

Liberalización del mercado de los derechos de propiedad intelectual y acceso regulado al repertorio gestionado por las entidades de gestión

Autores:

Rafael Sánchez Aristi. Catedrático de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

María Álvarez San José. Doctora en Derecho. Cuerpo Superior de la Administración Civil del Estado¹

Resumen:

El propósito de este estudio es examinar si el modelo de liberalización de ciertos mercados, calificados tradicionalmente como monopolios naturales, puede ser trasladado al mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. En la primera parte del trabajo se exponen las características de las industrias de red como monopolios naturales y el proceso de liberalización en dos industrias de red paradigmáticas, la de las telecomunicaciones y la de la energía. En la segunda parte del artículo se exponen los principales riesgos para la competencia efectiva derivados de la estructura monopolista del mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Asimismo, se analiza cómo las intervenciones sancionadoras de los abusos de posición de dominio cometidos por las entidades de gestión, unida a una tímida regulación de estos entes introducida en la legislación de propiedad intelectual, no resuelven las insuficiencias que, desde la perspectiva de los usuarios, genera el actual sistema de gestión colectiva. El último epígrafe esboza una propuesta *de lege ferenda* para liberalizar definitivamente el mercado de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, la cual, tomando como modelo los procesos de liberalización en industrias basadas en una infraestructura no replicable, descansa sobre la base del acceso regulado al repertorio de las entidades de gestión.

Palabras clave:

Repertorio, acceso regulado, liberalización, facilidad esencial, industrias de red, gestión colectiva, derechos de propiedad intelectual.

Códigos JEL:

K11, O34, L44, L51.

¹ Rafael Sánchez Aristi es catedrático de Derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid) y socio del Área de Propiedad Intelectual de Cuatrecasas (Madrid). María Álvarez San José se doctoró en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y, en el momento de escribir este artículo, era técnico de la Dirección de Competencia en la CNMC. Los puntos de vista expresados en este artículo son en todo caso personales y no reflejan la posición de las organizaciones en las que los autores prestan o prestaron sus servicios.

1. Introducción

El presente estudio se dirige a indagar si los precedentes normativos y regulatorios en ciertos mercados tradicionalmente considerados monopolios naturales y más tarde liberalizados, pueden servir de modelo en el ámbito de los mercados secundarios de derechos de propiedad intelectual, en los que estos derechos se gestionan de forma colectiva.

En el artículo se formula una propuesta *de lege ferenda* desde la premisa de que es necesario lograr un grado de competencia muy superior al existente, como medio para posibilitar la entrada de nuevos operadores en el mercado de la gestión colectiva, y así resolver los conflictos tarifarios entre entidades de derechos de propiedad intelectual y usuarios, cuya raíz es precisamente la falta de competencia.

Las discrepancias entre usuarios y entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual sobre cuál deba ser en cada caso la remuneración exigible por la utilización del repertorio gestionado son la manifestación superficial de una anomalía más profunda, consistente en el hecho de que las distintas entidades existentes en España, salvo alguna excepción, se hayan especializado en la gestión de unos derechos que ninguna otra gestiona, dando lugar a una serie de mercados en los que cada entidad ostenta un monopolio de hecho.

La experiencia habida en los escasos casos de concurrencia entre entidades de gestión, o entre entidades de gestión y operadores independientes, muestra que, de cara al usuario, la multiplicación de operadores se traduce en una fragmentación de repertorios, con el consiguiente aumento de costes de transacción e ineficiencias y sin mejoras de competencia, dado que la competencia entre entidades en el mercado aguas arriba por captar el repertorio no se traduce en una mayor eficiencia en el mercado aguas abajo, donde el usuario debe adquirir de cada ente la parte de repertorio que gestione.

Estas experiencias, que han desatado conflictividad entre las propias entidades y operadores concurrentes, animan a buscar soluciones más sofisticadas que permitan lograr una verdadera competencia en el mercado aguas arriba, sin el desgaste derivado de la pugna por el repertorio, y al mismo tiempo sin trasladar ineficiencias al mercado aguas abajo, de forma que el usuario pueda adquirir todo el repertorio que necesita sin tener que reunirlo a base de sumar distintas piezas mediante la contratación con todos los entes que operen en cada sector.

En la primera parte del trabajo se abordará, de modo necesariamente sintético, el proceso de liberalización en dos industrias de red paradigmáticas, la de telecomunicaciones y la energética (concretamente el mercado eléctrico), para subrayar las dificultades que se trataban de paliar o resolver mediante la introducción de competencia en tales mercados y las figuras regulatorias empleadas al efecto, en especial el acceso regulado a la red de los operadores monopolistas históricos. Creemos que estos precedentes dan pistas a propósito de cómo podría articularse un sistema similar de acceso regulado al repertorio, que sería la «red» en los mercados de derechos de propiedad intelectual.

En la segunda parte del artículo serán objeto de exposición los principales riesgos para la competencia efectiva de la estructura monopolística del mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente, pero no solo, por el establecimiento de

tarifas abusivas, inequitativas y/o discriminatorias, y las consiguientes dificultades para la gestión eficiente de los costes por parte de los usuarios, así como la falta de implantación efectiva de entidades u operadores de gestión alternativos que puedan ofrecer servicios nuevos y tarifas más competitivas.

La aproximación tradicional al problema, a través de la supervisión *ex post* del comportamiento desplegado por los agentes de este mercado, se ha traducido en no pocas resoluciones sancionatorias de la autoridad de competencia, las cuales, sin embargo, más allá del impacto en el patrimonio de esos entes, no han conseguido modificar realmente su comportamiento. Ello se debe a diversos factores.

De un lado, la dilatación en el tiempo del pago efectivo de esas sanciones, que hace que su impacto se pueda amortiguar, y el hecho de que la multa se pague con cargo a fondos que no son equivalentes a los de una compañía mercantil. De otro, el hecho de que los afectados en último extremo, los titulares cuyo reparto se ve mermado, además de que tampoco tendrían una alternativa a la que acudir, no consideran que sus directivos deban ser removidos a causa de este tipo de comportamientos: las multas por conducir la entidad de un modo anticompetitivo se consideran accidentes de gestión, y rara vez generan un reproche interno que se traduzca en una censura de los responsables del abuso. En fin, la introducción de cambios cosméticos en las tarifas por parte de las entidades sancionadas consigue a menudo despistar a los servicios de vigilancia de la autoridad de competencia, al tiempo que los usuarios acusan el desgaste de tener que denunciar una y otra vez a las entidades por los mismos comportamientos y aguardar años hasta que la denuncia se convierte en sanción.

La tercera parte del estudio explora la posibilidad de trasladar el modelo de liberalización de las industrias de red al mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, mediante la pieza clave del acceso regulado al repertorio.

2. Industrias de red y monopolio natural

El monopolio *natural*, entendido como la provisión de un servicio por un único operador, bajo la premisa de la ineficiencia en el suministro del servicio por diversos proveedores, viene asociándose a las llamadas industrias de red, categoría que incluye típicamente los sectores de telecomunicaciones y energía². La necesidad de una alta inversión en infraestructuras, la imposibilidad o ineficiencia de duplicar o multiplicar la red que sustenta el servicio y los beneficios de la producción a gran escala, alcanzables más fácilmente por un menor número de operadores, se consideran tradicionalmente las razones fundamentales que impiden una competencia eficaz entre empresas en tales sectores y que justifican la provisión por un único operador³. No obstante ese esquema inicial, los sucesivos cambios tecnológicos y el incre-

² Aunque en este trabajo utilizaremos como elemento de estudio y comparación los sectores de telecomunicaciones y energía, por su carácter particularmente ejemplificativo de modelos de tránsito del monopolio a la competencia, las llamadas industrias de red también comprenden otros ámbitos como el transporte y el postal.

³ Resulta significativa la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, al señalar: “[...] el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural: se trata de una actividad intensiva en capital, que requiere conexiones directas con los consumidores, cuya demanda de un producto no

mento exponencial de la demanda han propiciado desde los años ochenta del pasado siglo la desaparición de muchas economías de escala en las industrias de red, posibilitando el tránsito progresivo desde un modelo de monopolio a un sistema de plena competencia⁴.

El concepto de industrias de red engloba un grupo de sectores con características muy heterogéneas, lo que ha propiciado un enfoque parcialmente diferente del proceso de liberalización en cada sector. En el caso de las telecomunicaciones, la introducción y consolidación de la competencia se sustentó en dos elementos básicos: la habilitación legal a terceros operadores para la prestación del servicio y el establecimiento y explotación de redes en régimen de libre concurrencia, sin limitarse a un único proveedor, por un lado, y la constitución de un derecho de acceso a la red del operador hasta entonces monopolista, en favor de los operadores competidores y a precios regulados, por otro⁵.

En materia de energía eléctrica, la característica fundamental del proceso liberalizador ha sido el desarrollo de un tratamiento regulatorio diferenciado entre aquellas actividades más deudoras del modelo de monopolio natural (esto es, transporte y distribución) y aquellas en las que resulta factible introducir la competencia (generación y comercialización), así como la garantía a terceros operadores del acceso regulado a las redes de transporte y distribución de los operadores propietarios de las mismas.

Tanto en el caso de las telecomunicaciones como en el de la energía se estableció una entidad reguladora *ad hoc* llamada a supervisar los conflictos entre operadores que se suscitaran en el marco del proceso de liberalización. En ambos casos la fortaleza de la posición de mercado del antiguo monopolista exigió adoptar medidas regulatorias *ex ante* que conjurasen el peligro derivado de un posible abuso de su posición dominante.

3. La liberalización del sector de las telecomunicaciones

La liberalización, entendida como proceso regulatorio destinado a romper el monopolio existente en un determinado sector, en este caso el de las comunicaciones electrónicas, introducir

almacenable -como la energía eléctrica- varía en períodos relativamente cortos de tiempo. Además, la imposibilidad de almacenar electricidad requiere que la oferta sea igual a la demanda en cada instante de tiempo, lo que supone necesariamente una coordinación de la producción de energía eléctrica, así como la coordinación entre las decisiones de inversión en generación y en transporte de energía eléctrica. Todas estas características técnicas y económicas hacen del sector eléctrico un sector necesariamente regulado". Vid., también, MUÑOZ MACHADO (1998), pág. 230: "Las infraestructuras de redes son monopolios naturales. No es concebible en términos racionales ni económicos su duplicación o multiplicación".

⁴ Señalan CALZADA y COSTAS cómo en EEUU, la innovación experimentada por las TIC en los años 1987-1993 cambió los modelos de negocio de las telecomunicaciones, produciéndose reducciones importantes de costes que permitieron la aparición de numerosos operadores que trabajan en una escala reducida, de modo que la competencia empezó a verse como una forma más eficaz de provisión (CALZADA y COSTAS [2013], pág. 5). En el ámbito energético, resultaron factores clave las mejoras tecnológicas en las redes de distribución y transporte, que permitieron la competencia entre generadores situados en regiones cada vez más distantes, y la aparición de tecnologías de generación escalables, como los ciclos combinados con costes de inversión y períodos de construcción muy inferiores a los de las tecnologías de generación convencionales (AGOSTI, PADILLA y REQUEJO, [2007], págs. 21-37).

⁵ Por «acceso» en este contexto se entiende conexión de empresas de nueva aparición en el mercado de servicios relevante, sin una red propia, con redes preexistentes, pertenecientes a un operador ya asentado en el mercado geográfico o de producto relevante. Vid. CALLOL GARCÍA (1999), pág. 402.

nuevos competidores y eliminar las barreras legales de entrada al mercado, requirió las correspondientes reformas normativas. De hecho, el proceso de liberalización de las telecomunicaciones exigió una fuerte regulación por la total dependencia del mercado de servicios fijos de la red de acceso del operador dominante y la imposibilidad de desplegar redes alternativas de acceso en plazos reducidos.

En la fase previa a la liberalización, la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) configuraba a las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público (art. 2.1), especificando que los servicios finales de telecomunicaciones (y los servicios portadores) se prestaban en régimen de monopolio, mediante gestión directa o indirecta (arts. 13.2 y 14.5). A través de sucesivas renovaciones del contrato con la entonces Compañía Telefónica Nacional de España⁶ se venía formalizando la concesión a ésta de los servicios portadores y finales de telecomunicaciones.

Este régimen, que respondía a las tradicionales tesis del “monopolio natural” como única forma posible de prestación de los servicios de telecomunicaciones, devino no obstante incompatible con la política europea de liberalización progresiva de ese estratégico sector⁷, plasmada en la Directiva 90/388/CEE, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. El artículo 2 establece que los Estados miembros garantizarán la abolición de los derechos exclusivos o especiales para el suministro de servicios de telecomunicaciones⁸ y *“adoptarán las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho de todo operador económico a ofrecer dichos servicios de telecomunicaciones”*. Esta Directiva ya apuntaba a que la evolución tecnológica experimentada por el sector de las telecomunicaciones hacía técnica y económicamente posible un régimen en el que pudiera haber competencia entre los distintos operadores [Considerando (1)].

El Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, titulado sin ambages de Liberalización de las Telecomunicaciones, que modificó la LOT, indicaba didácticamente en su Exposición de Motivos *“la necesidad de acomodar la legislación española a la normativa comunitaria europea que, respecto de los servicios finales, prevé unos plazos máximos para su liberalización, [y que] obliga a la modificación de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. En esta línea, y por lo que se refiere a los servicios finales y portadores, se impone crear, de forma inmediata, las condiciones que garanticen la libre concurrencia en el mercado y la igualdad de trato a los operadores del sector”*.

⁶ Actualmente «Telefónica de España, S.A.U.» para telefonía fija e Internet, y «Telefónica Móviles España, S.A.U.» para la telefonía móvil y televisión.

⁷ El *Libro verde sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones*, de 1987, supone uno de los primeros pasos en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en Europa. Tal como recoge la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones en su Exposición de Motivos: “En este libro verde, se proponía una ruptura parcial de dicho monopolio y una separación entre los servicios de telecomunicaciones que, hasta entonces, se ofrecían, todos ellos, asociados entre sí, al servicio telefónico y a su red. Esta separación permitió comenzar a distinguir entre redes y servicios básicos y otras redes, equipamientos y servicios. Dentro de esta segunda categoría, podría, en algunos casos, actuarse en régimen de libre concurrencia.”

⁸ Se exceptuaba el servicio de telefonía vocal, al considerar que la apertura de este servicio a la competencia podría amenazar el equilibrio financiero de los organismos de telecomunicaciones, puesto que de los ingresos derivados de la explotación de ese servicio dependía el desarrollo de las redes con cobertura geográfica general (Considerando 18).

Con una redacción un tanto elíptica, el Real Decreto-ley 6/1996 modificó el precitado artículo 13.2 de la LOT, que pasaba a prever que *“Los servicios finales de telecomunicación se podrán prestar, en las condiciones que se determinen por los correspondientes reglamentos técnicos y de prestación de los servicios, mediante su gestión directa por las entidades públicas a las que el Gobierno faculte por Real Decreto y mediante gestión indirecta a través de cualquiera de las modalidades establecidas por la legislación vigente”*. Esto es, los servicios finales de telecomunicaciones pueden ser prestados mediante gestión directa por el sector público e indirecta por empresas privadas mediante concesión, en régimen de progresiva concurrencia⁹.

El Real Decreto-ley 6/1996 creó asimismo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), con el objeto de *“salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”*. La CMT se extinguió y sus competencias fueron asumidas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con motivo de la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Resulta relevante señalar la introducción, por el Real Decreto-ley 6/1996, de una disposición adicional en la LOT, la undécima, relativa a la interconexión de redes, la cual ya establece los elementos fundamentales de la misma, a saber, la obligación del operador incumbente¹⁰ de dar acceso a su red a precios orientados a costes, la obligación de negociar y el organismo encargado de resolver posibles disputas entre el propietario de la red y los competidores¹¹. Entre las competencias del organismo regulador se prevé la de fijar los precios máximos de interconexión que deban regir en las relaciones comerciales entre los operadores (art. 1. Dos. 2 letra j, Real Decreto-ley 6/1996). El regulador aprueba periódicamente unos precios de referencia de interconexión a los que se pueden acoger los operadores, aunque estos tienen la opción de negociar otros precios con el operador dominante.

En el ámbito comunitario, en el marco de la regulación *ex ante* de los mercados de comunicaciones electrónicas, se imponen igualmente determinadas obligaciones a los operadores designados con poder significativo de mercado (operadores dominantes, antiguos monopolistas) en los mercados de referencia correspondientes, entre las que se incluyen: (i) la obliga-

⁹ La condición de segundo operador le fue atribuida a Retevisión (art. 4) y, mediante Real Decreto 769/1997, de 30 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1647/1994, de 22 de julio, adaptándolo a las nuevas condiciones de prestación en competencia del servicio telefónico básico, se habilitó a un tercer operador general de telecomunicaciones para prestar el servicio telefónico básico y los servicios portadores.

¹⁰ Como es sabido, se designa como incumbente al antiguo monopolista, calificado como operador dominante en la regulación propia de la liberalización del mercado.

¹¹ Conforme a dicha disposición, “los titulares de redes facilitarán el acceso a estas por parte de todos los operadores de servicios que lo deseen para permitir la interconexión de circuitos con la interoperabilidad de servicios. La interconexión se facilitará en condiciones no discriminatorias, incluyendo las condiciones de que disfruta el propio titular de la red o las empresas por él participadas si son proveedores de servicios. Los precios por la utilización de redes se definirán sobre criterios de costes hasta la existencia de una competencia efectiva. [...] El acuerdo de interconexión será negociado entre las partes. Si no se llegara a un acuerdo satisfactorio para ambos operadores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá resolver sobre los aspectos objeto de conflicto”. Se estableció, por tanto, la obligación del operador incumbente de proveer servicios mayoristas a los operadores entrantes.

ción de dar acceso a su red a otros operadores; (ii) obligaciones sobre el control de precios y contabilidad de costes; y (iii) obligaciones de transparencia y no discriminación¹².

Esa preocupación por garantizar la interconexión en condiciones no discriminatorias, responde a la constatación de que cuando el propietario de la red opera en los distintos niveles de provisión del servicio (producción, distribución al por mayor, distribución al por menor y comercialización) puede, a través de actuaciones no competitivas, obstaculizar la entrada de competidores en las actividades liberalizadas, típicamente estableciendo precios de acceso a la red excesivos¹³, en general y por comparación con los precios minoristas aplicados por él a su vez.

En el caso español, la autoridad reguladora aprueba y revisa las llamadas «ofertas de referencia»¹⁴, que incluyen las condiciones técnicas y económicas bajo las que el operador designado con poder significativo de mercado ha de prestar los servicios mayoristas regulados a los demás operadores; determina y supervisa los precios de acceso a la red de ese operador; y, en determinados mercados, supervisa también la replicabilidad de las ofertas comerciales minoristas que dicho operador debe comunicar con carácter previo a su comercialización¹⁵, para evitar el recurso a los estrechamientos de márgenes como medio de obstaculizar la entrada y mantenimiento de operadores alternativos.

Corresponde diferenciar entre acceso e interconexión de redes, si bien ambas son figuras precisas para garantizar la apertura de un mercado basado en infraestructuras de red y el desarrollo de una competencia efectiva en el mismo. Así, se ha dicho que *“el acceso es un requisito mínimo para lograr la entrada en el mercado por parte de nuevos operadores, mientras que la interconexión persigue el logro de sinergias entre los operadores ya establecidos, a fin de facilitar el desarrollo de un mercado más eficiente y permitir a los usuarios disfrutar de los servicios de telecomunicaciones con independencia de quién sea el operador que los oferte, garantizando, de paso, a los titulares de redes menores que éstas no quedarán aisladas, al permitirse su conexión con las redes mayores”*¹⁶.

La interconexión de redes permite la comunicación entre usuarios con independencia de la red a la que estén abonados: el intercambio de tráfico originado en la red propia de un operador y con destino a la red de otro es posible gracias a la interconexión entre ambos. Esta interconexión puede definirse como la conexión que debe realizarse entre dos redes para que los usuarios y servicios que utilizan una de las redes puedan acceder a los usuarios y servicios

¹² Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (DOCE 265/2, de 22 de agosto de 1998).

¹³ De conformidad con la jurisprudencia comunitaria, existen precios excesivos cuando la empresa -o empresas- en posición de dominio establecen precios que no guardan relación con el valor económico de la prestación realizada. Vid. SSTJCE de 14 de febrero de 1978 (asunto 27/76, *United Brands*) y de 13 de noviembre de 1975 (*General Motors*, asunto 26/75).

¹⁴ Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA); Ofertas de Interconexión de Referencia tradicional e IP (OIR-TDM y OIR-IP); Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) y Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (Oferta AMLT).

¹⁵ V. <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/telecomunicaciones/concrecion-desarrollo-obligaciones>

¹⁶ Vid. CALLOL GARCÍA (1999), pág. 402, quien señala una tendencia, incluso en el ámbito normativo, al uso indiferenciado del término interconexión para referirse a ambas figuras.

que utilizan la otra red¹⁷. El modelo de liberalización adoptado en la Unión Europea parte del mantenimiento en manos de los antiguos monopolistas de la red telefónica y consagra el derecho de interconexión a tal red a favor de los operadores de nueva entrada¹⁸.

