias que consideren adecuadas, sean o no con fines comerciales y sean o no públicas.

3. Organizaciones de gestión colectiva y usuarios

3.1 ¿Cómo regula su jurisdicción la compensación por copia privada ("gravámenes")? ¿Se respeta el principio general de libertad de un contrato en esta área (es decir, es la compensación un tema de negociaciones entre los usuarios y las sociedades de recaudación) o el importe de la compensación por copia privada es estipulado mediante un acto legislativo (como un decreto gubernamental)?

La determinación de la compensación equitativa corresponde a la Administración competente, si bien tiene lugar a través de un proceso previo en el que se busca el acuerdo entre las partes implicadas, para lograr así el mayor consenso posible sobre los dispositivos sujetos a la compensación y la cuantía aplicable a los mismos.

En concreto, en España la compensación equitativa se fija reglamentariamente por dos Ministerios (Ministerio de Cultura y Deporte y Ministerio de Energía y Turismo y Agenda Digital), si bien antes se intenta buscar el mayor consenso entre las OGC y las asociaciones mayoritarias de fabricantes y distribuidores de dispositivos de reproducción, con informes consultivos de Consejo de consumidores y de la Sección Primera de Propiedad Intelectual (órgano independiente de mediación y arbitraje en materia de propiedad intelectual).

El art. 31.2 LPI establece la copia privada como límite al derecho de reproducción "sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el art. 25", en el cual se desarrolla un régimen de compensación en forma de canon o gravamen de derecho privado aplicado sobre los equipos, aparatos y dispositivos de reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones asimiladas, fonogramas y otros soportes sonoros, videogramas y otros soportes audiovisuales, siempre que la copia se haga exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales. La compensación por copia privada será equitativa y única para cada una de las tres modalidades de reproducción de libros y publicaciones, fonogramas y soportes sonoros y videogramas y soportes audiovisuales, y se determinará reglamentariamente en función de los equipos, aparatos y soportes materiales, analógicos y digitales, que sean idóneos para realizar dichas reproducciones, fabricados en territorio español o adquiridos en otros países para su distribución comercial dentro de España.

La determinación de la compensación equitativa corresponde a la Administración competente, si bien tiene lugar a través de un proceso previo en el que se busca el acuerdo entre las partes implicadas, para lograr así el mayor consenso posible sobre los dispositivos sujetos a la compensación y la cuantía aplicable a los mismos.

El art. 25.4 LPI dispone que la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades que los deudores (fabricantes y distribuidores en España) deberán abonar por este concepto a los acreedores (el cobro se realiza a través de una ventanilla única de las OGC que representan a los diferentes titulares de derechos) y la distribución de la compensación entre las diferentes modalidades de reproducción (libros, soportes sonoros y soportes audiovisuales) se fijarán por Orden Ministerial

(Reglamento) conjunta del MCD junto con el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Previamente será consultado el Consejo de Consumidores y Usuarios y emitirá informe preceptivo la SPCPI. Y durante la elaboración del reglamento se dará audiencia a las OGC de derechos de propiedad intelectual, a los interesados y a las asociaciones que representen mayoritariamente a los sujetos deudores de la compensación (asociaciones de fabricantes y distribuidores de dispositivos de reproducción), debiendo aportar cada uno de ellos una propuesta motivada respecto a su ámbito de interés, que irá acompañada de un informe justificativo. Esa Orden Ministerial podrá ser revisada en cualquier momento en función de la evolución tecnológica y de las condiciones del mercado, y, en cualquier caso, al menos con una periodicidad de tres años.

En la actualidad, el régimen vigente en materia de compensación por copia privada fue introducido por el Real Decreto-Ley 12/2017, por el que se modifica el art.25 LPI, y desarrollado por Real Decreto 1398/2018.²⁰ Hasta que no se fijen las cantidades de compensación mediante el Reglamento oportuno se previó (en dicho Real Decreto-Ley 12/2017) un régimen transitorio legal que es el que se está aplicando actualmente, y en el cual se establecen los equipos, aparatos y soportes de reproducción sujetos al canon por copia privada y las cantidades aplicables a cada uno de ellos.

3.2. Hoy en día el mayor uso de obras y prestaciones protegidas se produce en internet. ¿Ha habido algún intento en su país de establecer una compensación de copia privada cobrada por las OGC o por diferentes entidades o estados para el uso de obras o prestaciones protegidas en Internet (por ejemplo: en la forma de la llamada “tarifa plana” o una compensación especial)?

