

EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN LA GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

por Juan RODRÍGUEZ MEJÍAS
Abogado

RESUMEN:

La gestión colectiva constituye uno de los rasgos más característicos del sistema español de protección de los derechos de propiedad intelectual. La tensión que se produce entre esta regulación legal que permite, fomenta y, en algunos casos, obliga a que los oferentes en el mercado de la propiedad intelectual actúen agrupados en una entidad de gestión y las normas defensoras de libre competencia, que proscriben el abuso de la posición de dominio de la que, con más o menos matizaciones, disfruta cada entidad de gestión como único oferente en el mercado del producto que cada una gestiona, ha dado lugar a un creciente número de casos «enjuiciados» por las autoridades de competencia. El presente trabajo, partiendo de la crítica a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de julio de 2006, analiza la necesidad de dar una interpretación y aplicación compatible y coordinada del diseño dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual para la conformación de precios en el mercado de la gestión colectiva con la figura del abuso de posición de dominio dispuesta en la Ley de Defensa de la Competencia, análisis en el que resultan claves tanto la detección o no de conducta de imposición por parte de la entidad de gestión como el papel decisivo que a este respecto juega la solución arbitral prevista en la Ley de Propiedad Intelectual, y todo ello, con especial atención al «rol» que las Tarifas Generales desempeñan en este entramado.

PALABRAS CLAVE:

Diseño legal de conformación de precios en el mercado de la gestión colectiva. Posición de dominio. Abuso. Imposición. Arbitraje. Negociación. Principios del Derecho Administrativo Sancionador. Tribunal de Defensa de la Competencia. Entidad de gestión. Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual. Tarifas generales.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. DELIMITACIÓN Y ELEMENTOS. III. COMPATIBILIDAD ENTRE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 1. INTRODUCCIÓN. 2. PLANTEAMIENTO. 3. DISEÑO DE CONFORMACIÓN DE PRECIOS Y CONDICIONES DISPUESTO EN LA LPI PARA EL MERCADO DE LA GESTIÓN COLECTIVA CON ASOCIACIONES DE USUARIOS Y/O ENTIDADES DE RADIODIFUSIÓN. 3.1. *Primer plano.* 3.1.1. *El arbitraje*

como pieza clave del diseño de la LPI. 3.1.2. *Negociación incompatible con imposición. Principio de presunción de inocencia.* 3.1.2.1. *El TDC y la jurisdicción revisora han confirmado la incompatibilidad entre la disposición a la negociación y la imposición.* 3.1.2.2. *La disposición al arbitraje por una entidad de gestión garantiza su conducta de no imposición.* 3.1.3. *Las autoridades de la competencia han sancionado la suficiencia del diseño de la LPI.* 3.1.4. *La LPI, incorporando la voluntad del legislador comunitario. Confirma la regla de oportunidad de aplicación de la LDC.* 3.2. Segundo plano. 3.2.1. *Tarifas Generales y naturaleza de los bienes protegidos por la propiedad intelectual.* 3.2.2. *Tarifas Generales. Concepto y utilidad.* 3.2.2.1. *Carácter transitorio y excepcional.* 3.2.2.2. *Ámbito de aplicación de las Tarifas Generales: derechos exclusivos y derechos de remuneración.* 3.2.2.3. *Naturaleza de los bienes protegidos por la LPI. El artículo 157.2 no es una norma eficaz.* 3.2.2.4. *Coherencia del diseño de la LPI. El artículo 158.2.b).* 3.3. *Recapitulación.* 4. **CONCLUSIÓN: EL CUMPLIMIENTO DEL DISEÑO DISPUESTO EN LA LPI EXCLUYE EL ABUSO. IV. LA MERA APROBACIÓN DE LAS TARIFAS GENERALES «PER SE» NO PUEDE CONSTITUIR UNA CONDUCTA DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO.** 1. **PLANTEAMIENTO.** 2. **LA MERA APROBACIÓN DE TARIFAS GENERALES NO SE INCARDINA EN LOS ARTÍCULOS 6 LDC Y 82 TCE.** 3. **ANALOGÍAS ENTRE LAS TARIFAS GENERALES Y LA POSICIÓN EN LA NEGOCIACIÓN. LA DOCTRINA DE LA EXIGENCIA DE «RESPONSABILIDAD ESPECIAL» A LAS EMPRESAS DOMINANTES.** 4. **INCIDENCIA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS TARIFAS GENERALES COMO BAREMO PARA CUANTIFICAR LAS INDEMNIZACIONES POR USO ILÍCITO DE UN DERECHO GESTIONADO COLECTIVAMENTE.** 5. **EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO NO PUEDE SER POTENCIAL. NECESIDAD DE AFECTACIÓN AL MERCADO.** 6. **EL CONTROL QUE LLEVAN A CABO LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA SE ENMARCA EN UN PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, NO ES UN ARBITRAJE.** V. **CONCLUSIONES.**

TITLE:

THE ABUSE OF DOMINANT POSITION IN THE COLLECTIVE MANAGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS.

ABSTRACT:

Collective management is one of the main features in the Spanish protection system of Intellectual property rights. The strain between this legal regulation that allows, promotes and, in some cases, forces suppliers to act collectively through a collecting society, and the competition laws forbidding the abuse of a dominant position, which, in a higher or lesser degree, every collecting society exerts as the only supplier in the market of the product managed by them, has originated an increasing number of cases «judged» by competition authorities. This work, is based on the criticism to a resolution granted by The Spanish competition authority (TDC) on July, 13, 2006, and analyzes the necessity to provide a coordinated and compatible interpretation established by the Intellectual Property Law (LPI) in order to shape prices in the co-

llective intellectual property rights management market with the abuse of dominant position established in the Law of Defence in Competition (LDC). Key issues on this analysis are the detection of a burden behaviour imposed by the collecting society or not, as well as, the decisive role played by the arbitral solution foreseen by the Intellectual property law bearing in mind the role fulfilled by General Tariffs within this framework.

KEYWORDS: Legal design of shape prices in the collective intellectual property rights management market. Dominant position. Abuse. Imposition. Arbitration. Negotiation. Rules of administrative penalty law. Spanish Competition Authority. Collecting Society. Intellectual Property Arbitration. Commission. General Tariffs.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. ABUSE OF DOMINANT POSITION. DELIMITATION AND ELEMENTS. III. COMPATIBILITY BETWEEN LAW OF DEFENCE IN COMPETITION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW. 1. INTRODUCTION. 2. STATEMENT. 3. DESIGN SHAPE OF PRICES AND CONDITIONS STATED IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW FOR THE COLLECTIVE MANAGEMENT MARKET WITH ASSOCIATIONS OF USERS AND/OR BROADCASTERS. 3.1. *First sphere*. 3.1.1. *Arbitration as the key piece of LPI design*. 3.1.2. *Negotiation incompatible with imposition. Principle of presumption of innocence*. 3.1.2.1. *TDC and jurisdiction for suits under administrative law have corroborated the incompatibility between disposition to negotiate and imposition*. 3.1.2.2. *Disposition to arbitration by a collecting society guarantees its non-impositive behaviour*. 3.1.3. *Competition authorities have confirmed the suitability of the LPI design*. 3.1.4. *LPI, bringing in European legislation, confirms the rule of opportunity to apply LDC*. 3.2. *Second sphere*. 3.2.1. *General Tariffs and nature of goods protected by intellectual property rights*. 3.2.2. *General Tariffs. Concept and utility*. 3.2.2.1. *Transitoriness and exceptionality character*. 3.2.2.2. *Scope of applications for General Tariffs: exclusive rights and remunerative rights*. 3.2.2.3. *Nature of goods protected under LPI. Article 157.2 is not an effective rule*. 3.2.2.4. *Coherence of the LPI design. the article 158.2.b)*. 3.3. *Recapitulation*. 4. CONCLUSION: FULFILMENT OF THE DESIGN ESTABLISHED IN THE LPI REJECTS THE ABUSE. IV. THE MERE APPROVAL OF THE GENERAL TARIFFS «PER SE» CANNOT IMPLY A BEHAVIOUR OF ABUSE OF DOMINANT POSITION. 1. EXPOSITION. 2. THE MERE APPROVAL OF THE GENERAL TARIFFS IS NOT INCLUDED IN ARTICLES 6 OF DEFENCE IN COMPETITION LAW AND 82 TREATY EU. 3. ANALOGIES BETWEEN GENERAL TARIFFS AND POSITION IN THE NEGOTIATION. THE DOCTRINE OF EXIGENCY OF «SPECIAL RESPONSIBILITY» TO DOMINANT COMPANIES. 4. INCIDENCE OF JURISPRUDENTIAL DOCTRINE ON THE APPLICATION OF GENERAL TARIFFS AS A SCALE TO QUANTIFY INDEMNIFICATIONS BY ILLICIT USE OF A COLLECTIVELY MANAGED RIGHTS. 5. THE ABUSE OF DOMINANT POSITION CANNOT BE POTENTIAL. NECESSITY FROM

AFFECTATION TO THE MARKET. 6. CONTROL CARRIED OUT BY COMPETITION DEFENSE AUTHORITIES IS FRAMED IN A SANCTIONING ADMINISTRATIVE PROCESS. IT IS NOT AN ARBITRATION. V. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN

En las páginas siguientes se vierten una serie de reflexiones a propósito de la tensión que subyace entre la regulación de la gestión colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual y el instituto del abuso de posición de dominio.

Máximo exponente de esta tensión lo constituye la reciente Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (RTDC) de 13 de julio de 2006 (Exp. 593/05) en la que el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) defiende que la mera aprobación de Tarifas Generales por una entidad de gestión con independencia de si (o como) las utiliza en el mercado en el que opera puede constituir un abuso de posición de dominio. Lo que abre la puerta a que las autoridades de la competencia se ocupen, ya sea de oficio, ya sea a instancia de «denuncia» de «enjuiciar» la totalidad de las Tarifas Generales de todas las entidades de gestión.

En definitiva, la conclusión acabada de compendiar que alcanza el TDC es la consecuencia (o «la parte visible de un iceberg») de una postura, en cierta medida, incompatible con el diseño dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual para la regulación de los mercados de gestión colectiva, en relación con el instituto del abuso de posición de dominio.

El análisis de la cuestión que se lleva a cabo en las siguientes páginas se divide en dos partes. En la primera, después de efectuar una aproximación al concepto del «abuso de posición de dominio» (ceñido estrictamente al ámbito de la gestión colectiva), y de señalar la necesidad de que las normas sobre libre competencia y sobre propiedad intelectual se interpreten y apliquen de un modo compatible y coordinado, se analiza el diseño dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual para la conformación de precios en la gestión colectiva y sus consecuencias en orden a la aplicación del instituto del abuso de posición de dominio, consecuencias que se pueden condensar en que el cumplimiento cabal del diseño de la normativa sobre propiedad intelectual por una entidad de gestión imposibilita atribuir una conducta de abuso de posición de dominio a dicha entidad de gestión, lo que, entre otras cosas, impide considerar que la mera aprobación de Tarifas Generales pueda constituir «per se» una conducta de abuso de posición de dominio.