La Ley 20/1997, de 19 de junio, por la que se regula la competencia del Gobierno, en un período transitorio, para la fijación de las tarifas y condiciones de interconexión, indicaba en su Exposición de Motivos: *"El acceso al mercado, como operadores de telefonía, de estas nuevas entidades introduce un primer factor de competencia hasta finales de 1998 y da especial relevancia a la fijación de las condiciones y tarifas de interconexión para la prestación del servicio utilizando la red del operador dominante. De dichas condiciones y tarifas dependerá la supervivencia, a corto plazo, de estos primeros competidores en la apertura paulatina y controlada del mercado"*¹⁹. Así, una regulación que reduzca sustancialmente los precios de interconexión se traduce en márgenes atractivos para operadores de nueva entrada, que a su vez pueden trasladar a reducciones de tarifas con el objetivo de erosionar progresivamente la posición del operador dominante²⁰. Es interesante destacar que los precios de interconexión se diferencian en función del nivel de la misma, de forma que cuanto mayor sea la red propia del operador entrante que contrate la interconexión, menores serán sus costes de interconexión. Como veremos *infra*, este criterio podría trasladarse *mutatis mutandis* al mercado de los derechos de propiedad intelectual: en lugar de red propia, el nuevo entrante podría aportar su propio repertorio, llamado a interconectarse con el repertorio-red del operador incumbente.

Este régimen de competencia limitada entre quienes resultasen concesionarios del servicio de telecomunicaciones, introducido mediante el Real Decreto-ley 6/1996²¹, luego sancionado como Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, fue consolidado por la Ley 11/1998, de 24 de enero, General de Telecomunicaciones (LGT 1998). En su Exposición de Motivos se lee que *"[p]ersigue promover la plena competencia mediante la aplicación de los principios de no discriminación y de transparencia en la prestación de la totalidad de los servicios. [...] También se regula la interconexión de las redes, con la finalidad fundamental de garantizar la comunicación entre los usuarios, en condiciones de igualdad y con arreglo al principio de leal competencia entre todos los operadores de telecomunicaciones."*

¹⁷ Vid. <https://blog.cnmc.es/2010/11/25/la-oferta-de-interconexion-de-referencia-oir-al-dia/>

¹⁸ CALZADA y COSTAS (2013), pág. 19.

¹⁹ El Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, aprobó el Reglamento de interconexión y de acceso a las redes públicas y a la numeración. Posteriormente, la Orden ministerial de 29 de octubre de 1998 aprobaría la oferta de interconexión de referencia de Telefónica. Esta Orden obliga a Telefónica a poner su red telefónica al servicio de cualquier operador entrante de forma que, mediante el pago del precio de interconexión, el operador de nueva entrada pueda prestar servicios a sus propios clientes mediante acceso indirecto.

²⁰ Vid. CALZADA y COSTAS (2013), págs. 19 y 20. El objetivo reconocido de la liberalización de las telecomunicaciones realizada en España en el período 1987-2003 fue el de reducir precios a los usuarios de los servicios, además de propiciar la provisión de nuevos servicios y el incremento de la capacidad de elección de suministrador por parte de los usuarios. En el caso del mercado de telecomunicaciones los impulsos internos para liberalizar provinieron de competidores potenciales, en concreto de empresas internacionales que se querían instalar en el país y de grandes usuarios de servicios de telecomunicaciones. Vid. CALZADA y COSTAS (2013), págs. 3 y 8.

²¹ Asimismo, se adoptaron leyes sectoriales que establecieron un régimen jurídico liberalizador para determinados ámbitos concretos, como la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, o la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable.

Para la prestación de los servicios y el establecimiento o explotación de las redes se requerirá la previa obtención del correspondiente título habilitante que consistirá en una autorización general o en una licencia individual, según el tipo de servicio que se pretenda prestar o de la red que se pretenda instalar o explotar (art. 7 LGT 1998)²². Se establecen como principios de la interconexión, en lo que aquí interesa, que *“los titulares de redes públicas de telecomunicaciones estarán obligados a facilitar la interconexión de estas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público, que lo soliciten”* (art. 22.1 LGT 1998) y que *“los titulares de redes públicas de telecomunicaciones facilitaran la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos”* (art. 22.4 LGT 1998). En materia de precios de interconexión, se prevé que *“los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de operadores dominantes en el mercado, deberán atenerse, en la determinación de los precios de interconexión, a los principios de transparencia y de orientación a costes. Además, deberán justificar que los precios de interconexión que ofrezcan se orientan a los costes reales, así como desglosar los mismos de forma tal que el peticionario de la interconexión a sus redes, no sufrague más de lo estrictamente relacionado con el servicio solicitado”* (art. 26 LGT 1998).

Adicionalmente, a través del Real Decreto-ley 16/1999, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones, se introducen una serie de medidas de reequilibrio tarifario (arts. 1 y 2). El nuevo marco de competencia exigía eliminar las tradicionales distorsiones del esquema de tarifas propio del monopolio, caracterizado por las subvenciones cruzadas constituidas por cuotas de abono y llamadas locales con tarifas por debajo de los costes y resto de llamadas con tarifas elevadas.

Los posteriores hitos producidos en el mercado de las comunicaciones electrónicas, marcados especialmente por la progresiva reducción de la cuota de mercado de Telefónica y la consolidación de operadores alternativos²³, el desarrollo e implantación de las tecnologías móviles e internet, así como de la convergencia de los servicios de voz, datos y TV de pago, requerían como presupuesto imprescindible la liberalización previa del sector de telecomunicaciones fijas.

La vigente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGT 2022), cuyo objeto declarado es la transposición del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas²⁴, establece como objetivo la inversión en redes de muy alta capacidad (fibra óptica o rendimiento similar y 5G), para lo cual garantiza el uso compartido de infraestructuras y recursos asociados y la utilización compartida de los tramos finales de las redes de acceso. También

²² Para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones; para la prestación del servicio telefónico disponible al público y para la prestación de servicios o el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico.

²³ Conforme a los datos disponibles, las cuotas de líneas de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija en 2021 son las siguientes: Telefónica, con un 42,7 %, Vodafone ONO, con un 20%; Orange, con un 19,9 %; MásMóvil, con un 13,7 %; y Colt con un 1 %. Vid. Resolución por la que se establecen y hacen públicas las relaciones de operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil (OP/DTSA/001/22), de 15/9/2022.

²⁴ Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

se facilita el uso compartido del espectro radioeléctrico por los operadores. La LGT 2022 (cfr. arts. 14 y 18) mantiene el derecho de acceso de los operadores a redes y recursos asociados y regula la interconexión y las obligaciones que, de acuerdo con la normativa de la Unión Europea, pudiera llegar a imponer la CNMC a los operadores con peso significativo en el ámbito de la regulación *ex ante* de los mercados correspondientes, conservando la regulación de las competencias de la CNMC en materia de resolución de conflictos entre operadores.

Todavía en el ámbito de las telecomunicaciones, pero en este caso de las móviles, la figura del operador móvil virtual (OMV) ofrece un nuevo ejemplo de introducción de la competencia a través del uso de la red de otro operador, concretamente la cobertura de red de un operador móvil de red (OMR)²⁵. Los OMV son operadores de telefonía móvil que, sin ser concesionarios de espectro de frecuencia, y por tanto careciendo de una red propia, recurren a la cobertura de red de otro operador con red propia (OMR) con el que precisan suscribir el correspondiente acuerdo de acceso mayorista.

Si bien las primeras licencias a los OMV en España se otorgaron en enero de 2001, fue necesaria una ulterior intervención regulatoria en 2006 para el desarrollo efectivo de este tipo de operadores, al constatarse que ninguno de los tres operadores con red móvil presentes entonces en el mercado consintió alcanzar acuerdos de acceso con OMV, pese al interés mostrado por estos²⁶. Como resultado, la CMT, tras analizar el mercado mayorista de acceso a redes móviles, dictó una resolución imponiendo una regulación que obligaba a los tres operadores de red existentes en aquel momento a dar “acceso razonable” a sus infraestructuras móviles a esos OMV.²⁷ Dicha regulación propició la apertura del mercado de telecomunicaciones móviles.²⁸ Los OMV, que alcanzan actualmente en su conjunto una cuota de mercado por líneas móviles superior al 7%²⁹, han adoptado modelos de negocio sustancialmente diferentes entre sí, con el elemento común de adaptar sus ofertas a las necesidades concretas de sus clientes con el objetivo de reducir sus costes³⁰.

²⁵ Un OMR es un operador al que se le ha otorgado una concesión demanial para la utilización privativa del espectro radioeléctrico. Telefónica, Vodafone y Orange, son los OMR tradicionales en España. En 2006 inició su actividad comercial el cuarto OMR si bien sobre una base mixta de red propia y un acuerdo mayorista de roaming nacional: Xfera Móviles, S.A. (Yoigo).

²⁶ Los acuerdos de acceso tenían carácter voluntario conforme a la luego derogada Orden CTE/601/2002, de 14 de marzo, por la que se introduce un nuevo tipo de licencia habilitante para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público (móvil virtual).

²⁷ Resolución de 2 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específica (AEM 2005/933). La participación en el mercado móvil de los OMV competidores que surgieron a consecuencia de la Resolución de 2006 se sitúa entre el 15% y el 20%. Algunos de esos operadores son Carrefour Móvil, Euskaltel, Lebara, Pepephone, Simyo, Digi, Finetwork, Xenet, Mobilfree o Ahí+.

²⁸ Hasta el punto de que, en 2017, la CNMC acordó suprimir las obligaciones hasta entonces aplicables a Telefónica Móviles de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U. en relación con la provisión de servicios mayoristas de acceso y originación móvil, al entender que el mercado tiende hacia una situación de competencia efectiva y que la legislación en materia de competencia resulta suficiente para abordar adecuadamente las deficiencias que se puedan detectar en el mercado.

²⁹ Vid. <https://data.cnmc.es/>

³⁰ Tal como lo explica la CNMC en su Informe económico sectorial de las telecomunicaciones y el audiovisual 2021, de julio de 2022 (ESTAD/CNMC/002/22), pág. 93: “En su inicio, los distintos OMV no llevaron a cabo una

4. Rasgos diferenciales de la liberalización del sector energético

Más allá de las evidentes diferencias entre un sector y otro, en el caso del proceso liberalizador energético, por contraste con el de las telecomunicaciones, el rasgo esencial ha sido el tratamiento regulatorio diferenciado entre las actividades susceptibles de competencia (la generación o producción y la comercialización) y las que se consideran propias de monopolio natural (el transporte y la distribución), asegurando no obstante a los terceros operadores el acceso regulado a las redes de transporte y distribución de los operadores propietarios de las mismas.

Hasta el año 1997, el sector eléctrico español estaba compuesto exclusivamente por compañías eléctricas privadas, de base regional³¹, verticalmente integradas que desarrollaban en su seno todas las actividades propias del suministro energético: esto es, generación, transporte y distribución, siendo las empresas distribuidoras las que vendían la energía a los consumidores³².

Nuevamente el impulso liberalizador, ahora en el campo energético, procedió del ámbito comunitario. A mediados de los años noventa, la Unión Europea, con el objetivo declarado de crear un mercado único de la energía y mejorar los servicios energéticos, tanto en términos de precio como de calidad, publicó las primeras directivas para la liberalización del sector eléctrico y gasista, las cuales establecieron la separación jurídica de actividades reguladas (las vinculadas a las redes) y actividades en competencia (generación y comercialización) y el libre acceso a las redes.

Como en cualquier industria de red, “[l]a razón principal para la separación de actividades es la mayor facilidad para que exista competencia en los segmentos liberalizados, si los operadores que actúan en estos tramos del mercado no gestionan a su vez la red. En caso contrario, la empresa integrada verticalmente puede aplicar subvenciones cruzadas, de manera que, con los beneficios que obtiene de las actividades que desarrolla en un marco no competitivo, contrarreste

única estrategia de negocio. Dichas estrategias se podían agrupar en: 1) operadores con una oferta especializada en tarifas internacionales competitivas; 2) operadores basados en una oferta móvil integrada junto con otros servicios prestados por redes fijas; 3) operadores que disponen de extensas redes de distribución a través de las cuales pueden ofertar sus servicios móviles a un gran número de clientes; y 4) operadores cuyo principal argumento comercial es la oferta de tarifas móviles nacionales muy competitivas gracias a la eliminación de servicios complementarios [...]. [A]ctualmente la estrategia basada en una oferta empaquetada de servicios de telecomunicaciones es la predominante entre los OMV [...].”

³¹ A diferencia del modelo dominante en los países de nuestro entorno que era el de monopolio público, el sector eléctrico español estaba constituido por varias empresas (Iberduero, Hidroeléctrica Española, Unión Eléctrica Fenosa, Compañía Sevillana de Electricidad, FECSA, ENHER, Hidrocantábrico, Viesgo, HECSA, ERZ y Endesa), la mayoría de capital privado e integradas verticalmente. La principal excepción era Endesa, compañía pública fundada para la generación con carbón nacional, que suministraba un tercio del mercado de generación. El ulterior proceso de concentración empresarial redujo los grupos eléctricos a cuatro: Unión Fenosa, Iberdrola, Grupo Endesa (ya privatizada) e Hidrocantábrico. Vid. COSTA CAMPI (2016), págs. 145 y 148. Pese a la apariencia de mercado oligopolista, en realidad se trataba de monopolios, puesto que prestaban servicios de forma monopolista en función del territorio en el que operaban.

³² Para un análisis del proceso liberalizador en el mercado energético, vid. AGOSTI, PADILLA y REQUEJO (2007), págs. 21-37.

las pérdidas en las que puede incurrir en las restantes actividades, al aplicar precios predatorios para dificultar la supervivencia de empresas rivales”³³.

Fue la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE 1997)³⁴, la que incorporó a nuestro ordenamiento las previsiones contenidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad, estableciendo una clara separación vertical de actividades, de forma que las sociedades mercantiles que desarrollasen actividades reguladas no pudiesen realizar actividades de producción o de comercialización (art. 14 LSE 1997).

Se estableció un mercado de producción de energía eléctrica en régimen de libre competencia (art. 11 LSE 1997), sometiéndose a autorización administrativa la construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de instalaciones de producción de energía eléctrica (art. 21 LSE 1997). A su vez, se crea la figura del comercializador para el mercado minorista (arts. 11.3 y 44.2 LSE 1997) que debe contar con autorización administrativa previa, la cual se indica expresamente que será reglada.

Las actividades de distribución y transporte se mantuvieron como reguladas por tener características de monopolio natural (art. 11.2 LSE 1997), estableciéndose un régimen de acceso regulado a las mismas en condiciones de transparencia y no discriminación (arts. 38 y 42 LSE 1997). De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LSE 1997, “[e]l transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores”.

Para garantizar que el funcionamiento del sector eléctrico en un marco liberalizado se produzca sin abusos de posición de dominio y con respeto estricto a las prácticas propias de la libre competencia, se dota a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico³⁵ de amplias facultades en materia de solicitud de información y de resolución de conflictos, y se arbitra su colaboración con las instancias administrativas encargadas de la defensa de la competencia³⁶.

La Ley 17/2007, de 4 de julio, modifica la LSE 1997 para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, la cual estableció nuevas normas comunes para completar el Mercado Interior de la electricidad y derogó la Di-

³³ Vid. MATEA (2002), pág. 131. Existen precios predatorios si estos están por debajo del coste variable medio de la empresa, o por debajo de los costes totales si existe un plan preconcebido para atentar contra la competencia. STJCE de 3 de julio de 1991, AKZO, asunto C-62/86.

³⁴ Dicha ley, con sus numerosas modificaciones posteriores, ha sido derogada por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, destinada a la lograr la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico y el aumento de la competencia de las comercializadoras de referencia.

³⁵ En 1998, se crea por Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, la Comisión Nacional de Energía de España (CNE), como ente regulador de los sistemas energéticos con la responsabilidad de velar por la competencia efectiva en los mismos (tanto mercado eléctrico como hidrocarburos líquidos y gaseosos). Como en el caso de la CMT, la CNE se extinguió y sus competencias fueron asumidas por la CNMC tras la aprobación de la Ley 3/2013.

³⁶ Vid. Exposición de Motivos de la LSE 1997.

rectiva 96/92/CE. En concreto, se introducen nuevas medidas para garantizar unas condiciones equitativas en el ámbito de la generación y para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y comportamientos abusivos, garantizando condiciones de transporte y distribución no discriminatorias mediante un acceso a la red basado en tarifas publicadas. Adicionalmente, con objeto de asegurar un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, se reforma la configuración de la actividad de distribución procedente de la LSE 1997 y, a partir de 1 de enero de 2009, el suministro deja de poder ser prestado por las distribuidoras y pasa a ser ejercido en su totalidad por los comercializadores en libre competencia³⁷.

Resulta significativo de la trascendencia del deber de acceso regulado a cargo del operador dominante y consiguiente derecho a favor de los nuevos entrantes, el que la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE 2013) reconozca en su Exposición de Motivos la necesidad de introducir *“una mayor concreción de los conceptos de acceso y conexión a las redes, reforzando los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en su otorgamiento, y fijando el régimen de otorgamiento y denegación bajo criterios exclusivamente técnicos”*, siendo así que *“el acceso de los sujetos a las redes constituye uno de los pilares sobre los que se sustenta el sistema eléctrico, fundamental para la garantía de suministro y de competencia efectiva en el mercado”*.

El proceso liberalizador del mercado energético no ha estado exento de dificultades, derivadas fundamentalmente de la posición de dominio de las cinco grandes distribuidoras de referencia. Resultan representativos del tipo de obstáculos que pueden plantear las empresas integradas verticalmente que disfrutan de una posición de monopolio en uno de los mercados relevantes, los expedientes sancionadores resueltos por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en 2009 frente a las cinco operadoras monopolistas en distribución. Estas disponían, por su condición de distribuidoras, de información comercial estratégica acerca de los puntos de suministro y consumidores eléctricos. Esta información, tal y como señalaba el Real Decreto 1435/2003, por el que se creó el Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) y se regularon las condiciones para facilitar el acceso a dicha base de datos a las comercializadores, debía ser facilitada de modo gratuito a aquellos comercializadores registrados que lo solicitaran. No obstante, las distribuidoras, *“valiéndose de la posición de dominio que le confiere el monopolio legal que ostentan sobre la red de distribución, habrían cometido un abuso con la intencionalidad y la aptitud de obstaculizar la entrada a nuevos competidores”*, obstaculizando a los comercializadores el acceso al SIPS y transmitiendo de manera discriminatoria información a otras empresas de su grupo³⁸.

³⁷ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 17/2007. Tal como explican FLORES JIMENO y SANTOS CEBRIÁN (2015), pág. 269: “En el mercado mayorista, las empresas comercializadoras y los grandes consumidores directos adquirirían la electricidad a las generadoras y los precios se fijarían mediante mecanismos de mercado. Además, deberían abonar una tarifa regulada por el Estado por el acceso a la red eléctrica. En el mercado minorista, los consumidores domésticos y pequeñas empresas firmarían un contrato libre con una de las comercializadoras que compiten en régimen de libre competencia y que les facturaría por la electricidad consumida. En decir, la comercializadora sería compradora en el mercado mayorista y vendedora en el mercado minorista”.

³⁸ Vid. expedientes sancionadores que resolvió la CNC en relación con el abuso de posición de dominio de las distribuidoras de electricidad, con monopolio territorial y pertenecientes a los principales grupos empresariales de producción de electricidad: Resoluciones de 2 de abril de 2009, Expte. 641/08, Centrica/Endesa, Expte. 642/08, Centrica/Unión FENOSA, Expte. 643/08, Centrica/Eléctrica de Viesgo, Expte. 644/08, Centrica/Iberdrola y de 22 de abril de 2009, Expte. 645/08, Centrica/Hidrocantábrico.

5. La actividad de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual desde la perspectiva del derecho de la competencia

Eficiencias e ineficiencias de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual

Los autores y otros titulares de propiedad intelectual tienen derecho a obtener provecho económico por la explotación que de sus obras o prestaciones realicen otros sujetos. El contenido económico del derecho de autor y otros derechos de propiedad intelectual se compone de dos tipos de derechos: los de explotación y los de simple remuneración. Los primeros son derechos exclusivos, es decir, imponen un deber general de abstención de utilizar la obra o prestación sin contar con autorización del titular (*ius prohibendi*)³⁹; los segundos no dan al titular la facultad de autorizar o prohibir cierta actividad de utilización de su obra/prestación, sino solo la de percibir una compensación económica ligada a la realización de dicha actividad por un sujeto⁴⁰.