Existe en España un límite por copia privada, que se extiende expresamente a la copia privada digital, sujeto a una compensación equitativa y única, que se hace efectiva a través de cánones aplicables a los equipos, aparatos y soportes que sean idóneos para realizar copias privadas. En principio, esta compensación por copia privada no alcanza al uso de obras o prestaciones en Internet. Ello es así por varios motivos. El límite al derecho de reproducción por copia privada, del art. 31.2 LPI dispone que no procederá la compensación equitativa cuando la fuente de origen de la copia es ilícita (el fenómeno conocido como “top-manta” y copias obtenidas en plataformas P2P o en web de enlaces), ni cuando las copias tengan lugar a partir de obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público a la carta, con arreglo a lo convenido por contrato (contrato de licencia de usuario final) y, en su caso, mediante pago de precio. Además, este límite sólo da cobertura a la reproducción, no a la posterior puesta a disposición de tales copias.

Sin embargo, de forma indirecta, la compensación por copia privada puede afectar a algunos usos online. Este modelo de canon²¹ grava tanto los equipos y aparatos idóneos para realizar las

²⁰ Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica la LPI, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada; y Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada.

²¹ En España existe un límite al derecho de reproducción por copia privada, que se extiende expresamente a la copia privada digital. Como contrapartida, nuestra Ley establece que la reproducción de libros y publicaciones asimiladas, de

reproducciones privadas como los soportes materiales en los que se almacenan las copias para uso privado de obras y prestaciones protegidas. En este sentido, el canon gravaría discos duros y memorias USB, entre otros, que se utilizan para usos online. Pero en ningún caso se establece una compensación equitativa específica para el uso de obras o prestaciones protegidas en Internet.

También es importante destacar que -al igual que el resto de las legislaciones de los Estados miembros de la UE- nuestra legislación prevé que no requerirán autorización del autor los **actos de reproducción provisional** que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la ley.

Más allá de la copia privada, un supuesto de compensación por el uso de obras o prestaciones protegidas en Internet se introdujo en 2014, en el Art.32.2 LPI: una remuneración compensatoria – irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria- a cambio de la autorización legal del uso de publicaciones de prensa por parte de los agregadores de internet. Esta remuneración, comúnmente conocida como “tasa Google”, no está siendo objeto de aplicación en la práctica.

3.3 ¿Cómo se establecen las tarifas (por decisión de la OGC, mediante negociación con los usuarios, consumidores u otros)? ¿Cuáles son los criterios legales para las tarifas (por ejemplo: la evaluación del valor de los derechos realizada por expertos, la proporcionalidad, etc.)? ¿Requieren la aprobación de una autoridad reguladora (como la oficina de propiedad intelectual, el ministerio de cultura, etc.)? ¿Cómo pueden ser impugnadas por los usuarios? ¿Por tribunales generales, por procedimiento especial de resolución alternativa de conflictos o por tribunales especializados?

El art. 163 LPI establece que las OGC están obligadas a negociar y contratar bajo remuneración con los usuarios que lo soliciten, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, debiendo actuar ambas partes bajo los principios de buena fe y transparencia, para lo cual intercambiarán toda la información que sea necesaria. La concesión de autorizaciones se basará en condiciones equitativas y no discriminatorias, para lo cual las OGC deberán informar a los usuarios sobre las condiciones comerciales otorgadas a otros usuarios que lleven a cabo actividades económicas similares.

fonogramas, y de videogramas o de otros soportes visuales o sonoros originará una compensación equitativa y única por dicha reproducción, siempre que se haga mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial y sin fines directa o indirectamente comerciales (art. 25 LPI). La Ley designa como deudores de la compensación a los fabricantes en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, de los equipos, aparatos de reproducción y soportes materiales idóneos para reproducir libros o publicaciones asimiladas, fonogramas o videogramas u otros soportes sonoros o audiovisuales. También son deudores los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de España, de los mencionados equipos, aparatos o soportes.

Mientras las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la OGC de acuerdo con sus tarifas generales.

