

25.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010 Y 13 DE DICIEMBRE DE 2010

Remuneración equitativa y tarifas generales de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual

Comentario a cargo de:
IGNACIO CÁRDENAS ARTOLA
Abogado. CMS Albiñana & Suárez de Lezo

SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán

Asunto: La sentencia versa sobre la determinación de la remuneración a percibir por los titulares de derechos de propiedad intelectual y de los criterios que deben aplicarse a la hora de modular el importe de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión de tales derechos. Se discute la cantidad que puede recaudar la entidad de gestión de los artistas, intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales llevada a cabo por una cadena de televisión digital. Se examina el procedimiento para fijar dicha remuneración, y se debate acerca de la posibilidad de aplicar las tarifas generales establecidas unilateralmente por la entidad de gestión y depositadas en el Ministerio de Cultura o si, por el contrario, tales tarifas debe ser moduladas con arreglo a criterios de equidad.

SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2010

Ponente: Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos

Asunto: La sentencia versa sobre la determinación de la remuneración a percibir por los titulares de derechos de propiedad intelectual y de los criterios que deben aplicarse a la hora de modular el importe de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión de tales derechos. Se discute la cantidad que puede recaudar la entidad de gestión de los artistas, intérpretes o ejecutantes

por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales llevada a cabo por una cadena de televisión digital. Se examina el procedimiento para fijar dicha remuneración, y se debate acerca de la posibilidad de aplicar las tarifas generales establecidas unilateralmente por la entidad de gestión y depositadas en el Ministerio de Cultura o si, por el contrario, tales tarifas debe ser moduladas con arreglo a criterios de equidad.

Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de septiembre y 13 de diciembre de 2010

Remuneración equitativa y tarifas generales de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual

IGNACIO CÁRDENAS ARTOLA

Abogado de CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Resumen de los hechos de la Sentencia de 15 de septiembre de 2010

En el caso resuelto por esta sentencia, las entidades de gestión Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) demandaban a la mercantil Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (Vía Digital) por infracción de los derechos de propiedad intelectual de sus artistas representados, toda vez que la referida cadena de televisión no había hecho efectiva la remuneración por comunicación pública de grabaciones audiovisuales que establecía el entonces artículo 108.3 (hoy 108.5) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, “TRLPI”), por las emisiones vía satélite efectuadas por aquella desde el inicio de su actividad.

En dicha demanda, las actoras solicitaban del Juzgado que, además de declarar el derecho infringido, condenase a la demandada a hacer efectiva la remuneración solicitada, tomando como criterio de cálculo las tarifas generales que aquellas tenían comunicadas al Ministerio de Educación y Cultura. Asimismo, se solicitaba la condena a indemnizar los daños y perjuicios por haber incurrido en mora, así como al pago de las costas procesales.

Tras la oportuna contestación de la demandada, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando en lo esencial las pretensiones de las actoras, condenando a Vía Digital, entre otros extremos, al pago de la remuneración establecida en el TRLPI, tomando como criterio de cálculo las tarifas generales.

La Audiencia Provincial de Madrid, en apelación, confirmó la antedicha condena, dando lugar a la interposición por la parte demandada de recurso extraordinario por infracción procesal (en cuyo análisis no nos detendremos al no ser objeto del presente comentario) y recurso de casación ante

el Tribunal Supremo. Posteriormente, Vía Digital y AISGE suscribieron un acuerdo transaccional, en virtud del cual la entidad de gestión hizo efectivo su desistimiento, quedando como partes en el litigio la mencionada Vía Digital y AIE.

El recurso de casación interpuesto por la demandada se articulaba en cinco motivos. Por lo que ahora interesa, se denunciaba infracción del artículo 108.3 TRLPI y del artículo 157 I.b), en relación con el apartado 2 del mismo artículo, en cuanto la sentencia recurrida confirmaba como criterio de cálculo, para determinar el importe de la remuneración a abonar y liquidar por Vía Digital, las tarifas generales que las entidades de gestión demandantes tenían comunicadas al Ministerio de Educación y Cultura.

Resumen de los hechos de la Sentencia de 13 de diciembre de 2010

En un supuesto análogo al previamente descrito, las entidades de gestión AISGE y AIE interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid, contra la mercantil Canal Satélite Digital, S.L. (Canal Satélite Digital) por infracción del artículo 108.3 TRLPI (en la actualidad, como se ha apuntado anteriormente, los derechos de remuneración que se contenían en dicho precepto se recogen en el artículo 108.5), en relación con la comunicación pública por medio de radiodifusión vía satélite de grabaciones audiovisuales que incorporaban actuaciones de sus artistas representados. En particular, con la demanda se ejercitaron, entre otras, acciones de declaración y de condena al pago de la remuneración establecida en el TRLPI, tomando como criterio de cálculo las tarifas generales.

Canal Satélite Digital se opuso a la demanda alegando, entre otros motivos, que la determinación de la remuneración tomando como criterio las tarifas generales establecidas unilateralmente por las entidades actoras, suponía un abuso por parte de estas, contrario a lo dispuesto en la ley. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia acogió en su integridad las pretensiones de las actoras y condenó a Canal Satélite Digital en los términos por aquellas reclamados. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó, posteriormente, el recurso de apelación planteado por la demandada.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso Canal Satélite Digital recurso de casación en el que, por lo que ahora interesa, se denunció la infracción del artículo 157 TRLPI, al establecer la resolución combatida que la remuneración objeto de condena debía ser fijada en función de las tarifas generales, aprobadas unilateralmente por las actoras recurridas. Al haber alcanzado, entre tanto, un acuerdo transaccional con AISGE, se tuvo como desistida a la recurrente frente a esta.

COMENTARIO

Sumario: **1. Delimitación de la cuestión controvertida.** 1.1. Los derechos de propiedad intelectual. En particular, los derechos de mera remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes. 1.2. Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las tarifas generales. **2. Posiciones jurisprudenciales sobre la aplicación equitativa de las tarifas generales.** 2.1. La posición favorable a la utilización de las tarifas generales como criterio de determinación de la remuneración equitativa. 2.2. La posición favorable a la modulación de las tarifas generales con arreglo a criterios de equidad. 2.3. Otras resoluciones: las autoridades de Competencia. **3. Las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de septiembre y 13 de diciembre de 2010.** **4. Conclusiones.** **5. Bibliografía.**

1. Delimitación de la cuestión controvertida

1.1. Los derechos de propiedad intelectual. En particular, los derechos de mera remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes

En derecho español, entendemos por “propiedad intelectual” al conjunto de derechos o facultades que corresponden a los autores y a otros titulares, como los artistas o productores, entre otros, respecto de las obras y prestaciones fruto de su creación.

Se trata de una modalidad muy particular del derecho de propiedad, ya que el derecho que confiere no recae sobre un objeto material, sino que lo hace sobre un *corpus mysticum* o inmaterial, lo cual hace necesaria la existencia de ciertas peculiaridades o diferencias en relación con el derecho de propiedad sobre objetos materiales, tales como su limitación en el tiempo o las distintas facultades o derechos que establece la norma que la regula, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI).

Cuando hablamos de “derechos de propiedad intelectual”, debe tenerse en cuenta que el TRLPI diferencia entre el derecho de autor y los otros derechos conexos, vecinos o afines, como los que corresponden a los artistas, los productores, las entidades de radiodifusión y otros titulares de derechos. La figura por antonomasia en la propiedad intelectual es el autor, y el objeto sobre el que recae su derecho, la obra. Los derechos de los otros titulares son derivaciones de este, aunque cada uno de ellos tiene sus particularidades.

En cuanto al contenido del derecho de autor, este está integrado tanto por una serie de facultades que le permiten explotar en exclusiva su obra (derechos de explotación) como por una serie de derechos que le pertenecen por estar incardinados en la esfera más personal del autor (derechos morales). Dentro de los primeros, el artículo 17 TRLPI enumera cuatro grandes categorías de facultades o derechos: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Se trata de facultades de explotación por las que el autor pue-

de autorizar o prohibir la utilización o explotación de su obra, actuación, o de la prestación que se trate. Al tratarse de facultades dimanadas de un derecho de propiedad, el poder de su titular en principio es total. Sin embargo, la especial naturaleza de la propiedad intelectual y del objeto sobre el que los derechos recaen, hacen que en ocasiones estos derechos de explotación se vean limitados. Así, los artículos 31 a 40 TRLPI establecen una serie de límites a los derechos de explotación del autor (como por ejemplo, la cita, la copia privada, la parodia, etc.). En muchos de estos supuestos, el autor pierde el poder de autorizar o prohibir una determinada utilización de su obra, en aras de otros intereses también merecedores de protección. Sin embargo, para compensarle, se le otorgan ciertos derechos de *mera remuneración*. Es decir: en ciertas circunstancias, el titular del derecho no puede controlar la explotación de su prestación, no puede autorizarla o prohibirla, pero como contrapartida de tal limitación va a tener derecho a percibir una retribución económica por tales usos. Así, se entiende que exista una compensación por las copias privadas de una obra que el autor tiene que soportar (el mal llamado “canon”), por ejemplo.