Los titulares de propiedad intelectual –autores y artistas típicamente–, aunque dispongan de derechos exclusivos de explotación no los suelen ejercitar directamente, puesto que carecen de los medios técnicos necesarios para llevar a cabo las actividades de explotación correspondientes. Lo normal es que acudan a empresarios especializados, como editores o productores, a quienes ceden sus derechos exclusivos a cambio de una contraprestación para que articulen la explotación de que se trate. Se habla aquí de gestión individual de los derechos, que es la que realiza el titular por sí mismo, celebrando contratos con sus cesionarios, a fin de controlar las explotaciones primarias de su obra o prestación.

Toda vez que una obra o prestación artística ha sido introducida en el mercado, se abren para ella nuevas posibilidades de utilización que, ni siquiera por vía de cesiones individualizadas, podrían ser controladas por el autor/artista. Es usual hablar de «explotaciones secundarias» para referirse a esas explotaciones, ya que presuponen la existencia de actos de explotación anteriores o primarios. Las explotaciones secundarias, a diferencia de las primarias, tienden a ser masivas en cuanto al número y dispersión de los sujetos que las protagonizan. Las utilidades que están cubiertas por derechos de simple remuneración son todas ellas secundarias, en el sentido de que requieren que la obra/prestación haya sido previamente introducida en el mercado por el titular mediante actos de transmisión primarios⁴¹.

³⁹ Las actividades de explotación que quedan reservadas a la decisión soberana del autor [o titular de otro derecho de propiedad intelectual] son todas aquellas que supongan, en sentido lato, una extensión o difusión de la misma en el mercado, si bien las más importantes o habituales han sido tipificadas por el legislador (reproducir, distribuir, comunicar al público, transformar).

⁴⁰ La técnica de los derechos de remuneración, cada vez más extendida en las leyes de propiedad intelectual, responde a una filosofía claramente procompetitiva: el titular ya no va a poder ejercitar su *ius prohibendi* para autorizar o prohibir determinada explotación; por lo mismo, tampoco podrá asignar los derechos en exclusiva a un determinado cesionario o licenciatario: cualquier sujeto podrá llevar a cabo la utilización cubierta por el derecho remuneratorio, debiendo hacer frente a la contraprestación correspondiente.

⁴¹ La mayoría de derechos de simple remuneración nacen en cabeza del autor o del artista cuando estos han cedido su derecho exclusivo a un productor u otro cesionario. De ese modo, el retorno económico del autor y del artista no depende solo de la retribución que logren pactar en los contratos con sus cesionarios, puesto que se asume que aquellos son la parte débil de tales contratos. La fórmula consiste en hacer nacer *ope legis* una remuneración puesta a cargo de los sujetos que realicen las explotaciones secundarias, esto es, subsiguientes a las llevadas a cabo por los cesionarios del autor o del artista y autorizadas por estos en los respectivos contratos.

En la práctica las utilizaciones secundarias de las obras/prestaciones se comportan de manera muy similar, con independencia de que estén cubiertas por derechos exclusivos o por derechos de tipo remuneratorio, ya que en ambos casos se genera la necesidad de acudir a entes centralizadores que hagan valer de forma colectiva los intereses de los autores y otros titulares ante quienes efectúan esas utilizaciones secundarias. Esa necesidad puede ser solo de naturaleza económica, por la racionalidad que conlleva gestionar los derechos de forma colectiva⁴², o también jurídica, cuando el legislador ha impuesto que determinado derecho se gestione colectivamente de forma necesaria⁴³.

Los entes centralizadores a que nos referimos son las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, las cuales aparecen habilitadas –de forma voluntaria o necesaria– por los autores y demás titulares para que gestionen en su lugar, tanto el otorgamiento de autorizaciones de cobertura para esas actividades de explotación secundaria de sus obras, como el cobro y posterior reparto de la recaudación percibida de los usuarios a cambio de esas utilizaciones.

Las entidades de gestión colectiva se definen en el artículo 3.a) de la Directiva 2014/26, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines (Directiva 2014/26), como *“toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que cumple al menos uno de los siguientes criterios: (i) ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros, o (ii) carecer de ánimo de lucro”*.

A nivel interno, el artículo 147 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dice que son entidades dedicadas, 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 propiedad intelectual. Deben ser propiedad de sus socios y estar sometidas al control de los mismos, *además de no poder tener ánimo de lucro*. Si están establecidas en territorio español han de ser autorizadas por el Ministerio de Cultura. En virtud de esa autorización, podrán ejercer los derechos que los titulares les hayan confiado mediante contrato de gestión y, entre otras obligaciones, tendrán la de hacer efectivos los derechos de simple remuneración previstos en la ley⁴⁴.

⁴² La racionalidad económica de gestionar a nivel colectivo ciertos derechos de propiedad intelectual se manifestó en etapas relativamente tempranas de la evolución de los derechos de autor. Se suele ubicar en la Francia de mediados del siglo XIX el comienzo de esta fórmula, asociada a la percepción de los derechos por la representación de obras musicales en locales públicos, como teatros y cafés-concierto. Con el desarrollo de los medios técnicos de grabación, reproducción y transmisión del sonido y de la imagen, las posibilidades de propiciar una explotación secundaria de las obras y prestaciones protegidas se han incrementado exponencialmente a partir del último tercio del siglo XIX y a lo largo de todo el siglo XX.

⁴³ En efecto, la fuerte expansión de la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines no solo se debe al hecho de que los titulares detecten la conveniencia de syndicar sus derechos y asignen de forma voluntaria a un ente la facultad de administrarlos en su nombre, sino a que el propio legislador ha introducido, cada vez con más profusión, modalidades de explotación que solo son susceptibles de gestión a nivel colectivo. La casi totalidad de los derechos de remuneración son objeto de gestión colectiva obligatoria, y viceversa, casi todos los supuestos de gestión colectiva obligatoria se refieren a derechos de simple remuneración.

⁴⁴ El contrato de gestión es un tipo de contrato de mandato. Las entidades de gestión no reciben los derechos de los titulares en calidad de cesionarias sino de mandatarias. En consonancia con ello, tienen vedado explotar por sí mismas los derechos confiados a su gestión. En contra de lo que suele pensarse también se tratan contratos

La gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual es objeto de regulación por la legislación sobre propiedad intelectual, la cual establece los requisitos a los que debe atenderse el funcionamiento de las entidades de gestión, sienta los principios básicos de gestión y las reglas de organización, transparencia y buen gobierno, marca deberes a las entidades para con sus usuarios, sus miembros y otras entidades de gestión, y diseña un marco de supervisión y control a cargo de las administraciones públicas, a las cuales se asigna la potestad sancionadora en virtud de un cuadro de infracciones y sanciones⁴⁵.

La demarcación de un campo de juego estricto y la sujeción a reglas y deberes, asegurados mediante un catálogo de infracciones y sanciones, son indicativas de que el legislador percibe tanto el interés general que presenta la actividad de las entidades de gestión para el funcionamiento de los diversos mercados secundarios de explotación de derechos de propiedad intelectual, como el riesgo de que esas entidades puedan actuar de forma no alineada con ese interés general. Dicho lo cual, el nivel de regulación que el legislador ha establecido sobre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual es inferior al de otros sectores de actividad, pudiendo decirse que la intervención administrativa se limita a la autorización inicial para operar como entidad y a ciertos requerimientos de información. No se conocen casos de expedientes sancionadores instruidos por el Ministerio de Cultura contra entidades de gestión que hayan culminado en una sanción. El catálogo de infracciones está focalizado, por lo demás, sobre la parte de la actividad de las entidades que tiene que ver con las relaciones con sus miembros y con las propias Administraciones competentes⁴⁶.

Dada la escasa densidad del entramado regulatorio en el que las entidades de gestión desenvuelven su actividad, y el hecho de que dicho entramado regulatorio no esté precisamente concebido para corregir las desviaciones en que las entidades incurran en las relaciones con los usuarios de su repertorio, no es de extrañar que se haya producido una relevante activi-

de gestión para los derechos de gestión colectiva obligatoria pues, aunque el titular no puede gestionar esos derechos a nivel individual, sí que podría no gestionarlos en absoluto. Es necesario que el titular manifieste su deseo de gestionar el derecho y que, en caso de existir más de una entidad de gestión, señalice a cuál de ellas le quiere encomendar la administración de su derecho, pues el derecho no es de la entidad (cfr. art. 20.4.c/ TRLPI).

⁴⁵ El régimen de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual se contiene en el Título IV del Libro III TRLPI (arts. 147 a 192), que se subdivide en siete capítulos: "Requisitos para la gestión colectiva" (Capítulo I), "Titulares de derechos" (Capítulo II), "Organización de las entidades de gestión" (Capítulo III), "Autorizaciones no exclusivas para el uso del repertorio de las entidades de gestión y tarifas generales" (Capítulo IV), "Gestión de los derechos recaudados por las entidades de gestión" (Capítulo V), "Obligaciones de información, transparencia y contabilidad de las entidades de gestión" (Capítulo VI) y "Régimen sancionador" (Capítulo VII).

⁴⁶ Así, se tipifican como infracciones muy graves: la ineficacia manifiesta y notoria en la administración de los derechos que la entidad tenga encomendados, la prestación de servicios de gestión colectiva sin haber obtenido previamente la autorización administrativa preceptiva, así como el incumplimiento grave y reiterado del objeto y fines estatutarios por vía de realizar actividades ajenas a la gestión de los derechos encomendados, o sencillamente de no administrar estos derechos; mientras que se consideran infracciones graves: el incumplimiento de las condiciones establecidas en la ley respecto del contrato de gestión, la aplicación de sistemas de reparto de las cantidades recaudadas de manera arbitraria y no equitativa, al resistencia a la actividad inspectora de las Administraciones competentes, la inobservancia del procedimiento de tratamiento y resolución de reclamaciones y quejas, y el incumplimiento de una serie de obligaciones, en su mayor parte relacionadas con la recaudación, reparto y pago de los derechos recaudados, así como con los deberes de transparencia, auditoría y contabilidad (vid. art. 191.2 y 3 TRLPI).

dad de supervisión del comportamiento de dichas entidades por parte de las instancias que velan por la defensa de la competencia en el mercado. Es decir, la falta de atención desde el Derecho de la propiedad intelectual se ha visto nivelada por una respuesta desde el Derecho de la competencia⁴⁷, de donde, entre otras cosas, ha surgido una notable literatura que afronta las relaciones entre ambas ramas⁴⁸. No en vano, las entidades de gestión no dejan de ser unos agentes más que se comportan como auténticas empresas desde el punto de vista del Derecho de la competencia, y por tanto pueden incurrir en conductas anticompetitivas como cualesquiera otras empresas⁴⁹.

Algunos autores, frente a la línea ampliamente dominante que constata los riesgos de la gestión colectiva desde la perspectiva del Derecho de la competencia, han apreciado en menor medida esos riesgos y han calificado la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual como “un buen ejemplo de mercado bilateral”, en referencia a los llamados “two-sided markets”⁵⁰, esto es, plataformas que ponen en contacto a compradores y vendedores y propor-

⁴⁷ A veces se ha hablado de la existencia de una relación de tensión entre la normativa de propiedad intelectual y el Derecho de la competencia (cfr. ORTÍZ, MAÍLLO, IBÁÑEZ y LAMADRID [2008], pág. 182). En nuestra opinión, más que de tensión cabe hablar de complementariedad, dado que los objetivos que persiguen ambas disciplinas no están confrontados: en ambos casos se trata de promover la creación y la innovación, como instrumentos que permiten incrementar el bienestar del consumidor y del conjunto de la sociedad; difieren, eso sí, en los medios para lograrlo, pues en el caso de la propiedad intelectual se opta por crear barreras de entrada (monopolios de explotación económica por un tiempo determinado) como mecanismo para incentivar la innovación, mientras que el Derecho de la competencia propugna la libertad de iniciativa empresarial para favorecer el desarrollo de nuevos productos y servicios. Vid. COSTAS COMESAÑA (2011), pág. 71. Dicho lo cual, el análisis de la finalidad de los derechos de propiedad intelectual cuando estos se contemplan a título individual difiere del que toca hacer cuando tales derechos están agregados en número masivo y puestos en manos de un ente centralizador que los gestiona a nivel colectivo: aquí sí se puede decir que el Derecho de la competencia operaría de un modo que no sería complementario o concurrente con las finalidades del Derecho de la propiedad intelectual.

⁴⁸ Vid. DELGADO HERNÁNDEZ (2000); SABIDO RODRÍGUEZ (2000); TORRES FUEYO (2002); RODRÍGUEZ MEJÍAS (2006); LENCE REIJA (2008-2009); CORREDOIRA Y ALFONSO (2011); CARBAJO CASCÓN y URIBE PIEDRAHITA (2012-2013); LENCE REIJA (2013); RODRÍGUEZ MEJÍAS (2016); JIMÉNEZ SERRANÍA (2021).

⁴⁹ El artículo 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) dispone que “serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley”. Por su parte, el artículo 63.1 de la LDC establece que “los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley (...)”. Finalmente, la disposición adicional cuarta LDC señala que “a los efectos de lo previsto en la ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”. Esto se traslada después a las resoluciones de la autoridad de competencia. Cabe citar, entre otras, la Resolución de la CNMC de 26 de noviembre de 2015 (S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO), que no duda en aplicar el calificativo de “empresas” a las entidades AGEDI y AIE (Fundamento de Derecho 4, pág. 77): *“la culpabilidad de las empresas en la comisión de la infracción aquí sancionada resulta, a juicio de esta Sala, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto. En este caso, esta Sala no alberga dudas de la concurrencia del elemento volitivo de la conducta por parte de AGEDI y AIE, puesto que conocen perfectamente las consecuencias de las conductas aquí analizadas, si tenemos en cuenta que ya han sido sancionadas anteriormente por unos hechos similares a los que se sanciona ahora, y dichas sanciones han sido confirmadas por los tribunales de nuestro país. Como ha señalado el Tribunal Supremo, la existencia de resoluciones recaídas en asuntos anteriores similares, excluye la posibilidad de considerar que la empresa responsable pueda desconocer la antijuricidad de su conducta y las consecuencias que se derivan de ella”* (énfasis añadido).

⁵⁰ Vid. LENCE REIJA (2013), pág. 138; JIMÉNEZ SERRANÍA (2021), Capítulo V, 1.3.

cionan a ambos grupos beneficios derivados de los efectos de red, fundamentalmente por el volumen de integrantes que participan en cada lado de la plataforma⁵¹.

A nuestro modo de ver, sin embargo, las entidades de gestión colectiva no solo no son un buen ejemplo de mercado bilateral, sino que no se pueden definir como tales, por diversas razones.

En primer lugar, una característica esencial de los mercados de dos lados es la existencia de una plataforma que pone en contacto a dos grupos de oferentes y adquirentes, desde una posición tercera, diferenciada de los intereses de ambos grupos. En el caso de la gestión colectiva, su calificación como *two-sided market* soslaya el hecho de que –como hemos indicado– las entidades de gestión colectiva son propiedad de sus miembros y están sometidas al control de los mismos, gestionando por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de propiedad intelectual los derechos que les son encomendados. Es evidente, por tanto, que no son entes intermediarios o plataformas neutrales, sino que representan y protegen, de acuerdo con su configuración legal, los intereses de los titulares de propiedad intelectual⁵².

Por otra parte, frente a lo que sucede con los operadores intermediarios en mercados de doble cara, no es que los titulares de derechos se sirvan de su presencia en la plataforma para ofrecer sus obras o prestaciones a una miríada de potenciales usuarios interesados, y a la inversa. La entidad de gestión no *pone en contacto* a los partícipes de cada lado de la plataforma, sino que, a través de los contratos de gestión, aglutina primero la oferta de quienes están en uno de los lados para después, de forma empaquetada, comercializarla a los situados en la otra cara. Quien celebra los contratos de licencia con los usuarios y percibe la tarifa correspondiente es la entidad de gestión en nombre propio: usuarios y titulares nunca entran en contacto entre sí, al menos en la gestión colectiva ordinaria⁵³. Las entidades de gestión actúan en beneficio del colectivo de titulares que representan; a diferencia de un agente, no actúan por cuenta de cada titular separadamente sino que administran de manera conjunta los derechos de todo el colectivo⁵⁴.

⁵¹ Como ejemplo de mercado bilateral suele ponerse el de las tarjetas de crédito, pues a mayor número de compradores que las empleen más rentable será también para los comercios aceptarlas, y viceversa. Otro ejemplo, propio del entorno digital, sería el de los sitios web de subastas online o plataformas de venta de objetos de segunda mano: cuanto más amplio sea el número de los que venden u ofertan sus productos, más incentivos tendrán los potenciales compradores para usar la plataforma, y al revés.

⁵² Diríamos que a través de las entidades de gestión los titulares de derechos llevan a cabo una auténtica sindicación de sus intereses. Al igual que sucede con los sindicatos de trabajadores, que no pueden definirse como una plataforma que permita interactuar a los empresarios con los trabajadores, las entidades de gestión aglutinan los intereses únicamente de uno de los dos lados del mercado, al que representan colectivamente frente a los agentes que operan en el otro lado.

⁵³ Frente a la gestión colectiva ordinaria o completa, las entidades pueden llevar a cabo excepcionalmente una gestión colectiva parcial o incompleta. Esta se refiere a los casos de utilizaciones singulares en las que la entidad no está mandatada para actuar en nombre del titular, sino que necesita efectuar una consulta previa al titular caso por caso (cfr. art. 166 TRLPI). En estos supuestos, en que su rol se asemeja más al de un intermediario que pone en contacto al titular y al usuario, las entidades no se comportan de manera genuina como entes de gestión colectiva sino que llevan a cabo una gestión puramente individual.

⁵⁴ Como ya hemos visto, el artículo 3.a) de la Directiva 2014/26 define las entidades de gestión como toda organización autorizada para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, *en beneficio colectivo de esos titulares de derechos*. De manera concordante, el artículo 147 TRLPI dispone que las entidades necesitarán autorización ministerial para dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, “por cuenta y en interés

En tercer lugar, no se trata de que la entidad subvencione a los integrantes de uno de los dos lados del mercado merced a las tarifas o cánones que repercute a los integrantes del otro lado, que es la ratio económica sobre la que se asientan los mercados bilaterales, sino que las entidades de gestión están en todo caso obligadas a recaudar tarifas de los usuarios de su repertorio, por imposición legal (art. 164 TRLPI); como también están obligadas por ley a repartir lo recaudado entre los titulares que les hayan encomendado la gestión, previa detracción del correspondiente descuento de administración (art. 176 TRLPI). La entidad presta dos servicios y cobra tanto a los titulares como a los usuarios por el servicio prestado a cada uno⁵⁵.

En fin, en los casos de gestión colectiva obligatoria, ni titulares ni usuarios acuden a las entidades de gestión porque se sientan espontáneamente atraídos hacia un mercado bilateral por los efectos de red que proporcione, sino porque el legislador ha abocado a que determinados derechos solo puedan ser gestionados a través de esos entes, de manera que, con independencia de su representatividad real y de su penetración en el mercado, la única instancia para negociar esos derechos será la entidad de gestión que opere en ese sector.

Ello no obsta para admitir que la existencia de entidades de gestión colectiva se traduce en un ahorro de costes de transacción, pues permiten canalizar a través de un operador central un alto volumen de autorizaciones y pagos que de otro modo tendrían que hacerse de manera dispersa. Pero la presencia de una característica aislada que también se detecta en los mercados de dos lados no convierte a las entidades de gestión en uno de ellos, tal y como acabamos de explicar.

En suma, las entidades de gestión aparecen como entes que aglutinan vastos repertorios sobre los que toman decisiones de gestión conjuntas, y en ese sentido acumulan un poder de mercado susceptible de ser empleado en sentido no acorde con las normas que disciplinan la competencia, tanto en los mercados aguas arriba de la encomienda de gestión por parte de los titulares, como en los mercados aguas abajo de las condiciones de licenciamiento y tarifas generales de cara a los usuarios. En caso de que así ocurra, las eficiencias que a priori se derivan de la sindicación de los derechos de un gran número de titulares a fin de administrar sus derechos de manera conjunta en sus relaciones con los usuarios, se tornan en ineficiencias, al producir efectos que causan una distorsión de la competencia económica.

de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual". Todo lo más, las entidades que administren derechos sobre obras o prestaciones de diferentes categorías deberán realizar el reparto de manera separada, *por cada tipo* de obra o prestación protegida (art. 177.1 TRLPI).

⁵⁵ La formulación que viene realizando la autoridad de competencia al analizar el mercado de producto afectado en los diversos expedientes sancionadores incoados frente a entidades de gestión describe, de forma a nuestro entender correcta, la gestión colectiva. A título de ejemplo, tomando una de las resoluciones sancionadoras más reciente, leemos: *"las entidades de gestión colectiva y, en su caso, los OGI's, operan en dos ámbitos distintos, por un lado, conciertan contratos con los titulares de derechos de autor, lo que les permite gestionar en nombre de éstos un repertorio de creaciones (mercado aguas arriba); y, por otro lado, contratan con usuarios la concesión de autorizaciones para permitirles la utilización de repertorio de sus derechos gestionados (mercado aguas abajo). Esta configuración del mercado hace que las entidades de gestión colectiva, como operadores económicos del mismo, lleven a cabo una doble competencia por captar derechos para su repertorio y usuarios para sus licencias"* (Resolución de 30 de mayo de 2019 Expte. S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE).