En particular, señala el art. 165 LPI que las OGC están **obligadas a negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios** de su repertorio, siempre que éstas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

Sin perjuicio de negociaciones y acuerdos individuales o sectoriales entre OGC y usuarios o asociaciones de usuarios, dispone el art. 164. 1 y 2 LPI que las entidades están obligadas a establecer **tarifas generales simples y claras** que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, debiendo prever reducciones para entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. Por lo tanto, las tarifas generales serán fijadas por cada OGC atendiendo a las diferentes modalidades de utilización de los derechos exclusivos o de remuneración que gestionan. Dichas tarifas generales se aplicarán a todos los usuarios para la utilización de todas las obras o prestaciones de su repertorio (sin discriminar entre las que tengan mayor o menor éxito en el mercado), dejando al margen los casos en que se hubieran negociado individualmente con usuarios concretos o asociaciones de usuarios. Por lo demás, las tarifas generales fijadas por cada OGC deberán ir acompañadas de una memoria económica cuyo contenido se determinará reglamentariamente, que proporcionará una explicación pormenorizada por modalidad tarifaria (es decir por cada modalidad de explotación del derecho o derechos afectados) para cada categoría de usuario. Las tarifas generales deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

Por lo que se refiere a los **criterios que deben cumplir las tarifas generales** el art. 164.3 LPI que el importe de las tarifas generales se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario y buscando el justo equilibrio entre ambas partes; a tal fin se tendrán en cuenta, al menos, los siguientes criterios: a) el grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario; b) la intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario; c) la amplitud del repertorio de la OGC; d) los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio; e) el valor económico del servicio prestado por la OGC para hacer efectiva la aplicación de tarifas; f) las tarifas establecidas por la OGC con otros usuarios para la misma modalidad de uso; g) las tarifas establecidas por OGC homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

Las tarifas generales no requieren la aprobación de autoridad reguladora (MCD). Únicamente deberán las OGC comunicar las tarifas generales aprobadas a dicha autoridad.

Los usuarios o asociaciones de usuarios que no consigan alcanzar un acuerdo con la OGC por el uso de los derechos que ésta gestiona y no estuvieran de acuerdo con las tarifas generales determinadas para derechos exclusivos y/o derechos de remuneración, podrán **cuestionarla de cualquier forma o en cualquier vía (judicial o extrajudicial)**, incluyendo la mera negativa a pagarla, pero deberán pagar a cuenta, al menos y en todo caso, el 100 por 100 de la última tarifa que hubieran acordado con

una OGC o, a falta de un acuerdo anterior, el 50 por 100 de la tarifa general vigente. Realizado este pago a cuenta y hasta que se resuelva el conflicto, se entenderá provisionalmente que la obligación de pago ha sido cumplida y, en caso de un derecho exclusivo que pudieran concurrir con un derecho de remuneración, concedida la autorización para el uso del derecho exclusivo (cfr. art. 164.5 LPI). Si la tarifa fuera cuestionada judicial o extrajudicialmente por una asociación de usuarios, el pago a cuenta deberá efectuarse por cada uno de los miembros que la conformen (art. 164.7 LPI). Las mismas condiciones se aplicarán en el caso de que una tarifa general fuese nula de pleno derecho o surgiese cualquier circunstancia que la hiciera inaplicable (art. 164.6 LPI).

Como se ha dicho ya, los usuarios o asociaciones de usuarios podrán cuestionar las tarifas generales fijadas unilateralmente por las entidades de cualquier forma o en cualquier vía; eso incluye su posible impugnación ante los tribunales de justicia (Juzgados de lo Mercantil) o mediante un procedimiento extrajudicial ante la SPCPI, cuya estructura, composición y funciones se regulan en los arts. 193 y 194 LPI. **La SPCPI ejercerá funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control de tarifas.**

En su función de mediación, la SPCPI podrá colaborar en las negociaciones entre OGC y usuarios para la autorización no exclusiva de derechos gestionados por aquéllas (art. 194.1 LPI).

En su función de arbitraje, la SPCPI podrá dar solución, previo sometimiento voluntario de las partes, a los conflictos que pudieran surgir en torno a las negociaciones de derechos gestionados por OGC colectiva y, en particular, podrá fijar (a solicitud de la OGC afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario especialmente significativo, y previa aceptación de la otra parte) cantidades sustitutorias de las tarifas generales teniendo en cuenta los criterios establecidos en el art. 164.3 LPI (cfr. art. 194.2 LPI). El sometimiento de la controversia a decisión arbitral de la SPCPI no impedirá que se puedan ejercer acciones ante los jueces y tribunales competentes, pero éstos no podrán conocer de la misma -cuando la parte interesada lo invoque mediante excepción- hasta que no haya sido dictada resolución.