Pues bien, todo lo dicho hasta el momento con respecto al derecho de autor puede predicarse, aunque con los límites y matizaciones que la propia Ley señala en cada caso, en relación con los demás derechos regulados en el Libro II del TRLPI, que también son derechos de propiedad intelectual. En concreto, y por lo que aquí nos interesa, la ley atribuye un derecho de exclusiva de explotación o utilización a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus actuaciones (artículos 105 a 113 TRLPI).

El art. 105 TRLPI establece qué debe entenderse por artistas intérpretes o ejecutantes, al referirse “a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra”. Queda claro que esta definición comprende las múltiples posibilidades de interpretar o ejecutar en cualquier forma una obra, y considera como artista intérprete o ejecutante a cualquier persona que realice alguna de esas actividades, que pueden llegar a ser muy distintas entre sí, pero que están sometidas al mismo régimen de protección [BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., (2009), pp. 213 y siguientes].

Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen la propiedad intelectual sobre sus actuaciones y, en consecuencia, tienen también reconocidas una serie de facultades, tanto de carácter patrimonial como moral. Entre los derechos patrimoniales de los artistas figura el derecho de comunicación pública de sus actuaciones, regulado en el artículo 108 TRLPI, que es el derecho que da origen a los dos litigios resueltos por las sentencias que son objeto del presente comentario. El precepto referido es una compleja combinación entre derechos de exclusiva, derechos de remuneración, excepciones y presunciones de cesión de los derechos. En cualquier caso, y a los efectos de comprender el objeto de los litigios analizados, lo que debe quedar claro es que los apartados 3, 4 y 5 (párrafo segundo) del artículo 108 TRLPI establecen la obligación de abonar unas re-

muneraciones *equitativas* a los artistas intérpretes o ejecutantes, en función del uso concreto que se haga de su actuación.

El párrafo segundo del apartado 5, en concreto (artículo 108.3 antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que es la redacción aplicable a los litigios examinados), establece el derecho de los artistas a una remuneración equitativa cuando sus actuaciones esté fijadas en una grabación audiovisual y se utilicen para cualquier acto de comunicación pública –a excepción de los previstos en el artículo 20.2 f) y g) TRLPI, a saber, la retransmisión y la emisión y transmisión en lugar abierto al público–.

A efectos del análisis que estamos llevando a cabo, la importancia de la distinción que la ley hace entre la remuneración procedente por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales por medio de las modalidades del artículo 20.2 f) y g) TRLPI, y la que debe abonarse por las restantes modalidades de comunicación pública, es crucial: mientras que en el primer caso se señala que los usuarios de las grabaciones audiovisuales tienen obligación de pagar a los artistas y a los productores audiovisuales la remuneración que proceda “*de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión*”, en este último se alude a “*la obligación de pagar una remuneración equitativa*”, sin mencionar las tarifas generales [RODRIGUEZ TAPIA, J.M. (2007), pp. 596-616].

Finalmente, debe tenerse muy en cuenta lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo 108 TRLPI: todas las remuneraciones a las que hace referencia dicho precepto se deben hacer efectivas a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. En otras palabras: estos derechos de remuneración son de gestión colectiva obligatoria.

1.2. Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las tarifas generales.

Con objeto de que los titulares de los derechos de propiedad intelectual logren una mayor y mejor gestión de sus derechos, el TRLPI regula la figura de la entidad de gestión, un instrumento que en principio debería favorecer la efectividad de estos derechos, pues en muchos casos resultaría imposible (o al menos enormemente dificultoso) para el titular del derecho controlar que este no sea infringido, así como gestionar las negociaciones para su cesión, o el cobro de las remuneraciones establecidas en la ley, entre otras cuestiones. Como establece Bercovitz, “*la aparición de nuevas formas de explotación de las obras, la dificultad del titular de los derechos para controlar su uso y la complejidad que reviste una adecuada administración de los derechos son, entre otros, los factores que justifican la gestión colectiva*” [BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (2009), p. 252]. Esta modalidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, que llevan a cabo enti-

dades especializadas, constituye una alternativa mucho más efectiva que la gestión realizada por los propios derechohabientes. Sin embargo, la voracidad recaudatoria y la polémica que habitualmente preside la actuación de estas entidades, así como la más que dudosa “partición” del mercado que las ocho entidades de gestión actualmente existentes han llevado a cabo (adquiriendo cada una de ellas una posición de dominio, si no de monopolio, en sus respectivos ámbitos), lo cual ha tenido su reflejo en varios acontecimientos y resoluciones administrativas y judiciales de los últimos tiempos, ha derivado en un considerable rechazo social y en una desconfianza *a priori* sobre este tipo de entidades poco deseable cuando buena parte del sistema configurado por la ley descansa sobre la gestión de los derechos que les es encomendada.

De los requisitos establecidos en el artículo 147 TRLPI puede extraerse el concepto de entidad de gestión: se trata de aquellas entidades legalmente constituidas, autorizadas por la Administración y sin ánimo de lucro, que tienen por objeto social gestionar, por cuenta o interés de varios titulares de derechos de propiedad intelectual, los derechos patrimoniales de estos, por medio del contrato de gestión que las dos partes suscriben.

El objeto de las entidades de gestión, por tanto, es gestionar o administrar los derechos de propiedad intelectual de otros. Se trata, en consecuencia, de un mandato. Dentro del ámbito de actuación de estas entidades, por un lado deberán gestionar aquellos derechos que el titular voluntariamente les ha encomendado en el contrato de gestión (que normalmente comprende casi todos los derechos patrimoniales sobre los que el titular tiene capacidad de decidir, así como la percepción de las remuneraciones establecidas en la ley), y por otro, dar cumplimiento a ciertos deberes de gestión y cobro obligatorios que les encomienda en exclusiva el propio TRLPI: los derechos de gestión colectiva obligatoria (por ejemplo, los ya señalados del artículo 108). Estos derechos sólo pueden ser gestionados por las entidades de gestión, y no por los titulares de manera individual o directa.

A fin de asegurar una adecuada disponibilidad y utilización de los derechos de propiedad intelectual, y la existencia de una gestión equilibrada y adecuada, el art. 157 TRLPI impone a las entidades de gestión una serie de obligaciones de gran importancia en relación con los usuarios de los derechos de propiedad intelectual administrados por estas. Entre las que nos interesan en este punto, podemos destacar dos. Por un lado, el art. 157 1.a) obliga a las entidades a contratar con quien lo solicite la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados. Como señala Bercovitz, “*esta obligación de contratar se deriva de la posición de dominio en el mercado que cada entidad ocupa en su respectivo ámbito de actuación*” BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (2009), p. 252]. La negativa injustificada a contratar supondría un abuso de posición dominante sancionado en el artículo 2.2. c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Este hecho, que resulta indiscutible y evidente, parece no serlo tanto cuando en lugar de negarse a contratar, la entidad impone

unas condiciones abusivas: las sentencias analizadas ahondan en este aspecto, como más adelante se explica. La autorización se concede a cambio de una remuneración, cuya determinación es el *quid iuris* en estos litigios.

En segundo lugar, el artículo 157 1.b) obliga a las entidades a establecer unas tarifas generales en las que ha de fijarse la remuneración exigible por la concesión de licencias y autorizaciones para la utilización de las obras o prestaciones incluidas en el repertorio por ellas gestionado. Las tarifas cumplen la función de ser una suerte de precio orientativo, establecido unilateralmente por la entidad de gestión, que no está sometido a ningún tipo de control, más allá de la obligación formal de ser comunicadas a la Administración, comunicación que, como certeramente señala la doctrina mayoritaria (entre otros BERCOVITZ o RODRIGUEZ TAPIA) y suscribe, como más adelante se verá, la jurisprudencia más importante de nuestros tribunales, no les dota siquiera de una presunción de legitimidad o legalidad.

