

Música, Internet y derechos de autor; un enfoque *antitrust*

Fernando Díez Estella
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija

Sumario

- I. *Introducción*
- II. *Las sociedades de gestión y el Derecho antitrust*
 - 1. *Función de las sociedades de gestión en el actual entorno «digital»*
 - 2. *Los acuerdos entre sociedades de gestión: ¿prácticas colusorias?*
 - 3. *La gestión de derechos de autor: ¿abuso de posición dominante?*
- III. *Abuso de dominio en la gestión de derechos de autor en España*
- IV. *Valoración final*

I. Introducción

«La música libre llega a Internet»; así titulaba una columna de sus páginas de opinión un diario nacional en fechas recientes, dando cuenta de la decisión anunciada por Apple y EMI de suprimir la gestión de derechos digitales de toda la música de ese sello discográfico que se vende en Internet a través del portal iTunes. En igual sentido se ha manifestado —aunque sin concretar cómo y cuándo lo llevará a la práctica— la empresa Microsoft en relación con la venta de música on-line para su propio reproductor de música, Zune. También, y en fechas recientes, el gigante del comercio electrónico Amazon ha anunciado que ofrecerá gran parte de su amplio catálogo de música en Internet sin estos derechos digitales.

Como es bien conocido, hace ya años que las principales compañías discográficas están sufriendo pérdidas millonarias —que crecen en paralelo con el fenómeno de la piratería y el desarrollo de los sistemas de intercambio de archivos en la red— al no haber sabido reconvertir un negocio basado en soportes físicos en otro capaz de aprovechar las ventajas de la era digital. En este campo, como en tantos otros, ha

sido la compañía Apple, de mano del visionario Steve Jobs, quien creó el primer gran portal en Internet para la venta de música, que en la actualidad supone el 70% del negocio de la música legal *on-line*.

Música, Internet y derechos de autor forman, pues, un *menáge a trois*, en el que un cuarto comensal está en serio peligro de quedarse fuera de escena: las sociedades de gestión de derechos de autor.

Como es sabido, la gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines nace ante el hecho evidente de la dificultad que supondría para los autores —así como para los usuarios que quisieran acceder a los repertorios— la explotación individual de su obra. Respondiendo a esta realidad, nuestra Ley de Propiedad Intelectual, en la reforma de 1987, afirmaba en su Preámbulo que «los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos». Con esta reforma se abandona el tradicional monopolio para la gestión de los mismos de la Sociedad General de Autores y Editores, creada en 1941 como entidad pública, pasando a convertirse en asociación de carácter privado. Desde entonces se han ido creando otras entidades de gestión (AIE, AISGE, EGEDA, AGEDI, DAMA, VEGAP o CEDRO) que gestionan colectivamente no sólo derechos de autor, sino otros como los derechos de grabación, de reproducción, de creación de fonogramas, de interpretación, etc.

La reforma, por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de nuestra LPI, vino a consolidar esta situación, en la que, pese a haberse abandonado el monopolio legal de la gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines, persiste un monopolio de facto en cada uno de los estadios de la «cadena de valor», para cada uno de los cuales existe una entidad de gestión.

Sin embargo, el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías han venido a quebrar este statu quo y están cuestionando la vigencia de dicho modelo. En efecto, el ahorro de costes y la necesaria seguridad jurídica que las entidades de gestión aseguraban con el anterior paradigma dejan de tener tanto sentido ante nuevos modelos de negocio y herramientas como los DRM (*Digital Rights Management*), un software incluido en cada canción vendida en formato digital que intenta cumplir dos funciones: facilitar la gestión de los correspondientes derechos de autor y evitar la copia ilegal y la piratería ⁽¹⁾.

¿Cómo abordar el análisis del papel que han de jugar las sociedades de gestión de derechos de autor en este nuevo entorno? Nuestra propuesta es sencilla y unívoca: desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Como es bien sabido, el Derecho antitrust se basa en el análisis económico, que nos dice cómo se comportan los agentes que maximizan su beneficio en un determinado mercado, y en qué casos el ejercicio de un poder de mercado por parte de dichos agentes puede llevar a pérdidas de eficiencia y disminución del bienestar del consumidor.

Si asumimos —como lo hacen las autoridades *antitrust*— que las sociedades de gestión de derechos de autor se comportan como cualquier otra empresa, tanto los acuerdos entre ellas como su conducta frente a

⁽¹⁾ Aunque parece que la «música libre» ni siquiera tolera los DRM; en una carta publicada en febrero de 2007, STEVE JOBS se ha declarado manifiestamente contrario a estos sistemas, propugnando en cambio que la música que se comercialice en Internet se venda libre de toda protección digital. Fruto de esta convicción es el acuerdo con la discográfica EMI, con el que comenzábamos estas líneas.

terceros (básicamente, los autores cuyo repertorio gestionan, y los usuarios de sus servicios) pueden examinarse bajo las categorías de acuerdos colusorios y prácticas de abuso de posición dominante. Así se expresó el Tribunal Supremo americano en la histórica sentencia *CBS v. BMI* (441 US 1, 1979), en relación con la legalidad antitrust de las «licencias globales» (*blanket licensing*) concedidas por estas entidades.