En su función de determinación de tarifas, la SPCPI fijará las tarifas para la explotación de los derechos de GCO y para los de GCV que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación (vgr. derechos exclusivos y derechos de mera remuneración de los productores de grabaciones audiovisuales sobre la retransmisión de sus fijaciones por cualquier medio, ex art. 122 LPI). En estos casos, la SPCPI establecerá el importe de la remuneración por el uso de obras y prestaciones del repertorio de las OGC, así como la forma de pago y el resto de condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos gestionados, a solicitud de la propia OGC afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario especialmente significativo, cuando no haya acuerdo entre las partes transcurridos seis meses desde el inicio formal de la negociación, para lo cual tendrá que tener en cuenta los criterios fijados en el art. 164.3 LPI. Las tarifas determinadas por la SPCPI se aplicarán con carácter general para todos los titulares de derechos y para todos los usuarios, respecto de la misma modalidad de uso de obras y prestaciones e idéntico sector de usuarios, y podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. art. 194.3 LPI). Para poder instar la intervención de la SPCPI en la

función de determinación de tarifas, el usuario significativo o la asociación de usuarios solicitantes deberán hacer efectivo previamente el pago a cuenta previsto en el art. 164.6 y 7 LPI: el 100 por 100 de la última tarifa que hubieran acordado con la OGC o, a falta de un acuerdo anterior, el 50 por 100 de la tarifa general vigente; si el solicitante es una asociación de usuarios con menos de mil miembros, podrá instar el procedimiento de determinación de tarifas por la SPCPI cuando, al menos, estén al corriente del pago a cuenta un número de miembros que representen, como mínimo, el 85 por 100 de los ingresos del conjunto de los miembros de la asociación (cfr. art. 164.8 LPI). Por lo demás, **la SPCPI podrá asimismo dictar resoluciones actualizando o desarrollando la metodología para la determinación de las tarifas generales**, prevista en el art. 164.3 LPI, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (art. 194.3 *in fine* LPI). Por el momento, la SPCPI no ha hecho uso de esta habilitación.

En su función de control de tarifas, la SPCPI velará por que las tarifas generales establecidas por las OGC sean equitativas y no discriminatorias, para lo cual deberá valorar, entre otros aspectos, si en su determinación por las OGC se han aplicado de los criterios mínimos previstos en el art. 164.3 LPI. Si se apreciara que no se han observado esos criterios o en general que las tarifas resultan inicuas o se aplican de forma discriminatoria, se comunicará esta circunstancia a la CNMC para que, en su caso, proceda en consecuencia ante posibles infracciones al derecho de la libre competencia (cfr. art. 194.4 LPI).

3.4 ¿La ley de competencia en su país reconoce el abuso de posición dominante de una OGC? ¿Hay algunos ejemplos (casos) de que la OGC haya sido responsabilizada por la distorsión de la competencia?

No hay una previsión legislativa expresa en la ley de defensa de la competencia española²² (LDC) sobre las entidades de gestión colectiva. No obstante, el precepto 2 LDC²³ (en el que se determinan las condiciones del abuso de posición dominante en el ordenamiento jurídico español) es plenamente aplicable a la actividad de las OGC en el mercado, habiendo sido las mismas condenadas en no pocas ocasiones en base a este precepto.

²² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

²³ El art.2 LDC determina que: “1. *Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.* 2. *El abuso podrá consistir, en particular, en:* a) *La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.* b) *La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.* c) *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.* d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.* e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.* 3. *La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.”*

Un ejemplo del reconocimiento expreso de esta aplicación directa lo encontramos en la STS de 18 de octubre de 2006²⁴ en la que afirma, respecto a la fijación de una remuneración equitativa por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales: *“La exigencia de que la remuneración sea equitativa no se deriva para la recurrente únicamente del citado artículo 122 TRLPI, sino también, como para las demás empresas o entidades que se encuentren en posición dominante, del artículo 6 LDC (actual 2 LDC) que considera abuso de dicha situación, entre otros supuestos, la imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.”*

Podemos destacar los siguientes casos recientes en los que una OGC ha sido sancionada por abuso de posición dominante en España:

- Caso *SGAE- Autores*²⁵: En este caso se acusaba a la SGAE de dos conductas. La primera de ellas consistía en la configuración de un sistema de descuentos y aplicación de tarifas de contenidos musicales para emisiones televisivas poco transparente que generaba discriminaciones injustificadas entre operadores de televisión en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos. El segundo de los ilícitos en que había incurrido SGAE consistía en la distorsión de la capacidad de dos operadores (Antena 3 y Telecinco) de determinar sus contenidos musicales, mediante la imposición de condiciones abusivas, consistentes en la vinculación de descuentos, siempre que limitase el número de obras musicales de su control editorial que podían emplear en sus emisiones. En este caso, se determinó por la autoridad española de la competencia la terminación convencional del procedimiento mediante resolución de fecha 9 de julio de 2015, aceptando los compromisos presentados por la SGAE a fin de remediar estas conductas.
- Caso *SGAE- Conciertos*²⁶: En este caso la conducta ilícita, constitutiva de abuso de posición dominante, se produjo en varias actuaciones desarrolladas por la SGAE en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y los mercados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública sobre las mismas obras. Más concretamente, esta conducta

²⁴ En este caso, (ECLI: ES:TS:2006:6223) el TS dirimía el asunto EGEDA/AIE/AISGE-Hoteles, que enfrentaba a estas entidades de gestión contra la Federación Española de Hoteles y la Agrupación Hotelera de Zonas Turísticas de España. Este asunto llega al TS después de haber sido desestimado el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 14 de enero de 2004, recaída en el recurso nº 867/2000 y acumulados nº 869/2000 y 892/2000 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 27 de julio de 2000, que imponía a las recurrentes unas multas de 45, 10 y 5 millones de pesetas respectivamente, por abuso de posición dominante (tanto individual como colectiva) al intentar imponer a los establecimientos hoteleros tarifas inequitativas y discriminatorias.

²⁵ CNMC, Expediente sancionador S/0466/13. La terminación convencional de este expediente fue recurrida por la Corporación de Radio y Televisión Española, SA ante la AN, quien inadmitió este recurso (SAN de 25 de abril de 2019, ECLI: ES:AN:2019:1845).

²⁶ CNMC, Expediente sancionador S/0460/13. La resolución de este expediente fue recurrida por la SGAE ante la Audiencia Nacional (“AN”), quien estimó parcialmente el recurso en su Sentencia de 7 de febrero de 2018 (ECLI: ES:AN:2018:414). Esta sentencia fue recurrida ante el TS por la SGAE. El TS en su Sentencia nº 522/2019, de 11 de abril de 2019 desestimó el recurso presentado (ECLI: ES:TS:2019:1263).

consistía en la aplicación de tarifas no equitativas y excesivas en las licencias concedidas por la SGAE para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España.

- Caso *AGEDI-AIE Operadores de Televisión*²⁷: En este caso se condenó a las OGC, AGEDI y AIE, por considerarlas responsables de abuso de posición dominante por imponer tarifas abusivas por inequitativas y discriminatorias a los operadores de televisión en abierto desde 2003.
- Caso *SGAE- Restaurantes*²⁸: En este caso la SGAE fue condenada por un abuso de posición de dominio por la aplicación de descuentos de forma discriminatoria y no transparente en las tarifas aplicadas a la remuneración de la comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realizaba a través de invitación personal. Estos descuentos estaban vinculados a condiciones que eran aplicadas de manera desigual a los distintos operadores (por tramos o en bloque). Además, desde el año 2009 había introducido una tarifa denominada “tarifa sustitutoria”, que era inequitativa y discriminatoria,
- Caso *AISGE-Cines*²⁹: En este caso, AISGE fue condenada por dos conductas constitutivas de abuso de posición dominante en relación con el derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en salas de exhibición cinematográfica. En concreto, AISGE había incrementado de manera unilateral y sin justificación la tarifa general aplicada y, por otro lado, había aplicado de manera discriminatoria distintas tarifas y bonificaciones a distintas salas de cine.