Una vez expuestas estas dos obligaciones, el problema está servido: la entidad de gestión tiene la obligación de contratar con el usuario. Al ocupar una posición monopolística *de facto* en su mercado particular de derechos de propiedad intelectual, la entidad tiene todo el poder en su mano para obstaculizar una negociación entre iguales e imponer sus condiciones. En último término, sabe que tiene las tarifas generales como precio de referencia, por lo que la tentación más inmediata es establecer e imponer al usuario unas tarifas abusivas y no equitativas. Este hecho ha propiciado la generación de un enorme volumen de litigios, tanto en sede judicial como ante las autoridades de Competencia, con diversidad de pronunciamientos y resoluciones en uno y otro sentido.

En definitiva: la fijación de tarifas generales por las entidades de gestión se diseña como un mecanismo para facilitar a los usuarios el acceso a las prestaciones incluidas en el repertorio de las entidades cuando no es posible un acuerdo entre las partes. El problema sobreviene cuando la entidad de gestión solicita cantidades excesivas, so pretexto de que las tarifas hayan sido depositadas en el Ministerio de Cultura. Queda claro, al interpretar los diversos artículos del TRLPI que establecen derechos de remuneración, que las tarifas generales deben ajustarse a criterios de equidad y razonabilidad. Sin embargo, estos son conceptos jurídicos indeterminados y demasiado genéricos que deben ser concretados por los tribunales.

El problema que plantean los litigios analizados, y que las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de septiembre y 13 de diciembre de 2010 vienen a resolver de manera definitiva, es el de si es posible la aplicación subsidiaria de las tarifas generales de una entidad de gestión, de manera automática ante la falta de acuerdo entre las partes, para determinar la remuneración debida por el uso de su repertorio. Nuestro Alto Tribunal concluye que dichas tarifas no podrán ser exigidas si no han sido establecidas atendiendo a criterios de equidad.

2. Posiciones jurisprudenciales sobre la aplicación equitativa de las tarifas generales

La aplicación de las tarifas generales en defecto de acuerdo por las partes ha dado lugar a una gran cantidad de procedimientos judiciales, sobre todo en los supuestos en los que los usuarios estimaban que la remisión al pago de unas tarifas establecidas unilateralmente por las entidades de gestión suponía un ejercicio abusivo del derecho por parte de estas.

En la práctica jurisdiccional relativa a estos asuntos, ha habido multitud de resoluciones en ambos sentidos. Por un lado, son varias las sentencias que abogan por la aplicación directa de las tarifas generales en defecto de acuerdo, sin llegar a plantearse la equidad de estas ni los criterios que se han empleado para su fijación. Por otra parte, la última tendencia impuesta por el Tribunal Supremo se decanta claramente por la configuración y aplicación de las tarifas generales con arreglo a criterios de equidad, llegando incluso a señalar cuáles deben ser esos criterios en particular.

Mención aparte merecen las resoluciones de las autoridades de Competencia que se han dictado en los últimos tiempos, imponiendo importantes sanciones a las entidades de gestión por incurrir en conductas de abuso de posición dominante al aplicar a los usuarios unas tarifas generales abusivas.

2.1. La posición favorable a la utilización de las tarifas generales como criterio de determinación de la remuneración equitativa.

Por lo general, hasta el año 2009, fecha en que el Tribunal Supremo dictó dos importantes sentencias que más adelante se examinarán, en ausencia de acuerdo entre la entidad de gestión correspondiente y el usuario, los tribunales venían fijando la remuneración a abonar a aquella por este último en la cantidad que resultara de la aplicación de las tarifas generales –que, en la mayoría de casos, consistían en un porcentaje sobre los ingresos de explotación del usuario–, sin tener en cuenta en su análisis los criterios de determinación de estas ni la razonabilidad en la cuantía establecida.

Cabe destacar la STS 19-1-1990 (RJ 7990/ 34), que adoptaba una postura de automatismo, según la cual, a falta de pacto ente la entidad de gestión y el usuario, debían aplicarse las tarifas generales, llegando a apelar a la lógica para justificar esta solución: “(...) cuando, como en este caso, no haya convenio expreso regulador por lógica contractual han de remitirse los interesados a las tarifas generales debido a la ausencia de precio convenido, puesto que viene a ser una regla supletoria de tal falta de acuerdo (...)”.

Siguiendo esta doctrina, la STS 24-11-2006 (RJ 2006/ 8135), señala: “según aduce, la sentencia impugnada ha utilizado de forma automática las tarifas unilateral-

mente fijadas por la demandante, sin atemperar la cuantía a las circunstancias concurrentes— se desestima porque la fijación de las remuneraciones relativas a la explotación de los derechos de la propiedad intelectual pertenecen a la libre voluntad de los autores o de su entidad gestora, como se deduce de los Estatutos de la S.G.A.E., lo que ha sido mantenido por esta Sala en sentencia de 18 de enero de 1990 (RJ 1990, 34), donde se declaró que «han de remitirse los interesados a las tarifas generales debido a la ausencia de precio convenido, puesto que viene a ser una regla supletoria a tal falta de acuerdo que se ha de proteger».”

Resulta llamativa la práctica inexistencia de sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia y, en particular, sosteniendo esta postura. La causa de tal hecho radica, muy probablemente, en que los usuarios no se han atrevido a llegar hasta la más alta instancia, prefiriendo en último término alcanzar acuerdos con las entidades de gestión para la utilización de sus repertorios. Esta tendencia cambia, sin embargo, a partir del año 2006, momento a partir del cual comienzan a multiplicarse las resoluciones sancionadoras por parte de las autoridades de Competencia y llegan a las altas instancias jurisdiccionales otros litigios relativos a tarifas generales y entidades de gestión: los relativos a la existencia o no de comunicación pública en las habitaciones de establecimientos hoteleros.

Sin embargo, en la jurisprudencia menor sí ha habido múltiples resoluciones en el sentido de acoger las tarifas generales como medio de determinación de la remuneración a percibir por las entidades de gestión.

La línea argumental establecida por la ya citada sentencia del Tribunal Supremo, partidaria de la aplicación subsidiaria de las tarifas generales en defecto de acuerdo, es la que mayoritariamente ha imperado entre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. En algunas ocasiones el convencimiento del tribunal es tal que se llega a afirmar la procedencia de la aplicación de las tarifas generales con una firmeza incontestable. Así, la SAP Madrid 19-1-1999 (AC 1999/6928), en un supuesto en que la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) exigía el pago de la remuneración procedente por la exhibición y comunicación de obras audiovisuales en autobuses, afirma contundentemente que “*como no existe duda de que la tarifa fijada por la SGAE debe ser respetada, pues la ley le concede fuerza (art. 90.3) en cuanto no se utilice la vía arbitral que la misma regula para solventar los posibles conflictos que puedan surgir entre los afectados por estos derechos y las entidades de gestión (art. 143) debemos culminar estimando íntegramente el recurso, revocando, en consecuencia, la Sentencia de instancia.*”

Al analizar la jurisprudencia favorable a la determinación de la remuneración equitativa tomando como criterio las tarifas generales fijadas unilateralmente por las entidades de gestión, resulta de una importancia capital una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid: la SAP Madrid 13-4-2004 (AC 2004/1899). En términos análogos a la ya citada STS 19-1-1990, esta resolución señala que las tarifas generales son el único elemento objetivo que puede ayu-

dar a determinar la remuneración cuando las partes no han llegado a un acuerdo, apuntando además, de manera errónea, que están sujetas al control del Ministerio de Cultura:

“(...) en definitiva, aunque el deseo del Legislador es conseguir un acuerdo pactado entre los interesados, facilitando la vía de solución extrajudicial mediante la creación de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (art. 158), no excluye la posibilidad de aplicar las tarifas generales, que deberán ser abonadas durante el proceso negociador, si no se llegase a ningún acuerdo (...)

En estos términos, si los intentos de negociación han sido múltiples, con diversidad de propuestas económicas, que no han sido aceptadas por la demandada (...), no creemos que debemos rechazar el derecho que les reconoce la Ley a las entidades gestoras a exigir el importe de la remuneración equitativa en función de lo establecido en las tarifas, única cantidad objetiva con las que podemos trabajar, pues de otro modo dejaríamos el derecho de los artistas en manos de cualquier medio de comunicación que se negase a culminar cualquier acuerdo, lo que nos parece absolutamente inadmisible (...)

Eso no quiere indicar que las tarifas no tengan control alguno, pues son remitidas al Ministerio de Cultura y Ciencia que deberá controlarlas, ni que los propios Tribunales puedan revisar su importe cuando se pueda observar que ha concurrido una actitud maliciosa por parte de la actora, impidiendo todo proceso negociador, pero ello no vemos que concurra en este caso, ya que las negociaciones entre las partes litigantes se han extendido durante varios años (...)”.