Por su parte, las autoridades antitrust comunitarias llevan ya bastante tiempo examinando con detalle el comportamiento no sólo de las sociedades de gestión, sino de las empresas en este nuevo mercado de la música *on-line*. Como ya hiciera hace años con el «otro» gigante informático, Microsoft, la Comisión Europea ha anunciado en abril de 2007 el comienzo de una investigación contra Apple —la dueña de iTunes y fabricante del ubicuo iPod— y una serie de compañías discográficas por posibles prácticas restrictivas de la competencia consistentes en acuerdos para imponer restricciones territoriales en la venta de música *on-line*. Según el Pliego de Cargos (*Statement of Objections*) enviado por la Comisión, estas restricciones consisten en limitar la libertad de elección de los consumidores, al obligarles a descargarse la música sólo desde el portal iTunes de su país de origen. En el caso de la compañía de Bill Gates, la práctica sancionada por las autoridades antitrust comunitarias con una multa de 453 millones de euros en marzo de 2004 fue precisamente la venta vinculada del *Windows XP* con el *Windows Media Player*, en un intento desesperado de extender su dominio del mercado de los sistemas operativos al de los reproductores de archivos multimedia, principalmente música y vídeos.

En este breve estudio de la cuestión así planteada, se seguirá el siguiente esquema: tras este epígrafe introductorio se analizará, en el segundo, la actual situación de las Sociedades de Gestión de Derechos de Autor, en cuanto a sus relaciones con el Derecho de Defensa de la Competencia, a luz de la irrupción en escena de las nuevas tecnologías, especialmente Internet. En el epígrafe tercero se hará un recorrido por los pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia recaídos en esta materia, ya que dan —en nuestra opinión— buena cuenta de las prácticas abusivas cometidas en este ámbito. En el epígrafe cuarto se ofrecen, a modo de conclusión, algunas valoraciones finales.

Pese a su evidente interés, y la estrecha relación que guardan con los asuntos que vamos a estudiar, no se abordarán en este comentario cuestiones tan relevantes en este debate como es el tema del llamado «canon digital», la remuneración por copia privada que queda consagrada en la reciente aprobación de la nueva LPI, que entró en vigor el 29 de julio de 2006, y afecta a cualquier soporte idóneo para grabar y reproducir archivos, CD y DVD, pero también MP3, MP4, móviles, aparatos de fax, equipos de reprografía, etc. (*vid.*, en este sentido, la interesante sentencia de la AP de Barcelona, Sección 15.ª, de 20 de julio de 2005, favorable al pago de este canon por los distribuidores de material informático, y al control de las operaciones sometidas al canon por la entidad gestora de los derechos). Igualmente, y por tratarse más propiamente del ámbito de la Propiedad Intelectual e Industrial más que del Derecho antitrust, no entraremos a analizar la legalidad o ilegalidad de la descarga gratuita de música por Internet (*vid.* la «revolucionaria» y perturbadora —para algunos sectores de la industria de la música— sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander de 14 de julio de 2006, dictaminando que mientras sea para uso personal, no infringe ni el Código Penal ni la LPI).

Finalmente, y en relación con los temas que van a ser objeto de análisis aquí, es de reseñar la eliminación, en el último momento, del controvertido art. o 17 bis de la nueva Ley de Medidas de Impulso de

la Sociedad de la Información, que está tramitándose en el Parlamento en estos meses, y que facultaba a las entidades de gestión de derechos —capitaneadas por la SGAE— a obligar a las operadoras a impedir a sus usuarios el uso de redes de intercambios de archivos (sistema conocido como P2P, *peer-to-peer*).

II. Las sociedades de gestión y el Derecho *antitrust*

1. Función de las sociedades de gestión en el actual entorno «digital»

Las sociedades de gestión han gozado, tradicionalmente, de un doble monopolio: por un lado, frente a los autores, compositores, productores, etc., quienes necesariamente tenían que confiarles la administración y gestión de sus derechos; y por otro, frente a los usuarios de los repertorios musicales, que necesariamente también tenían que solicitarles las correspondientes licencias. La *ratio* del sistema era la mayor eficiencia de la gestión colectiva por parte de las sociedades frente a los particulares —tanto autores como usuarios—, quienes tendrían que afrontar costes prohibitivos si tuvieran que organizarse individualmente.

Son muchas las razones que, en la actualidad, ponen en duda la necesidad de mantener este modelo: la heterogeneidad de los usuarios, el hecho de que los autores pueden federarse y ejercer ellos mismos sus derechos, la concentración empresarial en el ámbito de la industria del entretenimiento, lo que lleva a aunar en una misma compañía la condición de dueño del repertorio y usuario del mismo, etc. En lo que hace referencia al tema que estamos analizando, el cambio de paradigma se ha producido con la irrupción de Internet y las nuevas tecnologías. En efecto, han sido la revolución informática (tanto en el hardware como en el software), los desarrollos tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones y, sobre todo, la posibilidad técnica de combinar ambas tecnologías, el conjunto de innovaciones tecnológicas que han transformado muchas de las características de la sociedad ⁽²⁾.

En efecto, las nuevas herramientas de software existentes —como los DRM—, y el crecimiento de la industria de la venta y distribución de música *on-line* lleva, entre otras cosas, a que la gestión de los derechos correspondientes pueda perfectamente descentralizarse, ya que cualquier sociedad puede controlar la distribución en Internet de canciones —u otras obras de carácter intelectual, como películas o vídeos—, lo que debilita seriamente el argumento a favor de la necesidad de las restricciones territoriales en el control de los derechos de autor y el carácter monopolístico de las sociedades que los gestionan ⁽³⁾.

Un buen ejemplo de ello nos lo ofrece la reciente sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Salamanca de 11 de abril de 2007, en la que se ventila la legitimación de la SGAE para reclamar los derechos de explotación por comunicación pública de obras pertenecientes al repertorio por ella gestio-

⁽²⁾ MASSAGUER, J. y SALEELES, J. R., «El derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas», en *Revista General del Derecho*, Lex, núm. 636, Valencia, 1997, pág. 10.933.