Aunque son varios los instrumentos del Derecho de la competencia que pueden entrar en juego en relación con el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, el que de manera más recurrente ha sido empleado en el ámbito de la gestión colectiva ha sido el relativo a la proscripción del abuso de posición de dominio⁵⁶. Ello es debido a que, como desarrollaremos en extenso en el siguiente epígrafe, estas entidades se erigen, dentro de sus respectivos mercados, en auténticos monopolios de hecho⁵⁷. Las manifestaciones de ese abuso de posición de dominio oscilan entre la aplicación de precios y/o condiciones inequitativos o excesivos, la fijación de precios sobre la base de factores no vinculados a la explotación efectiva del repertorio, el despliegue de una estrategia de negociación abusiva, o el recurso a la falta de transparencia para imponer tarifas discriminatorias a unos usuarios frente a otros.

Si bien la actividad de las entidades de gestión cae bajo el régimen de supervisión de las autoridades de competencia, así como el de la aplicación privada del Derecho de la competencia, salvo algún caso aislado en que una entidad de gestión ha sido condenada por un órgano de la jurisdicción civil a causa de una conducta anticompetitiva, las intervenciones han adoptado la forma de resoluciones sancionadoras dictadas por la autoridad de competencia, en su práctica totalidad confirmadas en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, en algún caso con algún matiz en lo tocante al método de cálculo de la multa. A su vez, en la mayoría de los casos las conductas enjuiciadas se referían al mercado de la concesión de licencias de uso y percepción de tarifas respecto de los usuarios de su repertorio, y minoritariamente al mercado de prestación de servicios de gestión a los titulares de derechos.

Las resoluciones de la autoridad española de la competencia en materia de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual provienen de los tres órganos que han desempeñado sucesivamente esa función, Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), Comisión Nacional de la Competencia (CNC), y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Las primeras resoluciones son relativamente tempranas. La primera resolución, dictada por el TDC el 12 de julio de 1991 (Expte. 287/90 SGAE), se refería a una conducta del año 1987 y se resolvió aplicando la vieja Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas

⁵⁶ El artículo 2 de la LDC proscribía la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Entre las conductas de abuso que enumera el artículo se incluyen (no es un *numerus clausus*): 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.

⁵⁷ Como señala RODRÍGUEZ MEJÍAS (2006), págs. 18-19, el abuso de posición de dominio en la gestión colectiva se refiere a situaciones en las que la contraparte de la entidad de gestión (el usuario, asociación de usuarios o entidad de radiodifusión) no dispone de alternativa real a la voluntad de la entidad. Solo en uno de los mercados (el de los derechos autorales sobre las partes literarias de las obras audiovisuales) se da la concurrencia de dos entidades de gestión. Hay algún otro ejemplo de concurrencia, pero la zona de intersección es casi anecdótica. Como tendremos ocasión de exponer en extenso, desde nuestro punto de vista, la existencia de una pluralidad de entidades de gestión en un mismo mercado no introduce una verdadera competencia, en la medida en que ello se traduzca en una fragmentación de repertorios, todos los cuales deban ser adquiridos a la postre por el usuario para prestar su servicio.

restrictivas de la competencia. Aparte de esa, las principales resoluciones dictadas por el TDC en esta materia fueron las de 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), 15 de enero de 2002 (Expte. 511/01, Vale Music/SGAE) y 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05, Televisiones)⁵⁸.

En la etapa de la CNC cabe referir, entre otras, las resoluciones de 24 de junio de 2008 (Expte. 630/07 DAMA SGAE), 9 de diciembre de 2008 (Expte. 636/07, Fonogramas) y 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/Tele5)⁵⁹, así como las de 23 de febrero de 2011 (Expte. 2785/07 AIE), 19 de diciembre de 2011 (S/0208/09 AISGE CINES), 2 de marzo de 2012 (S/0157/09 EGEDA), 14 de junio de 2012 (S/0297/10 AGEDI/AIE), 3 de julio de 2012 (S/0220/10 SGAE) y 26 de agosto de 2013 (S/0360/11, AGEDI)⁶⁰.

⁵⁸ En la resolución de 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), el TDC resolvió sancionar a EGEDA (45 millones de pesetas), AISGE (10 millones de pesetas) y AIE (5 millones de pesetas) al concluir que habían explotado abusivamente, de forma individual y/o colectiva su posición dominante al exigir a los hoteles determinadas tarifas por la comunicación pública realizada a través de las televisiones de las habitaciones. La resolución fue confirmada por la Audiencia Nacional (sentencia de 12 de abril de 2004) y por el Tribunal Supremo (sentencia de 18 de octubre de 2006). La resolución de 15 de enero de 2002 (Expte. 511/01, Vale Music/SGAE) sanciona a SGAE con multa de 125.000 euros por abuso de posición dominante al cobrar a la denunciante un 37% más que a los miembros de una asociación sectorial, sin justificación razonable. La resolución fue confirmada por la Audiencia Nacional (sentencia de 25 de febrero de 2004) y el recurso de casación inadmitido (Auto de 15 de junio de 2006). La resolución de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05, Televisiones) concluyó que AGEDI había abusado de su posición de dominio al aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, discriminando a dos operadores televisivos frente a un competidor, entre los años 1990 a 2002. Se impuso a AGEDI una multa de 300.000 euros. La resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2009 y por sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013.

⁵⁹ La resolución de 24 de junio de 2008 (Expte. 630/07 DAMA SGAE) resolvía varias cuestiones derivadas de la vigilancia del Acuerdo de Terminación Convencional (ATC) de 27 de noviembre de 2003 entre SGAE y DAMA, por el cual se comprometían a constituir una base de datos conjunta y un mecanismo de resolución de conflictos, así como las denuncias de DAMA sobre su incumplimiento por SGAE. En la resolución de 9 de diciembre de 2008 (Expte. 636/07, Fonogramas), la CNC sancionó a AGEDI y AIE (815.000 y 615.000 euros, respectivamente) por abuso de posición dominante consistente en reclamar a los operadores de televisión unas tarifas sustancialmente superiores a las de otros usuarios por prestaciones equivalentes, sin justificación objetiva alguna. La resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2010. La resolución de 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/Tele5) impone a AIE una sanción de 770.000 euros por imponer unas tarifas inequitativas y discriminatorias en relación con la comunicación pública de grabaciones audiovisuales. La sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2009 confirmó la resolución salvo en un aspecto, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014, confirmó la resolución en todos sus extremos.

⁶⁰ La resolución de 23 de febrero de 2011 (Expte. 2785/07 AIE) impuso a AIE una multa de 532.686 euros por incurrir en una conducta análoga frente a Sogecable. No obstante, la Audiencia Nacional apreció identidad de sujeto, hecho y fundamento en relación con el Expte. 651/08, AIE/Tele5, por lo que estimó el recurso de AIE y anuló la resolución. En la resolución de 19 de diciembre de 2011 (Expte. S/0208/09 AISGE –CINES–), se concluye que AISGE fijó unas tarifas generales abusivas por inequitativas (subida del 100% de la tarifa), con la agravante de que ya había sido sancionada con anterioridad, lo que conllevó un recargo en la sanción, que quedó fijada en 627.855 euros. La resolución es confirmada por la Audiencia Nacional (sentencia de 13 de noviembre de 2013) y el Tribunal Supremo (sentencia de 14 de febrero de 2017). La resolución de 2 de marzo de 2012 (S/0157/09 EGEDA) sanciona a EGEDA por imponer unas tarifas abusivas, por excesivas y discriminatorias, en concepto de remuneración por las retransmisiones efectuadas en las habitaciones de hotel. Se aprecia como agravante que la conducta es reiteración de la ya sancionada por el TDC en 2000 (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), imponiéndose una multa de 478.515 euros. La resolución resultó confirmada por sentencias de la Audiencia Nacional, de 29 de septiembre de 2016, y del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2017. La resolución de la CNC de 14 de junio de 2012 (S/0297/10 AGEDI/AIE), declara acreditado el abuso de posición dominante

Finalmente, en el período actual, la CNMC ha dictado, entre otras, las resoluciones de 26 de noviembre de 2014 (S/0460/13, SGAE Conciertos)⁶¹, 9 de julio de 2015 (S/0466/13 SGAE Autores)⁶², 26 de noviembre de 2015 (S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO), 30 de mayo de 2019 (S/DC/0590/16 DAMA vs SGAE) y 19 de junio de 2024 (S/0641/18 DAMA-UNISON RIGHTS vs SGAE)⁶³.

En el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la competencia, debe citarse la sentencia 94/2022, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 22 de marzo de 2022, dictada en el caso NH Hotel Group, S. A. v. EGEDA⁶⁴. En ella se declara que la entidad demandada había cometido una infracción única y continuada del Derecho de la competencia por abuso de posición de dominio conforme al artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE, mediante la imposición de tarifas inequitativas, excesivas y discriminatorias y el despliegue de una estrategia negociadora abusiva, conducta que, siendo idéntica en lo sustancial a la sancionada por

de AGEDI y AIE, por exigir a los operadores de televisión en abierto unas tarifas inequitativas y discriminatorias por el uso de fonogramas en televisión. Tanto la Audiencia Nacional (sentencia de 10 de abril de 2015) como el Tribunal Supremo (sentencia de 7 de marzo de 2018) confirmaron la resolución. En la resolución de 3 de julio de 2012 (S/0220/10 SGAE) se sanciona con una multa de 1.766.744 euros a SGAE por imponer condiciones comerciales no equitativas en su tarifa por la comunicación pública de obras musicales en bailes-bodas. Tanto la Audiencia Nacional (sentencia de 21 de diciembre de 2015) como el Tribunal Supremo (sentencia de 11 de junio de 2018) confirmaron la resolución. Finalmente, la resolución de 26 de agosto de 2013 (S/0360/11, AGEDI) sancionó a AGEDI por un abuso de la posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de vídeos musicales en gramolas. La multa ascendió a 51.250 euros y la resolución quedó confirmada por sentencia, firme, de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2017.

⁶¹ La resolución de 6 de noviembre de 2014 (S/0460/13, SGAE Conciertos) sanciona a SGAE con multa de 3.103.196 euros por un abuso de posición de dominio consistente en la exigencia de condiciones no equitativas por excesivas a los promotores de conciertos. La resolución fue confirmada por la Audiencia Nacional por sentencia de 7 de febrero de 2018 y el recurso de casación desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril 2019.

⁶² El expediente S/0466/13 SGAE Autores se refería al sistema de tarifas y descuentos de SGAE 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. La resolución de 9 de julio de 2015 declaró la terminación convencional del expediente, tras considerar que los compromisos presentados por SGAE eran adecuados para restablecer las condiciones de competencia en ese mercado.

⁶³ Por resolución de 26 de noviembre de 2015 (S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO), se acordó sancionar con 1.579.020 euros a AIE y con 1.211.400 euros a AGEDI por abuso consistente en la fijación de un sistema remuneratorio inequitativo y discriminatorio por la gestión de los derechos de uso de la música por parte de las emisoras de radio. La sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 2022, confirma la resolución salvo lo relativo a un extremo, y ordena a la CNMC efectuar un recálculo de la multa. Por auto de 15 de diciembre de 2022, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación. La resolución de 30 de mayo de 2019 (S/DC/0590/16 DAMA vs SGAE) sancionó a SGAE con multa de 2,95 millones de euros por: (i) la imposición de condiciones que restringen injustificadamente la encomienda inicial de la gestión de derechos de forma parcial, así como la revocación o retirada parcial de tal gestión; (ii) la venta conjunta y sin desglose entre el repertorio audiovisual y musical en la concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública en el sector del hospedaje; y (iii) la venta conjunta y una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores en la concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública en el sector de la restauración. Por su parte, la resolución de 19 de junio de 2024 ha sancionado a SGAE con una multa total de 6.387.819 euros por una doble conducta abusiva: por diseñar y aplicar su tarifa por disponibilidad y presentar su repertorio como universal en los mercados de concesión de autorizaciones de uso de su repertorio en radio y televisión, y por el diseño y aplicación de la tarifa por disponibilidad en el mercado de la gestión del derecho de remuneración del artículo 90.4 TRLPI para el sector de la televisión.

⁶⁴ RJ\2023\41896 (ECLI:ES:JMM:2022:13462).

la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012, se habría seguido produciendo de manera ininterrumpida hasta la fecha de interposición de la demanda. Como consecuencia de ello, se condena a EGEDA a indemnizar a la parte actora por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta anticompetitiva, tanto por el tramo temporal al que alcanzaba la declaración de la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012, como por el tramo temporal posterior, en la cantidad de 1.133.051,33 euros más los intereses desde el respectivo abono a EGEDA de las cantidades sobrepreciadas hasta la fecha de interposición de la demanda⁶⁵.

A nivel europeo, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TJUE en procedimientos de cuestión prejudicial⁶⁶, conformada por las sentencias de 9 de abril de 1987, Basset y SACEM (asunto C-402/85), 13 de julio de 1989, Lucazeau y SACEM (C-110/88, C-241/88 y C-242/88), 13 julio 1989, Tournier (C-395/87), 6 de febrero de 2003, SENA (C-245/00), 14 de julio de 2005, Lagardère (asunto C-192/04), 11 de diciembre de 2008, Kanal 5 Ltd, (asunto C-52/07), 27 de febrero de 2014, OSA y Lécebné lázne (asunto C-351/12), 14 de septiembre de 2017, AKKA/LAA (asunto C- 177/16) y 25 de noviembre de 2020, SABAM (asunto C- 372/19)⁶⁷. Muchas de ellas son tenidas en cuenta por las resoluciones de nuestra autoridad de la competencia y los tribunales que han revisado las mismas, además de por los órganos de la jurisdicción civil que han resuelto conflictos entre particulares sobre equidad de las tarifas⁶⁸.

A la vista de este panorama, no es difícil concluir que la concepción originaria acerca de las teóricas bondades de la gestión colectiva a causa de las eficiencias económicas que aporta para todas las partes en liza, se ve teñida por una realidad práctica de elevada conflictividad desde la perspectiva *antitrust*. Tal ha sido el volumen de intervenciones administrativas dirigidas a salvaguardar la competencia en estos mercados por vía de sancionar los comportamientos abusivos de las entidades de gestión, que la autoridad de competencia decidió enfocar el problema también desde una perspectiva de promoción de la competencia, al con-

⁶⁵ Esta decisión está confirmada por la sentencia 182/2024 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 30 de mayo de 2024, la cual eleva el sobreprecio pagado por NH, y por tanto la indemnización a pagar por EGEDA, a 1.602.322,33 euros más los intereses.

⁶⁶ Las conductas anticompetitivas protagonizadas por entidades de gestión tienen siempre trascendencia comunitaria debido a que afectan, por definición, al mercado de todo un Estado miembro. De ahí la aplicabilidad del artículo 102 TFUE y de la jurisprudencia comunitaria que lo interpreta. Esta misma jurisprudencia había dejado zanjada la cuestión de la efectiva afectación al comercio de los Estados miembros de las conductas anticompetitivas de entidades de gestión de derechos de autor (vid. la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2008 [asunto C-52/07, Kanal 5 LTD-TV 4 AB]), como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 24 de noviembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4745). Bajo determinadas condiciones, la Comisión europea puede atraer la competencia para resolver, con arreglo al art. 102 TFUE, abusos de posición de dominio cometidos por entidades de gestión. Véanse, al respecto, las Decisiones «GEMA I» (71/224/CE, de 2 de junio de 1971), «GEMA II» (72/268/CEE, de 6 de julio de 1972), «GEMA III» (82/204/CEE, de 4 de diciembre de 1981), «Daft Punk» (COMP/C2/37.219, de 12 de agosto de 2002); o las concernientes a acuerdos de representación recíproca entre entidades de gestión, como la decisión «IFPI Simulcasting» (COMP/C2/38.014, de 8 de octubre de 2002).

⁶⁷ No es posible proporcionar aquí siquiera una síntesis de cada una de ellas. Remitimos al lector al análisis que de cada una de esas resoluciones puede encontrarse en SÁNCHEZ ARISTI y MORALES IMBERNÓN (2022), así como al balance que de todas ellas se hace en el estudio preliminar de esa obra.

⁶⁸ La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado un buen número de resoluciones en materia de equidad de las tarifas de las entidades de gestión. Las más destacables, que conforman la doctrina de ese Alto Tribunal sobre la materia, son las sentencias de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 205), 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 206), 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 3286), 7 de abril de 2009 (RJ 2009, 3289), 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 8003), 13 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1779) y 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 8026).

siderar que se trataba de un mercado en el que las conductas anticompetitivas presentaban un cariz endémico y exigían ser abordadas con una visión estructural que permitiese alumbrar ideas para un rediseño de la legislación capaz de aportar soluciones permanentes.

Esta visión se reflejó señaladamente en el *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, elaborado y publicado por la CNC en 2009 (Informe CNC 2009)⁶⁹, el cual concluye, entre otras cosas, que el marco normativo de la gestión colectiva diseñado en el TRLPI maneja como opción querida y más probable la de unas entidades de gestión que actúan como monopolios, y que las obligaciones que se les imponen no permiten contrarrestar el elevado poder negociador –ante titulares y ante usuarios– que ese poder de mercado les atribuye. Es decir, se trata de un marco legal muy restrictivo de la competencia y tendente a reforzar el efecto de las barreras de entrada de naturaleza económica. Pero el Informe CNC 2009 no se conforma con elaborar el diagnóstico, sino que contiene una serie de recomendaciones dirigidas a articular un modelo de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual más favorecedor de la competencia, en el que se incrementen las posibilidades de que las entidades afronten mayor presión competitiva, lo cual permita reducir el nivel de conflictividad y garantizar un marco eficaz de resolución de los conflictos relativos a la gestión de los derechos de propiedad intelectual, en particular de los conflictos tarifarios.

Sintéticamente expuestas, las Recomendaciones del Informe CNC 2009 serían estas: (i) una revisión general del TRLPI para limitar la gestión colectiva obligatoria a los casos impuestos por directivas europeas; la sustitución del sistema de autorización de entidades por el de mero registro; y la eliminación del requisito de la falta de ánimo de lucro; (ii) una revisión de los estatutos de las entidades y de los contratos de gestión para facilitar el cambio de entidad por parte de los titulares; (iii) la inclusión en el TRLPI de obligaciones de transparencia sobre los repertorios efectivamente gestionados; y obligaciones de informar, durante el proceso de negociación, sobre los acuerdos alcanzados con usuarios análogos y sobre los contratos concertados con otras organizaciones de gestión colectiva; (iv) un deber de establecer tarifas de uso efectivo como alternativa a las de disponibilidad, en casos en que la monitorización y vigilancia de tal uso efectivo pueda realizarse a un coste razonable; (v) la conversión de la Comisión de Propiedad Intelectual en un órgano regulador independiente capacitado para resolver conflictos en materia de propiedad intelectual, particularmente los conflictos tarifarios; y (vi)

⁶⁹ Junto con el Informe CNC 2009, cabe citar diversos informes sobre proyectos normativos que tratan aspectos relativos a la actividad de las entidades de gestión, a saber: el del anteproyecto de Ley Ómnibus (trasposición Directiva de Servicios, que obligó a modificar concretas previsiones del Estatuto de las entidades de gestión, IPN 08/2009), el del anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible (IPN 35/10), el del anteproyecto de Ley de modificación del TRLPI para la transposición de la Directiva 2014/26 (IPN/CNMC/040/17) y los relativos a los dos proyectos de órdenes de metodología de tarifas (IPN/CNMC/0020/15 e IPN/CNMC/013/22). En todos estos informes se contienen recomendaciones sobre cómo debiera regularse, entre otros aspectos, el estatuto de las entidades de gestión para favorecer una competencia más completa en los mercados en los que operan. En ocasiones, la función de salvaguarda de la competencia y la de promoción han llegado incluso a solaparse, cuando la autoridad de competencia, en el marco de un expediente sancionador, desliza observaciones valorativas relativas al marco normativo en el cual se desarrolla la conducta enjuiciada. Ejemplo de ello es la Resolución CNC de 23 de marzo de 2011 (Expte. S/0156/09, AISGE), donde leemos: “(...) no se puede obviar el deficiente marco normativo en el que se producen esas conductas, y que es al legislador a quién compete realizar las modificaciones necesarias para alcanzar un modelo de gestión colectiva más favorecedor de la libre competencia y eficaz en la resolución de los conflictos”.

el establecimiento normativo de criterios a los que las entidades de gestión deban ajustarse para determinar las tarifas, tales como el de amplitud del repertorio, el de no discriminación entre usuarios equivalentes, el de aproximación al valor económico y al uso efectivo del repertorio, y los de simplicidad, transparencia y publicidad.