La segunda parte se dedica al análisis de las incompatibilidades estructurales con el diseño de la Ley de Propiedad Intelectual y con la finalidad de la Ley de Defensa de la Competencia, que se derivan de la tesis, según la cual, la mera aprobación de las Tarifas Generales puede constituir un abuso de posición de dominio.

II. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. DELIMITACIÓN Y ELEMENTOS

La posición de dominio proporciona al dominante la posibilidad de seguir conductas que en absoluto tengan en cuenta las reacciones de sus competidores, clientes, proveedores o consumidores¹. La explotación abusiva de la posición de dominio consiste en aprovechar esa fuerza en el mercado que la posición de dominio otorga a la empresa dominadora para con ella obstaculizar o impedir la competencia efectiva.

En definitiva, el factor clave del concepto del abuso de posición de dominio viene dado por la independencia del comportamiento seguido por la empresa que abusa de su fuerza en el mercado respecto a los que «sufren» ese abuso de la misma, lo que implica que la empresa dominadora utiliza su posición de dominio para *imponer* las «reglas de juego» (precios o condiciones de todo tipo, situaciones de hecho, etc.) a sus clientes (también, en su caso, a sus competidores, proveedores o consumidores), impidiendo (u obstaculizando gravemente) el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante o en los conexos al mismo².

Por lo que se refiere al mercado de la gestión colectiva, el análisis se centra en la situación que crea en la práctica las tensiones competitivas, que no es sino la pugna entre la empresa dominadora (entidad de gestión) y su cliente (asociación o entidad de radiodifusión).

Una aproximación a la «escurridiza» definición del abuso de posición de dominio, por lo que a los casos de tensión entre «la dominadora» y su cliente se refiere, pone el acento en la **imposición de condiciones no objetivamente necesarias**, tal y como sintéticamente lo ha resumido el TDC glosando al Tribunal de Justicia de la Comunidad (TJCE)³.

¹ Sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (AKZO) y 15 de diciembre de 1994 (DLG). "Con carácter preliminar, procede observar que, en virtud de los propios términos del artículo 86, constituye explotación abusiva de una posición dominante por parte de una empresa el imponer condiciones de transacción no equitativas". (STJCE 13-7-1989-Tournier).

² «... una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores...» (Asunto 322/81 Michelin c/ Comisión).

"... el concepto de abuso es un concepto que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado, cuando como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el fondo de competencia se debilita y que recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el incremento de la misma" (Hoffman LaRoche).

³ «El TJCE viene manteniendo que hay abuso cuando se impone una condición que no es objetivamente necesaria». (RTDC 14-2-2000. Expte. 458/99).

De la anterior aproximación al concepto de abuso de posición de dominio en el ámbito de las relaciones entre la entidad de gestión y su «cliente», es decir en los *abusos anticompetitivos de segundo grado*⁴, se desprende que la esencia del mismo requiere la necesaria concurrencia de dos requisitos:

- i) El primero es que la entidad en posición de dominio, haciendo valer esa fuerza que le confiere la posición de dominio, **imponga** de modo directo o indirecto sus condiciones, cualesquiera que éstas sean. En esta *conducta de imposición* cabe cualquier actuación u omisión del agente dominador que suponga privar a la contraparte de alternativa real a la pretensión de la dominante.
- ii) El segundo requisito es que el contenido de esas condiciones que la empresa dominadora impone o intenta imponer no sean objetivamente necesarias, es decir, que supongan un perjuicio injustificado para la contraparte y, fundamentalmente, para el desarrollo de la competencia. En definitiva, el análisis de este segundo requisito requiere la combinación de elementos jurídicos con elementos económicos, adquiriendo estos últimos un carácter preponderante en el juicio sobre la *necesidad objetiva* o no de la condición impuesta.

Por la propia estructura de los dos requisitos acumulativos descritos resulta evidente que el de la «conducta de imposición» es presupuesto del segundo y que, en consecuencia, comprobada la inexistencia de conducta de imposición (con toda la amplitud con la que se ha definido la misma), queda descartada la posible concurrencia de una conducta de abuso de posición de dominio. La mejor prueba de que una entidad dominadora "renuncia" a la fuerza en el mercado que le otorga su posición es que no imponga ni intente imponer sus pretensiones a los otros agentes del mercado (por lo que respecta al caso objeto de nuestro estudio, a sus clientes).

Baste reparar en que el elenco abierto de conductas constitutivas del abuso enumeradas en el art. 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (o en el art. 82 Tratado Constitutivo de la Unión Europea —TCE—) se refieren a situaciones en las que (trasladadas al ámbito que nos ocupa) la contraparte de la entidad de gestión (el cliente, asociación o entidad de radiodifusión) no dispone de alternativa real a la voluntad de ésta.

⁴ «Cabe así diferenciar : a) los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que son «la primera línea de la competencia» de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio (es, pues, un abuso anticompetitivo y dentro de estos, de primer grado); b) los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados- segunda línea de competencia— (es también, un abuso anticompetitivo que cabe denominar, como lo hace la doctrina, de segundo grado); y c) los abusos que lesionan los intereses económicos de los proveedores y consumidores (son los denominados abusos explotativos)». (Fdto de Dcho 3.º de la Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 6.ª) de 26 de septiembre de 2005).

En definitiva, el núcleo de la conducta proscrita en el *abuso de posición de dominio* (por lo que se refiere al abuso anticompetitivo de segundo grado en el ámbito de la gestión colectiva) radica en observar una conducta de imposición, lo cual es lógico si se repara en que la ventaja que la posición de dominio confiere a quien la ostenta consiste, precisamente, en la posibilidad de imponer sus condiciones, dada la fuerza en el mercado que le otorga dicha posición dominante. El *abuso* no es pues más que la materialización de esa «posibilidad». En consecuencia, resulta claro que la *imposición* es requisito explícito e implícito, tal y como se confirma por la lectura de las resoluciones del TDC y las sentencias del TJCE que se ocupan del abuso de posición de dominio⁵, en las que se hace referencia a la "imposición" como uno de los elementos constitutivos del ilícito concurrencial⁶.

⁵ Fundamentalmente en el ámbito de la propiedad intelectual o, en general, de la aplicación de precios no equitativos o discriminatorios a clientes o competidores.

⁶ Los ejemplos de resoluciones del TDC que exigen como premisa del ilícito concurrencial la conducta de imposición son numerosísimos:

«La clave de este asunto es, en todo caso, desde el punto de vista del enjuiciamiento de las conductas imputadas, que los importes de las controvertidas tarifas no fueron el **resultado de una negociación**, sino que fueron **exigidas desde una posición de dominio, intimidatoriamente y de modo inflexible. Otra cosa hubiera sido si la negociación hubiese existido**. Entonces, aunque las tarifas hubieran sido desproporcionadas, serían discutibles las imputaciones. Porque, como estableció el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de diciembre de 1996, no puede declararse que se ha abusado de posición de dominio por exigir una tarifa que ha sido establecida en un acuerdo entre las partes, fruto de una negociación entre ellas, ya que en caso contrario se estaría infringiendo el principio de presunción de inocencia. No ha sido éste el caso, sin embargo. Aquí no ha habido negociación alguna».

(F.J. 17, RTDC 27-7-2000).

«En este mercado se ha producido un **flagrante abuso de posición dominante** por parte de «Parcesam». La **imposición de determinadas condiciones**, como es la de la fijación de un precio a quien no forma parte de un determinado colectivo cercano a esta empresa, es un claro supuesto de abuso de posición de dominio perfectamente tipificado en nuestra legislación».

(F.J. 3.º RTDC 21-9-1993; Exp. 334/1991).

«El TDC resuelve: 1.º Declarar que en el presente expediente resulta acreditada la existencia de una **práctica prohibida por el art. 6, ap. 2.d) LDC** consistente en un abuso de la posición dominante por parte de «Parcesam», al **imponer una condición desigual** para prestaciones equivalentes, que colocaron a quienes formaban parte de la «Asociación de Empresarios Lapidarios Marmolistas de Fuengirola» en inferioridad de condiciones para competir».

(Fallo de la RTDC 21-9-1993; Exp. 334/1991).

«El Tribunal entiende de lo actuado que tienen razón la denunciante y el Servicio pues el presente caso supone realmente una **forzada adhesión a un contrato impuesto** a la adherente, sin posibilidad alguna de modificación, para que ésta se establezca empresarialmente en notable desventaja frente a sus competidores... El mayor problema que se suele encontrar a la hora de decidir si se ha infringido o no el art. 6 LDC, por **imponer condiciones no equitativas o desiguales...**».

(F.J. 4.º RTDC 25-1-2002; Exp. 511/2001).

«... La **imposición de condiciones de forma unilateral desde una posición de dominio es abusiva...**» (Voto particular a la RTDC 14 de febrero de 2000; Exp. 458/1999).

«... del artículo 6 LDC que considera abuso de dicha situación, entre otros supuestos, la **imposición de precios u otras condiciones** comerciales o de servicio no equitativos».

(F.J. 6.º S.A.N. de 14 de enero de 2004).

«... una conducta de abuso de posición dominante, que consiste en que estamos ante unas tarifas que no resisten, por desproporcionadas, comparación internacional (F.J. 12), y que **no han sido resultado de una negociación, sino que fueron exigidas desde una posición de dominio, intimidatoriamente y de modo inflexible** (F.J. 15)».

(F.J. 14.º S.A.N. de 14 enero de 2004).

«Conforme ha quedado acreditado, AGEDI ha **negociado** con una Asociación de usuarios —AERC— y el resultado de esa negociación ha sido la firma de un contrato tipo que ha de regir

Por otra parte, el principio de presunción de inocencia, tal y como ha sido aplicado en relación al instituto del abuso de posición de dominio en el concreto ámbito objeto de estas líneas, fundamentalmente a partir de la STS (3.ª) de 18 de diciembre de 1996, confirma el capital papel que la conducta de imposición adquiere en el mismo. En el supuesto enjuiciado en la STS citada, es precisamente la prueba cumplida de la plena disposición a la negociación de una entidad de gestión —SGAE⁷— lo que lleva al Tribunal a aplicar el principio de presunción de inocencia. La aplicación de dicho principio la basó el TS en la acreditación de la disposición negociadora de la entidad de gestión y, por tanto, en **su ausencia de voluntad de imposición**. Ello confirma nuestra anterior conclusión respecto a que la probada inexistencia de conducta de imposición impide la concurrencia de conducta abusiva de la posición de dominio.

III. COMPATIBILIDAD ENTRE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como dispone la Exposición de Motivos⁸ de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), dicha ley tiene como finalidad garantizar la existencia de un grado de competencia suficiente⁹, naturalmente de un modo compatible con las leyes que regulen cada sector. Asimismo, las normas comunitarias sobre libre competencia (singularmente los arts. 81 y 82 TCE) responden a idéntica causa, tal y como se desprende del tenor del art. 3 g)¹⁰ TCE.

las relaciones entre las emisoras integrantes de AERC y AGEDI y de ese hecho se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996 anteriormente citada».

(F.J. 3.º de la RTDC 14-12-1998, Exp. 430/98).

«El Tribunal de Justicia Europeo viene manteniendo que hay abuso cuando se **impone** una condición que no es objetivamente necesaria».