⁽³⁾ KATZ, A., «The Potential Demise of another Natural Monopoly: New Technologies and the Future of Collective Administration of Copyrights», *Research Paper*, 2004, disponible en <http://papers.ssrn.com>.

nado. La demanda se desestima por entenderse —invirtiendo en este caso la carga de la prueba— que el demandado ha acreditado suficientemente que la música que reproduce en su local no está enteramente bajo la gestión de la SGAE.

En un alarde de modernidad y conocimiento «a la última» de las nuevas tecnologías y los nuevos movimientos en el ámbito de la propiedad intelectual, razona el ponente en el Fundamento Jurídico núm. 3 que, si bien es cierto que la SGAE gestiona los derechos de propiedad intelectual de gran número de autores, en los últimos tiempos está alcanzando en nuestro país cierto auge un movimiento denominado de «música libre», muy relacionado con la expansión de Internet como medio de distribución musical.

Así, de un modelo de difusión de los contenidos musicales limitado a la venta y el alquiler de ejemplares, controlado por la industria de contenidos, se ha pasado a un modelo casi ilimitado, gracias a la difusión global que proporciona Internet, ámbito en el que los propios creadores, sin intermediación de la industria, pueden poner a disposición de los usuarios de Internet copias digitales de sus obras. Este fenómeno ha originado la concurrencia o coexistencia de diferentes modelos de difusión de contenidos en relación a las nuevas posibilidades ofrecidas por Internet:

a) El tradicional, basado en la protección de la copia (copyright), que busca una restricción del acceso y uso del contenido *on-line*, recurriendo a fórmulas negociables de carácter restrictivo y medidas tecnológicas de control de accesos, que se subsumen en los llamados *Digital Rights Management*.

b) Un modelo que proporciona acceso libre *on-line* a los contenidos, permitiendo en ocasiones el uso personal de los mismos (modelos de licencia implícita) y, en otros supuestos, la difusión libre de la obra, su transformación e incluso su explotación económica, con la única condición de citar la fuente. Se trata de los modelos de dominio público y de licencias generales (*General Public License*), como son, por ejemplo, las licencias *creative commons*, algunas de las cuales incluyen la cláusula *copyleft*.

Con la cláusula *copyleft* el titular permite, por medio de una licencia pública general, la transformación o modificación de su obra, obligando al responsable de la obra modificada a poner la misma a disposición del público con las mismas condiciones, esto es, permitiendo el libre acceso y su transformación.

Este modelo parte de la idea común de pretender colocar las obras en la Red para su acceso libre y gratuito por parte del público. Sus partidarios lo proponen como alternativa a las restricciones de derechos para hacer y redistribuir copias de una obra determinada, restricciones que dicen derivadas de las normas plateadas en los derechos de autor o propiedad intelectual. Se pretende garantizar así una copia o una versión derivada de un trabajo pueda, a su vez usar, modificar y redistribuir tanto el propio trabajo como las versiones derivadas del mismo. Se trata, sostienen los partidarios de este modelo, de otorgar al autor el control absoluto sobre sus obras; y surge como respuesta frente al tradicional modelo del copyright, controlado por la industria mediática.

En España, bajo el régimen de la Ley de 24 de junio de 1941 y hasta la entrada en vigor de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (LPI), existía una única entidad de gestión, la histórica Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), que podía gestionar todos los derechos de

propiedad intelectual reconocidos y cobrar una remuneración única por su uso. La reformada LPI de 1987 —y su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto en 1996— acabaron con esta situación y permitió el nacimiento de nuevas entidades de gestión para una multiplicidad de nuevos derechos, otorgando a cada una de las entidades que fueran autorizándose la facultad de obtener una remuneración por el uso de los respectivos derechos gestionados.

De ahí que, además de la SGAE, aparecieran bastantes más entidades de gestión; sin embargo, la loable aspiración del legislador de hacer posible la competencia en esta materia se vio frustrada por nuevo modelo en el que las nacientes entidades de gestión autorizadas gestionan —cada una— derechos de un único sector, lo que lleva a la no existencia de una competencia real en la gestión de los diversos derechos de la propiedad intelectual. Lo que sí se ha acrecentado —y notablemente— ha sido el coste para el usuario, ya que se han multiplicado los derechos reconocidos y también los monopolios gestores de los mismos, que convergen aspirando cada uno a su exacción, recayendo todas éstas en unos operadores económicos que no tienen ninguna seguridad de que alguna nueva entidad de gestión les demande un nuevo pago.

La situación creada bien puede calificarse como de «conglomerado de monopolio», ya que al monopolio legal establecido por la LPI para la gestión de los derechos de autor, se le añade ahora el monopolio fáctico de cada una de las nuevas entidades de gestión colectiva de derechos de autor en sus respectivos ámbitos. Como ya se apuntado, en el análisis antitrust, esta situación se define como una posición de dominio, y como tal es susceptible de ser explotada de forma abusiva.

Hay quien incluso califica este mercado como un «monopolio natural», y en consecuencia aboga por un régimen de regulación más que de libre competencia como enfoque legislativo óptimo para su ordenación. No sorprende por ello que recientemente un responsable de los Servicios Jurídicos de la SGAE se refiriera en una publicación ⁽⁴⁾ al derecho de la Competencia como «un nuevo Atila en terreno cultivado». Quizá no le faltaba razón. Las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor son —lo vamos a comprobar en el epígrafe siguiente de este trabajo—, en sus propias palabras, «clientes muy destacados de los procedimientos anticoncurrenciales de las autoridades que protegen una competencia sana en los mercados», y esto es algo que indudablemente no enorgullece a nadie.