Una de las intervenciones legislativas que se pueden considerar herederas del espacio de reflexión que abrió el Informe CNC 2009, es la modificación consistente en atribuir a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI), órgano dependiente del Ministerio de Cultura que venía ostentando competencias en materia de mediación y arbitraje en conflictos relacionados con las entidades de gestión colectiva, una nueva competencia en materia de determinación de tarifas de las entidades de gestión⁷⁰. Esto suponía decantarse, por primera vez en nuestro ordenamiento, por una fórmula regulatoria de carácter *fuerte* basada en la fijación de precios *ex ante*, en lugar de la corrección de comportamientos abusivos *ex post*, propio de una tutela basada en la supervisión por la autoridad *antitrust*.

Ciertamente, de las diferentes barreras estratégicas provocadas por la acumulación de repertorios en las manos de entidades de gestión monopolistas dentro de cada mercado, la que ha tenido más manifestaciones es la relativa a problemas tarifarios, o al menos es la que en España ha dado lugar a más conductas de abuso de posición de dominio sancionadas por la autoridad de competencia. Los motivos para esa prevalencia de los conflictos tarifarios son múltiples: la falta de control *ex ante* de las tarifas de las entidades de gestión; el que el TRLPI se limitase a reconocer ciertos derechos de remuneración *equitativa* pero sin dar pautas metodológicas para la fijación de la misma, ni menos aún (salvo en materia de compensación equitativa por copia privada) sobre el importe de la tarifa; y el hecho de que el proceso de negociación con el usuario no garantizase que las tarifas fuesen razonables y equitativas⁷¹, máxime en la medida en que sobre él siempre se proyectaba la alargada sombra de las tarifas generales, aprobadas unilateralmente por la entidad pero que se presentaban a menudo con un matiz de *oficialidad* por el hecho de haber sido *comunicadas* al Ministerio de Cultura⁷².

El control de supervisión *ex post* no permite articular, por definición, una auténtica regulación de los precios, y solo de manera imperfecta permite abordar el problema de los precios excesivos, pues no resulta fácil determinar a partir de qué umbral un precio es excesivo y, por

⁷⁰ Este cambio se introdujo mediante la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Ley 21/2014). Para un análisis de la figura de la Comisión de Propiedad Intelectual originaria y propuestas de reforma de la misma, así como sobre la ulterior reforma del órgano, vid. CASAS VALLÈS (2003) y (2015) y COSTAS COMESAÑA (2016).

⁷¹ El carácter abusivo de una tarifa vendrá dado por la relación de equidad o inequidad que exista entre dicha tarifa y el valor que el bien o servicio al que remunera otorga al producto final sobre el que aquella recae. Resolución CNC Expte. S/0208/09 AISGE CINES. Todos los expedientes resueltos por el TDC, la CNC y la CNMC contra entidades de gestión por prácticas abusivas han tenido su origen en denuncias de los usuarios. Resulta reseñable que, en el marco de la importante conflictividad entre los usuarios y las entidades de gestión, los primeros hayan acudido mayoritariamente a la autoridad de competencia en lugar de a la jurisdicción civil, la que en cambio ha actuado profusamente a iniciativa de las entidades de gestión.

⁷² Sobre la posibilidad de que las tarifas generales sean *per se* inequitativas, dado que su fijación unilateral puede desvirtuar el proceso negociador, y sobre la especial responsabilidad del dominante de mantener condiciones no distorsionadas de competencia, particularmente si ostenta un monopolio legal, vid. Resolución TDC de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05, Televisión).

ende, causante de un abuso, ya que de algún modo eso supondría determinar cuál es el precio justo de ese producto o servicio. De ahí que los asuntos de precios excesivos sean raros en la práctica de la Comisión Europea, que ha rechazado erigirse en un regulador de precios⁷³. Se ha señalado que la intervención por parte de la autoridad administrativa en materia de precios puede estar justificada cuando el poder de mercado tiene su origen en un derecho exclusivo o especial, pues en este caso la intervención sería en cierto modo el *quid pro quo* de un privilegio regulatorio⁷⁴. Pero tal tarea incumbe normalmente a los reguladores sectoriales, y no a las autoridades de competencia.

Es así como desembocamos en la reforma que atribuyó esa nueva función de fijación de precios a la SPCPI. Dicha reforma rediseñó en general las funciones de este órgano, a la par que vino acompañada de otros elementos concomitantes, fundamentalmente la previsión en la propia Ley de una serie de criterios a los que tenían que sujetarse las entidades de gestión a la hora de aprobar sus tarifas generales, así como de una metodología detallada para la fijación de tarifas que debía ser objeto de desarrollo mediante orden ministerial. Esos criterios legales, actualmente previstos en el artículo 164.3 TRLPI⁷⁵, venían a ser el trasunto de los que había venido fijando la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo de los años. La Ley 21/2014 daba a las entidades un tiempo para adaptar sus tarifas a ese nuevo marco legal y, en concreto, a la metodología que se debía plasmar en esa orden ministerial, la cual debía aprobarse en un plazo temporal determinado desde la entrada en vigor de la reforma legal⁷⁶.

El nuevo procedimiento de fijación de tarifas ante la SPCPI ha dado algunos frutos, pero no parece haber rendido todo lo que su gestación prometía. El número de expedientes iniciados no ha sido muy elevado, y menos aún lo es el de las resoluciones definitivas dictadas hasta la fecha, que son solo seis⁷⁷, todas las cuales han sido objeto de recurso contencioso-admi-

⁷³ ORTÍZ, MAÍLLO, IBÁÑEZ Y LAMADRID (2008), pág. 189.

⁷⁴ ORTÍZ, MAÍLLO, IBÁÑEZ Y LAMADRID (2008), pág. 189, nota a pie 303.

⁷⁵ Se trata de los siguientes: (i) el grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario; (ii) la intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario; (iii) la amplitud del repertorio de la entidad de gestión; (iv) los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio; (v) el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas; (vi) las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización; y (vii) las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación. No es un catálogo cerrado.

⁷⁶ Se dictó primero la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Anulada por motivos formales por sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 22 de marzo de 2018, cinco años más tarde se dictó la Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales.

⁷⁷ Nos referimos a resoluciones sobre el fondo, porque algún expediente ha concluido por desistimiento y otros están aún sin concluir. Los expedientes iniciados y las resoluciones recaídas son los siguientes: E-2017-001 (AGEDI AIE v. AERC), relativo al uso de fonogramas comerciales por emisoras de radio de difusión inalámbrica, resuelto por resolución de 20 de septiembre de 2018; E-2017-002 (TELEFÓNICA v. EGEDA), sobre el uso de grabaciones audiovisuales por plataformas de televisión de pago, finalizado por resolución de 23 de julio de 2020; E-2018-001 (EGEDA v. CEHE (FEHR), relativo al uso de grabaciones audiovisuales por establecimientos de hostelería, al que puso fin la resolución de 24 de febrero de 2022; E-2018-002 (AGEDI AIE v. FASYDE FEHR),

nistrativo⁷⁸. En ello ha podido influir que los requisitos de acceso al procedimiento se endurecieron sobrevenidamente para los usuarios a partir de 2019⁷⁹, así como la escasa dotación del órgano en medios humanos y materiales, lo que ha determinado que los procedimientos tarden en tramitarse más de lo que sobre el papel se prevé⁸⁰. También pesa la excesiva dependencia del órgano del Ministerio de Cultura, tanto a nivel orgánico como funcional, la escasa presencia en su composición de expertos economistas del Estado y sus peores pertrechos, en cuanto a nombramiento y estatuto de sus miembros, de cara a conjurar el riesgo de captura del regulador.

sobre uso de fonogramas comerciales por establecimientos de hostelería, que se resolvió el 24 de enero de 2019 por desistimiento de las solicitantes; E-2018-003 (CEHAT v. EGEDA), relativo a la retransmisión de grabaciones audiovisuales por la instalación de aparatos de televisión en las dependencias de establecimientos de hospedaje, resuelto por resolución de 14 de marzo de 2023; E-2019-001 (VEGAP v. TELEFÓNICA), sobre el uso de obras visuales en televisión de pago, resuelto por resolución de 9 de julio de 2024; E-2022-001 (AGEDI y AIE v. AERC), de nuevo sobre el uso de fonogramas comerciales por emisoras de radio de difusión inalámbrica para un periodo posterior al expediente E-2017-001 (pendiente de resolver); E-2022-002 (FORTA v. VEGAP), sobre el uso de obras visuales en televisiones públicas en abierto, al que ha puesto fin la resolución de 23 de junio de 2025; E-2023-001 (AGEDI-AIE v. MEDIASET y ATRESMEDIA), sobre el uso de fonogramas comerciales por operadores de televisión (pendiente de resolver); y E-2025-001 (AISGE v. CEHAT), sobre comunicación pública de interpretaciones artísticas audiovisuales en establecimientos de hospedaje (pendiente de resolver).

⁷⁸ Se han emitido seis sentencias por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuatro de ellas en relación con la Resolución del Expediente E-2017-001, una relativa al Expediente E-2017-002 y otra en relación con el Expediente E-2018-001. Las relativas al Expediente E-2017-001 son las sentencias 37/2024, de 18 de enero, que resuelve el recurso interpuesto por FORTA (P. O. 74/2023); 41/2024, de 29 de enero, que resuelve el recurso interpuesto por AGEDI-AIE (P. O. 67/2023); 235/2024, de 25 de abril, que resuelve el recurso de CRTVE (P. O. 105/2023); y 407/2024, de 28 de junio, que resuelve el recurso interpuesto por AERC (P. O. 81/2022). La relativa al procedimiento E-2017-002 es la sentencia 35/2024, de 25 de enero, que resuelve el recurso interpuesto por TELEFÓNICA (P. O. 755/2022). La relativa al procedimiento E-2018-001 es la sentencia 9/2025, de 15 de enero, que resuelve el recurso de AGEDI (P. O. 769/2023). Se encuentran en marcha recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los Expedientes E-2018-003, E-2019-001 y E-2022-002. La competencia para conocer de estos recursos, que originariamente se asignó al Tribunal Superior de Justicia de Madrid en virtud del artículo 10.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), ha pasado desde el 20 de marzo de 2024 a la Audiencia Nacional, en virtud de la modificación del apartado 5 de la disposición adicional 4ª LJCA, operada por Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

⁷⁹ Vid. art. 164.8 TRLPI, introducido por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el TRLPI y se incorporan a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/26/UE. Conforme a él, el pago a cuenta –señalado en los dos apartados anteriores del precepto– constituye un requisito previo necesario para que el usuario o la asociación de usuarios pueda instar un procedimiento de determinación de tarifas. Se puntualiza que las asociaciones de usuarios de menos de mil miembros podrán instar el procedimiento cuando, al menos, esté al corriente del pago a cuenta un número de miembros que represente al menos el 85% de los ingresos del conjunto de los miembros de la asociación.

⁸⁰ Conforme al artículo 21.6 del Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, el plazo de instrucción y resolución de estos expedientes es de 9 meses a partir de la admisión a trámite de la solicitud del procedimiento, que da lugar al inicio de los mismos. El expediente que más cerca ha estado de cumplir ese término fue el primero (el E-2017-001) que se prolongó durante algo menos de 16 meses, mientras que el resto de los concluidos hasta la fecha han durado: 34 meses el E-2017-002, 47 meses el E-2018-001, 48 meses el E-2018-003 y el E-2019-001 y 28 meses el E-2022-002, plazos que se derivan de contabilizar el tiempo transcurrido entre las respectivas fechas de admisión a trámite y resolución de cada expediente. Esta demora en la resolución de los expedientes ha generado, a su vez, un perverso efecto colateral, dado que la SPCPI, salvo en su primera resolución, ha decidido no dar eficacia retroactiva a las tarifas determinadas en cada caso, dejando así extensos periodos huérfanos de fijación tarifaria y expuestos, por tanto, a la litigiosidad entre entidades y usuarios.

En otro orden de cosas, resulta significativo que a pesar de no haber dejado de solicitar siempre informe a la CNMC⁸¹, salvo en su primera resolución, la SPCPI se haya apartado de los criterios reflejados por la autoridad de competencia en los informes dictados en los expedientes de determinación de tarifas⁸². Este factor, unido a otros que abundan en la falta de previsibilidad de sus decisiones, han contribuido a que la SPCPI no se haya perfilado como un órgano dotado de la suficiente confiabilidad⁸³.

Las entidades de gestión como monopolios de hecho y el erróneo diseño de la liberalización de los servicios de gestión colectiva

Si la colectivización de la gestión de ciertos derechos de propiedad intelectual se puede considerar fruto de una decisión económicamente racional, la concentración de los derechos de una misma clase y categoría de titulares en una sola entidad de gestión ha sido también moneda de uso corriente, si bien esto no parece obedecer tanto a reglas de racionalidad y eficiencia económica, como a la búsqueda de asegurar que cada entidad opere sin tener que hacer frente, dentro de su mercado, a la competencia de otros operadores. No ha sido infrecuente, por ello, que durante mucho tiempo el mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual estuviese copado por una sola entidad dentro de cada jurisdicción⁸⁴.

⁸¹ Los informes adoptados por la CNMC están disponibles en su sitio web localizables bajo sus respectivas referencias: INF/DC/235/17 (emitido en el Expte. E-2017-001); INF/DC/152/19 (Expte. E-2017-002); INF/CNMC/071/21 (Expte. E-2018-001); INF/DC/121/22 (Expte. E-2018-003); INF/DC/403/23 (Expte. E-2019-001); INF/DC/164/24 (Expte. E-2022-002); INF/CNMC/197/24 (Expte. E-2022-001); e INF/CNMC/092/25 (Expte. E-2023-001). En el expediente E-2025-001 aún no se ha solicitado informe a la CNMC.

⁸² A modo de ejemplo de ese apartamiento véase la Resolución SPCPI de 14 de marzo de 2023 (Expte- E-2018-003, CEHAT v. EGEDA), en la que se lee (apartado 177): “Como ya expusimos en nuestra Resolución de 24 de febrero de 2022 (expediente E-2018-001 EGEDA-FEHR, apartado 232), a juicio de esta SPCPI, las consideraciones de la CNMC sobre el supuesto incremento del repertorio de EGEDA y fortalecimiento de su posición monopolística, que derivaría de lo que denomina una interpretación amplia del concepto de grabaciones audiovisuales, no se sustentan sobre ningún criterio técnico ni jurídico, y, por lo demás, no son relevantes para la resolución de este procedimiento. No se trata aquí de dilucidar si se refuerza una posición monopolística o si es conveniente limitarla, pues lo cierto es que en la actualidad sólo hay una entidad de gestión autorizada para la gestión colectiva de los derechos de los productores de grabaciones audiovisuales”. En nuestra opinión, resulta bastante inédito que el órgano consultante desautorice de modo explícito en su propia resolución el criterio del órgano consultado.

⁸³ Nos referimos a la lejanía que la SPCPI ha mostrado con respecto a la metodología tarifaria defendida tanto por las entidades como por los usuarios, y a la falta de atadura que han representado para el órgano sus propios precedentes, los precedentes judiciales recaídos sobre las materias subyacentes e incluso la regulación legal de algunas de estas materias.

⁸⁴ Sucedió durante décadas en España con la antigua SGAE, que se consolidó en los años treinta del pasado siglo a partir de varias sociedades privadas de autores nacidas desde comienzos de esa centuria, y fue instituida por ley como entidad de gestión única bajo el nombre de Sociedad General de Autores de España, perdiendo su naturaleza jurídico-privada y pasando a integrarse dentro del Ministerio de Educación como un organismo de carácter público. Durante el largo periodo de la dictadura, no sólo no se podía crear una entidad de gestión distinta de la SGAE, sino que la afiliación a dicha entidad era obligatoria. En Italia, el monopolio legal de la Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE) para la gestión de derechos de autor se ha mantenido hasta la transposición en ese país de la Directiva 2014/26, por virtud del Decreto-ley nº 148, de 16 de octubre de 2017, convertido después en Ley nº 172, de 4 de diciembre de 2017. Aunque en teoría se pueden crear nuevas sociedades de autor, de facto la SIAE sigue siendo la única entidad de gestión de derechos de autor en ese país.

La concesión del monopolio legal a una sola entidad de gestión desapareció en España con la aprobación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (Ley 22/1987), base del actual TRLPI, la cual derogó la Ley de 24 de junio de 1941 por la que se había constituido la SGAE como entidad única y de Derecho público. A partir de ese momento se instaura en nuestro país un régimen plural, en el que la SGAE ya no tenía por qué seguir siendo la única entidad de gestión, sino que las entidades de gestión podían crearse libremente, si bien necesitaban ser autorizadas por el Ministerio de Cultura⁸⁵.

Sin embargo, la liberalización de los servicios de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual no se tradujo en una auténtica competencia entre entidades, pues las que se fueron creando ciñeron su actividad a una franja de titulares y derechos no coincidente con la de ninguna otra anterior, como se puede comprobar si se repasa el elenco de las entidades creadas en el curso de la década posterior a la aprobación de la Ley 22/1987, dedicadas respectivamente a la gestión de los derechos autorales sobre obras impresas, de los derechos de los productores de fonogramas, de los derechos de los artistas del medio musical, de los derechos de los creadores visuales, de los derechos de los productores audiovisuales y de los derechos de los artistas del medio audiovisual⁸⁶. El mercado de SGAE, relativo a derechos autorales sobre obras musicales y audiovisuales, permaneció intangible en los primeros lustros tras la Ley 22/1987.

En consecuencia, si bien no se establecía ya un monopolio legal, lo cierto es que la especialización de cada entidad de gestión en un mercado de derechos de propiedad intelectual diferente del de las restantes entidades, determinaba un monopolio natural o *de facto*: dado que gestionan derechos de colectivos diferentes y por tanto repertorios no intercambiables o sustitutivos, la presencia de otros agentes en el mercado de la gestión colectiva no se traduce en una presión competitiva para los demás, ya que no compiten entre sí⁸⁷.

⁸⁵ Continuó existiendo SGAE, y siguió siendo la entidad de gestión de referencia, tanto por número de socios como por volumen de recaudación; si bien sus estatutos se adaptaron al nuevo marco legal, perdió su carácter de órgano jurídico-público y hasta su nombre cambió –aunque no sus siglas– pasando a llamarse Sociedad General de Autores y Editores. La SGAE actual, refundada tras la Ley 22/1987, fue autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988 (BOE nº 134, de 4 de junio).

⁸⁶ Se trata de las siguientes entidades: Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 30 de junio de 1988 (BOE nº 166, de 12 de junio), que agrupa a los autores y editores de obras impresas, de cara básicamente a la gestión de los derechos de reproducción secundarios (reprografía, ediciones electrónicas, bases de datos, etc.); Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 15 de febrero de 1989 (BOE nº 60, de 11 de marzo), que asume la gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública de los productores de fonogramas; Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de junio de 1989 (BOE nº 171, de 19 de julio), que gestiona los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes del ámbito musical relacionados con las distintas formas de comunicación pública; Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 5 de junio de 1990 (BOE nº 141, de 13 de junio), que aglutina a los autores de obras plásticas, gráficas, de diseño y fotográficas, para la gestión de los derechos de explotación que les corresponden, así como el derecho de participación; Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de octubre de 1990 (BOE nº 263, de 2 de noviembre), que se ocupa de los derechos de comunicación pública de los productores audiovisuales; y Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 30 de noviembre de 1990 (BOE nº 294, de 8 de diciembre), que representa los derechos de comunicación pública de los artistas intérpretes o ejecutantes de carácter actoral.

⁸⁷ Tal como señalaba el Informe CNC 2009, “cada una de las entidades de gestión que existen en España gestiona categorías de derechos distintas, lo que significa que ninguna otra entidad gestiona los mismos derechos. Para

El monopolio *de facto* del que disfruta cada entidad de gestión en España no responde pues a los mismos principios o intereses que justifican la atribución de un monopolio de explotación temporal en favor del titular de derechos de propiedad intelectual, ya que no deriva de la ostentación de un derecho exclusivo como recompensa por la labor de creación intelectual desarrollada –lo que se traduce en una innovación beneficiosa para el conjunto de la sociedad–, sino que obedece a un efecto acumulador de mandatos de gestión en manos de un ente que no ha hecho nada por generar la existencia de los ítems que conforman su repertorio, y cuya posición de dominio dentro del mercado en el que opera solo se explica por objetivos exclusionarios y explotativos, obviamente no alineados con los fines generales de la libre competencia en el mercado.

El diseño del legislador a la hora de regular la creación de nuevas entidades ha favorecido, en cierta medida, esa solución. Si se observa el artículo 148 TRLPI⁸⁸, las entidades de gestión no pueden operar libremente, sino previa autorización concedida por el Ministerio de Cultura, que lleva a cabo un control que va desde lo puramente formal (estatutos acordes con los requisitos legales), hasta un juicio basado en criterios de oportunidad, ya que se valora si la solicitante reúne las condiciones para asegurar la eficaz administración de los derechos en todo el territorio nacional y si su autorización favorecerá los *intereses generales de la protección de la propiedad intelectual* en España⁸⁹.