Otras sentencias, como la SAP Alicante 13-7-2010 (AC 2010/ 1503) siguen un razonamiento puramente causal para determinar el pago de las tarifas generales como consecuencia de la obligación establecida en el artículo 157.1b) TRLPI: *“En conclusión, dado que tanto los productores de fonogramas como los ejecutantes o intérpretes tienen derecho a la remuneración equitativa y única, que se ha de hacer efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, como es el caso de AGEDI y AIE (art. 108.4 y 116.3 de la Ley de Propiedad Intelectual), y que en caso de falta de autorización el perjudicado puede exigir la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación (art. 140.2 b) de la Ley de Propiedad Intelectual) y que las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio (art. 157.1.a de la Ley de Propiedad Intelectual), resulta evidente que la mercantil Bianco Levante S.L. estaba obligada a abonar las cantidades que resulten conforme a tales tarifas correspondientes al período comprendido entre abril de 2006 y junio de 2009 en que cesó la actividad de la demandada, ambos inclusive y según los parámetros fijados en esta resolución”*. En términos semejantes se pronuncia la SAP Zamora 24-6-2009 (JUR 2009/318915).

Otro de los argumentos esenciales que nuestros tribunales han esgrimido para acoger la tesis del empleo de las tarifas generales para materializar las remuneraciones establecidas en el TRLPI es el de velar por la seguridad jurídica. En varias resoluciones se estima que, con independencia de la equidad de las tarifas generales, al constituir estas un criterio presuntamente claro y objetivo para todos, deben ser aplicadas a la generalidad de los usuarios. En la SAP Córdoba 1-6-2001 (JUR 2001/ 236296) se llega incluso a afirmar que lo contrario podría dar lugar a situaciones de abuso, lo cual no deja de tener un punto de ironía al tratarse de una materia como la presente: *“De lo expuesto no se extrae otra consecuencia que estamos ante un derecho de gestión colectiva obligatoria debiendo dichas entidades redactar sus correspondientes estatutos que deberán ser aprobados por el Ministerio de Cultura, aprobación que se extenderá a las tarifas generales que cumplen una función sustitutiva del precio que individualmente exigiría un titular de derechos de Propiedad Intelectual; (...) Al no haberse acogido la entidad demandada a ninguna de esas federaciones ni aceptada la adhesión nada más lógico que deba pagar las tarifas generales, y no como resuelve el Juez de instancia, que le obliga a pagar el convenio más favorable para que no salga perjudicado. Tuvo oportunidad de acogerse a él como se demuestra con los documentos unidos a la demanda y sin embargo no lo hizo bien porque quería dilatar, no pagar o bien parecerle excesivos tales derechos. Esta situación crea inseguridad jurídica y una situación de poca claridad y abuso que no debe beneficiarle, de ahí la aplicación subsidiaria de las tarifas generales aprobadas por el Ministerio de Cultura y no el convenio que más le beneficie como resuelve el Juez de Instancia; repetimos, con solo encontrar el convenio que más beneficie –al que también se le pondrían inconvenientes– la dilación e inseguridad sería más grande.”*

Esta sentencia resulta asimismo interesante, toda vez que proscribiera expresamente uno de los criterios que, como más adelante se comentará, las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de septiembre y 13 de octubre de 2010 establecen como primordial a la hora de modular las tarifas generales de las entidades de gestión: la comparación con los acuerdos alcanzados con otros usuarios.

Sin perjuicio de lo anterior, en la misma línea de salvaguardar la seguridad jurídica se pronuncian otras resoluciones, como la SAP Cantabria 12-2-2000, o la SAP Álava 6-11-2001 (JUR 2002/ 217281). Esta última señala, a nuestro juicio erróneamente, que en todo caso la facultad de controlar y decretar la invalidez de las tarifas generales pertenece a las instancias administrativas, surtiendo pleno efecto estas si no existiese tal pronunciamiento: *“Ahora bien, esta Sala entiende que tampoco ha lugar a acoger este motivo de impugnación, al considerar (...) que a instancias administrativas compete estar en primera línea, la sentencia no resuelve más que un caso concreto, opera de modo aislado y distorsionador, las tarifas ofrecen seguridad jurídica para todos, y son eficaces desde la perspectiva del derecho a ser iguales ante la Ley; que son las Autoridades administrativas y, en último término, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las encargadas de la supervisión y adecuado funcionamiento de las entidades de gestión, ya que lo contrario nos llevaría al subjetivismo judicial, a la desorientación, a la inseguridad, y desde luego al trago desigual, pues las entidades de ges-*

ción están obligadas a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio (...) por lo que a falta de pronunciamiento firme en tal ámbito, en el que los interesados deben actuar a estos efectos, las tarifas deben desplegar plena eficacia.”

En línea con esta última apreciación, resulta sorprendente comprobar el escaso conocimiento que de esta materia tienen algunos tribunales, que han llegado a afirmar lo que la ya comentada SAP Madrid 13-4-2004 en cierto modo insinuaba: que es el Ministerio de Cultura quien tiene la facultad de controlar y moderar las tarifas generales fijadas por las entidades de gestión. Así, entre otras, la SAP Madrid 11-9-2002 (JUR 2002/ 27222) sostiene: *“Estas mismas entidades están obligadas a establecer tarifa general que determine la remuneración exigida por la utilización de su repertorio –artículo 157.1.b), y a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en la Ley – artículo 157.4). Esta obligación-facultad de determinación de las tarifas generales, de ejercicio unilateral en caso de fracaso de la deseable negociación previa, se halla tutelada por el Ministerio de Cultura, que así puede corregir el eventual exceso o desproporción, a través de la exigida notificación que han de hacerle las entidades de gestión de las tarifas generales y sus modificaciones según previene el artículo 159.3 de la misma Ley de Propiedad Intelectual”.*

A estas alturas, huelga decir que las tarifas generales fijadas por las entidades de gestión no están sometidas a ningún tipo de control de carácter preventivo, ni por parte de órganos judiciales ni por la Administración. La obligación de comunicar las tarifas al Ministerio de Cultura no supone que este tenga atribuidas competencias de carácter correctivo; es más, ni siquiera tiene la facultad de aprobarlas o rechazarlas. La comunicación de las tarifas generales al Ministerio cumple una mera finalidad de publicidad y, en consecuencia, no pueden sostenerse argumentos como el expuesto por la sentencia citada.

Finalmente, algunas sentencias, como la SAP Barcelona 13-1-2009 (AC 2009/ 693) resultan algo más ambiguas, ya que si bien establecen que las tarifas no necesariamente deben ser identificadas con la remuneración equitativa establecida en la Ley, sin embargo no profundizan en el asunto y acaban confirmando las pretensiones de las entidades de gestión: *“La remuneración equitativa que establecen los arts. 108.2 y 116.2 TRLPI a favor de los respectivos titulares que menciona, que se genera por la utilización de fonogramas por los usuarios para cualquier forma de comunicación pública, y que se hará efectiva por las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, no se identifica necesariamente con las tarifas generales que estas entidades están obligadas a establecer conforme al art. 157.1 TRLPI (...). La Ley, por tanto, no equipara la remuneración equitativa a las tarifas unilateralmente fijadas por las entidades de gestión, consecuencia necesaria de la virtud que ha de albergar la remuneración que prevén tales preceptos, pues se exige que a su fijación preceda una negociación con los usuarios y que finalmente tal remuneración sea equitativa, lo que no se predica de las tarifas generales, sin perjuicio de que éstas lleguen a constituir aquella remuneración equitativa, bien porque exista vinculación contractual que implique su acep-*

tación por el usuario o, en su defecto, porque se considere que las tarifas generales se identifican con esa remuneración por satisfacer la exigencia de la norma (que sean equitativas) logrando efectivamente un justo equilibrio entre los intereses en conflicto.”.

2.2. La posición favorable a la modulación de las tarifas generales con arreglo a criterios de equidad

Al referirnos a la jurisprudencia favorable al establecimiento por parte de las entidades de gestión de tarifas generales con arreglo a criterios de equidad para determinar la remuneración que pueden percibir los titulares de derechos, son de obligada alusión dos sentencias del Tribunal Supremo del año 2009 que suponen un vuelco definitivo a la confusión hasta entonces reinante en este ámbito respecto a qué doctrina debía seguirse. Se trata de las famosas STS 18-2-2009 (RJ 2009/ 3286) y STS 7-4-2009 (RJ 2009/ 3289).