Esta tortuosa relación entre estas entidades y los principios que informan un mercado libre que funciona en régimen competitivo ha encontrado, como hemos visto, una nueva bestia negra, no en las autoridades antitrust nacionales o comunitarias, sino en algo tan actual como es Internet. En efecto, la distribución de música *on-line* permite la posibilidad de que tanto los titulares de los derechos como los consumidores que quieren —previo pago de la correspondiente licencia— explotarlos puedan llevar a cabo la transacción mediante el empleo de herramientas que la red facilita, como los ya citados DRM, sin necesidad de acudir a la mediación de una entidad de gestión colectiva.

Desde siempre, tanto la Comisión como los Tribunales han aplicado a estas sociedades el Derecho de Defensa de la Competencia, pero lo han hecho de forma un tanto suave. La gran pregunta que los

⁽⁴⁾ «La gestión colectiva de los derechos y la competencia», por Pablo HERNÁNDEZ ARROYO, *Diario La Ley*, Año II, núm. 4, 14 de diciembre de 2006.

estudiosos de la materia ⁽⁵⁾ se hacen hoy es, ¿está esa «permisividad» *antitrust* justificada en el nuevo entorno de la música en Internet?

En particular, las actuaciones del Derecho comunitario de la Competencia en relación con las sociedades de gestión de derechos de autor han abordado tres tipos de prácticas ⁽⁶⁾: i) las relaciones recíprocas entre ellas (desde la perspectiva de los acuerdos colusorios, *ex art. 81 del Tratado CE*); ii) las relaciones de las sociedades con sus miembros (los titulares de los derechos), y iii) el comportamiento de las sociedades con los usuarios (estas dos últimas, desde la perspectiva del abuso de posición dominante, *ex art. 82 del Tratado CE*).

2. Los acuerdos entre sociedades de gestión: ¿prácticas colusorias?

El Derecho de la competencia comunitario ha estado siempre atento a declarar ilícitas, por ser contrarias al art. 81 del Tratado CE, aquellas prácticas restrictivas de la competencia tendentes a restringir la libertad de los consumidores a la hora de obtener licencias de uso de los repertorios musicales existentes en el mercado: cláusulas recíprocas de exclusividad, restricciones territoriales, etc. En la conocida Decisión ⁽⁷⁾ *Simulcasting*, la Comisión concedió la exención a un acuerdo entre las sociedades de gestión y los fabricantes de fonogramas, desarrollado por la Federación Internacional de la Industria Fonográfica, para permitir la concesión de licencias internacionales a empresas que quisieran emitir —simultáneamente en radio y/o televisión e Internet— la señal correspondiente a la música que tenían programada.

Este importante pronunciamiento del ejecutivo comunitario fue el primero en abordar la gestión de los derechos de autor en Internet, y obligó a corregir ciertos aspectos del acuerdo notificado inicialmente, de forma que se garantizaran las licencias multi-territoriales y multi-repertorio. Se trató de la primera vez en que las sociedades de gestión tenían que competir entre ellas; de ser «complementarias» pasaron a convertirse en «sustitutivas».

En fechas más recientes, la reacción del sector ante el nuevo escenario «digital» que se ha descrito anteriormente ha sido contemplada por las autoridades antitrust en Bruselas con cierto recelo. En efecto, el llamado *Acuerdo de Santiago* fue notificado, en 2001, por las sociedades de autores de Reino Unido, Francia, Alemania y Holanda, a las que luego se unieron todas las demás asociaciones europeas —incluida la SGAE—, con excepción de las de Portugal y Suecia. Su objetivo declarado es la creación de la «ventanilla única» a nivel nacional, es decir, que también para la gestión transfronteriza de los derechos de autor en Internet ha de acudir a la respectiva entidad de gestión nacional.

⁽⁵⁾ VINJE T. y NIIRANEN, O., «The Application of Competition Law to Collecting Societies in a Borderless Digital Environment», en *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, 2007, págs. 399-418.

⁽⁶⁾ JENNY, F., «EC Competition Law Enforcement and Collecting Societies for Music Rights: What Are We Aiming For?», en *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, 2007, págs. 361-370.

⁽⁷⁾ Decisión de la Comisión, de 8 de octubre de 2002 (COMP, C2/38,104).

Una interpretación menos benévola, pero más ajustada a la realidad, es la que concluye que bajo el pretexto de este encomiable principio de *one-stop-shop* —mayor comodidad para todos los agentes en la gestión de los derechos de autor— a lo que está llevando el mercado de los derechos de autor en Internet es a limitar la elección de los usuarios comerciales a la sociedad de autores monopolística en su Estado. Como se ha señalado acertadamente ⁽⁸⁾, este comportamiento sólo beneficia a las sociedades mismas, en detrimento del mercado de música *on-line*, de sus potenciales usuarios, así como de los propios artistas y ejecutantes.

Fruto de la preocupación de la Comisión ante lo que tiene visos de intento de traslado de una estructura monopolista del mundo real al mundo virtual, fue la consulta pública planteada en abril de 2004, para el establecimiento de un marco regulatorio o legislativo de la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines. Resultado de la misma han sido, entre otras actuaciones, la publicación en mayo de 2005 de la *Recomendación de la Comisión relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música on-line*, y en febrero de 2006, el Pliego de Cargos dirigido a la CISAC, la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores.