(F.J. 3.º RTDC 14-12-2000, Exp. 458/99).

«... ha de concluirse que la conducta de los Colegios Oficiales de Médicos imputados **imponiendo** un importe superior al establecido por el Consejo... constituye una conducta tipificada en el art. 6 de la LDC que merece ser sancionada».

(F.J. 8.º RTDC 10-10-2002. Exp. 526/2001).

«... ha de calificarse como grave el abuso de posición de dominio mediante la **imposición** de tarifas inequitativas...».

(F.J. 6.º RTDC 13-6-2001. Exp. 494/2000).

⁷ Prueba derivada de la suscripción de un contrato entre la dominadora y la empresa supuestamente víctima del abuso.

⁸ «La presente Ley responde a ese objetivo específico: Garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas de orden público o privado» (2.º párrafo).

⁹ La finalidad de la LDC «consiste en garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público y no defender los intereses de una empresa frente a otra...» (RTDC 3-6-2003; Expte. 549/2002 —ASISA—).

¹⁰ «... la acción de la comunidad implicará... g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior».

Así pues, la garantía de esa «competencia suficiente» en el ámbito de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual debe ser, en buena lógica, coherente, compatible y coordinada con la Ley que regula ese mercado, que no es otra que el vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996), en la redacción definitiva del mismo tras la promulgación de las Leyes 5/1998, 19/2006 y 23/2006 (en adelante LPI).

Lo acabado de decir resulta evidente si se repara en que la propia estructura del mercado de la gestión colectiva, basada en la existencia de las entidades de gestión (vid. arts. 147 y concordantes LPI), sería plenamente contraria al artículo 1.1 LDC, si no fuera porque en el artículo 2.1 LDC se exime del cumplimiento de lo dispuesto en dicho artículo 1 a aquellas conductas que resultan de la aplicación de una Ley¹¹.

En el ámbito del abuso de posición de dominio (proscrito por el art. 6 LDC) en el mercado de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, que es el concreto objeto de nuestro análisis, la LDC debe tener en cuenta las específicas reglas que la LPI dispone para la conformación de precios en dicho mercado, en cumplimiento de la finalidad expresada en la Exposición de Motivos (que sea "compatible con las demás leyes que regulan el mercado...").

2. PLANTEAMIENTO

En los mercados de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual la situación del abuso de posición de dominio, vendrá dada por el hecho de que una entidad de gestión que ostente esta posición dominadora respecto al concreto mercado de los derechos cuya gestión tenga encomendada¹², aprovechando la fuerza que le confiere ser, normalmente hoy por hoy, la única proveedora del derecho de propiedad intelectual que gestiona "imponga condiciones no objetivamente necesarias" a sus clientes¹³, es decir, a las empresas que integran los bienes protegidos por la propiedad intelectual en sus procesos productivos¹⁴.

Así pues, lo primero que se debe analizar, dada la necesidad de que la LDC y la LPI estén coordinadas y sean compatibles, es si la LPI contiene unas reglas, un diseño, para la conformación del precio y demás condiciones en el mercado de la gestión colectiva cuyo cabal seguimiento garantice la existencia del grado de

¹¹ El Anteproyecto de Ley de Reforma de Defensa de la Competencia extiende expresamente la exención a las «conductas» (cualesquiera que sean) que resulten de la aplicación de una Ley.

¹² Actualmente existe una sola entidad de gestión por cada categoría de derechos de propiedad intelectual gestionados colectivamente, con la excepción del caso de SGAE y DAMA, aún cuando ello no priva a SGAE de posición dominadora en su mercado.

¹³ En la práctica, hoy por hoy, las entidades de gestión no tienen competidores en sus respectivos mercados salvo, parcialmente y en un grado mínimo, SGAE.

¹⁴ Sobre quienes, a partir de ahora y para evitar confusiones nos referiremos con el término «usuarios» que es el que ha tenido más éxito para definir este colectivo, a pesar de ser diametralmente opuesto al término «usuario» utilizado en la LGCU (Ley 26/84), con el que obviamente no tiene nada que ver.

competencia suficiente que busca la LDC. En caso de que sea así, cuando una entidad de gestión no haya cumplido y/o seguido el diseño de conformación de precios dispuesto en la LPI, se cumplirá la premisa necesaria —imposición— para la concurrencia de la conducta abusiva, y deberá determinarse entonces si las «condiciones impuestas» por la entidad de gestión tienen una justificación objetiva o no; por el contrario, cuando las entidades de gestión hayan respetado y seguido cabalmente tal diseño de la LPI, no podrá imputárseles la comisión de abuso de posición de dominio.

3. DISEÑO DE CONFORMACIÓN DE PRECIOS Y CONDICIONES DISPUESTO EN LA LPI PARA EL MERCADO DE LA GESTIÓN COLECTIVA¹⁵ CON ASOCIACIONES DE USUARIOS Y/O ENTIDADES DE RADIODIFUSIÓN

Este diseño se recoge en dos artículos de la LPI (157 y 158), aunque hay otros que lo confirman. El mismo se puede clasificar en dos "planos" perfectamente compatibles y coordinados. En el *primero* se establecen los medios dispuestos por la LPI para alcanzar los precios y condiciones, medios que a su vez se articulan en uno principal y otro subsidiario del anterior. El *segundo plano* tiene como finalidad aportar una solución transitoria para que durante el proceso de conformación del precio dispuesto en el primero no se colapse el mercado de los bienes protegidos por derechos exclusivos de propiedad intelectual.

A) PRIMER PLANO

- NEGOCIACIÓN.—La LPI dispone que los precios y demás condiciones se alcancen prioritariamente mediante negociación entre las partes (art. 157.1 a) y c))¹⁶.
- ARBITRAJE.—Para el supuesto de fracaso de las negociaciones, la LPI dispone que los precios y demás condiciones sean determinados mediante arbitraje (voluntario por imperativo del art. 24 CE)¹⁷ de una instancia imparcial y altamente cualificada: la Comisión de la Propiedad Intelectual (CPI)¹⁸ —art. 158.2.a).

En resumen, el diseño tal y como lo ha reconocido el TDC consiste en «negociación y subsidiariamente arbitraje»¹⁹.

¹⁵ Nos referimos al diseño que la LPI prevé cuando el proceso de conformación de precios se establece entre asociaciones de usuarios y entidades de gestión, o entre grandes usuarios, como una entidad de radiodifusión, y una entidad de gestión. La apuesta de la LPI para que la gestión sea colectiva «en los dos sentidos», es decir para que los interlocutores de las entidades de gestión sean asociaciones de usuarios, es evidente.

¹⁶ En idéntico sentido arts. 20.4, 108.6, 116.3, 122.3 LPI.

¹⁷ Vid. FJ. 3.º STC 23 de noviembre de 1995 (RTC 1995/174).

¹⁸ Hasta la Ley 23/2006 denominada Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (CMAPI). Lo único que ha variado con la Ley 23/2006 es el nombre.

¹⁹ (vid. FJ 2.º RTDC 14-12-1998, Exp. 438/98, FJ 2.º RTDC 22-12-2000, Exp. 429/2000-, etc.)

B) SEGUNDO PLANO

- **CONSIGNACIÓN DE TARIFAS GENERALES.** Paralelamente, la LPI establece un sistema para evitar el bloqueo, el colapso del mercado en tanto en cuanto las partes no han alcanzado un acuerdo que permita la lícita utilización de los derechos de propiedad intelectual objeto de negociación: obliga a las entidades de gestión a establecer Tarifas Generales por la utilización de su repertorio (art. 157.1.b), cuyo "pago bajo reserva" o "consignación" proporcionará al usuario, aún cuando todavía no haya alcanzado el acuerdo (autorización contractual) con la entidad de gestión que le permita la utilización lícita de su repertorio, una auténtica licencia legal sobre el mismo (art. 157.2).
- **CANTIDADES SUSTITUTORIAS DE LAS TARIFAS GENERALES.** Ante la eventualidad de que este sistema para evitar el colapso del mercado (consignación o pago, bajo reserva, de Tarifas Generales) provoque disfunciones derivadas de que el importe de dichas Tarifas Generales es establecido unilateralmente por las entidades de gestión (art 157.1.b), la LPI prevé que la CPI determine la cantidad sustitutoria de las Tarifas Generales a estos solos efectos (art. 158.2.b).

El "diseño" de la LPI es realmente el que se contiene en el que hemos denominado *primer plano*, siendo así que el análisis que a continuación abordamos tiene por finalidad comprobar si este primer plano del diseño garantiza la competencia, sin que el *segundo plano* constituya un obstáculo para el correcto funcionamiento del primero.

3.1. Primer plano

3.1.1. El arbitraje como pieza clave del diseño de la LPI

El arbitraje contemplado en el art. 158.2.a) LPI ante la CPI es la garantía que la LPI ofrece para que, en ausencia de acuerdo entre las partes²⁰, ninguna imponga sus condiciones a la otra.

El arbitraje dispuesto en la LPI es la pieza clave del sistema de conformación de precios diseñado en la LPI, no sólo por las consecuencias prácticas que de su utilización se deriven (solución de raíz al conflicto²¹ por tercero imparcial en 6 meses como

²⁰ Los legitimados para acudir al arbitraje son las asociaciones de usuarios, cualesquiera que estos sean, y las entidades de radiodifusión.

²¹ Mientras que el arbitraje, en la medida que sustituye la autonomía de la voluntad de las partes para constituir la relación contractual que ha de establecerse, constituye y garantiza una solución estable y radical al conflicto, el recurso a la jurisdicción ordinaria tiene un coste temporal mucho mayor, únicamente liquida la situación conflictiva para el pasado (indemnización) y deja irresueltos los desacuerdos de fondo entre las partes, por lo que el conflicto puede seguir vigente indefinidamente en el futuro.

máximo, que puede prorrogarse en 3 meses más (art. 20 RD 479/89)²², sino por el efecto garantizador del equilibrio de fuerzas en la negociación. En efecto, ello es así en la medida en que ambas partes saben que si no logran ponerse de acuerdo autónomamente, la solución a sus discrepancias vendrá dada por el dictamen del tercero imparcial, dispuesto por la ley. Lo que elimina cualquier presión en la negociación²³ derivada de no tener opción real distinta de la oferta que la contraparte haga en el curso de aquélla. El recurso al arbitraje de la LPI garantiza pues que ninguna de las dos partes se vea compelida a llegar necesariamente a un acuerdo a cualquier precio (efecto de la imposición), porque siempre le quedará acudir a la CPI.

El valor clave del arbitraje, en el ámbito de la gestión colectiva, para garantizar la competencia que busca la LDC en cualquier mercado, viene acreditado si se repara en que, en una situación en la que hay un solo oferente (las entidades de gestión suelen ser monopolistas en sus respectivos ámbitos y en muchas ocasiones se enfrentan con un auténtico «cartel de compra» —monopsonio²⁴—), que no logra ponerse de acuerdo con el demandante del producto sobre las condiciones de la utilización del mismo, el único medio de garantizar que las presiones que afectan al oferente (necesidad de comercializar sus productos, sobre todo en caso de demandantes en situación de monopsonio) y al demandante (que no puede acudir a ningún competidor del oferente para proveerse de idéntico producto) no desemboquen en que uno de los dos consiga imponer siempre sus condiciones al otro, es que esas condiciones las disponga un tercero imparcial, debidamente cualificado para tal tarea.