Estas sentencias constituyen el antecedente lógico y necesario de las que en este estudio se comentan, y han venido a establecer la doctrina jurisprudencial definitiva en determinados aspectos relativos a la remuneración equitativa a percibir por los artistas intérpretes o ejecutantes en los casos de comunicación pública de obras audiovisuales del artículo 108.5 TRLPI. Sin perjuicio de ello, el aspecto más interesante e importante que contienen las señaladas sentencias es el que se refiere al carácter equitativo de las tarifas generales de las entidades de gestión y los criterios que han de ponderarse para considerar tal equidad y, en consecuencia, poder acogerlas como base para determinar la remuneración de la que habla la ley.

Cuestionan estas dos resoluciones la aplicación subsidiaria y automática de las tarifas generales de las entidades de gestión en las situaciones en que no se produzca un acuerdo entre la entidad de gestión y el usuario, estableciendo que dichas tarifas no pueden ser exigidas si no han sido fijadas con atención a criterios de equidad, criterios que las propias sentencias posteriormente enumeran y desarrollan. De esta forma, el Alto Tribunal establece una línea jurisprudencial enormemente relevante, dado que se trata de la primera ocasión en que el Tribunal Supremo cuestiona la validez de las tarifas generales.

En primer lugar, el Tribunal Supremo expresa la necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad, rechazando el argumento según el cual en caso de fracaso en las negociaciones es obligado estar a las tarifas generales comunicadas a la Administración. Además, se señala que la existencia de una negociación previa infructuosa no implica que la imposición de tarifas sea la forma de determinar la remuneración equitativa, toda vez que *“de no reconocerse así, la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la negociación comportaría automáticamente la posibilidad de que las sociedades de gestión impusieran unilateralmente sus tarifas generales, aun cuando estas no tuvieran carácter equitativo, en contra de lo dispuesto en la ley”.*

Además, el Tribunal Supremo profundiza en la cuestión e indica los criterios concretos en los que deben basarse las tarifas generales para poder ser consideradas equitativas. Las referidas sentencias señalan que dichas tarifas han de ser ponderadas *“con arreglo a criterios que aproximen la fijación de las remuneraciones a la utilización efectiva y a la amplitud del repertorio de las distintas sociedades de gestión en correlación con la distribución del producto obtenido entre los titulares del derecho, teniendo en cuenta el criterio de proporcionalidad en la comparación con las tarifas aprobadas en convenios con otras televisiones.”*

Es decir, las tarifas deben ajustarse, en primer lugar, al uso efectivo de repertorio: *“Ambas partes reconocen que las tarifas generales están fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante. Este criterio no puede ser aceptado. Resulta, en principio, evidente que resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas. Se impone la necesidad de fijar como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad en la fijación de la remuneración equitativa que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente”.*

En segundo lugar, las tarifas generales deben ser similares a las que previamente han sido aplicadas a otros usuarios. De esta forma, el Tribunal afirma que *“resulta evidente que el hecho de no llegar a un acuerdo en un proceso negociador no puede convertirse en un criterio justificado para la imposición de unas tarifas más gravosas que aquellas que responden objetivamente a criterios de equidad ponderados en función de las tarifas aplicadas a otros organismos en los correspondientes convenios”.* Establece además otros criterios, tales como la amplitud del repertorio u otros, como los indicados en la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

Es menester mencionar que el propio Tribunal Supremo, en sus conocidas sentencias STS 15-1-2008 (RJ 2008/ 206), STS 26-1-2009 (RJ 2009/ 1273), y STS 25-3-2009 (RJ 2009/ 1998), que versan sobre los litigios que enfrentaban a la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) con distintos establecimientos hoteleros por las actividades de comunicación pública de obras audiovisuales en las habitaciones de hotel, ya rechazaba el cálculo de la remuneración conforme al criterio de la mera disponibilidad, al señalar que *“no puede razonablemente considerarse abusiva la aplicación de las tarifas formuladas, a falta de acuerdo, cuando se reducen a la utilización real de la comunicación pública, por referirse a habitaciones y apartamentos “ocupados”. Distinta consideración merecería la pretensión indemnizatoria a calcular sobre número de habitaciones y apartamentos “disponibles””.*

La doctrina jurisprudencial sentada por las referidas sentencias ha sido acogida rápidamente en multitud de pronunciamientos judiciales, como la

SAP Valencia 29-3-2010 (AC 2010/ 1209), que cita las dos sentencias del Alto Tribunal, puntualizando que “*no puede resultar de amparo la negativa a cualquier negociación para fijar de forma unilateral y arbitraria las tarifas a aplicar, so pena de entender torpemente la finalidad y espíritu legal (...)*”. En la misma línea se pronuncian la SAP Vizcaya 2-7-2009 (JUR 2009/ 499770), la SAP Madrid 7-10-2010 (AC 2010/ 1882), y la SAP Madrid 18-11-2010 (JUR 2011/ 41161), que traza un recorrido temporal por la jurisprudencia en materia de equidad de tarifas generales, que culmina en las dos sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 7 de abril de 2009.

La génesis de estas sentencias del Tribunal Supremo tiene lugar en diversas resoluciones de la jurisprudencia menor que ya apuntaban esta solución. La primera de ellas es la SAP Tarragona 4-9-1998 (AC 1998/ 6604), que ya advertía de la especial posición de privilegio detenida por las entidades de gestión, que hacía necesaria una ponderación por parte de los órganos jurisdiccionales: “*(...)Y en este sentido, en atención, por un lado, a que no puede ignorarse que las entidades de gestión ostentan una posición de dominio, hasta el punto que se corre el riesgo que de no aceptarse las tarifas de las mismas, que tan sólo están sujetas a la aprobación del Consejo de Administración de la respectiva entidad de gestión, no se conceda la autorización y, por otro, que como establece el actual art. 152, la contratación debe hacerse en «condiciones razonables» (...) una interpretación sistemática y finalista de los citados preceptos, lleva a esta Sala a concluir que las tarifas generales en los supuestos de intervención judicial vienen a confirmar unas directrices indemnizatorias, sin que en modo alguno pueda impedirse a los órganos judiciales en los supuestos que en atención a las circunstancias concretas del caso enjuiciado estimen que la aplicación de las tarifas no es equitativa puedan hacer uso de la facultad moderadora que otorga el art. 1103 del Código Civil*”.

Esta tesis fue acogida más tarde por el Tribunal Supremo, que en la STS 20-9-2007 (RJ 2007/ 6266), arrojó cierta luz sobre la cuestión al establecer la posibilidad de que los tribunales pudiesen controlar la posible falta de equidad de las tarifas generales.

Otros pronunciamientos judiciales ponen más énfasis en el hecho de que la falta de acuerdo en el establecimiento de la remuneración no comporta necesariamente la aplicación directa de las tarifas generales, si estas no son equitativas. Es el caso, entre otras, de la SAP Zaragoza 17-6-2009 (AC 2009/ 1658), si bien en este supuesto el tribunal de apelación dictaminó que no había razón para entender que las tarifas no fueran equitativas, por las razones que explica: “*(...) Todo lo cual nos devuelve al discurso inicial. Es decir la remuneración es obligatoria; si no hay acuerdo entre las partes habrá que pagar las tarifas aprobadas por la entidad de gestión; a menos que no resulten equitativas o razonables*.”

Por lo tanto, en el caso presente la prueba concreta practicada no permite dejar sin efecto el pago de tarifas, que no contravienen frontalmente principios económicos cuantitativos ni cualitativos de equilibrio de mutuas contraprestaciones”.

Por otro lado, existe una corriente jurisprudencial, cuyo máximo exponente es la SAP Barcelona 1-3-2002 (JUR 2004/ 14028), que parte de la apreciación por parte de las autoridades de Competencia de conductas abusivas en las entidades de gestión, para determinar la falta de equidad y, en consecuencia, la inaplicabilidad de las tarifas generales: *“Con tales antecedentes, no cabe sino concluir que lo que se propone la Ley es excluir la imposición de la remuneración que ha de satisfacerse, de modo unilateral por quien resulta autorizado para gestionar los derechos de una sola de las partes en conflicto, y ello, a través de la oportuna negociación de las entidades con los propios usuarios (...) contrarrestando con ello la posición de dominio que aquéllas pudieran ostentar en el mercado, y entendiendo que otro proceder resultaría, cuanto menos, abusivo.*

De ahí que el TDC en la citada resolución, atendiendo la denuncia vertida, declarase (...) que la ahora actora y apelada había explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tenía encomendada (...) por imponer sin negociación sus tarifas (entre otros ilícitos) y de ahí, que nosotros estimemos infringido el artículo 122 de la Ley de Propiedad Intelectual en su párrafo 3º y declaremos haber lugar al recurso interpuesto por la demandada y, sin necesidad de ninguna otra indagación acerca de la equidad de la pretendida remuneración, revoquemos la sentencia impugnada absolviendo a la recurrente de todas las pretensiones deducidas en su contra”.