Para apreciar, a su vez, estos dos últimos aspectos, hasta la reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, se ordenaba tener en cuenta el número de titulares que se hubieran comprometido a confiarle la gestión, el volumen de usuarios potenciales, la idoneidad de sus estatutos y medios para el cumplimiento de sus fines, la posible efectividad de su gestión en el extranjero y, en su caso, el informe de las entidades de gestión ya autorizadas⁹⁰. El so-

cada uno de los derechos que gestionan de cada colectivo, la entidad tiene una posición monopolística en la prestación de servicios a titulares y usuarios. Por lo tanto, la presión competitiva que afrontan es insignificante, lo que reduce sus incentivos a prestar sus servicios a titulares y usuarios de modo eficiente, y permite que puedan ejercer su poder de mercado e incurran en prácticas anticompetitivas, como la fijación de tarifas inequitativas y/o discriminatorias". Vid. también Resolución TDC, Expte. R. 686/06, Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Fundamento de Derecho 6.

⁸⁸ Que era el artículo 133 de la Ley 22/1987 y pasó a ser el artículo 143 en la versión original del TRLPI, recibiendo su numeración actual con motivo de la reforma del TRLPI operada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo.

⁸⁹ MARÍN LÓPEZ (2007), págs. 1816-1819, da cuenta de que la doctrina más tradicional venía interpretando que esa invocación de los intereses generales implicaba una regla de no competencia entre entidades, en el entendimiento de que sería indeseable, tanto para los titulares como para los usuarios, que se dieran situaciones de competencia entre entidades. Frente a ello, MARÍN LÓPEZ cree que los intereses generales se pueden ver perjudicados tanto con pocas entidades que se vean envueltas en continuos conflictos con titulares y/o usuarios, como con una excesiva proliferación de entidades; y recuerda que la tónica en los países de nuestro entorno es que haya muchas más entidades, algunas concurrentes en un mismo sector de derechos y titulares. Cita los casos de Alemania (con nueve entidades), Austria (con once) y Francia (con más de veinte). Con todo, MARÍN LÓPEZ cree que la competencia entre entidades *no tiene por qué ser perjudicial para el sistema de gestión colectiva* si se mantiene "dentro de unos límites razonables", como que el número de entidades concurrentes no sea superior a dos. Cree que, con ello, los usuarios no se verían perjudicados si los niveles tarifarios de las competidoras son similares y no tienen que emprender negociaciones más que con un par de entidades, mientras que los titulares tendrán la ventaja de poder abandonar su entidad y encomendar la gestión a la otra si consideran que aquella no administra bien sus derechos.

⁹⁰ En la actualidad, desde 2009 en adelante, se valoran la capacidad de una gestión viable de los derechos encomendados, la idoneidad de sus estatutos y sus medios materiales para el cumplimiento de sus fines, y la posible

metimiento en sí a autorización administrativa, la genérica llamada a favorecer los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España, el que se tuviera en cuenta el número de titulares dispuestos a encomendarle la gestión y la posibilidad de que las entidades ya existentes emitieran un informe previo, no eran elementos precisamente favorecedores de la aparición de nuevos entes⁹¹.

Seguramente eso explica que tan solo en dos ocasiones se haya autorizado la creación de nuevas entidades de gestión con un ámbito de acción coincidente, en parte, con el de una entidad ya existente. Así, a finales de los años noventa del pasado siglo se creó Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA)⁹², dedicada a gestionar derechos de los directores-realizadores y de los autores de las partes literarias de las obras audiovisuales, ámbito en el que concurría con parte de la actividad gestora de SGAE. En el año 2020 ha surgido una segunda situación de concurrencia con SGAE, en este caso en relación con los autores y editores musicales, a través de la creación de Sociedad Española de Derechos de Autor (SEDA)⁹³.

Mediante la aprobación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁹⁴, se modificó el artículo 147 del TRLPI para que el requisito de autorización administrativa pasara a ser exigible únicamente a las entidades legalmente constituidas “que tengan establecimiento en territorio español”, facilitando así que entidades extranjeras, en particular de otros países de la UE, pudieran prestar sus servicios en España. Sin embargo, a pesar de dicha modificación, la situación *de facto* no varió⁹⁵, en gran medida a causa de los contratos de representación recíproca que las entidades de gestión traban con sus homólogas extran-

efectividad de su gestión en el extranjero, atendiéndose, especialmente, a las razones imperiosas de interés general que constituyen la protección de la propiedad intelectual. Es decir, ya no se valoran el número de titulares que se hubieran comprometido a confiarle la gestión ni el volumen de usuarios potenciales, ni se contempla la emisión de un informe por las entidades de gestión ya autorizadas.

⁹¹ Así lo creía el Informe CNC 2009. Su conclusión tercera señalaba que el TRLPI incorporaba una serie de condiciones para operar como entidad de gestión que habían contribuido decisivamente a configurar el régimen de monopolios, dificultando la aparición de nuevos operadores que compitan con las entidades ya autorizadas. En concreto, se fijaba en que la exigencia de autorización previa condicionada al cumplimiento de requisitos que introducen un elevado grado de incertidumbre, falta de claridad y subjetividad, otorga al Ministerio de Cultura un elevado margen de discrecionalidad en la concesión de autorizaciones.

⁹² Autorizada por Resolución de la Secretaría de Estado de Cultura de 5 de abril de 1999 (BOE nº 85, de 9 de abril).

⁹³ Vid. Resolución de 8 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Industrias Culturales, Propiedad Intelectual y Cooperación, por la que se publica la autorización del Ministro de Cultura y Deporte a la Sociedad Española de Derechos de Autor, Entidad de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual, para actuar como entidad de gestión de los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual.

⁹⁴ Ley omnibus de acompañamiento de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la cual transpuso la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (“Directiva de Servicios”).

⁹⁵ En su tarea de promoción de la competencia, la entonces CNC adoptó el correspondiente informe normativo al anteproyecto de la Ley omnibus (INP 08/2009). En el mismo se criticaba que, si bien se introducían ciertas modificaciones para adaptarse a las prescripciones de la Directiva de Servicios, fundamentalmente en lo referido a los requisitos para la obtención de la autorización como entidad de gestión, perduraban ciertas previsiones inapropiadas, tales como el mantenimiento de la necesidad de obtener autorización previa para establecerse como entidad de gestión y de la obligación de no tener ánimo de lucro, la regulación de los requisitos para la obtención de la autorización como entidad de gestión y la falta de claridad y objetividad de los criterios de valoración del cumplimiento de los requisitos.

teras, en virtud de los cuales cada entidad local gestiona en su territorio el repertorio de las entidades extranjeras, liquidando después a cada una de ellas la parte correspondiente al uso de su respectivo repertorio. Esto hace que no se den casos de entidades foráneas actuando directamente sobre el terreno en el que tenga su establecimiento una entidad local, y en suma aboca a una fragmentación del mercado sobre la base del alcance geográfico de la gestión desempeñada por cada entidad nacional.

Un lustro después, la Directiva 2014/26 reconoció el derecho de los titulares de propiedad intelectual a autorizar a la entidad de gestión colectiva de su elección a gestionar los derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, respecto de los territorios de su elección, *“independientemente de la nacionalidad o del Estado miembro de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de derechos”* (art. 5.2). Por vía de garantizar al titular que encomiende la gestión de sus derechos a cualquier entidad establecida en el territorio de un Estado miembro, se asegura también que las entidades de gestión puedan operar en toda la Unión con tan solo reunir los requisitos para operar en el Estado miembro en el que se hallen establecidas.

Nuestro legislador aprovechó la transposición de la Directiva 2014/26 mediante el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, luego Ley 2/2019, de 1 de marzo, para modular el régimen de las entidades de gestión no establecidas en territorio español pero que pretendan prestar servicios en España. Todas ellas, incluidas las establecidas en Estados miembros de la UE, deben comunicar al Ministerio de Cultura el inicio de sus actividades en España. Si además de administrar derechos encomendados por los titulares mediante contrato de gestión quieren ejercer derechos de gestión colectiva obligatoria, deberán recabar la autorización prevista en el artículo 147 del TRLPI (art. 151.1 y 4 TRLPI). Hemos pasado así, paradójicamente, a un nivel de liberalización menor que el existente entre 2009 y 2018 para las entidades de gestión establecidas fuera de territorio español, y en particular establecidas en otros países miembros de la UE⁹⁶.

La Directiva 2014/26 trató de potenciar la liberalización del mercado de la gestión colectiva a través de un segundo expediente, a saber, la previsión de que se sumen a ese mercado los llamados operadores de gestión independientes (OGI), los cuales, a diferencia de las entidades de gestión, deben tener ánimo de lucro y no ser propiedad ni estar controlados, en todo o parte, por titulares de derechos (art. 3.b/ Directiva 2014/26). A la hora de introducir esta figura en nuestro ordenamiento, el legislador español no ha dispuesto que los OGI deban obtener autorización para poder actuar, aunque –al igual que las entidades de gestión extranjeras– sí deben comunicar al Ministerio de Cultura el inicio de sus actividades en España. Los OGI solo pueden ejercer los derechos conferidos a su gestión mediante contrato de gestión, teniendo vedado administrar derechos de gestión colectiva obligatoria (art. 153.1 TRLPI)⁹⁷.

⁹⁶ Cabe dudar de que, en este punto, la transposición efectuada por el legislador español haya dado como resultado una regulación conforme con la Directiva 2014/26. El informe normativo IPN/CNMC/040/17 adoptado por la CNMC al Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva 2014/26/UE insistía en que *“en el mercado de los derechos de propiedad intelectual sigue existiendo limitada presión competitiva y las entidades de gestión siguen teniendo posiciones casi monopolísticas por la confluencia de diversas barreras de entrada que limitan la competencia efectiva y/o potencial de otras entidades nacionales o extranjeras o de los propios titulares de derechos”*.

⁹⁷ De acuerdo con la información facilitada por el Ministerio de Cultura en su sitio web, los OGI que hasta ahora han comunicado el inicio de sus actividades en España son: Unison Rights, Soundreef, Jamendo, Sugarpod y

Con todo, la Directiva 2014/26 trata no solo, o no tanto, de promover la liberalización de la creación de entidades y OGI en el marco de un régimen de libertad de prestación de este tipo de servicios, como de favorecer que los titulares puedan moverse con facilidad de uno a otro ente, sin sufrir trabas o restricciones para ello. Así, el artículo 5.4 de la Directiva 2014/26 estatuye el derecho de los titulares *“a revocar la autorización para gestionar derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones, concedida por ellos a una entidad de gestión colectiva, o a retirar de una entidad de gestión colectiva los derechos o categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, según se determine de conformidad con el apartado 2, en los territorios de su elección, con un plazo de preaviso razonable no superior a seis meses”*⁹⁸.

La posibilidad de revocar el contrato de gestión y el acortamiento del plazo de vigencia de este están destinados a facilitar la libertad de los titulares de desvincularse de una entidad de gestión y encomendar sus derechos a otra. Esta facultad en favor de los titulares ha estado presente en diversas resoluciones de la autoridad de competencia española⁹⁹.

Así las cosas, la liberalización a la que se ha tendido desde las instancias comunitarias ha pivotado en torno a dos ejes: el favorecimiento de la aparición de nuevos entes, cada uno con su propio repertorio, dentro de la franja de mercado en la que ya viniera operando un ente anterior, y la facilitación del trasvase de la encomienda de gestión, por parte de los titulares, de una entidad a otra, con la consiguiente pugna entre entidades para lograr atraer hacia sí y mantener al mayor número de titulares posible. Se trata de un enfoque exclusivamente centrado en el mercado aguas arriba de la encomienda de gestión por parte de los titulares de derechos a las entidades.

Desde el punto de vista del usuario, sin embargo, esta aproximación resulta insuficiente, cuando no contraproducente. Para él la aparición de nuevos entes se convierte en una multiplicación de las instancias con las que negociar y contratar el pago de la tarifa, ya que cada nuevo operador gestiona su propio repertorio. Si el usuario desea poder utilizar todo el repertorio existente, como es lo habitual, necesitará proveerse de licencia y/o pagar la tarifa a todas las entidades que operen en el sector. De esta forma, aunque en un mercado exista más de una entidad, estas no compiten plenamente entre sí en el mercado aguas abajo, pues las autori-

Red Europea de Derechos Musicales, todos ellos en el mercado de los derechos de autor sobre obras musicales; y Motion Picture Licensing Company Spain (MPLC), que gestiona el derecho de un gran número de productores audiovisuales sobre la proyección de grabaciones audiovisuales mediante pantallas instaladas en lugares públicos, cuando el exhibidor no tenga licencia directa concedida por el productor o distribuidor.

⁹⁸ El considerando (19) de la Directiva 2014/26 abunda en esta facultad de los titulares, conectándola con las libertades establecidas en el TFUE. A nivel interno, el artículo 158.2 TRLPI prevé que *“el titular tendrá derecho, con un preaviso razonable no superior a seis meses que se concretará en los estatutos de la entidad de gestión, a revocar total o parcialmente su contrato de gestión, con una retirada de los derechos, categorías de derechos o tipos de obras o prestaciones de su elección en los territorios de su elección”*.

⁹⁹ Es el caso del expediente resuelto por acuerdo de terminación convencional entre SGAE y DAMA RCNC de 27 de noviembre de 2003, que tuvo origen en la denuncia formulada por DAMA contra SGAE por conductas contrarias a la libre competencia consistentes, entre otras, en impedir la libre elección de entidad por los titulares y el libre movimiento de los mismos entre entidades de gestión (Expediente 2398/02 DAMA/SGAE). También la resolución de la CNMC de 30 de mayo de 2019 sanciona a SGAE por la “imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de Gestión” (S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE).

zaciones que puedan conceder no colman las necesidades de los usuarios, que continuarán referidas al universo de obras o prestaciones de cada sector.

Frente a ello, como pasamos a desarrollar en el epígrafe siguiente, una compartición de repertorios auspiciada por la ley puede ser la clave para lograr una auténtica competencia entre diferentes agentes, todos ellos con parejo acceso al repertorio global en el mercado mayorista, de manera que de cara al usuario sean varios los entes que le puedan licenciar el repertorio completo de cada sector¹⁰⁰. No se trata de multiplicar el número de entidades y, con él, el de repertorios fraccionados, sino de mantener un único repertorio global garantizando el acceso a él a todas las entidades que vayan aflorando. De este modo, el usuario no necesitaría reunir una suma de autorizaciones, cada una relativa a un fragmento del repertorio global, sino que podría acudir a cualquiera de los operadores del mercado para obtener acceso al repertorio conjunto, limitándose las diferencias de precios entre ellos a la capacidad de cada operador para prestar sus servicios de manera eficiente.

6. Posible traslado del modelo de liberalización de las industrias de red al mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual

Como hemos visto, las industrias de red se caracterizan por la existencia de una infraestructura (v. gr. de telecomunicaciones, energía, aguas, postal, transporte) sobre la que se necesita articular la oferta de determinados bienes y/o servicios. Su tratamiento tradicional como monopolio natural deriva de la constatación de que el coste fijo de la red es muy elevado, lo que hace que la duplicación de la misma resulte ineficiente. De ahí los esfuerzos del legislador en los últimos tiempos por procurar, en todos esos sectores, garantizar el acceso a la infraestructura y así liberalizar la prestación de los servicios que se articulan sobre ella.

En el sector de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual existe también lo que podríamos llamar una infraestructura de red, que estaría constituida por esa suma de derechos de cuya gestión se ocupa una entidad de gestión, o si se prefiere el conjunto de obras y/o prestaciones cuyos derechos son administrados por una entidad de gestión, en definitiva lo que llamamos el «repertorio»¹⁰¹: el control monopolista de ese «tejido de derechos» es el que, en este sector, impide o dificulta gravemente el acceso al mercado como proveedores por parte de otros posibles operadores¹⁰².

¹⁰⁰ Hasta ahora el único mercado mayorista de repertorios es el que se da entre entidades de gestión que operan en mercados geográficos distintos, a fin de concederse recíprocamente la representación en el territorio respectivo; pero eso no propicia una competencia entre esos entes sino todo lo contrario, una compartimentación geográfica de los mercados de modo que en cada jurisdicción solo opera la entidad establecida a nivel local, con capacidad para dar autorización para el uso del repertorio universal. Desde el punto de vista del usuario este no goza de una auténtica variedad de oferentes para poder obtener los permisos que necesita y/o satisfacer la tarifa correspondiente a su uso, sino que solo dispone de la opción de contratar la autorización y el pago de la tarifa con la respectiva entidad local.

¹⁰¹ El artículo 164.3.c) del TRLPI define el repertorio como “las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión”. En el artículo 3.l) de la Directiva 2014/26 se define como “las obras cuyos derechos gestiona una entidad de gestión colectiva”.

¹⁰² El concepto de «infraestructura de red» no tiene que interpretarse necesariamente desde una perspectiva material. En el ámbito del espectro radioeléctrico, por ejemplo, como bien de dominio público, también se ha producido una consideración del mismo como monopolio natural.

Como sucede en industrias de red como las telecomunicaciones y la energía, existen economías de escala en la gestión de derechos de propiedad intelectual que generan una tendencia a la concentración de mercado. Dado que los costes fijos de recabar y administrar cierto repertorio, con independencia del número de obras que albergue, es relativamente alto, mientras que el coste marginal de administrar una obra más es relativamente pequeño, incluso en un contexto competitivo, aquella entidad con el más amplio repertorio podrá actuar de forma más eficiente desde la perspectiva de los costes, y por tanto atraerá a más titulares a lo largo del tiempo.

Ello provoca que, sin acceder al repertorio preexistente, no resulte económicamente viable para los potenciales entrantes prestar servicios de gestión de derechos de propiedad intelectual. La muestra es lo sucedido en España, en donde DAMA solo logró despegar de forma definitiva cuando logró acumular el repertorio internacional a través de acuerdos de representación recíproca¹⁰³. Fuera de DAMA, no se conoce ningún otro caso de entidad entrante que haya logrado desplazar, siquiera en parte, el peso de la entidad incumbente. Lo mismo cabe señalar respecto del escasísimo desarrollo de los operadores de gestión independientes, a los que ya nos hemos referido. El optimismo con el que se presentó su introducción en nuestro sistema en 2018, cuando se los describía como “alternativa a la gestión colectiva ofrecida por las entidades de gestión”¹⁰⁴, ha quedado en gran medida defraudado. La exigua expansión de los OGI en el mercado español recuerda la situación mencionada *supra* respecto de los operadores móviles virtuales en la primera fase en la que existían operadores habilitados para actuar como OMV, si bien la ausencia de una obligación de los entonces tres operadores móviles con red de proporcionar acceso a la misma a los OMVs impidió *de facto* el desenvolvimiento de una mayor competencia en el sector de la telefonía móvil¹⁰⁵.

Pues bien, de forma similar a una infraestructura de red, el repertorio que gestionan las entidades de gestión –del acceso al cual dependen las posibilidades de desarrollo de operadores alternativos– es no ya muy costoso, sino de imposible duplicación.

La imposibilidad de duplicación de este tipo de infraestructura deriva, a su vez, de dos factores. En primer lugar, las obras y otras prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual no son bienes fungibles o sustituibles entre sí.

Las obras, para ser protegidas por derechos de autor, han de ser originales (art. 10 TRLPI), lo que significa que tienen que diferenciarse lo bastante de cualesquiera obras anteriores

¹⁰³ Véase una descripción de la evolución de las respectivas cuotas de mercado de DAMA y SGAE entre los años 2013 y 2022 en la resolución de la CNMC de 19 de junio de 2024 (S/0641/18 DAMA-UNISON RIGHTS vs SGAE), págs. 57-60.

¹⁰⁴ Vid. parte expositiva del Real Decreto-ley 2/2008, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, incorporando la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

¹⁰⁵ En suma, con la excepción de DAMA, ninguna alternativa a las entidades de gestión incumbentes ha logrado fructificar. La CNMC en la resolución del expediente sancionador S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE, de 30 de mayo de 2019, lamenta que ninguna de las alternativas teóricamente existentes a las entidades de gestión (entidades de gestión autonómicas, entidades de gestión de otros Estados que operen en España, etc.) hasta la fecha “han tenido un desarrollo mínimo de cara a la captación y explotación de repertorios de derechos de autor en España, y no alcanzan una magnitud competitiva significativa, siendo su presencia menor”.

so pena de incurrir en plagio. Las interpretaciones o ejecuciones artísticas son bienes igualmente únicos, en el sentido de que, si bien no se requiere que sean originales para su protección, se diferencian unas de otras por el hecho de su procedencia subjetiva. Las grabaciones fonográficas pueden recaer sobre las mismas obras, incluso sobre una misma fuente de sonido si ésta es accesible a más de un productor. Por eso, los productores pactan cláusulas de exclusividad con los artistas, de manera que, al menos durante el tiempo que dure la exclusiva, la interpretación de determinada obra por un determinado artista o grupo de artistas no podrá ser grabada por otro productor. Eso asegura su singularidad frente a otros álbumes fonográficos, incluso de las mismas piezas musicales. En el ámbito audiovisual ocurre algo similar, las aportaciones autorales de una película o serie se realizan para la ocasión y las interpretaciones artísticas se contratan en exclusiva. Puede haber coincidencia con un guion u obra literaria en que se base la adaptación audiovisual (*remakes*), pero normalmente los derechos se ceden en exclusiva por periodos largos, de tal forma que la nueva adaptación no suele ser realizada ni interpretada por los mismos sujetos. No hay dos obras audiovisuales iguales, incluso aunque se proyecten sobre la misma temática o sean adaptación de la misma obra literaria.