A la luz de lo dispuesto en el art. 158.2 LPI, en el RD 479/1989, así como en la Ley de Arbitraje²⁵, el desarrollo de la función arbitral de la CPI, sustituyendo la falta de acuerdo de las partes sometidas al arbitraje (art. 158.2.a LPI), consiste en la determinación del precio (y demás condiciones) del uso del derecho de propiedad intelectual gestionado colectivamente. Puede decirse que dicha función arbitral, de acuerdo con las notas de imparcialidad e independencia que la caracterizan, garantiza que el contenido del laudo que finalmente dicte la CPI no esté en absoluto condicionado ni por las pretensiones de las partes en el arbitraje, ni por la eventual existencia de tarifas generales, sino única y exclusivamente por las razones (hayan sido o no expuestas y defendidas por las partes) que en derecho y/o equidad considere que sustentan la razonabilidad del precio (y demás condiciones) del derecho de propiedad intelectual gestionado colectivamente.

En consecuencia, el contenido del laudo arbitral, sobre el objeto antedicho, puede:

- i) Coincidir plenamente con alguna de las pretensiones esgrimidas por las partes en el arbitraje.

²² Real Decreto 479/1989 de 5 de mayo, por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual.

²³ Que desvirtuaría por completo la validez de la misma.

²⁴ El art. 157.1.c LPI permite expresamente la negociación entre asociaciones de usuarios y entidades de gestión, y el art. 158.2 parece que incentiva este modelo.

²⁵ La Ley 60/2003 (y anteriormente la Ley 36/1988).

- ii) Coincidir parcialmente con ambas pretensiones en una gama casi infinita de combinaciones.
- iii) No coincidir con ninguna de ellas, elaborando un «esquema para la determinación del precio» que sea ajeno total o parcialmente a lo propuesto por ambas partes.

3.1.2. *Negociación incompatible con imposición. Principio de presunción de inocencia*

Íntimamente ligada con el papel que desempeña el arbitraje previsto en la LPI en el conjunto del diseño de conformación de precios que la misma contiene, está la doctrina que, derivada de la Sala 3.^a del T.S., ha sido recogida por el TDC, según la cual, la plena y real disposición a la negociación de un agente en posición de dominio es incompatible con la concurrencia de una conducta de imposición por éste, y, en consecuencia, con una conducta que abuse de esa posición de dominio.

Desde la anteriormente citada **STS (3.^a) de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9744)**²⁶, la *negociación real* ha sido un concepto incompatible con el de abuso de posición de dominio²⁷ por imposición de condiciones no equitativas, discriminatorias, o, de cualquier otro modo, no objetivamente necesarias.

La prueba de que es la *real disposición* a la negociación el concepto incompatible con la imposición, y no la suscripción de un contrato, viene dada si se repara en que la suscripción de un contrato es un mero indicio de la existencia de esa *real negociación*, es un hecho a partir del que se presume la existencia de negociación; lo que, como toda presunción, es desvirtuable. En una situación en la que una entidad de gestión en posición de dominio imponga al usuario la suscripción de un contrato²⁸, bastará la prueba de esta conducta de imposición para desvirtuar la presunción que se deriva de la existencia del contrato²⁹. Por otro lado, hacer depender la acreditación de la existencia o inexistencia de conducta de imposición de la existencia o no de un contrato es tanto como hacer depender la calificación de una conducta, por esencia unilateral, del comportamiento de un tercero, lo que es simplemente insostenible.

²⁶ En la que el Alto Tribunal revocó una resolución sancionadora impuesta por el TDC a SGAE por considerar que el hecho de que SGAE y una televisión habían **negociado** y suscrito un acuerdo contractual impedía considerar que SGAE hubiese **impuesto** condición abusiva alguna a dicha televisión (es decir, hubiese abusado de su posición de dominio), mientras no se acreditase que tal negociación no había sido real.

²⁷ Al menos, en el ámbito de los abusos anticompetitivos de segundo grado (vid. FJ 3.º de la Sentencia de la Audiencia Nacional (6.ª) de 28 de octubre de 2005, nota 4).

²⁸ Un test de indudable utilidad para comprobar si la entidad de gestión ha impuesto la suscripción del contrato al usuario, será el análisis de la concurrencia de algún vicio del consentimiento del usuario (arts. 1265 y ss CC) desde el prisma de las normas protectoras de la libre competencia.

²⁹ La SAN de 25 de febrero de 2004 condenó a SGAE por abuso de posición de dominio, a pesar de que ésta había suscrito un contrato con VALE MUSIC previamente, porque la suscripción de dicho contrato fue producto de la imposición de SGAE.

No se debe olvidar que en un procedimiento administrativo sancionador por vulneración de la LDC lo que se enjuicia es la conducta de un sujeto en el mercado y, lógicamente, la suscripción de un contrato no depende exclusivamente de la voluntad, de la conducta del sujeto imputado, sino también del tercero contratante. En consecuencia, resulta incompatible con el principio de culpabilidad y con el de presunción de inocencia dejar a la voluntad de un tercero (en este caso, además, normalmente el denunciante de abuso) la «llave» de la "calificación" como abusiva de la conducta del imputado, pues bastaría para ello, con que el tercero se mostrase intransigente e impidiera con su negativa alcanzar una «solución» negociada o, al menos, extrajudicial.

Así pues, una conducta de imposición (de condiciones no equitativas o discriminatorias, o, de cualquier otro modo, no objetivamente necesarias) es incompatible con una actitud verdaderamente abierta a la negociación. No puede considerarse que impone nada quien ha negociado o intentado negociar realmente.

3.1.2.1. El TDC y la jurisdicción revisora han confirmado la incompatibilidad entre la disposición a la negociación y la imposición

La frecuentemente citada, en el ámbito de la gestión colectiva, RTDC de 27 de julio de 2000 (Exp. 465/99), está plagada de afirmaciones³⁰ que ponen de manifiesto la incompatibilidad entre los conceptos de "negociación" e "imposición", de tal modo que la inexistencia de la primera es la mejor prueba de la existencia de la segunda y viceversa. Así, por ejemplo, cuando en el FJ 17.º la citada RTDC afirma que la clave para determinar si la conducta enjuiciada supone un ilícito concurrencial está en que las tarifas³¹ no fueron "el resultado de una negociación sino que fueron exigidas intimidatoriamente" (se aprecia ya aquí claramente la contraposición conceptual), añadiendo a continuación que "Otra cosa hubiese sido si la negociación hubiese existido...".

El *informe propuesta* que el SDC elevó en el expediente al que se refiere dicha resolución explica con claridad y acierto la decisiva importancia de enjuiciar, a la luz de las pruebas concurrentes, si la entidad de gestión acusada de haber incurrido en una conducta abusiva había **impuesto** o no esos precios supuestamente abusivos sin opción a la negociación³².

³⁰ Vid. último párrafo FJ 5.º, primer y tercer párrafo FJ 11.º, FJ 13.º, FJ 15.º, etc

³¹ En el sentido o acepción común de "precio", no en el sentido estricto de "Tarifa General" del art. 157 LPI.

³² **"El pliego no define en qué debe consistir la negociación entre usuarios y entidades, puesto que ello pertenece a la libertad de las partes, sólo se limita a interpretar las pruebas documentales que indican que EGEDA no ha tenido una verdadera actitud negociadora, pruebas que no han sido desvirtuadas por los denunciados. Ello no obsta para considerar que una negociación en la que la parte que establece sus tarifas las considere como algo inamovible y no discutible no tendría ningún sentido porque no podrían llevar a una solución del conflicto, que tiene su origen en la cuantía de las tarifas que esta investigación ha encontrado objetables por abusivas. No puede considerarse que la cuestión sobre la existencia o ausencia de negociación no deba tratarse en el marco de un procedimiento de aplicación de las normas de defensa de la competencia porque el propio Tribunal**

Enjuiciando un caso sobre gestión colectiva de derechos de autor el TDC valoró la concurrencia de una **actitud abierta a la negociación** por parte de la entidad de gestión como la prueba de la **inexistencia de imposición de condiciones discriminatorias** y, por tanto, la **inexistencia de abuso**:

«Por el contrario, las referidas pruebas son sin duda reveladoras de una **voluntad negociadora** por parte de la SGAE y **cuya ignorancia supondría una vulneración de la presunción de inocencia, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo en supuestos similares (entre otras, STS Sala 1.ª de 18-1-1990 [RJ 1990\34] y sala 3.ª 18-12-1996 [RJ 1996\9744])**». (FJ 3.º RTDC 22-12-2000, Exp. 429/2000).

La Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 6.ª) de 25 de febrero de 2004, revisando la RTDC 25-01-2002 (Exp. 511/2001), señala como dato clave que determina la existencia de una conducta abusiva por parte de SGAE, consistente en la **imposición de condiciones discriminatorias**, precisamente su no disposición a negociar:

"... lo que no cabe es, precisamente, eliminar toda posibilidad de negociación de forma unilateral..."

... La recurrente en modo alguno negoció con la demandada, que **tuvo** que suscribir el contrato en los términos que aquella le proponía". (FJ 4.º S.A.N. 25-02-2004; RJCA 2004/861).

La propia **RTDC de 25 de enero de 2002 (Exp. 511/2001)** establece la relación de simétrica incompatibilidad entre los conceptos de imposición de condiciones discriminatorias y negociación³³.

También en la **RTDC de 14 de diciembre de 1998 (Exp. 430/98)** se pone el acento en que la existencia de negociación determina la inexistencia de conducta abusiva, en cuanto que el concepto imposición implica la exigencia de unas condiciones sin dar opción alternativa, y la negociación precisamente consiste en la confrontación de alternativas³⁴.

Supremo, en su Sentencia de 18-12-96 que anulaba una resolución del TDC condenatoria para la SGAE, **estimó como motivo fundamental y único para anular la resolución que condenaba a SGAE por abuso de posición de dominio la falta de demostración por el TDC de la ausencia de negociación suficiente de SGAE** que hubiera podido, de demostrarse, eliminar la presunción de inocencia de dicha entidad. **Luego la prueba sobre la existencia de negociación y todos los indicios relacionados con ella es fundamental considerarlos para no conculcar el derecho a la presunción de inocencia y del todo pertinente cuando se examina la actuación de una entidad de gestión acusada de abuso"** (Último párrafo, pág. 49 del Informe propuesta en el exp. 465/99).

³³ "¿Es que hizo ésta algo por tratar de entender, intentar, negociar, aproximar posturas o situarse en la posición de la otra parte? La contestación es siempre la negativa más absoluta porque la SGAE rechazó, incluso, plantearse el problema". (RTDC 25-01-2002, Exp. 511/2001 —AC 2002/25—).