En este mismo sentido se pronuncia la SAP Barcelona 26-9-2007 (AC 2008/ 1980), al señalar: *“Es por ello que resulta improcedente, por ser una nueva muestra del abuso de la posición de dominio, apelar a la función supletoria de las tarifas generales que ha establecido la entidad actora, con función de remuneración equitativa y única en tanto se logra el acuerdo o tiene lugar un proceso de negociación, que la propia EGEDA ha frustrado al negarse a acudir a la Comisión Mediadora institucional con verdadera voluntad negociadora, ya que su planteamiento fue, simplemente, el de exigir sus tarifas.”*

Esta postura tiene su dosis de importancia, pues la combinación que paulatinamente se ha ido configurando entre las resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de Competencia, junto con las cada vez más abundantes resoluciones judiciales en este sentido, han sido unos de los principales elementos que han propiciado que el Tribunal Supremo haya terminado por establecer una doctrina clara y precisa con relación a la equidad de las tarifas generales.

Por otra parte, no puede obviarse en este análisis la importancia de dos sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que han sido tomadas como referencia tanto por las antedichas sentencias del Tribunal Supremo, como por otras sentencias, como la SAP Asturias 4-11-2009 (AC 2010/ 590), entre otras. Se trata de la STJCE de 6-2-2003 (SENA, asunto C-245/00; TJCE 2003/32), y la de 14-7-2005 (Lagardère, asunto 192/04; TJCE 2005/251). Estas resoluciones, ante la falta de un concepto comunitario de remuneración equitativa, se refieren a la necesidad de prever criterios que permitan lograr un

equilibrio adecuado entre el interés de los titulares de los derechos de propiedad intelectual y el de los terceros que pretenden llevar a cabo un uso razonable del repertorio gestionado por las entidades de gestión. Así, señala que la norma comunitaria (refiriéndose a la citada Directiva 92/100/CE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, que entienden extensible a otras clases de remuneración equitativa) “*no se opone a un método de cálculo de la remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas que haga uso de factores variables y fijos, tales como la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras de radio y de televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas fijadas por contrato en materia de derechos de ejecución y de radiodifusión de obras musicales protegidas por los derechos de autor, las tarifas practicadas por los organismos públicos de radiodifusión en los Estados miembros vecinos del Estado miembro de que se trate y las cantidades pagadas por las emisoras comerciales, puesto que dicho método permite alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dicho fonograma en condiciones razonables y no es contrario a ningún principio del Derecho comunitario*”.

En este mismo sentido, la STJCE 11-12-2008 (TJCE 2008/ 307) razona, en el contexto de una petición de decisión prejudicial planteada por la autoridad de competencia sueca, que “*una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que tiene una posición dominante en una parte sustancial del mercado común no explota de forma abusiva dicha posición cuando, en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, aplica a las cadenas de televisión privadas un sistema de tarifas según el cual los importes de dichas tarifas corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas, siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras*”.

Como síntesis de toda la jurisprudencia citada en apoyo de la postura contraria a la determinación de la remuneración equitativa tomando como referencia las tarifas generales, la SAP Navarra 17-12-2007 (JUR 2008/184564) es extraordinariamente acertada, a la vez que concisa, en los diversos aspectos que analiza en relación con la problemática aquí examinada. En el supuesto de autos, el tribunal desestima el recurso de apelación planteado por SGAE, al no acreditar que sus tarifas son equitativas (lo cual introduce un interesante debate en relación con la carga de la prueba): “*(...) ante la inexistencia de un acuerdo entre las partes para fijar la retribución equitativa del art. 90.2 LPI, no cabe la imposición unilateral de las tarifas establecidas por la entidad de gestión a través de las que debe*

hacerse efectivo ese derecho. (...) La equidad o justicia de la remuneración reclamada a la demandada es por tanto un hecho discutido que tras la prueba practicada permanece dudoso, por lo que, como dispone el art. 217.1 LEC procede la desestimación de la pretensión dirigida a su cobro (...). La tarifa puede ser legal, en cuanto que es aprobada por una norma o, como en este caso, por el Ministerio de Cultura, pero ello no significa que necesariamente sea equitativa (...). La remuneración equitativa exige unos elementos de comparación para poder fijar o establecer que la misma sea equitativa, y sin que sea equiparable remuneración equitativa con tarifas generales”.

2.3. Otras resoluciones: las autoridades de Competencia

La conducta de las entidades de gestión, sobre todo en lo que a aplicación e imposición de tarifas generales a los usuarios de su repertorio se refiere, ha generado numerosos conflictos relacionados con las normas de competencia, tal y como dan fe, entre otras, las Resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia de 14-12-1998 (AC 1998/ 9053), 27-7-2000 (AC 2000/ 1528), 22-12-2000 (AC 2001/ 469), 25-1-2002 (AC 2002/ 25), 7-5-2003 (AC 2003/ 1088), o la de 22-4-2004 (JUR 2005/ 196422). La Comisión Nacional de Competencia ha señalado que *“desde el punto de vista de la libre competencia resulta deseable que la base para el cálculo de las tarifas generales se establezca con relación fundamental al uso real”.*

En los últimos tiempos, gran parte de los conflictos han tenido por objeto la posible conducta de posición dominante de las entidades de gestión en relación con sus prácticas tarifarias. La Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 4-2-2008 (AC 2008/ 1693), en el caso Telecinco-AIE, señala como posibles prácticas abusivas las de imponer al usuario una remuneración por disponibilidad en lugar de por uso efectivo, fijar unas tarifas más elevadas que las vigentes en los países de la Unión Europea para casos semejantes, discriminar a una cadena de televisión privada en relación con aquellas de naturaleza pública, no repartir los importes recaudados entre sus socios, así como recaudar por derechos de titulares extranjeros cuando no está clara la existencia de tal derecho (como sucede, por ejemplo, en el caso de los artistas estadounidenses). La Comisión Nacional de Competencia considera que *“la fijación de una tarifa exclusivamente sobre los ingresos totales del usuario no es razonable y pudiera no ser equitativa, ya que estos no están directamente relacionados con el mayor o menor uso de los fonogramas o de las grabaciones audiovisuales”.*

La resolución de 23-7-2009 afirma que es necesario que *“la exigencia de una tarifa general a un usuario contemple un criterio que permita, en un primer paso, medir la intensidad de uso en la medida de lo posible”,* y que *“lo equitativo está relacionado con el uso efectivo”.*

Asimismo, la Resolución de 9-12-2008 (AC 2009/ 126; caso “Fonogramas”) proscribe las conductas de ocultación, en el marco de la negociación con un usuario, de las condiciones tarifarias pactadas con otro del mismo sector.

Por último, en la reciente Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia de 23 de febrero de 2011, se sanciona a la entidad de gestión de los derechos de los artistas musicales (AIE) por la realización de conductas de abuso de posición dominante, consistentes en imponer a Sogecable, Canal Satélite Digital y Vía Digital, tarifas generales inequitativas y discriminatorias por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales. Señala la Comisión Nacional de Competencia las tarifas son inequitativas y discriminatorias, en la medida en que se han establecido sin tener en cuenta la proporción con respecto al valor económico de la prestación ofrecida: “*AIE no ha tenido en cuenta los niveles de utilización del repertorio, ni ningún otro método que permita identificar y cuantificar de manera más precisa la utilización de dichas obras.*”, y que no se ha definido ni es posible conocer el contenido y alcance del repertorio y la prestación sometida a remuneración. Estima además que las tarifas que se han aplicado a Sogecable son discriminatorias, en la medida en que son muy superiores a la remuneración acordada con el resto de operadores por prestaciones similares.

Todo ello, según la Comisión Nacional de Competencia, supone la comisión de actos de abuso de posición dominante en el mercado. Curiosamente, dicho abuso viene dado por la no implementación de los dos principales criterios de modulación de las tarifas señalados por el Tribunal Supremo: el uso efectivo del repertorio y la comparación con los acuerdos suscritos con el resto de operadores por prestaciones semejantes.

