

Antonio López ponente en el foro organizado por DENAE «Las tarifas de las Entidades de Gestión. Reforma incompleta y cuestión pendiente».

Escrito por Antonio López Sánchez Publicado en [Noticias](#).



En su intervención hizo un recorrido de la regulación legal y la práctica operada en el ámbito tarifario de las entidades de gestión hasta la actualidad, valorando los resultados de la reforma de régimen tarifario de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual realizada por Ley 21/2014, ratificada en la Ley 2/2019.

Antonio López, especialista en materia de propiedad intelectual, fue invitado como ponente por la Asociación Española de Derecho del Entretenimiento (DENAE) en el Foro organizado por de título «**Las tarifas de las Entidades de Gestión. Reforma incompleta y cuestión pendiente**», que tuvo lugar el pasado 21 de octubre en el Salón de Grados de la Universidad Carlos III de Madrid.

Compartió mesa en esta ocasión con el catedrático de derecho mercantil y Presidente de la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual Fernando Carbajo y con el abogado asociado de Garrigues Antonio Muñoz Vico, moderando el acto Carmen Crespo, profesora de derecho civil y subdirectora del Máster de Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III de Madrid.

Antonio López fue el encargado de realizar un repaso objetivo, teórico y práctico al régimen jurídico de las tarifas generales de las entidades de gestión establecido desde la

entrada en vigor de la antigua Ley 22/1987 hasta el 1 de enero de 2015, fecha de la entrada en vigor de la Ley 21/2014, recordando la claridad y concreción de dicho ordenamiento y haciendo referencia a los tres niveles de vigilancia y control de las tarifas generales de las entidades de gestión: (i) el del Ministerio de Cultura (derivado de la obligación de notificar al mismo las tarifas generales), (ii) el de los órganos de defensa de la competencia (Tribunal de defensa de la competencia, Comisión Nacional de la Competencia y, más tarde, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) y (iii) el ejercido por los órganos judiciales de la jurisdicción civil a la hora de resolver sobre las reclamaciones de las entidades de gestión a los usuarios de las prestaciones protegidas.

Detalló la práctica con la que operaban las entidades de gestión durante los más de 27 años que estuvo vigente tal sistema, resumiendo la misma en tres pasos:

- La entidad de gestión establecía sus tarifas generales, a través de sus órganos de gobierno democráticamente elegidos, previa realización de los estudios e informes económicos del sector de usuarios correspondiente.
- La entidad de gestión negociaba esas tarifas generales con usuarios especialmente representativos (normalmente, entidades de radiodifusión) y con asociaciones representativas del sector, alcanzando acuerdos que bien consolidaban las mismas, las reducían o se acordaba a su implantación progresiva en el tiempo, llevándose el resultado de dichos acuerdos a la tarifa general.
- Respecto de los usuarios que, a pesar de utilizar el correspondiente repertorio, se negaban a negociar y satisfacer la tarifa general o negociada, las entidades de gestión procedían a la reclamación de su tarifa general ante la Jurisdicción civil que, bien consolidaba esta tarifa general, bien la ponderaba o bien directamente desestimaba la reclamación económica realizada.

Entrando en la reforma del régimen jurídico de las tarifas de las entidades de gestión, cito sus antecedentes: Informe de la CNC de diciembre de 2009, sentencias del Tribunal Supremo en materia tarifaria dictadas durante 2009 y 2010 y la moción del Congreso de los Diputados de 19-7-2011 en relación con los problemas de eficiencia y transparencia de las entidades de gestión.

Hizo referencia a continuación a los objetivos de la reforma legal operada en la Ley 21/2014 reflejados tanto en la memoria de impacto normativo de la misma como en su propia exposición de motivos:

- Mejorar la eficiencia y transparencia del sistema de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.
- Favorecer la negociación con los usuarios de prestaciones protegidas y simplificar a los mismos el acceso a su explotación.
- Reforzar las obligaciones de las entidades de gestión.
- Incrementar la libre competencia en el mercado de los derechos de propiedad intelectual para equilibrar la posición de las partes (usuarios de derechos y entidades) y evitar eventuales prácticas abusivas de las entidades de gestión.