³⁴ "Conforme ha quedado acreditado, AGEDI ha negociado con una Asociación de usuarios —AERC— y el resultado de esa negociación ha sido la firma de un contrato tipo que ha de regir las relaciones entre las emisoras integrantes de AERC y AGEDI y de ese hecho se deduce que no puede haber condena por abuso de posición dominante, tal y como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996 anteriormente citada". (FJ 3.º de la RTDC 14-12-1998, AC 1998\9053).

3.1.2.2. La disposición al arbitraje por una entidad de gestión garantiza su conducta de no imposición

Para que opere la conclusión exoneratoria que alcanzan las resoluciones y sentencias citadas anteriormente debe acreditarse una disposición real a negociar y no meramente formal o simulada³⁵. Para lo que, sin duda, resulta una prueba irrefutable la plena disposición de la entidad de gestión a someterse al arbitraje previsto en la LPI, pues ello indica que la entidad de gestión, con independencia de la tesis que defienda en la negociación, está dispuesta a que un tercero imparcial disponga la solución al conflicto. Semejante actitud es incompatible con la pretensión de **imponer** sus tesis o posiciones, y, al contrario, supone la renuncia, por parte de la entidad de gestión, a la fuerza que le proporciona su posición de dominio. De hecho, el negarse injustificadamente a que sea un tercero el que determine la solución al conflicto es un claro indicio de que la parte que se niega no admite una «solución» distinta a la por ella defendida, es decir, que la parte que se niega al arbitraje lo hace porque pretende imponer sus tesis³⁶.

3.1.3. *Las autoridades de la competencia han sancionado la suficiencia del diseño de la LPI*

Diversos pronunciamientos de las autoridades de competencia, tanto nacionales como comunitarias, han confirmado la procedencia de un diseño como el de la LPI (primer plano) para preservar la competencia en el mercado.

El propio TJCE en la Sentencia de 6 de febrero de 2003, (SENA/NOS) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre (y alabar) la idoneidad, a los efectos de **garantizar la competencia**, de un sistema de formación de precios en el mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, el holandés, análogo al español, en cuanto que establece para ello en primer lugar la negociación y, subsidiariamente, la determinación de las condiciones contractuales por una instancia judicial imparcial actuando en funciones arbitrales³⁷.

Asimismo, la mejor doctrina del TDC confirma esta conclusión respecto a la improcedencia de considerar incursión en abuso de posición de dominio a un

³⁵ Como se ha expuesto antes, ni siquiera la suscripción de un contrato es prueba irrefutable de que no ha existido imposición. Por ello entendemos que la expresión «supuesto patológico de abuso de posición de dominio» que se utiliza en la RTDC 14-12-1998 busca garantizar que en la génesis del contrato suscrito no existía ningún vicio del consentimiento que desvirtuase la presunción de inocencia que el mismo desplegaba.

³⁶ "Pero donde queda palpablemente en evidencia de no hay verdadero propósito de llevar a cabo una auténtica negociación, para establecer concertadamente con los usuarios las tarifas, es en la manera como expresa EGEDA su rechazo a que medie la Comisión del Ministerio de Cultura, cuyo arbitraje ella misma ya había rechazado». (Tercer párrafo del FJ 11.º de la RTDC 27 de julio de 2000, Exp. 465/99).

³⁷ Vid apartados 44 y 45 de dicha STJCE, donde se califica a este sistema consistente en «la negociación y subsidiariamente arbitraje» de «muy protector del derecho de las partes y respetuoso del derecho comunitario».

agente (una entidad de gestión) en caso de que se adecue al diseño de conformación de precios dispuesto en la LPI, y, por tanto, **no imponga ni intente imponer** sus pretensiones.

"Todo este sistema³⁸ no supone la exclusión de los Órganos encargados de la Defensa de la Competencia cuando exista una infracción de la LDC, pero, como afirma el Servicio, es indudable que ***estos sólo han de intervenir cuando las entidades de gestión pretendan imponer o impongan condiciones abusivas***" (FJ 2.º, último párrafo, RTDC 22-12-2000; Exp. 429/2000).

"Es cierto que todo este sistema³⁹ no supone la exclusión de la actuación de los órganos encargados de la defensa de la competencia cuando se produzca una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, particularmente una conducta abusiva de posición dominante, pero **este recurso debe quedar limitado a los casos más flagrantes en los que las entidades de gestión que tengan, como ocurre con AGEDI, una posición de dominio impongan o pretendan imponer condiciones inadmisiblemente abusivas**. Pero ése es un supuesto y otro muy diferente **la práctica de los usuarios de acudir a la denuncia ante las autoridades de la competencia como estrategia negociadora**.

El Tribunal debe rechazar ese sistema que no solamente puede producir distorsiones en la negociación".
(FJ 2.º RTDC 14-12-1998; Exp. 430/98).

3.1.4. *La LPI, incorporando la voluntad del legislador comunitario, confirma la regla de oportunidad de aplicación de la LDC*

La propia LPI nos ofrece un ejemplo que confirma lo que venimos diciendo. Se trata de la regla contenida en el artículo 20.4.g).

El artículo 20.4 es una de las normas en que se ha concretado la incorporación al derecho interno de la Directiva 93/83/CEE⁴⁰. Este artículo establece el único supuesto⁴¹ de gestión colectiva obligatoria de un derecho exclusivo de autor (retransmisión por cable), aplicable, por mor del artículo 132 LPI, al resto de derechos conexos. En efecto, la letra b) del artículo 20.4, fiel transposición del artículo 9.1 de la Directiva 93/83, establece con claridad la necesidad

³⁸ En el párrafo anterior de la RTDC se describe el sistema de conformación de precios de la LPI: negociación y subsidiariamente arbitraje.

³⁹ Se refiere al sistema de conformación de precios en la LPI.

⁴⁰ De 27 de septiembre sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Su incorporación se llevó a cabo por la Ley 28/1995, que fue posteriormente refundida en el RDL 1/1996 (actual LPI).

⁴¹ Aparte del canon de compensación equitativa por copia privada cuya cuantía dispone la propia ley o la administración (después de la última reforma —Ley 23/2006—) y la remuneración del art. 90.2, 90.3 y 90.4 LPI en donde la Directiva 92/100 no prescribía la «obligatoriedad» sino sólo la «posibilidad» de su gestión colectiva.

de que sea una entidad de gestión la que gestione tal derecho de comunicación pública.

Dado el excepcional mandato contenido en el citado artículo 9.1 de la Directiva, la propia Directiva (arts. 11 y 12) establece una serie de medidas para prevenir que la entidad de gestión a la que se encomienda por mandato legal la gestión de tal derecho tenga la tentación de abusar de su presumible posición de dominio. El artículo 20.4.f) LPI concretó esas medidas en propiciar la intervención de la CPI cuando no se suscribiera el pertinente contrato, «abriéndose la puerta» a la aplicación de la LDC cuando alguna de las partes impida el inicio o prosecución de la negociación, u obstaculice ésta o la **intervención de la CPI**, es decir, cuando alguna de las partes haga fracasar el diseño de la LPI (art. 20.4.g) LPI).

Así pues, el artículo 20.4.f) LPI reitera el diseño general de conformación de precios (negociación y subsidiariamente arbitraje⁴²) y el artículo 20.4.g) LPI prescribe la aplicación de las normas protectoras de la libre competencia para reprimir la conducta de quien, «en abuso de su posición negociadora», haya hecho fracasar tal diseño.

El juego combinado de los artículos 20.4.f) y 20.4.g) LPI enuncia expresamente una *regla de oportunidad* de aplicación de las normas protectoras de la libre competencia, consistente en que cuando la entidad de gestión hace fracasar el diseño de conformación de precios dispuesto por la LPI *debe* examinarse, a la luz de la LDC, si ha vulnerado las normas de defensa de la competencia. Lo que, a "sensu contrario", equivale a preservar de cualquier imputación de abuso de posición de dominio a la entidad de gestión que respeta y cumple o intenta cumplir dicho diseño de conformación de precios de la LPI.

Podría apelarse a una aplicación analógica⁴³ de la regla anteriormente enunciada (art. 4.1 CC) para todos los supuestos con identidad de *ratio*, es decir, para todos los supuestos de negociación en el mercado de la gestión colectiva. La existencia de esa regla en nuestra LPI únicamente referida al derecho de autor de retransmisión por cable no responde a una reflexionada distinción del legislador entre la gestión colectiva del derecho de comunicación pública por cable y la gestión colectiva de cualquier otra modalidad de la comunicación pública de las que se enumeran en el artículo 20.2 LPI, sino simplemente a que el legislador nacional se ha limitado a incorporar una prevención que el legislador comunitario ha vertido para el único supuesto en que obliga a la gestión colectiva de un derecho de autor. Lo que, lejos de interpretarse como un indicio de que el resto de supuestos de gestión colectiva no están sujetos a tal *regla de oportunidad* de aplicación de las normas de defensa de la competencia

⁴² El artículo habla de mediación, pero si se acude a la lectura del art. 158.1.a LPI, donde se desarrolla en qué consiste tal «mediación», se comprueba que la "propuesta" de la CPI tendrá valor de laudo arbitral, salvo oposición de alguna parte.

⁴³ Aplicación analógica a que lleva a cabo la Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 6.ª) de 14 de enero de 2004 en el FJ 12.º (caso EGEDA/HOTELES).

cuando el diseño de la LPI fracasa, supone todo lo contrario, ya que es la prueba de que el legislador comunitario, cuando tiene la certeza de que la gestión de un derecho exclusivo va a ser colectiva "conmina" expresamente a la entidad de gestión con el "peso" de las normas sobre libre competencia en caso de que sea responsable del fracaso del diseño legal de formación de precios.

En todo caso, resulta innegable la infranqueable barrera que supone el tenor de los artículos 20.4.f) y 20.4.g) LPI para considerar incurso en el abuso de posición de dominio a una entidad de gestión que no haya «impedido ni obstaculizado ni la negociación ni la intervención» de la CPI con un "operador de cable", sino que haya estado dispuesta en todo momento tanto a lo uno como a lo otro.

Pues bien, no se encuentran razones para que esa misma entidad de gestión con **idéntica actitud** respecto a la negociación y al arbitraje en relación a una entidad de radiodifusión (distinta de una empresa de distribución por cable), por el contrario, sí pueda haber incurrido en abuso de posición de dominio por (v. gr.) la mera aprobación de unas tarifas generales, que, dada su plena disposición a la negociación y al arbitraje, nunca habría pretendido imponer. No parece tener sentido que el cumplimiento del diseño de conformación de precios de la LPI sólo resulte incompatible con la imputación de abuso de posición de dominio a quien lo cumple en el «supuesto» de comunicación pública mediante el cable y no con esa misma imputación a quien lo cumple en el resto de «supuestos» del mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, singularmente en el resto de supuestos de derechos de comunicación pública gestionados colectivamente.

3.2. Segundo plano

3.2.1. Tarifas generales y naturaleza de los bienes protegidos por la propiedad intelectual

Pieza central de lo que hemos denominado *segundo plano* del diseño de conformación de precios que la LPI prescribe para el mercado de la gestión colectiva es el de las Tarifas Generales. Como ya se ha dicho, según alguna reciente RTDC⁴⁴, las Tarifas Generales por si mismas pueden desvirtuar todo el proceso negociador. Por ello el TDC se muestra partidario de considerar consumado un ilícito concurrencial por el mero contenido de las Tarifas Generales, con independencia de si la entidad de gestión que aprobó tales Tarifas Generales las haya utilizado o no, y cómo las haya utilizado. Esta tesis no sólo se aparta de la doctrina hasta entonces mantenida por el TDC sobre el particular⁴⁵ y so-

⁴⁴ RTDC 13 de julio de 2006. Exp. 593/05.