No obstante, son reseñables dos casos recientes, en los cuales las OGC no son las causantes de la perturbación competitiva:

- Caso *AIE/AGEDI-Radio*³⁰: En este caso, la autoridad española de la competencia determinó la existencia de un acuerdo colusorio (art. 1 de LDC y el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de

²⁷ CNC, Expediente sancionador S/0297/10. La resolución de este expediente fue recurrida por AGEDI y AIE ante la AN, quien, en su sentencia de 10 de abril de 2015 (ECLI: ES:AN:2015:1189), estimó parcialmente el recurso, remitiendo las actuaciones a la CNMC para que se calculara nuevamente la sanción. Esta sentencia fuera recurrida, en la parte que no había sido estimada, ante el TS. El TS en su sentencia nº 374/2018 de 7 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:776) desestima dicho recurso.

²⁸ CNMC, Expediente S/0220/10 SGAE; recurrido ante la AN quien en su SAN de 21 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:AN:2015:4724) estimó en parte el recurso determinando la necesidad de un recalcu de la multa. Esta sentencia fue recurrida ante el TS por la SGAE ya que consideraba que la imputación del abuso carecía de fundamento. El STS en su sentencia nº 975/2018, de 11 de junio de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2073), desestimó este recurso.

²⁹ CNC, Expediente sancionador S/0208/09. Esta Resolución fue recurrida ante la AN, quien en su sentencia de 11 de noviembre de 2013 (ECLI: ES:AN:2013:4959) desestima el recurso. A su vez esta sentencia es recurrida ante el TS por AISGE. Este recurso es desestimado por el TS en su sentencia nº 318/2017, de 24 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:668).

³⁰ CNMC, Expediente sancionador S/0518/14. Este expediente fue recurrido por AIE y AISGE ante la AN ya que consideraban que la cuantía de la multa era insuficiente. La AN inadmitió este recurso en su Sentencia de 17 de marzo de

la Unión Europea), consistente en la emisión, por parte de la Asociación Española de Radios Comerciales (“AERC”), de recomendaciones colectivas a sus miembros de carácter restrictivo de la competencia, por su objeto, efecto o potencial efecto. En concreto, estas recomendaciones pretendían que estos socios dejaran de abonar las facturas emitidas por AGEDI/AIE o procediesen a la consignación judicial de los pagos correspondientes a los derechos de remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales y por la reproducción instrumental o técnica de dichos fonogramas. El fin buscado con esta conducta era utilizarla como elemento de presión durante la negociación de un convenio regulador de las tarifas a cobrar por AGEDI/AIE a los miembros de AERC por dichos conceptos.

- Caso *AFEC vs. CEDRO*³¹: En este caso, la Asociación Federativa Española de Empresas de Clipping (“AFEC”) acusaba a CEDRO de instrumentar una supuesta coordinación tarifaria entre los editores de prensa asociados a CEDRO respecto a las tarifas para la utilización de sus contenidos en línea. En este caso la autoridad española de la competencia determinó que las tarifas fijadas por cada uno de los editores de prensa para la gestión de sus derechos por CEDRO presentaban diferencias sustanciales. Además, con respecto a las tarifas de *press clipping digital* -respecto de las cuales los editores de prensa no han establecido un modelo de tarifa plana- no se apreciaba una identidad en los importes de los precios fijados por los principales grupos editoriales españoles, ni tampoco que existiera uniformidad en la diferencia porcentual que estos importes representan respecto de las correspondientes tarifas para ediciones en papel.

3.5 En algunas jurisdicciones, el problema puede ser la falta de transparencia de las tarifas. ¿Existen normas a nivel estatutario o como resultado de las actividades de autorregulación relacionadas con la transparencia de las tarifas? ¿Ha habido algún desarrollo en esta área en los últimos años?

En España, las OGC tienen una obligación legalmente establecida respecto tanto a la transparencia en las tarifas como a la metodología para el cálculo de las mismas.

La regulación sobre esta obligación es uno de los aspectos en los que el legislador español se ha centrado especialmente en los últimos años. Podemos definir dos momentos sustancialmente importantes:

- Con anterioridad a la transposición de la Directiva 2014/26/UE, la Ley 21/2014³² introdujo una serie de modificaciones en el art. 157.1, entre las que se incluían ciertos preceptos sobre las tarifas generales. Por un lado, la nueva redacción de este artículo establecía las características y criterios que debían regir la determinación de dichas tarifas y por otro, establecía, en el punto 1º del

2018 (ECLI: ES:AN:2018:1634). Esta sentencia fue recurrida ante el TS quien desestimó el recurso mediante el Auto de 8 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:46).