A continuación, destacó el principio de intervención administrativa de los precios de los derechos de propiedad intelectual gestionados colectivamente implantado por la Ley 21/2014 y consolidado en la Ley 2/2019, implementado en tres niveles:

- Se establece por ley los principios y criterios que deben de tener en cuenta las entidades de gestión a la hora de establecer sus tarifas generales, recogidos en el art. 157.1 b) TRLPI (actual art. 164.3 TRLPI).
- Se remite a una Orden Ministerial el establecimiento de la metodología para la determinación de las tarifas generales por las EEGG (art. 157.1 b/ in fine TRLPI, actual art. 164.4 TRLPI).
- Se constituye por ley la Sección 1ª de la CPI como órgano administrativo regulador de los precios de los derechos de propiedad intelectual gestionados colectivamente, directamente mediante la función de determinación del importe de las tarifas para los derechos de gestión colectiva obligatoria y voluntaria concurrentes con los anteriores, e indirectamente mediante la función de control de las tarifas generales.

Tras la cita de las dos normas reglamentarias necesarias para el desarrollo de la reforma (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 y 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, finalizó la parte expositiva de su intervención destacando el contenido de la sentencia de 22 de marzo de 2018 dictada por la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Supremo en el recurso 458/2016, que declaró la nulidad de pleno derecho de la Orden ECD/2574/2015, señalando que, a pesar de haber transcurrido más de un año y medio desde la misma, el Ministerio de Cultura no ha aprobado una nueva orden de la metodología para la determinación de las tarifas generales.



Pasó a partir de ese momento Antonio López pasó a su valoración personal y análisis de la reforma, su nivel de implantación y la situación actual, comenzando con la cita de una célebre frase de Groucho Marx: la política es el arte de buscar problemas, encontrarlos, hacer un diagnóstico falso y aplicar después los remedios equivocados.

Esta frase, dijo, parecer hecha para el asunto tratado porque se creó un problema donde no lo había, se hizo un diagnóstico erróneo y se aplicaron remedios equivocados, denunciando que todo ello ha sumido al sector de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en el actual galimatías en que se encuentra en lo que corresponde al sistema tarifario de las entidades de gestión.

Según dijo, no existía un problema generalizado derivado del abuso de posición de dominio de las entidades de gestión sobre la base de la fijación de precios inequitativos por excesivos o discriminatorios, recordando que desde noviembre de 1987 hasta diciembre de 2009 se incoaron 6 expedientes ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y la Comisión Nacional de Competencia (CNC), referenciados en el Informe de diciembre de 2009 de la CNC de diciembre de 2009, de los que tan solo 5 terminaron en sanción. Según dijo, «si en 22 años, con un conjunto de 8 entidades de gestión, se tramitaron tanto solo 5 expedientes ante la autoridad nacional de Competencia que finalizaron en sanción, afectando estos solo a 4 entidades de gestión, parece obvio que no había un problema extendido y generalizado de abuso de posición de dominio de las entidades de gestión que se hizo creer».

También resaltó que tanto las sentencias de Tribunal Supremo en materia tarifaria dictadas en 2009 y 2010, como otras coetáneas de otras instancias civiles, lo que acreditan es que las tarifas generales establecidas de las entidades de gestión eran objeto de control, en lo que corresponde a su equitatividad, por los Juzgados y Tribunales del orden civil, lo cual parece lo más lógico: un derecho de propiedad intelectual de carácter privado era controlado en el marco natural donde se dilucidan los derechos de propiedad en nuestro país, que es ante la jurisdicción civil.

Y respecto de la moción del Congreso de los Diputados de 19-7-2011 en relación con los problemas de eficiencia y transparencia de las entidades de gestión, referida expresamente en la Exposición de motivos de la Ley 21/2014, recordó que vino precedida de los sucesos acaecidos el 1 de julio de 2011 con la entrada de la Guardia Civil en la sede de la SGAE y el impactante auto de 4-7-2011 del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional que, muy en resumen, daba cuenta de los indicios de que algunas personas (para las que se acordaba prisión provisional) habrían constituido una red de sociedades mercantiles “parasitarias” en torno a SGAE con la finalidad de derivar a las mismas millonarios fondos de SGAE, con conocimiento del entonces Presidente del Consejo de Dirección de la SGAE, de su Director General y del Director Económico-financiero.

Recordó que, sobre los gravísimos hechos relatados en aquel auto, dictado en el asunto conocido públicamente como “SAGA”, no solo no existe a día de hoy sentencia alguna, sino que ni siquiera se encuentra señalado juicio, a pesar de haber transcurrido más de 10 años desde que comenzara su instrucción y más de 8 desde aquella entrada y registro en la sede de SGAE. Sin embargo, el daño a la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en España que ha hecho este asunto ha sido tremendo al extenderse y generalizarse injustamente la sombra de la duda sobre el funcionamiento del propio sistema de gestión colectiva a todas las entidades de gestión, cuestionándose y, a veces, criminalizándose. En opinión de Antonio López, justificar un cambio legal afectante al conjunto de la gestión colectiva de derechos en España en este asunto fue una enorme temeridad y un craso error.