Esa unicidad de los diferentes ítems que componen el repertorio de cualquier entidad de gestión hace que no se pueda competir en el mercado de la gestión colectiva, o solo de manera muy imperfecta, por la vía de construir un repertorio alternativo, compuesto por ítems diferentes a los que componen el repertorio de las entidades incumbentes. Aunque en hipótesis existieran en algún lugar imaginario unos cuantos centenares o miles de autores, artistas y productores capaces de generar en una noche, como los duendes que en el cuento ayudaban gentilmente al pobre zapatero, todo un repertorio de nuevas obras, interpretaciones artísticas y producciones, no por eso los usuarios dejarían de tener interés en seguir utilizando el viejo repertorio, pues no desaparecerán de un día para otro los productos que son empleados en la actividad cotidiana de cualquier usuario, los cuales seguirán llevando incorporadas las obras, interpretaciones artísticas y producciones que pertenecen a ese viejo repertorio.

En suma, el nuevo repertorio no tiene la virtud de reemplazar al antiguo, simplemente se agrega a él. Si se crean o producen nuevos ítems que son objeto de comercialización en el mercado primario, el usuario que se provee de licencias en el mercado secundario querrá tener acceso *también* a esos nuevos ítems, pero sin que ello signifique que le interese renunciar a los ítems preexistentes, ya que en su actividad no tendrá más remedio que utilizar ítems de toda procedencia: ni en el mercado primario, ni en el secundario, los contenidos se comercializan en circuitos separados.

Por otro lado, no hay forma de alinear la participación de los autores y artistas en las producciones musicales y audiovisuales con su pertenencia o afiliación a una u otra entidad de gestión. Por eso, el hecho de que eventualmente existan varias entidades dentro de un sector no garantiza que el usuario vaya a poder elegir a cuál de ellas dirigirse ni, por tanto, puede decirse que esas entidades compiten entre sí de cara al usuario. El usuario estándar utiliza en su actividad un volumen de contenidos amplio y heterogéneo, de modo que no le quedará más opción que relacionarse con todas las entidades que existan, dentro de cada sector, para poder dar cobertura a los usos secundarios que protagonice.

En definitiva, la red no se puede replicar, tan solo alimentar con nuevos elementos que pasarán a incrementar el volumen de red en manos del operador incumbente. Incluso si un conjunto relativamente extenso de nuevos ítems apareciera todo él concentrado en manos de un operador entrante, no conformaría una red alternativa o sustitutiva de la anterior, pues estaría abocado a integrarse o combinarse con ella, ya que para desarrollar su actividad los usuarios necesitarán poder utilizar ambas. De esta forma, la aparición de nuevos entrantes, cada uno con un nuevo segmento de repertorio, solo sirve a provocar una fragmentación de la infraestructura, obligando al usuario a relacionarse con una suma de operadores si quiere tener acceso completo a toda la red¹⁰⁶.

El fenómeno es similar al que se produce cuando el repertorio de una entidad entrante procede, no de autores y artistas entrantes o noveles que se afilian por primera vez a una entidad de gestión, sino por segregación del repertorio de la entidad incumbente, tal y como sucedió en el caso de DAMA y SGAE. Dada la fragmentación del repertorio entre esas dos entidades, y que la línea de separación entre ambos repertorios no responde a una división por tipologías o géneros de obras, los usuarios no tienen más remedio que contratar con ambas y satisfacer la respectiva tarifa¹⁰⁷. En su Informe 2009, la CNC ya se había manifestado sobre la limitación de un modelo de competencia que descansara en que una misma categoría de repertorio quedara dividida entre varias entidades¹⁰⁸.

Así las cosas, dado que los objetos cuya utilización interesa al usuario a gran escala de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual son únicos, y por tanto no pueden crearse redes que compitan entre sí por el tipo de ítems que contengan, sino a lo sumo que conecten o se agreguen entre sí generando una red ampliada, en un escenario con varias entidades de gestión la única posibilidad que tendría el usuario de suministrarse de una sola vez todo el espectro de ítems existentes sería que cualquiera de las entidades le pudiera dar acceso a la totalidad de la red, es decir, a la globalidad del repertorio¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Sucede como en una red de telefonía, en la que el abonado no sabe a priori a qué número de la red va a necesitar llamar, y por tanto no puede ser selectivo a la hora de contratar el servicio. Es decir, la existencia de una infraestructura de red que conecte a los abonados de cierta área geográfica no es una alternativa frente a la conexión a la red principal que da servicio en el resto de regiones. Un abonado solo hallaría utilidad en contactar únicamente con los abonados de la red local si tuviera la absoluta certeza de que solo necesitará comunicar con el segmento de abonados de la misma. Como ese tipo de situaciones son más bien exóticas, el titular de la red local necesitará, a su vez, la interconexión con la red principal (al tiempo que al titular de esta le será útil poder dar servicio a sus abonados para que puedan hacer uso también de la red local). En el ámbito de la propiedad intelectual, al usuario típico no le será suficiente con tener acceso a los ítems de una sola *red local*. Por eso, la aparición de nuevos entes con su propio repertorio no constituye una verdadera alternativa para el usuario, pues además del acceso a esos nuevos repertorios necesitará poder seguir accediendo al repertorio de la red principal.

¹⁰⁷ No solo si adoptamos una visión *macro* de grandes conjuntos de obras, algunas de las cuales estarán gestionadas por SGAE y otras por DAMA, sino incluso aplicando una visión *micro*, pues los derechos sobre una misma obra pueden estar en parte gestionados por SGAE (v. gr. los del autor de la banda sonora y los del guionista) y en parte por DAMA (v. gr. los del director-realizador). Hasta ese punto el usuario no va a poder elegir, aunque quisiera, hacerse conceder una licencia por DAMA o por SGAE.

¹⁰⁸ *"Introducir competencia no equivale a que un determinado conjunto de derechos quede repartido entre varias entidades. Este tipo de modelo [basado en un reparto de los titulares de derechos entre entidades] no parece la mejor opción: los usuarios se ven obligados a negociar con todas las entidades si quieren acceder al repertorio de la totalidad de autores y, por ello mismo, la competencia no se ve realmente favorecida"*. Vid. Informe CNC 2009, conclusión sexta.

¹⁰⁹ Naturalmente, la otra fórmula es la tradicional: que, por disposición legal o *de facto*, se aglutine la gestión colectiva de los derechos de todo el repertorio agregado en una sola entidad de gestión. Pero esa situación de monopolio legal o de hecho es justamente la que provoca la ausencia total de competencia, de modo que ni el

Para eso, a su vez, la única fórmula viable sería que, con independencia de a qué entidad hubiese encomendado el titular la gestión de sus derechos, cualquiera de las entidades que operan en el mismo mercado pudiese autorizar a un determinado usuario la utilización del repertorio global, en virtud del acceso a la red que las entidades con repertorio deberían garantizar a las entidades *sin* repertorio, y/o de la interconexión que las entidades con *cierta fracción del* repertorio deberían garantizar a las entidades con *distinta parte del* repertorio.

Podría pensarse que ese mismo objetivo se puede lograr por vía, sencillamente, de permitir que el titular se dé de alta en más de una entidad de gestión, encomendado a todas ellas la gestión de sus derechos sobre la misma obra o prestación simultáneamente, de modo que ninguna tenga la exclusiva de gestión y pueda autorizar a los usuarios la utilización de los mismos derechos. Es decir, en lugar de una duplicación de los ítems que componen el repertorio, una duplicación de las encomiendas de gestión sobre esos ítems.

Para ello, desde luego, habría que modificar la actual regulación en la materia, que está basada en la premisa de que el titular encomienda la gestión de sus derechos a una u otra entidad de manera excluyente, pudiendo eso sí retirar su mandato total o parcialmente de la entidad elegida para trasladar la encomienda de gestión a una entidad diferente¹¹⁰. Eso significa que un titular puede atribuir la gestión de sus derechos en parte a una entidad y en parte a otra, pero bien entendido que esas entidades no podrán ostentar la gestión en paralelo del mismo derecho, a favor del mismo titular y en relación con una misma obra o prestación. Se observa también en la regulación que en nuestro ordenamiento se hace de los derechos de gestión colectiva obligatoria, basada en la premisa de que el titular deberá decantarse por cualquiera de las entidades que se ocupen de gestionar esa clase de derechos, o bien será la Administración competente la que efectuará esa decantación¹¹¹.

titular puede encomendar la gestión a otra entidad, ni el usuario dispone de una instancia alternativa para obtener el insumo que necesita en su actividad. Es el modelo frente al cual el legislador –comunitario y nacional– ha reaccionado tratando de incentivar la creación de nuevas entidades y operadores de gestión independientes. Sin embargo, si cada ente gestiona un repertorio separado, la competencia se circunscribe al mercado aguas arriba de la encomienda de gestión entre titulares y entidades, pero no se traslada al mercado aguas abajo de licencias entre entidades y usuarios. Frente a esta limitación es frente a la que tratamos de salir al paso en este trabajo, planteando una aproximación diferente que propicie también competencia en ese segundo mercado.

¹¹⁰ El artículo 158.2 y 3, TRLPI, relativo al contrato de gestión, dice que: “2. *El titular tendrá derecho, con un preaviso razonable no superior a seis meses que se concretará en los estatutos de la entidad de gestión, a revocar total o parcialmente su contrato de gestión, con una retirada de los derechos, categorías de derechos o tipos de obras o prestaciones de su elección en los territorios de su elección//* 3. *La entidad de gestión podrá determinar que la revocación despliegue efectos a partir del final del ejercicio en que se cumpla el periodo de preaviso y no podrá condicionarla a que los derechos del titular se encomienden a otra entidad de gestión excepto en lo relativo a los derechos contemplados en la presente ley cuya gestión deba realizarse obligatoriamente a través de las entidades de gestión*”. Ídem, a nivel europeo, el artículo 5.4 de la Directiva 2014/26. Ninguna de esas previsiones tendría sentido si el titular pudiera encomendar la gestión de unos mismos derechos, sobre la misma obra, a más de una entidad en paralelo, pues no necesitaría retirar o revocar el mandato dado a una para atribuírselo a otra.

¹¹¹ El artículo 20.4.c) TRLPI, en materia de retransmisión por cable, prevé que, en el caso de titulares que no hayan encomendado la gestión ninguna entidad, el derecho se hará efectivo a través de la entidad que gestione derechos de la misma categoría, y cuando existiere más de una los titulares podrán encomendar la gestión a cualquiera de las entidades. Por su parte, el artículo 77.2 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, para actos de retransmisión por medios distintos del cable, dispone que en caso de que un titular de derechos no haya transferido la gestión a una entidad de gestión colectiva, se considerará que la entidad que gestione en España derechos de la misma categoría tiene derecho a conceder o denegar la autorización para la retransmisión

Sea como fuere, un sistema como ese solo podría funcionar si *todos* los titulares otorgasen mandato a *todas* las entidades que operan o lleguen a operar en un sector, de tal forma que el usuario le bastase con acudir a una sola de ellas. Desde el momento en que esa asignación no fuese plena, habría entidades que no dispondrían de la totalidad del repertorio y la situación nos retrotraería al modelo actual, en el que pueden producirse casos de concurrencia imperfecta que abocan a que el usuario deba proveerse de licencia de todas las entidades en liza para tener la seguridad de que puede utilizar absolutamente todo el repertorio que existe. Con el agravante de que, al haber titulares que podrían estar dados de alta en ambas entidades a la vez en relación con los mismos derechos/obras, la obtención de licencia de manos de las dos entidades daría lugar a un licenciamiento doble respecto de los titulares que hubiesen encomendado a ambas la gestión de los mismos derechos/obras: el usuario estaría pagando dos veces por el uso de un mismo ítem y los titulares con doble afiliación cobrarían de dos fuentes en relación con un mismo uso, lo cual constituye un sinsentido¹¹².

Por consiguiente, el repertorio de las entidades de gestión: (i) no puede ser duplicado por vía de generar nuevos ítems, pues a la postre eso redundaría en un aumento del repertorio global, o en una fragmentación de la infraestructura, y no en una genuina replicación en el sentido de surgimiento de una red íntegra alternativa, (ii) ni tampoco por vía de adicionar encomiendas de gestión sobre los mismos derechos/obras, porque eso solo se traduce en una duplicidad innecesaria de accesos a una misma infraestructura y en definitiva en una duplicidad de pagos por el uso de un mismo recurso.

Se debe pues propugnar un sistema en el que todas las entidades que operen en determinado mercado puedan dar licencias por la utilización del repertorio agregado de todas ellas, sin depender de que los titulares hayan encomendado la administración de sus derechos a todas y cada una de esas entidades, lo que en el caso concreto podría no haber sucedido con respecto a alguna(s) de ellas. De esta forma cada entidad podrá seguir teniendo su propio repertorio, y contribuir así a la conformación de la red global en mayor o menor proporción, pero de cara a la relación con los usuarios todas estarían igualmente investidas para otorgar licencias y recaudar por la utilización de la totalidad del repertorio global. Es decir, el repertorio global podría ser licenciado por tantas entidades como operasen en el sector. Con esto se evita que el usuario tenga que acudir a las diferentes entidades presentes en un determinado mercado para reunir todas las piezas del repertorio, conjurando además el peligro de dobles afiliaciones y de dobles pagos.

En un sistema así las entidades competirían por los usuarios, sin que ello implicase que dejaran de competir también por los titulares: cuanto mayor el repertorio propio directo, menor el coste que se tendrá que asumir para acceder al repertorio agregado por otros operadores. Con

en nombre del mencionado titular, y cuando existiera más de una entidad de gestión de los derechos de la categoría, el Ministerio de Cultura encomendará la gestión de los mismos a cualquiera de las entidades mediante la correspondiente orden ministerial.

¹¹² En efecto, no habría modo de establecer que, respecto de determinado titular/obra/derecho, perteneciente al repertorio de ambas entidades a la vez, el usuario lo está retribuyendo a través de la entidad "A" y no de la entidad "B" cuando tiene contrato-autorización con las dos y paga a ambas una *blanket license* por utilizar sin distinción todos los ítems del repertorio de cada una.

la suma del repertorio directo y el indirecto, la entidad podría aparecer ante el usuario como administradora del repertorio universal, de manera que el usuario no necesitara proveerse más que de la licencia de una sola entidad, a la que pagaría una tarifa proporcionada al uso de ese repertorio universal. A partir de ahí, la recaudación que obtenga cada entidad deberá llegar hasta sus destinatarios finales. Mientras que algunos titulares serán miembros directos de la entidad recaudadora, otros estarán afiliados a otras entidades, a cada una de las cuales deberá la entidad recaudadora liquidar la parte que corresponda a los respectivos titulares, y ocupándose la perceptora de distribuir después la cuota de reparto asignada a cada titular. Existiría un mercado mayorista, el de las entidades autorizándose masas de repertorio entre sí, y un mercado minorista, el de cada una de las entidades ofreciendo el repertorio global a los distintos usuarios. Todas las entidades podrían funcionar como recaudadoras y perceptoras simultáneamente.

Si se observa, este sistema no es muy diferente del que ya emplean las propias entidades de gestión para articular la gestión de los derechos de los titulares extranjeros. Las entidades de gestión que operan en cada territorio, normalmente como monopolios de hecho, celebran acuerdos de representación recíproca con entidades homólogas extranjeras. En virtud de esos acuerdos las entidades comparten en bloque sus repertorios con esas entidades extranjeras, de forma que estas puedan, cada una en su respectivo territorio, licenciar el uso de ese repertorio y percibir la recaudación por ese uso. La entidad mandatada liquida después a la mandante por los usos de su repertorio dentro del ámbito geográfico de aquella, previa detracción de un descuento de administración, ocupándose la entidad mandante de hacer llegar la cuota correspondiente a los titulares miembros de la misma¹¹³.

A través pues de esa malla de contratos de representación bilateral entre entidades de gestión de cada país se llega a crear un auténtico *pool* de repertorios –o repertorio *universal*– susceptible de ser gestionado por cualquiera de las entidades que forme parte de esa red internacional de acuerdos; con la peculiaridad, eso sí, de que cada una de ellas solo puede hacer valer esa representación dentro de su respectivo territorio, ya que una de las características de esos acuerdos es la cláusula por la cual cada entidad se compromete a limitar su actividad gestora al territorio donde esté establecida, y por tanto a no prestar sus servicios en el territorio nacional de la otra entidad con la que contrata.

Es decir, en el caso de los acuerdos de representación recíproca internacional la compartición de repertorios va unida a una compartimentación de territorios. Ese sería, sin duda, un punto clave de diferencia con el sistema que propugnamos, pues en nuestro modelo la compartición de repertorios no se produce entre entidades localizadas en territorios diferentes, y por tanto no implica que una de ellas se abstenga de operar en el área geográfica de la otra. Al revés, de lo que se trata es de fomentar una auténtica competencia entre entes que, por definición, operan en el mismo territorio: el entramado de convenios de representación recíproca auspiciado por la Confederación Internacional de Sociedades de autores y Compositores (CISAC),

¹¹³ A tal efecto, el artículo 177.2 TRLPI dice que “*el reparto y pago de derechos recaudados por otra entidad de gestión mandatada en el marco de un acuerdo de representación se efectuará por la entidad de gestión mandante a los titulares de las obras o prestaciones utilizadas (...)*”.

como los de otras organizaciones análogas en el ámbito de los derechos conexos, no se dirige precisamente al fomento, sino a la restricción de la competencia entre entidades¹¹⁴.

Otro punto de diferenciación sería, lógicamente, que el acceso al repertorio de las otras entidades no se dejaría al puro arbitrio o voluntad de los operadores, sino que habría que disponer la obligación de facilitar acceso al propio repertorio a fin de garantizar la interconexión con los repertorios ajenos y, en definitiva, la interoperabilidad de toda la red. Ello nos remite a la lógica de las infraestructuras esenciales, concepto procedente del Derecho antitrust anglosajón y más citado por su nombre en inglés (*essential facilities*), referido a aquellos casos, sancionados como abusos de posición de dominio, de negativa de suministro o negativa de acceso a un recurso que se configura como esencial para empresas situadas en la fase posterior del mismo mercado o en mercado afín o incluso en otro mercado¹¹⁵.

Si se contemplan los factores analizados en Derecho de la competencia para valorar la existencia de un abuso de posición de dominio basada en la exclusión de acceso a una *essential facility*¹¹⁶, nos parece que podrían aplicarse al caso de los repertorios gestionados en exclusiva por las entidades de gestión, a saber: (i) situación de control efectivo de una infraestructura esencial por parte de un monopolista; (ii) incapacidad del competidor para duplicar o emular la infraestructura esencial, siendo así que el acceso a la infraestructura es indispensable –y no meramente conveniente– para la actividad de la empresa que lo solicita, sin que haya una alternativa real o potencial a la misma¹¹⁷; (iii) posibilidad técnica y económica de que el monopolista comparta el uso de la infraestructura esencial; (iv) falta de justificación válida a la negativa de dar acceso a la infraestructura¹¹⁸; y (v) disponibilidad de la empresa que solicite el

¹¹⁴ Decisión de la Comisión Europea de 16 de julio de 2008 (asunto COMP/C-2/38.698 – CISAC) [C(2008) 3435 final] determinó que dos cláusulas de los acuerdos recíprocos de representación auspiciados por la CISAC, la de afiliación (no aceptar como miembros a titulares que sean ya socios de la otra entidad) y la de exclusividad (dar la representación a una sola entidad en cada territorio) así como la práctica –aparentemente concertada– consistente en limitar cada entidad de gestión su actividad a su propio territorio comprometiéndose a no desplegar ninguna actividad en el territorio de la otra, eran contrarias al Derecho de la competencia UE y ordenó que las entidades de gestión presentes en el procedimiento se abstuvieran de seguir utilizando esas cláusulas en sus acuerdos, así como de mantener la citada práctica. La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de abril de 2013 anuló la parte de la Decisión que se refería a la práctica aplicada por las sociedades de gestión que lleva a una segmentación territorial nacional estricta de las áreas de licencia, al considerar que la Comisión no había probado que hubiese existido una concertación.

¹¹⁵ Por citar el primer caso y los más representativos posteriormente en términos de matizar la jurisprudencia anterior, vid. STJCE de 6 de marzo de 1974, asuntos acumulados 6/73 y 7/73 (caso *Commercial Solvents c. Comisión*), STPI de 10 de julio de 1991, asuntos acumulados T-69/89, T-70/89 y T-76/89 y STJCE de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P (caso *Magill*), STJCE de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97 (caso *Oscar Bronner*) y STJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-418/01 (caso *IMS Health*).

¹¹⁶ Seguimos la síntesis que realiza CALLOL GARCÍA (1999), pág. 415.