⁴⁵ Máximo exponente de esta doctrina se encuentra en la RTDC 22-12-2000. Expte. 429/2000: "En cuanto a la fijación libre por SGAE de la estructura y nivel de las tarifas, el Informe señala que "el sistema español de protección de los derechos de propiedad intelectual permite a las entidades de gestión que establezcan estos elementos libremente y **si la LPI determina esa libertad, las Autoridades de Defensa de la Competencia no pueden ir en contra de la Ley, ni sustituyendo ni contradiciendo la voluntad del legislador, de manera que en sus pronuncia-**

bre la necesidad de que concurra la conducta de imposición, sino también de un análisis sobre el alcance y compatibilidad entre las Tarifas Generales y el diseño de conformación de precios dispuesto en la LPI desde el prisma de las normas y principios protectores de la libre competencia.

3.2.2. Tarifas generales. Concepto y utilidad.

Las entidades de gestión están obligadas «a establecer Tarifas Generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio» (art. 157.1.b LPI). Una de las utilidades que la LPI otorga a las Tarifas Generales viene determinada en el artículo 157.2: en tanto en cuanto «las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente... las Tarifas Generales». Es decir, que para la LPI las Tarifas Generales se configuran de modo expreso como una solución *transitoria* (en tanto en cuanto persiste el proceso de negociación entre las partes) y *excepcional* (la regla general es el acuerdo entre partes, que cubre más aspectos que el del precio, al que sólo atañen las Tarifas Generales) para que el mercado de la gestión colectiva no se colapse por falta de acuerdo entre los agentes (entidades de gestión y usuarios) que intervienen en dicho mercado. Esta solución transitoria y excepcional prevista en el artículo 157.2 LPI equivale a una auténtica licencia legal a favor de quien quiera utilizar el repertorio gestionado colectivamente, que anticipa temporalmente los efectos de la licencia contractual (ya sea producto de la negociación o del arbitraje) para que el usuario pueda beneficiarse de inmediato del uso del repertorio, garantizando que las cantidades satisfechas bajo reserva o consignadas serán regularizadas de acuerdo con el contrato definitivo que en su día se alcance.

3.2.2.1. Carácter transitorio y excepcional

La coherencia del diseño de conformación de precios de la LPI requiere que la propia solución dispuesta en el art. 157.2 LPI suponga un acicate a que las partes finalicen la negociación o se sometan al arbitraje. En consecuencia, la «consignación» o el «pago bajo reserva» de las Tarifas Generales debe ser una situación que genere un cierto grado de insatisfacción en ambas partes. Si esta solución fuese plenamente satisfactoria para alguna de las partes, ello supondría un evidente freno para concluir el proceso negociador, y se desembocaría

mientos entren a fijar las tarifas que consideren más acordes con las normas de Competencia o los elementos de los que consta su estructura.

En conclusión, según se desprende de la legalidad vigente y de su interpretación, tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia como por el Tribunal Supremo, **no se estima que SGAE vulnere el art. 6 de la LDC por el hecho de poder fijar sus tarifas, su estructura y la base imponible sobre la que se aplican, libremente, según su propio criterio**, motivo por el cual no se aprecian indicios de existencia de infracción al art. 6.1 LDC en sus letras a), c) o d)». (RTDC 22-12-2000, expte. 429/2000).

en una situación de ausencia indefinida de acuerdo, que es precisamente la situación que intenta evitar la LPI.

El que la «consignación» o «pago bajo reserva» de las Tarifas Generales es una solución no plenamente satisfactoria para la entidad de gestión deriva de su propia esencia, ya que el usuario hace un desembolso por el uso del repertorio, pero éste, al ser **provisional**, no repercute directamente en la entidad de gestión ("consignación") y/o lo hace de un modo en el que la entidad no puede repartirlo libremente («pago bajo reserva») entre sus miembros. Por otro lado, el "precio", con ser una condición muy importante en cualquier acuerdo para la utilización de un repertorio, no es la única condición relevante y en el supuesto del art. 157.2 LPI la única contraprestación del usuario por la explotación del repertorio se refiere al precio. En consecuencia, es claro que para la entidad de gestión el escenario que plantea el art. 157.2 LPI no es cómodo. Resulta preferible alcanzar un acuerdo con el usuario.

Para el usuario, la única forma de que la aplicación del art. 157.2 LPI no le sea más beneficiosa que la consecución de un acuerdo consiste en que el importe que tenga que desembolsar (consignando o pagando bajo reserva) en virtud de esta solución transitoria sea mayor que el que debería abonar si se alcanzase dicho acuerdo. Si las Tarifas Generales reprodujesen exactamente las condiciones económicas de los contratos ningún usuario estaría interesado en suscribir un acuerdo, ya que el precio para éste sería idéntico que si suscribiera el acuerdo y no estaría sujeto al resto de condiciones que, aparte del precio, conforman el contenido típico de un contrato de autorización de uso del repertorio de una entidad de gestión. Además, sufriría la presión constante de la entidad de gestión, al no poder ésta repartir la enumeración percibida por la explotación de su repertorio.

Lo expuesto en este apartado tendría incidencia real en el funcionamiento del mercado en el supuesto de que el art. 157.2 LPI fuese una norma eficaz. Pero, como veremos, esto resulta, hoy por hoy, una quimera.

3.2.2.2. *Ámbito de aplicación de las tarifas generales: derechos exclusivos y derechos de remuneración*

No han faltado voces que han entendido que la obligación dispuesta en el artículo 157.1.b) LPI sólo afecta a los **derechos exclusivos** gestionados colectivamente, pues sólo éstos precisan que el usuario obtenga una licencia o autorización de la entidad de gestión para su utilización, mientras que los derechos de remuneración, al no requerirse licencia por su uso, sino que únicamente devengan un derecho de crédito a favor de las entidades que los gestionan, no requerirían establecimiento de Tarifas Generales.

Parece, efectivamente, que la literalidad del art. 157.2 LPI restringe su ámbito objetivo de aplicación a los derechos exclusivos gestionados colectivamente.

Aún cuando ésta es una cuestión que afecta muy tangencialmente a nuestro análisis, ya que resulta intrascendente desde el prisma de la libre competencia si existe o no una categoría de derechos de gestión colectiva «exenta» de la obligación de aprobar las Tarifas Generales, lo cierto es que tal tesis parece obviar la clara literalidad del artículo 157.1.b), de cuyo ámbito subjetivo no se excluye a ninguna entidad de gestión. Por el contrario, obliga a todas ellas a «establecer Tarifas Generales... por la **utilización** de su repertorio». La finalidad de las Tarifas Generales no es pues la retribución por autorizar, sino por utilizar (concepto éste último en el que queda subsumida la autorización, cuando la misma sea preceptiva)⁴⁶.

Otra prueba de que los derechos de remuneración gestionados colectivamente no están excluidos del ámbito objetivo del art. 157.1b LPI es lo dispuesto en el **art. 90.4 LPI** (antes y después de la Ley 23/2006), en el que, para un supuesto claro de derecho de remuneración, la LPI da por sentado que la entidad de gestión **ha establecido** Tarifas Generales (repárese en que utiliza la misma expresión —establecer— que el art. 157.1.b LPI) para tal derecho de remuneración, en cumplimiento, sin duda, de la obligación que a tal efecto le impone el art. 157.1.b LPI.

Por otro lado, el análisis de los intereses y razones de fondo en esta cuestión desvela que carece de sentido mantener que la obligación de establecer las Tarifas Generales no se extiende a todos los derechos gestionados colectivamente, puesto que para todos ellos⁴⁷ la LPI, en consonancia con las normas sobre libre competencia, dispone que la determinación del precio de la licencia se haga a través de la negociación⁴⁸ y, subsidiariamente, a través del arbitraje, siendo así que en ningún caso las Tarifas Generales se sobreponen a (o condicionan) los precios resultantes de la negociación o del arbitraje.

Por último, cabe añadir que, en todo caso, si la obligación dispuesta en el artículo 157.1.b) LPI no alcanzara a los derechos de remuneración gestionados colectivamente, ello no supondría que les estuviese prohibido a las entidades de gestión establecer Tarifas Generales para tales derechos de remuneración⁴⁹, sino únicamente que no estarían obligadas a ello.

⁴⁶ Por otro lado, el tenor del art. 157.4 LPI tampoco puede considerarse un argumento definitivo en orden a establecer una clara diferenciación entre derechos de remuneración y derechos exclusivos, porque su «*leit motiv*» no parece ser complementar el art. 157.1.b respecto a los derechos de remuneración que, según tal tesis, no se verían contemplados en dicho artículo, sino dar un (en cierta medida redundante) mandato de gestión efectiva a las entidades de gestión respecto de aquellos derechos cuya gestión es obligatoriamente colectiva (derechos de remuneración y derecho exclusivo de distribución por cable).

⁴⁷ Excepto para el canon de copia privada.

⁴⁸ 157.1.a), 157.1.c), 108.6, 116.3, 20.4, 122.3, etc., y ello sin perjuicio de la extraña formulación de los arts. 108.5 y 122.2 en cuanto que remiten al contenido de las Tarifas Generales, lo que debe ser interpretado en consonancia con los arts. 108.6 y 122.3 en relación con el 157.1.a) y c), y no como una injustificada y caprichosa derogación del régimen general de conformación de precios dispuesto en la LPI.

⁴⁹ De hecho, la práctica del mercado —y por tanto la situación con la que se tienen que enfrentar las autoridades de competencia— es que las entidades de gestión incluyen en sus Tarifas Generales todos los derechos que gestionan, con independencia de que sean *exclusivos* o de *remuneración*.

3.2.2.3. Naturaleza de los bienes protegidos por la LPI. El art. 157.2 es una norma ineficaz

En el diseño de la LPI el teórico poder de presión que puede atribuirse a las Tarifas Generales en el seno de la negociación derivaría de lo dispuesto en el artículo 157.2. Como hemos apuntado, dicho precepto no afecta a los derechos de remuneración (únicamente a los exclusivos). Por tanto, no puede utilizarse como elemento de presión en el caso de la negociación para cuantificar y determinar las condiciones de pago de un mero derecho de remuneración, dado que el usuario puede utilizar todo bien al que la LPI **no** protege con un derecho exclusivo sin necesidad de acudir a lo dispuesto en el artículo 157.2 LPI. En consecuencia, lo que a continuación se razona se ciñe a los derechos exclusivos (vayan o no ligados a derechos de remuneración), aunque sería perfectamente aplicable a los derechos de remuneración, en el caso de que las Tarifas Generales aprobadas con respecto a los mismos supusieran un efecto de presión sobre la negociación.

Como hemos expuesto con anterioridad el artículo 157.2 LPI representa una solución de emergencia a favor del usuario, de naturaleza transitoria para que el mercado de la gestión colectiva no se colapse por falta de acuerdo.