Naturalmente, la Comisión Europea ve con buenos ojos todo lo que signifique simplificar la obtención de licencias de explotación de los repertorios musicales que estas entidades gestionan; sin embargo, esto no puede convertirse en un subterfugio para crear una estructura conducente a que los usuarios comerciales vean su elección limitada a la sociedad de autores monopolística en su propio estado. Por otro lado, la cada vez más imperiosa necesidad de crear un mercado interior no fraccionado en múltiples submercados nacionales obliga a una convergencia en las legislaciones, estructura y operativa de estas entidades, en la actualidad tan diferentes como países forman la Unión Europea.

Nadie cuestiona los costes económicos y el perjuicio para tanto titulares como usuarios de la explotación diseminada y masiva de los derechos de autor; la seguridad jurídica y la eficacia en el ejercicio de estos derechos que la gestión colectiva aporta es indudable, y la existencia de este tipo de entidades puede ser, en ocasiones, necesaria. Sin embargo, la necesidad de convergencia entre las dispersas legislaciones nacionales, la necesidad de la creación de un auténtico mercado interior de estos derechos y la existencia de nuevos instrumentos y nuevos terrenos —no cultivados— aconseja la adecuación del tradicional modelo de gestión colectiva de derechos de autor al paradigma que exigen nuevas realidades como los servicios legales de música *on-line*.

3. La gestión de derechos de autor: ¿abuso de posición dominante?

Siempre se ha entendido que las sociedades de gestión de derechos ostentan una posición de dominio —en el sentido del art. 82 del Tratado CE— en relación con sus miembros (los autores, ejecutantes, productores, etc., a quienes representan). Las estrictas exigencias de exclusividad impuestas a sus miembros (no pueden gestionar ellos mismos su repertorio *on-line*, ni delegarlo en otra entidad distinta de las sociedades de gestión, ni limitar en el tiempo o el número de obras el contrato con la entidad, etc.) re-

⁽⁸⁾ VINJE, T., *op. cit.* pág. 407.

presentan posiblemente una de las conductas más perniciosas en este campo. Conocidas decisiones de la Comisión Europea como las recaídas (en 1971 y 1972) en el asunto *Gema*, o la sentencia *BRT/Sabam* ⁽⁹⁾ han intentado suavizar estas condiciones, declarando que es contrario al Derecho comunitario de la competencia el que dichas sociedades obliguen a sus miembros a encargarles la gestión de la totalidad de los derechos de los cuales son titulares, o prohíban la asociación de empresas no nacionales, o impidan la cesión de los derechos a otras sociedades por un determinado plazo, etc.

El test básico a aplicar para saber cuándo estas prácticas son anticompetitivas o no es el de la indispensabilidad: al examinar los estatutos de las sociedades de gestión de derechos de autor a la luz de las reglas de competencia del Tratado, el factor decisivo es si exceden los límites de lo *absolutamente necesario* en la protección efectiva de esos derechos y en la limitación de la libertad individual de sus titulares.

Por idéntico motivo, en relación con sus clientes (los usuarios del repertorio musical, por vía de la obtención de la correspondiente licencia), la posición de las sociedades de gestión es de dominio, o más bien un monopolio de facto, susceptible de propiciar comportamientos anticompetitivos. En la práctica, estos abusos se concretan en las tarifas excesivas (como veremos a continuación, con los casos de la SACEM) o discriminatorias (como veremos en el epígrafe siguiente, con los casos de la SGAE).

La aplicación de tarifas excesivas ha sido condenada por la jurisprudencia comunitaria en la sentencia del TJCE *Lucazeau* ⁽¹⁰⁾. Este análisis de tarifas excesivas también se ha hecho —y ahí radica el núcleo de las críticas de que ha sido objeto— sobre la base de la comparación entre las tarifas aplicadas en el resto de países miembros de la Unión Europea, en la conocida sentencia *Tournier* ⁽¹¹⁾. El tercer gran asunto —además de los anteriores casos citados, relativos al uso de música en las discotecas— sobre esta cuestión fue la sentencia *Basset* ⁽¹²⁾.

III. Abuso de dominio en la gestión de derechos de autor en España

La Sociedad General de Autores y Editores en nuestro país, así como otras sociedades de gestión, no han escapado a este escrutinio antitrust, y han sido objeto de reiteradas sanciones por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia.

La reciente resolución *Televisiones* ⁽¹³⁾ es un claro ejemplo de ello. El asunto fue motivado por una denuncia de Tele 5 y Antena 3 Televisión contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) por conductas supuestamente contrarias al artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en el abuso por AGEDI de su posición de dominio al fijar unilateralmente tarifas discriminatorias, en comparación con las aplicadas a Televisión Española. La otra acusación incluida en la

⁽⁹⁾ Asunto C-127/73, E.C.R. [1974] 313.

⁽¹⁰⁾ Casos 110/88, 241/88 y 242/88, *Francois Lucazeau y otros c. SACEM y otros*, [1989] E.C.R. 2811.

⁽¹¹⁾ Caso 295/87, *Ministère Public c. Tournier* [1989] E.C.R. 2521.

⁽¹²⁾ Caso 402/85, *G. Basset c. SACEM* [1987] E.C.R. 1747.

⁽¹³⁾ Resolución del TDC, de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05).

denuncia —la fijación unilateral, también supuestamente abusiva, de tarifas no basadas en el uso real de los fonogramas por las entidades de radiodifusión— fue rechazada por el TDC.

Para la cuestión relativa a la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos y al sistema establecido para su satisfacción en la vigente Ley de Propiedad Intelectual, el TDC hace una remisión a la resolución *Onda Ramblas/AGEDI* ⁽¹⁴⁾, que concluyó declarando no acreditada la conducta abusiva consistente en la imposición de precios no equitativos y condiciones suplementarias en la gestión de dichos derechos.