¹¹⁷ Vid. CALLOL GARCÍA (1999), págs. 407 y 408. Se trata de evitar el fenómeno del *free rider* o aprovechamiento ilícito de la inversión ajena. El TJCE viene exigiendo para que una empresa pueda acceder a la infraestructura del competidor que quede demostrado que no es económicamente viable la creación de una estructura propia, individualmente o en asociación con otras empresas, capaz de cumplir las funciones de aquella a la que se pretende acceder.

¹¹⁸ El Tribunal de Justicia ha señalado que la negativa por parte de un titular de un derecho de propiedad intelectual a conceder una licencia, aunque se trate de una empresa en posición dominante, no constituye en sí misma un abuso de esta, aunque sí puede constituirlo en unión de otras circunstancias. Vid. STJCE de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97 (*Oscar Bronner*). Conviene volver a recordar que las entidades de gestión no son titulares

acceso a abonar a cambio un precio razonable y no discriminatorio, en su caso fijado con la intermediación del regulador.

Dicho lo cual, la intervención caso a caso de las autoridades de competencia o la jurisdicción civil para valorar si concurren circunstancias que justifiquen el acceso al repertorio de una o más entidades de gestión por parte de operadores entrantes conforme a los criterios reseñados, no es la solución eficiente a los problemas de competencia planteados por la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. A la postre presenta las mismas insuficiencias que una aproximación basada en la represión del abuso de posición de dominio por imposición de precios inequitativos, discriminatorios o excesivos. Se trata en ambos casos de fórmulas reactivas, que no atacan el problema de raíz sino que se agotan en cada intervención puntual, y que no siempre logran corregir las conductas anticompetitivas detectadas, incluso aunque se despliegue una costosa vigilancia respecto del cumplimiento de la sanción o de las medidas impuestas¹¹⁹.

De ahí que el enfoque que proponemos intente salir al paso de los problemas de competencia derivados del monopolio de hecho que ostentan las entidades de gestión colectiva sobre sus respectivos repertorios, asumiendo que la aproximación basada en el abuso de posición de dominio y/o la doctrina de las *essential facilities* tiene sus limitaciones. En su lugar, creemos que está justificada una actuación regulatoria que, tomando como referencia la experiencia previa en otros procesos de liberalización de industrias de red, transforme definitivamente el modelo de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, el cual creemos que ha demostrado ser incapaz de dar una respuesta eficiente a las necesidades de los usuarios y, de forma refleja, de los titulares.

Al igual que nuestra propuesta se inspira en la utilización de mecanismos que, como los acuerdos de representación recíproca, ya se conocen desde hace tiempo en el campo de la gestión colectiva, debemos observar que actualmente ya se dan cita en el mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual algunos de los elementos básicos de regulación que acompañan a cualquier proceso de liberalización, a saber, (i) el establecimiento de organismos reguladores independientes¹²⁰ y (ii) una cierta regulación de precios¹²¹. Se trataría de completar ese itinerario dando los siguientes pasos hacia una completa liberalización: (iii) el

como tales de derechos de propiedad intelectual, sino que gestionan el repertorio a ellas encomendado por los diferentes titulares.

¹¹⁹ Respecto de la eficacia de las resoluciones de la autoridad de la competencia desde una perspectiva de desincentivación de las conductas sancionadas, no conocemos estudios ni análisis sobre la materia, pero sí cabe apuntar a algunos casos de apreciación de agravante por reiteración de la conducta. La CNMC recomendaba valorar la inclusión en el anteproyecto de ley por el que se modificaba el TRLPI para la transposición de la Directiva 2014/26/UE, de la posibilidad de revocar, como caso excepcional, la autorización de entidad de gestión en el caso de infracciones en materia de defensa de la competencia, especialmente en los casos más graves por su alcance y reiteración (IPN/CNMC/040/17).

¹²⁰ La ya citada SPCPI, la cual tiene competencias de mediación, arbitraje, determinación o fijación de tarifas y control de las tarifas de las entidades de gestión.

¹²¹ Hemos visto *supra* cómo el artículo 164.3 del TRLPI obliga a las entidades de gestión a establecer tarifas generales que se atengan, al menos, a la batería de criterios que ese precepto enumera, así como a la metodología aprobada después mediante orden ministerial. La regulación de precios viene dada por esta metodología fijada a nivel legal, en combinación con la atribución de la función de determinación de tarifas a la SPCPI.

establecimiento de un acceso regulado a la red, esto es, el repertorio y/o (iv) la desintegración vertical (no solo contable sino jurídica) de los distintos segmentos de actividad (producción, distribución al por mayor, distribución al por menor y comercialización).

Como sucedió en la liberalización de los sectores de telecomunicaciones y energía, la imposición de deberes de acceso a los monopolistas históricos supone forzar a estos a compartir un activo estratégico con sus competidores, sea la red telefónica fija, la cobertura móvil, la red de transporte eléctrica o, en el caso que planteamos, el repertorio de las entidades de gestión. Más allá de su previsión vía directivas en el marco de la liberalización de los sectores de telecomunicaciones y energético, la compatibilidad con el ordenamiento nacional de una limitación al derecho de propiedad de las redes que supone el establecer un deber de acceso regulado a las mismas se ha considerado plenamente compatible con la concepción social del derecho de propiedad consagrada por la Constitución española en su artículo 33.2¹²².

Siempre que en estos contextos se hace referencia a obligaciones de acceso a activos del operador tradicionalmente monopolista, se adjetiva tal acceso como *regulado*, para indicar que debe ser en condiciones no discriminatorias y con orientación de las tarifas de acceso a los costes del titular de la red, para evitar denegaciones *de facto*. Un examen más detallado de la regulación en materia de telecomunicaciones y de energía nos puede dar pistas sobre cómo se podría diseñar un sistema de acceso regulado en relación con el repertorio de las entidades de gestión.

Así, si nos trasladamos a la LGT 2022, vemos que se contempla el derecho de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, a la par que la obligación cuando se les solicite por otros operadores similares, a negociar la interconexión mutua con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad (art. 14.2). A ese respecto, se prevé que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y la CNMC garanticen, cuando sea pertinente, la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios (art. 14.5). Más en particular, la CNMC puede dictar medidas adicionales en relación con las empresas que tengan un peso significativo en el mercado¹²³. A tal fin, se prevé que ese órgano, tras el correspondiente análisis de los mercados de referencia, considere que en un mercado se justifica la imposición de ciertas obligaciones específicas, debido a la presencia de barreras de entrada estructurales o jurídicas, la existencia de una estructura de mercado que no tiende hacia la competencia efectiva dentro de un horizonte temporal pertinente, y el hecho de que la legislación en materia de competencia por sí sola resulte insuficiente para abordar adecuadamente las deficiencias del mercado detectadas (art. 16).

Las obligaciones específicas que se pueden imponer a operadores con peso significativo en mercados de referencia son las siguientes (art. 18): (i) transparencia en relación con la inter-

¹²² Vid. CALLOL GARCÍA (1999), pág. 401.

¹²³ Con arreglo al artículo 14 de la Directiva marco (Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), “se considerará que una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores”.

conexión y el acceso, conforme a la cual los operadores deberán hacer pública la información relativa a la contabilidad, los precios, las especificaciones técnicas, las características de las redes y su evolución probable, las condiciones de suministro y de utilización; (ii) no discriminación, a fin de garantizar que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes, y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones; (iii) separación de cuentas; (iv) acceso a obra civil, en su caso; (v) acceso a elementos o a recursos específicos de las redes y recursos asociados y a su utilización, a efecto de satisfacer las solicitudes razonables de acceso a estos elementos y recursos, así como las relativas a su utilización; y (vi) control de precios, tales como la fijación de precios, la orientación de los precios en función de los costes y el establecimiento de una contabilidad de costes, con objeto de garantizar la formación de precios competitivos y evitar precios excesivos y márgenes no competitivos en detrimento de los usuarios finales. Se especifica además que no cabe exigir a los operadores alternativos pagar por recursos que sean innecesarios para el servicio requerido y que se impedirán las subvenciones cruzadas de carácter desleal entre los servicios que presta el operador dominante.

En relación con el acceso a elementos o a recursos específicos de las redes y recursos asociados, la CNMC podrá exigir al operador con peso significativo en el mercado, entre otras cosas, que permita a terceros el acceso a elementos físicos específicos de la red y de los recursos asociados; preste servicios específicos en régimen de venta al por mayor para su reventa por terceros; conceda libre acceso a interfaces técnicas, protocolos u otras tecnologías clave que sean indispensables para la interoperabilidad de los servicios o de servicios de redes virtuales; proporcione acceso a sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos similares necesarios para garantizar condiciones equitativas de competencia en la prestación de servicios; e interconecte redes o los recursos de estas. Cabe incluso la obligatoria separación estructural entre empresa mayorista y minorista del operador dominante como medida excepcional si las obligaciones de acceso regulado se muestran insuficientes para lograr competencia efectiva (art. 25).

Por su parte, la LSE 2013, además de establecer el derecho de acceso en condiciones no discriminatorias a las redes de transporte y de distribución, el cual solo podrá denegarse de forma motivada por criterios técnicos tasados (art. 33), prevé que sea la CNMC quien establezca la metodología para el subsiguiente establecimiento de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deberán satisfacer los usuarios de las mismas (art. 16) así como las condiciones de acceso y conexión, incluyendo el contenido mínimo de los contratos entre operadores y la obligación de publicidad y transparencia de la información relevante para el acceso y la conexión (art. 33).

Es común tanto a la LGT 2022 (art. 106) como a la LSE 2013 (art. 64) establecer como infracción muy grave el incumplimiento de las obligaciones de acceso e interconexión, así como el papel que se reserva a la CNMC en la resolución de los posibles conflictos que puedan surgir entre operadores en esta materia (arts. 28 LGT 2022 y 33 LSE 2013).

La intervención normativa *de lege ferenda* que proponemos debería tratar de emular estos precedentes. Las entidades de gestión estarían obligadas a negociar con otras competi-

doras el acceso a su repertorio para garantizar la interconexión entre ambos y la interoperabilidad del servicio. En el caso de empresas con un peso significativo en el mercado de referencia, que serían todas las que ostenten una posición de dominio en el sector respectivo, la autoridad reguladora podría exigir al ente monopolista que propicie el acceso a los elementos y recursos específicos de su red, permitiendo la utilización de ésta, lo que pasaría por conceder libre acceso a las bases de datos necesarias para estar en situación de licenciar los derechos sobre el correspondiente repertorio. Todo ello, a su vez, con la debida transparencia y no discriminación, y fijando precios orientados a costes para acceder a esos recursos.

Las dificultades de tipo técnico que con toda seguridad suscita la solución de acceso regulado que aquí se propone se ven muy atenuadas por los desarrollos tecnológicos producidos en los últimos años, como ha sucedido en procesos liberalizadores en otros mercados de red igual o más complejos técnicamente, desarrollos tecnológicos destinados aquí de forma creciente¹²⁴ a permitir una ágil y continua identificación del repertorio gestionado por cada operador en cada momento y el inmediato contraste entre el repertorio que se gestiona y el repertorio gestionado por otra entidad al que se pretende acceder, al igual que sucede con la determinación del repertorio efectivamente utilizado por las diferentes categorías de usuarios y por cada uno de ellos.

Una experiencia pionera en este sentido es la del acuerdo entre SGAE y DAMA, en 2003, en el marco del expediente 630/07 (DAMA/SGAE), el cual determinó la constitución de una base de datos conjunta en la que constasen documentadas las participaciones autorales de propiedad de cada una de las obras audiovisuales correspondientes a los socios de sendas entidades, así como la articulación de un mecanismo para resolver con la mayor diligencia los conflictos que surgieran sobre los porcentajes de propiedad de los diferentes autores sobre una misma obra y un sistema de reparto subsidiario¹²⁵.

7. Conclusión

Creemos que con un modelo como el propuesto en el presente estudio se facilitará la entrada de nuevos operadores en el ámbito de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, con todas las ventajas operativas que podrían aportar respecto del operador tradicional en términos de mayor eficiencia y calidad en la prestación del servicio, mejor conocimiento de la demanda, mejor dotación de recursos humanos gerenciales y operativos o mayor capacidad de innovación, razones que justificarían su capacidad de restar cuota de

¹²⁴ Véase la Orden CUD/777/2022, de 29 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas de apoyo a proyectos de digitalización de operadores de gestión de derechos de propiedad intelectual y por la que se aprueba la convocatoria correspondiente al año 2022, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la cual establece entre las finalidades de la ayuda, lograr la transformación digital de los operadores que intervienen en la gestión de derechos de propiedad intelectual, e incrementar la eficacia y eficiencia en los procesos de documentación, recaudación y reparto en el mercado digital.

¹²⁵ En el Informe CNC 2009 ya se apuntaba que la aparición de ciertos desarrollos tecnológicos y del entorno *online* como ventana de explotación de obras y prestaciones es un motor de la introducción de la competencia en la gestión de derechos de propiedad intelectual, permitiendo la consolidación de otras formas de gestión colectiva distintas de las que conocemos, así como el impulso de la gestión individual.

mercado al operador hasta entonces dominante¹²⁶. En esencia la existencia de competidores exitosos depende de la capacidad de cada agente de reducir sus costes con respecto a los de sus competidores.

La liberalización de un mercado genera incentivos para desarrollar nuevos servicios y formas contractuales que se ajusten a las preferencias de los clientes (eficacia dinámica). En el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual podrían aparecer operadores alternativos “de nicho”, especializados en determinados tipos de usuarios¹²⁷. La monopolización de cada mercado por una sola entidad se ha venido combinando con una notable –y a menudo inútil– heterogeneidad desde la perspectiva de los titulares y, lo que probablemente es igual de relevante desde la perspectiva *antitrust*, de los usuarios.

Una cuestión que suele suscitarse a la hora de plantear la liberalización de un sector que pasa por garantizar el acceso regulado a infraestructuras o bienes esenciales, que son propiedad (o están gestionados en exclusiva) por el operador tradicional, es el riesgo de conflictos en las primeras etapas de la liberalización y la necesidad de prever mecanismos y un organismo encargado de dirimir las controversias y vigilar la corrección del proceso liberalizador. Siendo ello cierto, no lo es menos que, como hemos señalado, partimos ya de una altísima conflictividad en el sector de la gestión colectiva de derechos propiedad intelectual, que ha obligado a numerosas intervenciones de la autoridad de competencia, así como de nuestros tribunales ordinarios, desde hace más de tres décadas; a lo que se une la reciente creación de un organismo *ad hoc* para la regulación del mercado, de modo que ya venimos asistiendo a un fuerte grado de intervención, tanto *ex ante* como *ex post*.

Para terminar, queremos subrayar que nuestro planteamiento no pretende constituir en modo alguno, y como resulta obvio, la última palabra sobre este modelo, sino únicamente la primera. Creemos que la aproximación descrita en este artículo no ha sido objeto de descarte tras haber sido valorada a nivel teórico o doctrinal, sino que sencillamente nunca se ha contado con ella porque hasta la fecha tampoco había sido formulada. Y queremos creer que, una vez que esa formulación ha sido realizada, aunque sea con las enormes limitaciones de este trabajo, se generará el suficiente interés como para que otros, con mayor ímpetu y discernimiento que nosotros, sometan esta propuesta al correspondiente test de estrés y concluyan sobre su mayor o menor plausibilidad. Ojalá que surja ese debate y que nuestra proposición pueda ser, poco a poco, aquilatada.

¹²⁶ GARCÍA-LEGAZ PONCE (2001), pág. 113.

¹²⁷ Piénsese en un operador que se especializase en comercializar el repertorio a pequeños usuarios, que hoy se encuentran desatendidos por la falta de capilaridad de las grandes entidades incumbentes. Su aparición podría redundar en un beneficio indirecto también para estas entidades, que obtendrían la contrapartida por licenciar su repertorio en el mercado mayorista a ese nuevo comercializador. Otro operador podría comercializar solo aquella parte del repertorio que, en función de estudios de mercado, ha determinado que es la única que *de facto* utilizan ciertos usuarios (v. gr. canales temáticos de televisión), lo que permite ofrecerles una licencia más específica y una tarifa en consonancia. Ya el Informe CNC 2009 señalaba como factor para clasificar a los distintos tipos de usuarios: “la necesidad [o no] que los usuarios tienen de acceder a un repertorio amplio, para el desarrollo de su estrategia comercial. Existen usuarios que necesitan acceder a un repertorio extenso, mientras que otros sólo precisan utilizar un número reducido de obras o prestaciones”. La aparición de nuevos entrantes diversificaría y dinamizaría el mercado de la gestión colectiva de un modo inimaginable.

Bibliografía

- AGOSTI, Luis, PADILLA, A. Jorge y REQUEJO, Alejandro, «El 'mercado' de generación eléctrica en España: estructura, funcionamiento y resultados», *Economía Industrial*, nº. 364, pp. 21 ss.
- CALLOL GARCÍA, Pedro, «Garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector», *Revista de Administración Pública*, nº. 149 (mayo-agosto), pp. 399 ss.
- CALZADA, Joan y COSTAS, Antón, «La liberalización de las telecomunicaciones en España: control de la inflación y universalización del servicio», *Institut de Recerca en Economia Aplicada Regional i Pública Document de Treball 2013/10*, pp. 1 ss.
- CARBAJO CASCÓN, F. y URIBE PIEDRAHITA, C. A.: «Regulación "ex ante" y control "ex post": la difícil relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia», *ADI*, nº 33 (2012-2013), pp. 307 ss.
- CASAS VALLÈS, Ramón, «La Comisión mediadora y arbitral de propiedad intelectual. Experiencias y perspectivas de futuro», *Pe. i: Revista de propiedad intelectual*, nº 15, pp. 9 ss.
- CASAS VALLÈS, Ramón, «La comisión de propiedad intelectual», *La Reforma de la ley de Propiedad Intelectual*, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), pp. 267 ss.
- CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, «La Gestión Colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los artistas: informe de la Comisión Nacional de Competencia de 2010 y doctrina reciente del Supremo», *Act. Civil*, 2011, nº 9.
- COSTA CAMPI, M^a Teresa, «Evolución del Sector Eléctrico Español (1975-2015)», *ICE*, nº 889-890 (marzo-junio), pp. 139 ss.
- COSTAS COMESAÑA, Julio, «Entidades de Gestión de Derechos de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia», *XXVI Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual*, pp. 71 ss.
- COSTAS COMESAÑA, Julio, «La función de determinación de tarifas por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual», *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 53, pp. 13 ss.
- DELGADO HERNÁNDEZ, Gloria. Esther, «Sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual: entre el Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual», en Ortiz Blanco, L./ Sopeña Blanco, V. (ed.), *Derecho de la competencia europeo y español*, II.
- FLORES JIMENO, M^a del Rocío y Santos Cebrián, Mónica, «El mercado eléctrico en España: la convivencia de un monopolio natural y el libre mercado», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, pp. 257 ss.
- GARCÍA-LEGAZ PONCE, Jaime, «Liberalización, competencia y regulación de las telecomunicaciones en España», *Economía industrial*, nº. 337, pp. 103 ss.
- JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa, *La gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual frente al derecho de la competencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- LENCE REIJA, Carmen, «Sobre la prohibición de discriminación en las tarifas de las entidades de gestión: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008», *ADI* nº 29, pp. 825 ss.
- LENCE REIJA, Carmen, *La gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual frente al Derecho de la competencia*, tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 2013, <https://minerva.usc.gal/entities/publication/9efac421-ac66-43cc-991d-b65f318235a8>.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 3^a ed., Tecnos.

- MATEA, María de los Llanos, «Consideraciones en torno a la regulación de las industrias de red. Su aplicación al caso español», *Economía Industrial*, nº. 344, pp. 129 ss.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Servicio Público y Mercado». Vol. II. *Las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid.
- ORTIZ, Luis, MAÍLLO, Jerónimo, Ibáñez, Pablo y Lamadrid, Alfonso (2008), *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid.
- RODRÍGUEZ MEJÍAS, Juan, «El abuso de posición de dominio en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 24, pp. 13 y ss.
- RODRÍGUEZ MEJÍAS, Juan, «La profilaxis del abuso de posición de dominio en la LPI. La reforma operada por la Ley 21/2014 sobre el diseño legal de la conformación de precios en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual», en *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes* (R. Casas Vallés, J. J. Marín López y R. Sánchez Aristi eds.), ed. Dykinson, pp. 755 ss.
- SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes (2000), «La gestión de los derechos de autor y el Derecho de la competencia», en *Derecho europeo de la competencia* (A. L. Calvo Caravaca y P. Blanco-Morales Limones (ed.), Colex, Madrid.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael y MORALES IMBERNÓN, Nieves (eds.), *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual. Análisis y comentarios*, 2ª ed., Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2022.
- TORRES FUEYO, Javier, «Entidades de gestión, negociación colectiva y protección de la competencia en los derechos de remuneración en la propiedad intelectual», *Aranzadi Civil*, nº 1, pp. 2181 ss.

Reseñas