La problemática de la equidad de las tarifas generales, así como otros aspectos análogos, están magníficamente sintetizados y analizados en el Informe emitido en diciembre de 2009 por la Comisión Nacional de Competencia sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

3. Las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de septiembre y 13 de diciembre de 2010

Tal y como se ha ido desprendiendo del análisis de la jurisprudencia examinada a lo largo del presente comentario, las Sentencias dictadas por el pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo los días 15 de septiembre y 13 de diciembre de 2010 vienen a sentar de una vez por todas la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de las tarifas generales fijadas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en los casos en que la ley otorga a los titulares de tales derechos, gestionados por la entidad, la posibilidad de percibir una remuneración por la utilización que de estos lleven a cabo los usuarios.

Estas sentencias suponen, por tanto, un paso definitivo en este itinerario, toda vez que vienen a reforzar lo establecido por las sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, ya comentadas. El hecho de que en el lapso temporal de un año y medio se dicten cuatro sentencias incidiendo en la misma postura resulta

extraordinariamente significativo. Quizá pueda criticarse el hecho de que el Pleno de la Sala se haya reunido para pronunciarse sobre un tema que, a priori, ya había quedado resuelto. Sin embargo, desde otro punto de vista, tal hecho puede interpretarse como un signo de la decidida voluntad de dejar claro el sentido de la equidad que se predica de las remuneraciones del TRLPI, en relación con el establecimiento de tarifas generales por las entidades de gestión.

Entrando ya en el análisis de las sentencias que son objeto del presente estudio, ambos pronunciamientos estiman parcialmente los recursos de casación presentados por Vía Digital y Canal Satélite Digital, respectivamente, contra sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid que les condenaban a pagar a AISGE y AIE una remuneración equitativa cuyo importe habría de ser calculado en función de las tarifas generales aprobadas por estas.

Dejando de lado aquellos pronunciamientos que no son de interés a los efectos de este comentario, la STS 15-9-2010 comienza estableciendo, en línea con lo dispuesto en las sentencias de 2009, que el requisito de equidad inherente a la remuneración del art.108.5 no se ve cumplido por la mera comunicación de las tarifas generales a la Administración. La STS 13-12-2010 va más allá, al disponer que *“no es aceptable la posición de la sentencia recurrida (...) por el hecho de que la Administración no haya puesto objeciones, puesto que la LPI no le atribuye facultades de aprobación de las tarifas, sino una mera facultad para la recepción de la comunicación (...)”*. Se arroja luz así sobre uno de los elementos que más confusión había generado en la jurisprudencia anterior.

Tampoco encuentra justificación la aplicación automática de las tarifas generales por la existencia de un infructuoso proceso negociador previo con el usuario. Siguiendo el tenor literal de la propia STS 15-9-2010, *“la imposibilidad de llegar a un acuerdo no puede comportar automáticamente la imposición unilateral por las sociedades de gestión de sus tarifas generales fijadas exclusivamente en función de los rendimientos de explotación de la demandada. De ahí que, como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad, se imponga que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente, así como la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras (...)”*.

Según la STS 13-12-2010, resulta evidente que el hecho de no llegar a un acuerdo en un proceso negociador no puede convertirse en un criterio justificado para la imposición de unas tarifas más gravosas que aquellas que pueden responder objetivamente a criterios de equidad ponderados.

Esta necesidad de recurrir a otros criterios que implementen un equilibrio entre los intereses de ambas partes es el elemento central de la argumentación del Tribunal Supremo, que insiste en la exigencia de equidad y rechaza la pretendida obligación de estar a las tarifas generales comunicadas a la Administración competente. En este sentido, es motivo digno de celebración que la Sala no se limita únicamente a afirmar la necesidad de llevar a cabo un análisis de

equidad, sino que profundiza en el asunto y confirma los criterios en los que deben basarse unas tarifas generales, que ya habían sido propuestos por las anteriores sentencias del año 2009 (y que, en gran medida, coinciden con los apuntados por las autoridades de defensa de la competencia): los criterios de uso efectivo, comparación con los acuerdos suscritos con otros operadores y amplitud de repertorio, principalmente.

Como puede observarse, resulta un planteamiento radicalmente opuesto al de la jurisprudencia “tradicional”, partidaria de la aplicación tarifaria indiscriminada: mientras en aquella la falta de acuerdo en la negociación era causa para la automática y subsidiaria aplicación de las tarifas generales, ahora el Tribunal Supremo señala que, precisamente por esa falta de acuerdo entre las partes, deba garantizarse la equidad estableciendo que las tarifas se ajusten, entre otros, a los criterios de uso efectivo y no discriminación con otros operadores.

La STS 13-12-2010 confirma que la remuneración equitativa no puede fijarse “*de manera incondicionada, cualesquiera que sean las circunstancias en que ha tenido lugar la negociación, de acuerdo con las tarifas generales fijadas unilateralmente por las sociedades de gestión*”, sino que han de ponderarse con arreglo a criterios que garanticen la aproximación de dicha remuneración a criterios de equidad.

En primer lugar, señalan las dos sentencias comentadas, las tarifas generales deben ajustarse al uso efectivo que del repertorio gestionado por la entidad lleven a cabo los usuarios, que constituye un criterio más equitativo que el de disponibilidad o cuantificación exclusivamente en función de los rendimientos de explotación del usuario. En términos generales, las tarifas fijadas por las entidades de gestión se establecen por disponibilidad, con independencia del uso efectivo llevado a cabo por el usuario. Esto significa que la cantidad que se le exige a este responde a una posibilidad de uso, en lugar de “facturarle” por las prestaciones efectivamente utilizadas. De acuerdo con la última doctrina del Tribunal Supremo, tal forma de establecer las tarifas no es equitativa, ya que incrementa las posibilidades de que tenga lugar una desproporción entre el valor económico de la utilización del repertorio y lo que el usuario paga por utilizarlo. Tal y como ya puso de manifiesto la Comisión Nacional de Competencia en su Informe de diciembre de 2009 sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, “*resultaría más razonable que dicho pago se modulara en función del uso efectivo que cada televisión hace del repertorio*”.

Queda claro, en consecuencia, que una tarifa equitativa debe tener en cuenta el uso efectivo que los usuarios hacen de los repertorios, aunque el Tribunal Supremo matiza que esto ha de suceder “*en la medida en que sea posible*”, es decir, cuando pueda tenerse en cuenta el referido criterio a un precio razonable. En este sentido, son interesantes las reflexiones contenidas en el referido Informe de la Comisión Nacional de Competencia, que señala que el motivo normalmente utilizado para justificar la no sujeción de las tarifas generales al criterio de uso efectivo es que su medición resulta muy complicada y costosa, lo

que supondría, en último término, un incremento del coste final para el usuario. Sin embargo, si bien lo anterior puede ser cierto en algunas ocasiones, debe tenerse en cuenta que el progreso tecnológico y la digitalización permiten en muchos casos (como sucede en el caso de la comunicación pública de grabaciones audiovisuales por cadenas de televisión) monitorizar el uso a un coste razonable. También es significativo, en este sentido, el hecho de que las entidades de gestión sí utilizan el criterio de uso efectivo para repartir entre los titulares de los derechos la recaudación.

El segundo gran criterio que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar una remuneración equitativa y de establecer las tarifas generales es el de no discriminación del usuario en relación con los importes exigidos a otros operadores por unas prestaciones semejantes. Las tarifas aplicadas al usuario deben ser similares a las aplicadas con anterioridad a otros usuarios. En este sentido, el Tribunal Supremo puntualiza que este criterio *“no significa que deban ser idénticas (las tarifas aplicadas a dos productoras), pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas”*.

Desde un punto de vista económico, existe discriminación cuando un mismo bien o servicio se vende a precios diferentes a distintos demandantes, sin que la diferencia se justifique en el coste de producir el bien o el servicio. El concepto de “discriminación” es radicalmente contrario al de “equidad” que, en virtud de la propia literalidad de la ley, debe predicarse de este tipo de remuneraciones. Así, la Comisión Nacional de Competencia ha señalado en múltiples resoluciones que cuando una entidad de gestión reclama tarifas distintas por una prestación equivalente, sin justificación objetiva y ocasionando una desventaja competitiva, en virtud de la posición de dominio que aquella ostenta, está imponiendo una tarifa discriminatoria, lo cual constituye un comportamiento prohibido que debe ser sancionado.