En aquella ocasión, se acusaba a AGEDI de imponer a la denunciante, la emisora Onda Ramblas, S. A., un contrato-tipo para la explotación de un repertorio musical que establecía con carácter general que la retribución de las emisoras a los productores fonográficos se realizaría tomando como base la cifra de publicidad y se establecían categorías según el grado (en función del porcentaje de uso sobre el total del tiempo de emisión) de utilización del repertorio.

En su pronunciamiento de 2006, empieza el TDC definiendo el mercado relevante como el de «la gestión de los derechos de propiedad intelectual (comunicación pública) de los productores de fonogramas en España». Al ser AGEDI la única entidad que en España se dedica a ello, su posición de dominio en dicho mercado de referencia resulta acreditada de forma casi automática, y la califica (Fundamento Jurídico núm. 1) el propio TDC como de «posición dominante [...], prácticamente monopolista».

La imputación de haber practicado precios excesivos la rechaza el TDC (en los Fundamentos Jurídicos 5.º y 6.º) argumentando que —dentro de lo complejo y difícil que es determinar cuál sea el precio justo de un bien o servicio— la comparación entre las tarifas que aplica AGEDI y las aplicadas en otros Estados miembros de la Unión Europea, o por la propia AGEDI en servicios similares, no acredita de manera inequívoca la existencia de unas tarifas sustancialmente superiores en España a las existentes en otros países de nuestro entorno.

La imputación de haber practicado precios discriminatorios —condiciones desiguales para prestaciones equivalentes— queda, en cambio, acreditada (Fundamento Jurídico núm. 7), ya que la entidad de gestión de derechos de autor cobró a las denunciadas por el uso de fonogramas en un período determinado de tiempo cantidades unas seis veces superiores a las cobradas, en iguales circunstancias, a TVE, y se sanciona en consecuencia la conducta abusiva de AGEDI con una multa de 300.000 €.

No sin razón —y cierta dosis de ironía— se han denominado a estas sociedades de gestión de derechos de autor, desde el ámbito antitrust, como los «sospechosos habituales» ⁽¹⁵⁾. Esta misma opinión está latente —cuando no explícita— en algunos pronunciamientos del TDC, como por ejemplo la Resolución *SGAE-Asimelec* ⁽¹⁶⁾, dictada para resolver un recurso contra el acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de archivo de una denuncia del recurrente contra la SGAE, que el TDC

⁽¹⁴⁾ Resolución del TDC, de de 14 de diciembre de 1998 (Expte. 430/98).

⁽¹⁵⁾ ALLENDE SALAZAR, R. y VALLINA, R., «Collecting Societies: The Usual Suspects», en *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, 2007, págs. 317-398.

⁽¹⁶⁾ Resolución del TDC, de 24 de noviembre de 2005 (Expte. r 634/04).

estima y resuelve con la orden de reabrir el expediente. En este caso se trataba de un acuerdo entre las entidades de gestión y ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Telecomunicaciones) por el que se fijaba la remuneración compensatoria por copia privada aplicable a los materiales y soportes capaces de almacenar y/o reproducir música o archivos de vídeo.

Para desvirtuar uno de los argumentos del SDC, y que en última instancia llevaron al archivo de la denuncia, se afirma (Fundamento Jurídico núm. 3) que «la larga duración del tiempo de negociación no es por sí mismo revelador de la ausencia de abuso de posición dominante, ni permite la apoyatura para sentar la presunción de inexistencia de conducta abusiva (...). Se hace preciso, en consecuencia, analizar los mercados afectados, así como la posición en éstos de las partes denunciadas, algunas de las cuales o similares han sido sancionadas por abuso de posición dominante en resoluciones de este Tribunal». Se está refiriendo nuestro TDC a la Resolución *Vale Music-SGAE* ⁽¹⁷⁾, y a la Resolución *Propiedad Intelectual Audiovisual* ⁽¹⁸⁾.

En la primera de ellas, la Sociedad General de Autores y Editores fue condenada por una práctica de abuso de posición dominante de aplicación de precios discriminatorios, y sancionada con una multa de 125.000 €. En concreto, se declaró acreditada una conducta anticompetitiva consistente en por imponer el cobro a los productores fonográficos no integrados en AFYVE (Asociación de Productores de Fonogramas y Videogramas de España) de cantidades notablemente más elevadas —en el expediente se cuantifican en cantidades que globalmente llegan a suponer hasta un 37% más— que a los pertenecientes a dicha Asociación, en la utilización del mismo repertorio para la producción de fonogramas destinados a la venta al público y uso privado, lo que deja a unos competidores en situación desventajosa respecto de los otros, sin justificar debidamente los motivos económicos para realizar dicha discriminación.

En la segunda, fueron tres las sociedades de gestión de derechos de autor las declaradas culpables de una conducta abusiva de su posición dominante colectiva, Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Actores Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), conducta consistente en la imposición de precios excesivos y no equitativos, con imposición de multas por un total de 360.000 €.

Este expediente se inició por denuncia conjunta de FEH y ZONTUR contra EGEDA en el que se imputaba a ésta la vulneración de los arts. 1 y 6 de la LDC y 85 y 86 del TCE, al haber reclamado unas tarifas presuntamente abusivas por el uso de aparatos de televisión en las habitaciones de los hoteles representados por las denunciadas. A esta denuncia se unieron posteriormente otras de tres empresas hoteleras: Sol Meliá, S. A. (SOL MELIÁ), el 27 de enero de 1998; el grupo Ciga (CIGA), el 23 de febrero de 1998; y NH Hoteles, S. A. (NH), el 30 de marzo de 1998. El 14 de enero de 1999 se incluyen también, como imputadas, a las sociedades de gestión AISGE y AIE.