Ahora bien, en la práctica, esta finalidad de las Tarifas Generales ha demostrado ser absolutamente inoperante e ineficaz, dada la **naturaleza inmaterial** de los bienes protegidos por la propiedad intelectual. Ninguna entidad de gestión ostenta una tutela posesoria efectiva sobre los bienes cuyos derechos gestiona, al contrario de lo que sucede normalmente con los titulares de bienes materiales.

En efecto, en caso de desacuerdo entre la entidad de gestión y el usuario, éste nunca ha hecho uso del art. 157.2 LPI, sino que se ha limitado a continuar utilizando el repertorio de la entidad de gestión sin solución de continuidad, porque aunque "de iure" necesitase acudir al 157.2 LPI para tal utilización del repertorio, "de facto" no lo necesitaba en absoluto.

Lo anterior es un hecho notorio que ha ocurrido en todos los mercados de gestión colectiva de propiedad intelectual. Prueba de ello son los numerosos conflictos judiciales entre entidades de gestión y usuarios.

Por ello la piedra angular de la tesis sobre la influencia de las Tarifas Generales referida a la presión que para el usuario supone el mandato del art. 157.2 LPI se revela inexistente, dada la naturaleza inmaterial de los bienes protegidos por la propiedad intelectual. Y es que en la práctica el artículo 157.2 LPI es una **norma ineficaz** por falta de aplicación. La lógica de la situación de hecho que se plantea en una negociación con una entidad de gestión hace fracasar el planteamiento del que parte el artículo 157.2 LPI, en la medida en que, por la fuerza de los hechos, los usuarios no necesitan la contrapartida que dicho precepto les ofrece (uso anticipado del bien objeto de negociación).

En consecuencia, a ningún usuario le interesa, ni le ha interesado nunca, acogerse a la aplicación del artículo 157.2 LPI, razón por la que nunca se ha aplicado: ¿qué usuario va a estar interesado en "abonar bajo reserva" o "consignar" cantidad alguna por utilizar un bien, que **de hecho** nada le impide utilizar sin contraprestación alguna?

3.2.2.4. Coherencia del diseño de la LPI. El art. 158.2.b

Aún en el supuesto de que el artículo 157.2 LPI hubiese sido una norma eficaz o pudiese llegar a serlo en algún caso, la LPI prevé un mecanismo para neutralizar cualquier ventaja que a favor de la entidad de gestión pudiera derivarse de la aplicación de dicho artículo, como consecuencia del hecho de que el importe de las Tarifas Generales sea unilateralmente dispuesto por la propia entidad de gestión.

En efecto, en el art. 158.2.b) LPI el legislador, partiendo lógicamente de la hipótesis de cumplimiento del 157.2 LPI, ofrece la posibilidad de que la CPI establezca para tales casos unas cantidades sustitutorias de las Tarifas Generales, con la única condición de que las partes (usuarios y entidades) se sometan a su arbitraje.

El art. 158.2.b) constituye pues un acicate a los usuarios para acudir a la CPI. Es una norma pensada para proteger a los usuarios, al garantizarles que no tendrán que «pagar bajo reserva o consignar» el importe de las Tarifas Generales, sino aquellas cantidades que establezcan la CPI. Pero como resulta (ya lo hemos visto) que este artículo 157.2 no despliega efecto alguno, ningún usuario ha estado interesado en recurrir al art. 158.2.b LPI.

A los efectos que aquí nos ocupan, el artículo 158.2.b) constituye el mecanismo dispuesto en la LPI para garantizar la ausencia de desequilibrio alguno en la negociación entre entidades de gestión y usuarios, ya que en la hipótesis de que el usuario "necesitase" hacer uso del art. 157.2, el art. 158.2.b) le ofrece la posibilidad de que lo "consignado o pagado bajo reserva" no sea dispuesto unilateralmente por la contraparte en la negociación sino por un tercero imparcial. Naturalmente, si la entidad de gestión impide la aplicación del art. 158.2.b) ello será un indicio claro de conducta abusiva, en cuanto que será evidente su pretensión de presionar al usuario con el importe de sus Tarifas Generales a través del art. 157.2 LPI.

3.3. *Recapitulación*

Así pues, tanto debido a la naturaleza inmaterial de los bienes protegidos por la Propiedad Intelectual como por la coherencia interna del sistema diseñado en la LPI, que compensa el posible desequilibrio derivado del establecimiento unilateral por la entidad de gestión de las Tarifas Generales con la posibilidad

de que el importe de las mismas sea sustituido por el dictamen de un tercero imparcial (CPI), resulta erróneo mantener que el artículo 157.2 LPI introduce un insoslayable factor de desequilibrio en el ámbito de la negociación de derechos de propiedad intelectual gestionados colectivamente. Y es que la propia LPI facilita los medios para neutralizarlo. Será responsabilidad de aquél que impida su utilización las consecuencias que de ello se deriven.

Como veremos más adelante, también es incorrecta la tesis que considera que el factor de "presión" derivado de las Tarifas Generales, que desvirtúa el proceso negociador, es la doctrina de los tribunales que tiende a cuantificar las indemnizaciones por uso ilícito de la propiedad intelectual en base a las Tarifas Generales⁵⁰.

4. CONCLUSIÓN: EL CUMPLIMIENTO DEL DISEÑO DISPUESTO EN LA LPI EXCLUYE EL ABUSO

Tras lo expuesto, resulta obvio que el diseño legal dispuesto en la LPI garantiza la existencia de competencia suficiente, ya que:

- i) La posibilidad de acudir al arbitraje de la CPI garantiza la inexistencia de presiones insuperables en el curso de la negociación, es decir, garantiza la supresión del efecto de desequilibrio inicial que supone la negociación con un agente dominante y, en consecuencia, permite las condiciones necesarias para la existencia de una *negociación real*.
- ii) En caso de que las partes agoten la negociación sin alcanzar un grado de acuerdo suficiente el sometimiento de sus diferencias a la CPI garantiza el establecimiento de una remuneración en condiciones equitativas y razonables; en cualquier caso, no impuestas.
- iii) Lo dispuesto en el art. 157.2 LPI no tiene aplicación práctica. Además, la LPI neutraliza ese hipotético efecto de presión sobre la negociación derivado del art. 157.2, en virtud de lo dispuesto en el art. 158.2.b) LPI.

Dado que el diseño de conformación de precios dispuesto en la LPI garantiza la competencia, no resulta indiferente, sino todo lo contrario, quién sea el responsable de que el mismo fracase (negándose a negociar y/o negándose al arbitraje). En la práctica será difícil demostrar qué parte es la culpable del fracaso de la negociación. No será infrecuente que ambas partes negociadoras mantengan y defiendan posiciones tan distintas que el éxito de la negociación sea improbable. Por ello, la prueba definitiva de la plena disposición de las partes a alcanzar un acuerdo, aun defendiendo con convencimiento y ahínco sus respectivos posicionamientos, será sin duda su postura respecto al arbitraje de la CPI⁵¹, ya que cuan-

⁵⁰ Tesis que no distingue, por tanto, entre derechos exclusivos y derechos de remuneración, como si lo hace la basada en la aplicación del art. 157.2 LPI

⁵¹ Un órgano imparcial, especializado y altamente cualificado que crea ex profeso para tal función.

do la negociación fracasa⁵² la «receta» de la LPI es la celebración de ese arbitraje. Es la única solución genuinamente compatible con las reglas del libre mercado (que proscriben la imposición de condiciones no objetivamente necesarias de una parte a otra), en un mercado en el que el "proveedor" no tiene competidores.

Si alguna parte en el proceso se niega y/o impide, expresa o implícitamente, la intervención de la instancia arbitral, estará a la vez provocando el fracaso de un diseño de conformación de precios plenamente respetuoso con las normas sobre libre competencia, y especialmente «profiláctico» de las situaciones de abuso de posición de dominio, y mostrando un indicio de conducta anticompetitiva por abusiva, que presumiblemente debería ser enjuiciada por el TDC. Tal es la base del razonamiento del TDC en el caso conocido por EGEDA / HOTELES (RTDC de 27-7-2000)⁵³.

Así pues, el cumplimiento o el intento, real y acreditado, de cumplir el diseño de conformación de precios dispuesto en la LPI es incompatible con la impuntación de una conducta de abuso de posición de dominio frente al usuario.

El requisito para que el diseño de la LPI en la formación del precio funcione correctamente cuando fracasa la negociación es que ambas partes estén dispuestas a respetarlo, ya que **no** se puede obligar a ninguna de ellas a acudir a la CPI. La parte que frustre el cumplimiento del diseño legal de conformación de precios será la responsable de la situación y deberá asumir las consecuencias que de ello se deriven.

IV. LA MERA APROBACIÓN DE LAS TARIFAS GENERALES "PER SE" NO PUEDE CONSTITUIR UNA CONDUCTA DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

1. PLANTEAMIENTO

Una de las claras consecuencias deducidas del análisis del diseño de conformación de precios de la LPI llevado a cabo con anterioridad es la imposibilidad de que la mera aprobación de unas Tarifas Generales pueda constituir, por sí misma y desligada de *cómo* las utilice la entidad de gestión, un supuesto de abuso de posición de dominio.

En los siguientes apartados nos centraremos en el análisis de distintos aspectos de las Tarifas Generales desde el prisma de las normas sobre libre competencia, para verificar si la conclusión deducida a partir del análisis general del diseño de la LPI queda confirmada, o contradicha, por el análisis «inductivo» de las consecuencias de la tesis sustentada en la RTDC de 13 de julio de 2006.

⁵² Y el transcurso de un lapso de tiempo sin alcanzar un acuerdo puede considerarse un fracaso de la negociación, aun cuando teóricamente no se excluya la posibilidad de alcanzar un acuerdo negociado con posterioridad.

⁵³ Vid. tercer párrafo del FJ 11.º de la RTDC 27 de julio de 2000, Exp 465/99.

2. LA MERA APROBACIÓN DE TARIFAS GENERALES NO SE INCARDINA EN LOS ARTS. 6 LDC Y 82 TCE

El abuso de posición de dominio en el ámbito de la gestión colectiva supone la imposición de condiciones no objetivamente necesarias. Por ello, los supuestos que se relacionan en el artículo 6.2 LDC (o en el art. 82 TCE), aun admitiendo que no se corresponden con una enumeración exhaustiva, tampoco pueden extenderse a situaciones o conductas que no se correspondan con «la imposición de condiciones no objetivamente necesarias». El principio de tipicidad (art. 25.1 CE) y el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) proscriben la integración de conductas que no respondan, desde un prisma de la razonabilidad, al **tipo infractor** descrito en la norma legal sancionadora⁵⁴.

Así pues, cualquier conducta de una entidad de gestión respecto a un usuario, que carezca del requisito de la «imposición» de alguna «condición objetivamente no necesaria», no podrá integrarse en el tipo infractor del artículo 6 LDC, ni en el del art. 82 TCE, por mucho que dichos artículos contengan un elenco abierto de infracciones.