En relación con lo anterior, merece la pena traer a colación la STS 22-12-2008 (RJ 2009/ 163), que indicaba que *“el establecimiento de tarifas más gravosas para los productores individuales que para aquellos que se presentan como asociados, en la medida en que, por una parte, se imponga con carácter unilateral que haga imposible o muy difícil una real negociación y, por otra parte, tenga carácter discriminatorio y, por ello, contrario al principio de igualdad, debe considerarse que conculca el mandato de racionalidad contenido en el artículo 157 a) LPI y, por ende, determina la nulidad de las cláusulas contractuales que vulneran de este modo los límites impuestos por la ley al principio de autonomía de la voluntad, a los que se refiere expresamente el artículo 1256 CC”*.

En línea con el contenido de tal resolución, así como con la última jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la equidad de las tarifas generales, la Comisión Nacional de Competencia, en la ya referida Resolución de 9-12-2008 (AC 2009/ 126; caso Fonogramas), dejó patente la necesidad, *“en orden a mitigar el riesgo de que se produzcan nuevos comportamientos discriminatorios, imponer a las entidades de gestión imputadas que en todo proceso de negociación de las condiciones de ac-*

ceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario demandante sobre las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio”.

En tercer lugar, señala el Tribunal Supremo que las tarifas generales han de tener en cuenta el repertorio efectivamente gestionado por la entidad. De no ser así, se dificulta que la tarifa guarde una relación razonable con el valor económico de la utilización del repertorio, incrementándose la posibilidad, como apunta el Informe de la Comisión Nacional de Competencia sobre gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de que los usuarios realicen pagos por derechos de titulares que la entidad no representa. La tarifa tiene que ajustarse al repertorio o ámbito de derechos que la entidad de gestión efectivamente gestiona y, de existir titulares no representados por esta, no deben entrar en el cálculo de la tarifa.

En relación con lo anterior, debe recordarse que el artículo 157.1 b) TRL-PI obliga a las entidades de gestión a fijar tarifas generales *“que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio”*. La necesidad de sujeción de las tarifas generales al repertorio es uno de los motivos que ha desencadenado la extensa polémica doctrinal y jurisprudencial relativa a la universalidad de este. Pero en lo que atañe al objeto del análisis del presente comentario, la importancia de que el Tribunal Supremo confirme este criterio radica en que, en adelante, a la hora de establecer sus tarifas generales, las entidades de gestión deben hacerlo considerando la amplitud de su repertorio en relación con el de las otras entidades de gestión y con los titulares de los derechos a quienes representan.

En último término, ambas sentencias se remiten además, siguiendo la línea de sus predecesoras, a los criterios de naturaleza análoga contenidos en la STJUE 6-2-2003, señalando que los criterios en ella citados son también aplicables al supuesto enjuiciado en este caso: *“La STJUE 6 de febrero de 2003 (...) expresa, en este punto, la necesidad de establecer criterios análogos a los que estamos ponderando (...) y para ello cita diversos criterios o «factores variables y fijos» que no se oponen a ello y pueden ser utilizados por los Estados, relacionados con el principio de efectividad de uso y de comparación con situaciones análogas (...). Es cierto que la sentencia se refiere únicamente a la remuneración equitativa que aparece directamente contemplada en la Directiva comunitaria, pero no existen razones suficientes para entender que los principios en que se inspira la sentencia referida no puedan ser tenidos en cuenta en otros casos de remuneraciones equitativas cuando sea necesario para alcanzar el debido equilibrio.”*

Finalmente, y en otro orden de asuntos, resulta curiosa a título anecdótico la interpretación que hace la Sala del comportamiento de la recurrida AIE que, subsidiariamente, había solicitado que en el caso de que el Tribunal decidiera mantener la doctrina de sus sentencias de 2009, se concretasen y acotasen las bases de ejecución de la sentencia en función de varios criterios propuestos para determinar el uso efectivo del repertorio. Señala la Sala que *“so pretexto de interesar una mayor concre-*

ción de las bases para ejecutar la sentencia, lo que en realidad está proponiendo es una corrección, e incluso la marginación total, de ese criterio primordial de efectiva utilización del repertorio, así como una prevalencia del criterio en que se sustentan las tarifas generales, es decir, el de un porcentaje sobre los ingresos de la demandada (...). Es decir, la sentencia pone en evidencia los capciosos y velados procedimientos empleados por la entidad de gestión para, tratando de invertir el sentido del fallo judicial, lograr su propósito. Sin embargo, el Alto Tribunal es tajante en su veredicto: “(...) *pretensión inacogible por cuanto (...) el Pleno de los magistrados de esta Sala ha decidido ratificar la jurisprudencia representada por aquellas dos sentencias (...)*”. Quizá este sea el motivo que desencadena que el Pleno se pronuncie por esta cuestión que, a primera vista, no ofrecía dudas desde las sentencias de 2009.

4. Conclusiones

Como ya se ha comentado a lo largo de este estudio, la importancia de estas dos sentencias del Pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo no radica tanto en la novedad de la doctrina en ellas contenida, como en la confirmación que suponen de la línea ya avanzada en las sentencias de 2009, en relación con la necesidad de que las tarifas generales fijadas por las entidades de gestión respondiesen a criterios de equidad.

Tal y como afirma la propia STS 15-9-2010, la voluntad de los Magistrados de la Sala primera es ratificar tal postura, estableciendo los criterios concretos que han de acoger las tarifas generales para poder ser consideradas equitativas y, en consecuencia, ser hábiles y adecuadas para la remuneración de los derechos de gestión colectiva establecidos en el TRLPI.

En definitiva, la principal aportación de estas sentencias es la necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad. De acuerdo con lo sostenido por el Alto Tribunal, dicho principio se encuentra implícito en el propio concepto de remuneración equitativa establecido en el artículo 108.5 TRLPI, por lo que rechaza que exista una obligación legal de atender a las tarifas generales de las entidades de gestión a la hora de determinar el importe de la remuneración equitativa.

La anterior premisa se ve confirmada cuando se tienen en cuenta argumentos tales como que la notificación de las tarifas generales al Ministerio de Cultura no supone el sometimiento de estas a un control o aprobación administrativos. Por tanto, la mera comunicación de las tarifas no puede presuponer en ningún caso su carácter equitativo. Tampoco dota a las tarifas de legitimidad, según el propio Tribunal Supremo, la existencia de una negociación previa sin éxito.

En consecuencia, en tanto las tarifas generales no pueden ser tomadas como base para la determinación de la remuneración equitativa, se hace nece-

sario encontrar otros criterios que cumplan dicha función. En este sentido, el Alto Tribunal es contundente al señalar que debe primar el criterio de efectividad de uso del repertorio de la entidad de gestión, en la medida que sea posible su aplicación, en lugar del criterio de mera disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de los usuarios. Deben también tomarse en consideración otros criterios tales como la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la entidad de gestión con otros operadores (criterio de no discriminación), la amplitud del repertorio de la entidad de gestión, y en general –por remisión a la referida STJUE 6-2-2003– todos aquellos que ayuden a alcanzar un equilibrio adecuado entre el interés de los titulares de los derechos y el de los usuarios.

Con la doctrina jurisprudencial ratificada en estas sentencias se avanza un poco más en el camino de intentar erradicar los abusos de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, y a su vez se traza la senda para disminuir la conflictividad en lo que a problemas tarifarios y remuneratorios se refiere. Queda pendiente comprobar cómo se va a llevar a la práctica esta doctrina, pero es de esperar que a partir de estas dos sentencias mejore la predisposición de las entidades de gestión a la negociación con los usuarios, toda vez que ha quedado definitivamente proscrita la imposición de tarifas abusivas e inequitativas en caso de que tales negociaciones no lleguen a buen término.

5. Bibliografía

- BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Ed. Tecnos, 2007.
- DE LA IGLESIA ANDRÉS, M., “Tarifas generales de las entidades de gestión y remuneración equitativa: comentario a las sentencias TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de febrero y 7 de abril de 2009”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* N° 24, Madrid, 2009.
- HIDALGO ROMERO, R., “Criterios para la determinación de la remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes por los actos de comunicación al público de grabaciones audiovisuales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Pamplona, Marzo 2010.
- JIMENEZ SERRANÍA, V., “El conflictivo mercado de la gestión de derechos de Propiedad Intelectual: notas sobre el informe de la Comisión Nacional de Competencia acerca de la gestión colectiva”, *Diario La Ley*, N° 7403, Mayo 2010, Ref. D-164.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., “Gestión colectiva de los derechos de Propiedad Intelectual y derecho de la competencia”, *Gómez Acebo & Pombo Análisis*, 2009.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Pamplona, Ed. Thomson Civitas, 2008.