Según consta en el expediente del TDC, de 1994 a 1998 tienen lugar una serie de comunicaciones entre la patronal y las empresas hoteleras y las sociedades de gestión, exigiendo éstas una remuneración por

⁽¹⁷⁾ Resolución del TDC, de 25 de enero de 2002 (Expte. 511/01).

⁽¹⁸⁾ Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99).

el uso de los derechos de comunicación pública que implica disponer de televisores en las habitaciones. De forma simultánea a toda esta pugna —más que negociación— se da una elevación constante de las tarifas exigidas, con aumentos —como por ejemplo, multiplicándose por 20 veces de 1994 a 1995— carentes de toda justificación jurídica o económica.

En estas condiciones, y definido (Fundamento Jurídico núm. 7) el mercado relevante como «el de los derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual audiovisual, de productores, actores e intérpretes, que se usan desde los televisores dispuestos en las habitaciones de los hoteles», es evidente que las tres entidades monopolísticas imputadas disfrutaban de una posición de dominio, ya que su poder e independencia de comportamiento son muy grandes respecto de los usuarios de los derechos de los que son titulares, particularmente respecto de los hoteles que no pueden prescindir de los televisores en las habitaciones, por razones comerciales y por imposición de la normativa turística en los de categoría elevada. Y este poder y esa independencia de comportamiento son las que otorgan a estas entidades una notable capacidad para modificar en provecho propio las tarifas, capacidad que resulta plena si, en lugar de negociarlas como les impone la Ley, las imponen unilateralmente.

De las actuaciones obrantes en el expediente entiende el TDC (Fundamento Jurídico núm. 13) que queda suficientemente acreditado el propósito de EGEDA, compartido por AISGE y AIE, de imponer unilateralmente unas tarifas que son discriminatorias e inequitativas, tanto por su cuantía como por su arbitrario aumento. Estas tarifas, sigue afirmando el TDC, fueron requeridas de los hoteles de un modo intimidatorio y no a través de la negociación requerida por la Ley.

IV. Valoración final

El debate está, pues, servido. La cuestión de cómo proteger los derechos de propiedad intelectual e industrial en el nuevo «entorno digital» y con el imparable crecimiento y desarrollo de soportes y redes de intercambio de archivos que hacen cada vez más fácil y atractivo su circulación por Internet es un tema que ha de debatirse con equilibrio y rigor. En este nuevo escenario, y a la luz de las también recientes y nuevas herramientas surgidas —como los DRM— y de los nuevos modelos de propiedad intelectual —como las licencias *creative commons*—, es igualmente necesario replantearse qué papel han de jugar las sociedades colectivas de gestión de derechos de autor.

La polémica a la que hemos hecho referencia en estas páginas no sólo afecta al floreciente y lucrativo mercado de la música *on-line*, sino que se ha trasladado en fechas recientes a otro no menos boyante y próspero mercado, el de los vídeos que se pueden subir y bajar en Internet.

Como es conocido, después del rosario de demandas —la más sonada ha sido la interpuesta por el grupo *Viacom*, reclamando una indemnización de más de mil millones de dólares— que ha tenido que afrontar el gigante Google a causa de los vídeos en el popular sitio YouTube, la compañía ha decidido pasar a la acción desarrollando ella misma una herramienta —similar a los DRM en el ámbito de la música— que sirva eficazmente para bloquear contenidos protegidos por derechos de autor. Esta herramienta de software, llamada *Claim Your Content* (reivindica tus contenidos), está pensada para permitir a los propietarios de los vídeos saber inmediatamente si están siendo difundidos sin su permiso por el sistema.

Google espera dar respuesta de esta manera a las acusaciones de piratería que ha de afrontar por los miles de archivos y contenidos protegidos que se publican diariamente en la página de YouTube.

La cuestión es ¿qué papel juega, en este ámbito, el Derecho de Defensa de la Competencia? En nuestra opinión, el mismo papel que lleva a cabo en otros mercados y otras industrias: el de asegurar el correcto funcionamiento concurrencial y la maximización de la eficiencia del sistema de asignación de precios.

En efecto, y en esto en nada difieren el mundo «real» del mundo virtual o digital, de lo que se trata es de evitar que las empresas utilicen su poder de mercado —de forma unilateral, a través de una práctica de abuso de posición dominante, o de forma concertada, a través de acuerdos y prácticas colusorias— para falsear, alterar, restringir o impedir la competencia. Esta prohibición se aplica también a las sociedades de gestión de derechos de autor, en su calidad de «operadores de mercado», y con la especial responsabilidad que tienen —derivada de su condición cuasi monopolista— en del mantenimiento de una competencia efectiva.

El nuevo modelo, según insistentemente han señalado diversas autoridades nacionales y comunitarias⁽¹⁹⁾, debería ajustarse a las siguientes pautas: el mantenimiento de la realidad cultural y la creatividad musical europea; favorecer el crecimiento y desarrollo de nuevos productos, servicios y modelos de negocio; evitar, por vía de las restricciones territoriales, la partición del mercado común en submercados nacionales; y, finalmente, evitar el cierre de mercados.