Expuestos los problemas inexistentes y el erróneo diagnóstico en que se fundamentó la reforma de la Ley 21/2014, hizo hincapié Antonio López en el remedio equivocado aplicado y, a su juicio, el gran error de la reforma: privar a los titulares de derechos de propiedad intelectual de su derecho a fijar el precio por el uso de su repertorio a través de sus entidades de gestión.

En opinión de Antonio López, la regulación del vigente art. 164.3 TRLPI es un ataque frontal a la propiedad privada y a los derechos de propiedad intelectual de los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual, al extraer del conjunto de facultades de los mismos las más importante: establecer el precio de la explotación patrimonial de sus prestaciones protegidas.

La libertad de los titulares de fijar, a través de sus entidades de gestión las tarifas de los derechos exclusivos y los derechos de remuneración, dijo que está presente en la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines, que fue objeto de trasposición por ley 2/2019, tres años más tarde de la fecha límite fijada en dicha Directiva; en el Considerando 31 de la misma se dice que las tarifas se determinarán sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios estableciéndose en el art. 4.2 los criterios que deben de implementarse sobre la base del respeto a dicha libertad de la siguiente forma:

Los titulares de derechos percibirán una remuneración adecuada por la utilización de sus derechos. Las tarifas aplicadas a los derechos exclusivos y a los derechos a remuneración serán razonables en relación con, entre otros factores, el valor económico de la utilización de los derechos negociados, teniendo en cuenta la naturaleza y ámbito de uso de las obras y otras prestaciones, y el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión colectiva. Las entidades de gestión colectiva informarán al usuario de que se trate de los criterios utilizados para la fijación de esas tarifas.

También hizo referencia a la posible vulneración por el actual sistema implantado en España del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9-9-1886 (Acta de París del 24 julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979); según dijo, los derechos de propiedad intelectual gestionados colectivamente, voluntaria u obligatoriamente, son derechos de contenido patrimonial que, obviamente, no corresponden al Estado ni son de **dominio público**, ni pertenecen a las entidades de gestión ni mucho menos a los usuarios de los mismos; estos derechos dentro de la propiedad privada de conformidad con los arts. 428 y 429 CC, reconocida constitucionalmente en el art. 33 CE; el régimen jurídico de tarifas generales establecido en la Ley 21/2014, consagrado en la Ley 2/2019, pone también en cuestión el derecho a la propiedad privada de los titulares de derechos.

Explicó que la intervención de las tarifas de las entidades de gestión ha redundado en obligar a las mismas a someterse al (i) valor económico de los derechos en la actividad del usuario, es decir, el valor otorgado por el usuario (que no por el titular) a las obras o prestaciones protegidas; (ii) al justo equilibrio entre los titulares de los derechos y los usuarios, concepto este inexistente en nuestra legislación comparada y cuya interpretación por la anulada Orden ECD/2574/2015 ha dado lugar a un interminable debate con los usuarios; y (iii) los siete criterios del art. 164.3 TRLPI, en los que los intereses y derechos de los usuarios prevalecen claramente sobre los de los titulares de los derechos.

Según expuso, el legislador se ha plegado a los intereses de los grandes grupos de presión de usuarios (televisiones, radios, hoteles, hostelería, etc.) y sus asociaciones (FORTA, UTECA, CEHAT, FEHR, etc.), asumiendo como propio el objetivo de minorar la financiación del entorno cultural y a los creadores, interviniendo administrativamente sus precios y construyendo un sistema que hace prácticamente imposible una recaudación razonable de los derechos de autor y conexos. Este régimen no tiene parangón, según expuso, en ningún país de la Unión Europea.

Continuó poniendo de manifiesto la escasa técnica legislativa empleada en la redacción del art. 164.3 TRLPI, calificando al mismo de galimatías de imposible comprensión tanto para usuarios como para las entidades de gestión, animando a los asistentes a realizar un ejercicio de interpretación de dicho precepto, y afirmando que de los aproximadamente 100 asistentes al foro, casi todos ellos juristas, difícilmente habría dos personas que interpretaran de la misma manera los criterios en cuestión.