³¹ CNMC, Expediente sancionador S/DC/0613/17 AFEC vs. CEDRO.

³²Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica la LPI y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“Ley 21/2014”).

apartado d) del modificado art. 157.1, la obligación para las OGC de difundir en su sitio web de forma fácilmente accesible *”(l)as tarifas generales vigentes para cada una de las modalidades de uso de su repertorio, incluidos los descuentos y las circunstancias en que deben aplicarse, que deberán ser publicadas en el plazo de diez días desde su establecimiento o última modificación, junto con los principios, criterios y metodología utilizados para su cálculo”*.

- A raíz de la transposición de la Directiva 2014/26/UE por el Real Decreto-ley 2/2018, encontramos la siguiente obligación en apartado e) del nuevo art. 185³³: *”Las entidades de gestión deberán publicar en su página web de forma fácilmente accesible y mantener actualizada la siguiente información: e) Las tarifas generales vigentes, junto con la memoria económica justificativa, para cada una de las modalidades de uso de su repertorio, incluidos los descuentos y las circunstancias en que deben aplicarse. Todo ello deberá publicarse en el plazo de diez días desde su establecimiento o última modificación.”*³⁴

Como vemos, la obligación de transparencia está muy presente en el ordenamiento jurídico español y ha de ser cumplida estrictamente por las OGC.

Las tarifas en vigor para cada una de las diferentes OGC pueden ser consultadas en los siguientes vínculos³⁵:

- SGAE: <http://tarifas.sgae.es/>
- CEDRO: <https://www.cedro.org/docs/default-source/0tarifas/tarifas.pdf?sfvrsn=34>
- VEGAP: <https://www.vegap.es/tarifas/tarifas>
- DAMA: <https://www.damautor.es/transparencia#tab-1536927891-1-421536931516760>
- AIE: <https://www.aie.es/en/users/contracts-and-tariffs/>
- AISGE: <http://www.aisge.es/tarifas>
- AGEDI: <https://www.agedi.es/index.php/usuarios/tarifas>
- EGEDA: http://www.egeda.es/EGE_InformacionLegalTarifas.asp

Además de esta información individualizada, existen dos situaciones particulares donde las entidades de gestión colectiva ofrecen una información accesible vía internet sobre las tarifas. Estos dos casos son los siguientes:

³³ Este artículo se sitúa en el nuevo capítulo VI del Título IV intitulado *“Obligaciones de información, transparencia y contabilidad de las entidades de gestión”*.

³⁴ Encontramos la misma provisión con el mismo numeral en la última reforma de la LPI realizada por la Ley 2/2019.

³⁵ La última consulta de cada una de las páginas citadas fue realizada el 30 de junio de 2019.

- Las tarifas aplicadas en los repertorios gestionados por el órgano de recaudación conjunto de artistas y productores (“ORC AGEDI-AIE”): <https://agedi-aie.es/tarifas>
- Las tarifas aplicadas en la ventanilla única digital para la gestión centralizada de la compensación equitativa por copia privada de la que forman parte las ocho entidades de gestión mencionadas: http://ventanillaunica.digital/VU_Tarifas.aspx

Es reseñable que los documentos atinentes a las tarifas en vigor, además de aparecer en la página web de cada una de las entidades, son puestos a disposición también (mediante la URL de cada documento) por el MCD en su página web³⁶.

³⁶ <http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva/direcciones-y-tarifas.html>

Abreviaturas:

GCO – Gestión Colectiva Obligatoria

GCV – Gestión Colectiva Voluntaria

LPI – Ley de Propiedad Intelectual

MCD – Ministerio de Cultura y Deporte

OGC – Organización de Gestión Colectiva

OGI – Operador de Gestión Independiente

SPCPI – Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual

Entidades de gestión establecidas en España (autorizadas por el Ministerio de Cultura y Deporte):

- Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) <http://www.sgae.es>
- Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) <http://www.cedro.org>
- Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) <http://www.agedi.es>
- Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) <http://www.aie.es>
- Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) <http://www.vegap.es>
- Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) <http://www.egeda.es>
- Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE) <http://www.aisge.es>
- Asociación Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA) <http://www.damautor.es>

<http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva/direcciones-y-tarifas.html>

OGIs que operan en España:

- Soundreef Ltd.
- Unison Rights España
- MPLC España
- Jamendo

<http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva/operadores-gestion.html>