Particularmente habrá de cuidarse que la excesiva protección de los derechos de autor y las debidas salvaguardas jurídicas —y tecnológicas— que se arbitren a tal efecto no impidan un adecuado desarrollo del mercado, desarrollo que tiene como inevitable marco de referencia la satisfacción del consumidor. En este sentido, se habla ya de «interoperabilidad de la música digital»⁽²⁰⁾, ya que la diversidad de formatos de archivo y las restricciones en función del tipo de reproductor multimedia de que uno disponga (iPod, Zune, Windows Media Player, etc.) según las canciones incorporen o no DRM y de qué tipo, llevan a no pocas frustraciones e incomodidades para el usuario final.

Evidentemente, hay que estar también a la protección de los derechos de autor, y de eso se encarga la legislación de propiedad intelectual e industrial. La cuestión de las relaciones entre las leyes que regulan la propiedad industrial o intelectual y la normativa de defensa de la competencia ha sido una continúa fuente de conflictos. No es de sorprender, ya que en la medida en que las primeras otorgan al titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial una suerte de monopolio legal y las segundas persiguen exactamente lo contrario, es decir, la existencia de una oferta y demanda en el mercado que garantice la libertad de elección de los consumidores, no resulta sorprendente que los intentos por equilibrar ambos tipos de derechos hayan suscitado múltiples problemas en la práctica.

⁽¹⁹⁾ UNGERER, H., «Application of competition law to rights management in the music market. Some orientations», conferencia en la reunión de la *Independent Music Companies Association* (IMPALA), 11 de junio de 2003, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_018_en.doc.

⁽²⁰⁾ SANDOVAL, G., «Apple & Amazon may hold future of DRM-free music», *CNET News.com*, 17 de mayo de 2007.

En este sentido, son loables los esfuerzos que se realizan desde diferentes ámbitos e instituciones, para lograr ese ansiado «*equilibrio entre la libre competencia, esencial para la vitalidad de la economía, y los derechos de monopolio garantizados por las leyes de propiedad intelectual*», como proclama el punto 3.º de la Carta Adelfi.

En relación el posible carácter anticompetitivo del ejercicio unilateral de un derecho intelectual o industrial, la jurisprudencia *Magill* ⁽²¹⁾ establece por primera vez en el Derecho europeo de la competencia que también en circunstancias excepcionales la mera negativa de un titular de derechos de propiedad intelectual en posición de dominio (es decir, sin realizar actos que merezcan un análisis antitrust independiente) puede dar lugar a un abuso de posición de dominio contrario al art. 82 del Tratado del CE, a nivel comunitario, y contrario al artículo 6 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia.

En consecuencia, y en este ámbito que estamos analizando, tanto el comportamiento de una entidad de gestión de derechos de autor (como la SGAE cuando fija las tarifas y cánones de uso del repertorio musical que gestiona) como la de una productora o distribuidora de música (como Apple cuando limita al iPod la posibilidad de escuchar la música que se adquiere en el portal iTunes) se pueden someter perfectamente al escrutinio antitrust del abuso de posición dominante.

Por otro lado, el posible carácter anticompetitivo de un acuerdo suscrito por entidades independientes (sean diversas entidades de gestión de derechos de autor, sean compañías discográficas y distribuidoras, etc.), puede perfectamente enjuiciarse bajo la categoría de prácticas colusorias, prohibidas a nivel comunitario por el art. 81 del Tratado CE y a nivel nacional por el art. 1 de la LDC.

En consecuencia, comportamientos como el Acuerdo de Santiago o acuerdos de licencia de música o vídeos en Internet como al que han llegado Google y YouTube con las principales discográficas y empresas de radiodifusión (Warner Music Group, Universal Music Group, Sony BMG Music Entertainment, la CBS y la BBC) se pueden someter perfectamente al escrutinio antitrust de las prácticas colusorias.

Finalmente, y recogiendo la opinión de las autoridades antitrust comunitarias ⁽²²⁾, se pueden proponer las siguientes orientaciones sobre el papel que —desde una perspectiva antitrust— han de jugar las sociedades de gestión de derechos de autor:

- 1) Las restricciones territoriales no pueden impedir la aparición de nuevas formas de ventanillas únicas globales, ya que de esta forma se obtienen claras ganancias en términos de eficiencias y un marco legal para este nuevo mercado la distribución de música *on-line*.
- 2) El Derecho de la Competencia de la Unión Europea no ve con malos ojos los acuerdos recíprocos entre sociedades de gestión de derechos de autor, siempre que:

⁽²¹⁾ Sentencia del TJCE de 6 de abril de 1995, *Radio Telefís Eireann v. Comisión*, C-241/91, Rec. [1995] I-743.

⁽²²⁾ UNGERER, H., «European music cultures and the role of copyright organisation- competition aspects», conferencia pronunciada en la reunión *European Music cultures- Sound or Silence*, La Haya, 5 de octubre de 2004.

- 3) No impliquen la perpetuación de estructuras monopolísticas que, si tuvieron su razón de ser en el pasado, no son imprescindibles en el actual entorno digital;
- 4) Permitan a los autores, compositores, ejecutantes, etc., un amplio margen de decisión sobre el grado adecuado de combinación entre gestión individual —a través de las nuevas herramientas de software— y gestión colectiva de sus derechos.
- 5) Consigan los objetivos deseables —la ventanilla única, la lucha contra la piratería, las licencias paneuropeas, etc.— a través de los medios menos restrictivos; es decir, es inaceptable a estos efectos (como prevé el *Acuerdo de Santiago*) la eliminación total de la competencia entre sociedades de gestión nacionales vía cláusulas de «asignación de clientes», cuando idénticos resultados pueden conseguirse con otras herramientas menos restrictivas (como, por ejemplo las cláusulas de «nación más favorecida»).