Dijo también que la metodología para la determinación de las tarifas generales que habría de aprobarse por Orden del Ministerio de Cultura debería de concretar los elementos económicos necesarios (categorías de sectores económicos, definición y estructura de precios, fórmulas matemáticas aplicables, etc.) a fin de que la función de las entidades de gestión (o, en su caso, de la sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual) se limitara a concretar uno o varios parámetros para que, mediante una simple operación aritmética, se pueda establecer la cantidad pagadera por la incorporación de la prestación protegida en la actividad del usuario, poniendo como ejemplo las diferentes normas metodológicas dictadas en el sector energético para el cálculo del precio de la energía eléctrica. Nada de esto se hizo en la Orden ECD/2574/2015 declarada nula por el Tribunal Supremo.

Esta Orden, según expuso, se aprobó tarde (el 2-12-2015 cuando la Ley 21/2014 fue publicada en el BOE de 5-11-2014) y mal, pues su contenido, lejos de concretar la metodología económica, incumplió el mandato legislativo desde dos puntos de vista (i) en primer lugar, porque no reguló la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión; (ii) y en segundo lugar, porque incurrió en una evidente ultra vires al regular cuestiones ajenas a la metodología en cuestión, que es para lo estaba habilitada legalmente.

Según señaló, en la única resolución dictada hasta el momento por la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual en funciones de determinación de tarifas (resolución de 20-9-2018 dictada en el Expediente AGEDI-AIE/AERC), se decidió aplicar el contenido de la Orden ECD/2574/2015 como si estuviera vigente, obviando el principio de legalidad y despreciando tanto la declaración de nulidad de la misma realizada por el Tribunal Supremo como el criterio de este Alto Tribunal en sus resoluciones posteriores a dicha declaración de nulidad y a los actos propios del Ministerio de Cultura exteriorizados a través de la consulta pública para la aprobación de una nueva Orden que, actualmente, duerme el sueño de los justos.

Denunció la complicada situación del sector, al pivotar el régimen de determinación de tarifas generales por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual alrededor de la metodología para la determinación de las mismas que habrá de aprobarse por Orden Ministerial que, a fecha de hoy y transcurridos casi 5 años desde la aprobación de la Ley, no consta aprobada, mostrando sus dudas de que se apruebe en los próximos meses, incluso en años.

En su opinión, todo este contexto ha llevado al sector de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual a una situación de inseguridad jurídica de muy difícil (o imposible) resolución, sumiendo a las entidades de gestión y a los usuarios en una prórroga artificial del régimen transitorio previsto en la Ley 21/2014 con el resultado de que los usuarios (sobre todo los grandes grupos de comunicación y medios) o no están pagando remuneración alguna por el uso de obras o prestaciones protegidas, o estando pagando literalmente lo que quieren, alcanzando el sinsentido final que los demandantes (o clientes) de las prestaciones protegidas, que incorporan éstas a sus florecientes negocios, son los que fijan, unilateralmente, el precio de las mismas, en vez de hacerlo los oferentes (titulares de las prestaciones) a través de sus entidades de gestión.

Finalizó Antonio López su intervención proponiendo la que, a su juicio, podría ser la solución a todo el problema expuesto: la reversión (absoluta o, al menos, parcial) de la reforma del régimen tarifario de la Ley 21/2014 y la retroacción de sus efectos, revirtiéndose el actual sistema y sustituyéndose por uno más acorde al contenido de las Directivas comunitarias, de los Convenios Internacionales de los que España es parte, y al respeto a los derechos de los de propiedad intelectual, a sus titulares y a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, trasponiendo simple y llanamente las disposiciones de la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines.

Tras la intervención de Antonio López, la moderadora del foro dio la palabra a los otros dos intervinientes, que expusieron su parecer sobre las cuestiones objeto de debate, realizando tanto Fernando Carbajo como Antonio Muñoz Vico interesantes y brillantes discursos sobre sus respectivas posiciones respecto de la reforma legal, la situación actual y las funciones de la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual, iniciándose a continuación un animado e interesante debate en el que intervinieron destacadas personas relacionadas con sector asistentes al acto. En el turno de debate, Antonio López aprovechó para recordar que nunca se llegó a acreditar, judicial o extrajudicialmente, que ninguna de las tarifas generales de las entidades españolas preexistentes al 1-1-2015 estuvieran por encima de la media de las operadas en el ámbito de la UE para usos equivalentes, y apeló a que se reflexionara sobre el hecho de que no existe, en ningún país de la UE, ni un órgano administrativo encargado expresamente de determinar y controlar las tarifas generales establecidas por las correspondientes entidades de gestión, ni una legislación parecida o similar a la implantada en España, y ello a pesar del objetivo armonizador que tiene la legislación europea en este sector.