De acuerdo con lo razonado, resulta claro que la mera aprobación por las entidades de gestión de Tarifas Generales en cumplimiento del mandato que a tal respecto dispone el artículo 157.1.b) LPI, carece del requisito de la «imposición», pues sólo en caso de que tales Tarifas Generales fueran o pretendieran ser impuestas, por cualquier medio, directo o indirecto, activo u omisivo, a los usuarios concurriría tal requisito. En consecuencia, cualquier pretensión de considerar a esa conducta de "mera aprobación de Tarifas Generales" como un supuesto en si mismo encuadrable en el art. 6.2 LDC o en el art. 82 TCE, es incompatible con los principios restrictivos del derecho administrativo sancionador.

3. ANALOGÍAS ENTRE LAS TARIFAS GENERALES Y LA POSICIÓN EN LA NEGOCIACIÓN.
LA DOCTRINA DE LA EXIGENCIA DE "RESPONSABILIDAD ESPECIAL"
A LAS EMPRESAS DOMINANTES

Fiscalizar el contenido de unas Tarifas Generales, con independencia de si la entidad de gestión ha pretendido imponerlas o no, es tanto como fiscalizar el contenido de una posición en el seno de una negociación con independencia de si tal posición ha pretendido ser impuesta o no.

⁵⁴ "3) La garantía de determinación tiene como precipitado y complemento la de la tipicidad, que impone que el órgano sancionador se sitúe fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora (por todas, SSTC 61/1990 [RTC 1990/61] y 306/1994 [RTC 1994/306]). Y como dicha frontera es, en mayor o menor medida, ineludiblemente borrosa por razones ya de carácter abstracto de la norma y de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje, el respeto del órgano administrativo sancionador del irrenunciable postulado del artículo 25.1 CE deberá analizarse, **más allá del canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente a la manifiesta irrazonabilidad**, propio del derecho a la tutela judicial efectiva, **con el prisma de la razonabilidad que impone los principios de seguridad jurídica y de legitimidad** de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad" (STC 120/1996 [RTC 1996/120]). (STSJ País Vasco 10 de diciembre de 2001; RJ 351/2002).

Parafraseando lo expresado en el F.J. 7.º RTDC 10-10-2002 (Exp. 526/2001), resulta evidente que «en una economía de mercado, el juego de la competencia en que se basa el sistema exige que los oferentes decidan y contraten autónomamente». Lo anterior implica que el juego de la competencia para que sea libre exige que los agentes del mercado no reciban presiones no justificadas objetivamente, que impidan u obstaculicen que sus decisiones sean autónomas.

Por otro lado, la doctrina del TJCE viene exigiendo (la STJCE Michelin / Comisión es un exponente claro de ello) una especial responsabilidad a las empresas en posición de dominio, consistente en no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado⁵⁵.

La coherencia de ambos postulados pasa por entender que la conducta de especial responsabilidad exigida a las empresas en posición dominante consiste en que no utilicen su fuerza en el mercado para coaccionar a sus competidores, clientes, proveedores o consumidores, de tal modo que les impidan u obstaculicen la decisión y contratación autónoma, sobre la base de que la intensidad de la posición dominadora de una empresa es inversamente proporcional al «esfuerzo» que debe desplegar para impedir o falsear la competencia. En supuestos de una posición dominadora muy acusada, la empresa en cuestión deberá tener un especial cuidado en garantizar la competencia efectiva.

En el ámbito de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, el seguimiento del diseño de conformación de precios dispuesto en la LPI (negociación/arbitraje) por parte de la entidad de gestión garantiza el cumplimiento de la especial responsabilidad exigida por la doctrina del TJCE respecto a los usuarios (clientes), en la medida en que tal diseño garantiza la existencia de competencia en ese concreto ámbito bilateral.

Ahora bien, lo que no se puede exigir a la entidad de gestión, con base en la doctrina de su especial responsabilidad, es que mantenga determinadas posiciones, ya sea en el seno de la negociación y/o del arbitraje y no otras, siempre y cuando esté garantizado que no impone ni intenta imponer sus posiciones a la contraparte. De lo contrario se estaría privando a la entidad de gestión de su derecho básico, en el seno de una economía de mercado, a gozar de autonomía en sus decisiones, como cualquier otro agente.

En definitiva, la «exigencia de responsabilidad especial» a la entidad en posición de dominio no implica que dicha entidad no tenga derecho a defender y

⁵⁵ «A este respecto, procede recordar que la existencia de una posición dominante supone que incumbe a la empresa o empresas dominantes, independientemente de las causas que explique dicha posición, **una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común** (véase la Sentencia Michelin / Comisión, apartado 57). (STJCE, Sala 5.ª, de 16 de marzo de 2000, Asunto (395/96P, Compañía Marítima Belga y otros / Comisión).

mantener aquella posición que considere oportuna⁵⁶, quiere decir que si impone tal posición de cualquier forma, directa o indirectamente, será sospechosa de haber incurrido en el abuso⁵⁷.

Si la simple enunciación de una propuesta en el seno de una negociación, aunque no se imponga ni pretenda imponerse, fuera susceptible de constituir abuso de posición de dominio frente a la contraparte en la negociación⁵⁸, no sólo se estaría obviando la premisa requerida legalmente de la conducta de imposición, sino que además se estaría privando a los agentes del mercado (de los que no se excluye a los agentes en posición dominante) de su derecho a defender libremente la posición que consideren pertinente. Lo que implicaría, en aras de alcanzar el mínimo grado de predecibilidad que el derecho administrativo sancionador precisa (art. 25 CE), que cualquier agente en posición de dominio en cualquier mercado «consultase» previamente a las autoridades de la competencia cual sería la oferta negociadora correcta para no incurrir en abuso de posición dominante. Con lo que dichas autoridades se convertirían en "el regulador universal", y pasaríamos de una economía de libre mercado, donde los precios resultan del juego de las fuerzas autónomas del mercado en cada sector⁵⁹ a una economía en la que las autoridades de la competencia determinarían los precios "ex ante" en cada sector.

Adicionalmente, resulta especialmente oportuno remitirse a la doctrina contenida en el apartado 111⁶⁰ de la Sentencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia de 17 de julio de 1998, conocida como PROMEDIA, según la cual resulta absolutamente improcedente que la Comisión Europea fiscalice el contenido de las pretensiones judiciales ejercidas por las empresas en posición de dominio como criterio para determinar si las mismas constituyen un abuso de posición de dominio o no. Se considera pues inaceptable que la Comisión determine la adecuación o no a las normas de la libre competencia del amparo

⁵⁶ La tesis contraria ha sido rechazada por el SDC cuando establece, con claridad y acierto, en el IP del exp. 465/99 (EGEDA/HOTELES) en el párrafo último de la pág. 49: "El pliego no define en qué debe consistir la negociación entre usuarios y entidades, puesto que ello pertenece a la libertad de las partes ...".

⁵⁷ A no ser que dicha posición sea objetivamente necesaria.

⁵⁸ Naturalmente queda excluido el supuesto en que el ataque a la competencia de tal propuesta no impuesta tenga como directo perjudicado (a través del cual se lesiona la libre competencia) a un tercero (potencial competidor, consumidor, etc.).

⁵⁹ «... pues es claro que en una economía de mercado, el juego de la competencia en que se basa el sistema exige que los referentes decidan y contraten autónomamente» (F.J. 7.º RTDC 10-10-2002. Exp. 526/2001).

⁶⁰ 111. La Comisión responde que no intentó determinar si la segunda reconvención del Belgacom prosperaría finalmente. **Considera inaceptable que las empresas que ocupan una posición dominante sólo puedan acceder a los órganos jurisdiccionales nacionales en los casos en que la procedencia de sus acciones sea, en opinión de la Comisión, jurídicamente correcta.** Una tesis semejante supondría privar a dichas empresas de derechos fundamentales que sólo deben negarse cuando su ejercicio es abusivo. Además, si emitiera consideraciones sobre la procedencia de una acción ejercitada ante órganos jurisdiccionales nacionales, la opinión de la Comisión sustituiría, de hecho, a la del Juez nacional tanto en lo que atañe a las cuestiones de Derecho nacional como a las de Derecho comunitario, lo que llevaría a negar la competencia conjunta de la Comisión y de los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación del artículo 86 del Tratado" (**punto 111. Sentencia 17-07-1998**).

judicial solicitado por la empresa dominante en función de una valoración sobre la corrección jurídica⁶¹ que le merezca el contenido de la acción ejercida.

La concreción de esta doctrina, cimentada en nuestro derecho interno en el respeto al art. 24 CE y al principio de seguridad jurídica, supone que no se pueda imputar a una entidad de gestión la comisión de un abuso de posición de dominio **únicamente** por la cuantía indemnizatoria que reclame ante la jurisdicción.

Dicha doctrina de la Sentencia PROMEDIA impide entender que el mero planteamiento de una pretensión por una parte en el seno de un proceso negociador, **sin imponer ni pretender imponer tal pretensión**, pueda constituir un abuso de posición de dominio frente a la contraparte: porque lo decisivo no es el contenido de la pretensión (ni ante un órgano jurisdiccional o arbitral, ni en el seno de la negociación) sino si la misma es, o intenta ser, impuesta. Sólo en este caso sería procedente examinar el contenido de esa pretensión.

En definitiva, mantener que las autoridades de la competencia pueden basar la imputación de abuso de posición de dominio en el contenido de las pretensiones de cualesquiera partes en el seno de un proceso negociador, con independencia de valorar si tales pretensiones están siendo impuestas o están pretendiendo imponerse (directa o indirectamente), supone una extralimitación de la función de vigilancia (pero **no reguladora** de precios) de las autoridades que velan por la libre competencia, incompatible, no sólo con el fundamento del libre mercado sino con la propia finalidad de las normas defensoras de la libre competencia.

4. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS TARIFAS GENERALES COMO BAREMO PARA CUANTIFICAR LAS INDEMNIZACIONES POR USO ILÍCITO DE UN DERECHO GESTIONADO COLECTIVAMENTE

Mantener que la mera aprobación de las Tarifas Generales es susceptible de constituir conducta de abuso de posición de dominio, porque para el cálculo de la indemnización en supuestos de utilización ilícita de derechos de propiedad intelectual gestionados colectivamente la doctrina jurisprudencial y de las Audiencias Provinciales⁶² toman como baremo las Tarifas Generales de la entidad de gestión, supone negar la relevancia que el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial (art. 24 CE) merece, así como obviar que uno de los requisitos que el derecho administrativo sancionador⁶³ exige para considerar producida

⁶¹ No sobre si carece de fundamentación objetiva o no, sino sobre si debe prosperar o no.

⁶² A día de hoy hay 5 Sentencias del T.S. (Sala 1.ª) en tal sentido (SSTS 2-12-2002; 18-12-2001; 18-10-2001; 19-7-1993 y 18-1-1990) e innumerables de las AAPP, de las que puede servir de resumen la SAP Madrid (10.ª) de 10 de noviembre de 2003 cuando dice: «De hecho, toda la jurisprudencia existente al respecto, tanto del Supremo (desde sentencia de 18 de enero de 1990) [RJ 1990\34] como de las Audiencias establecen el principio de que ante la ausencia de precio convenido hay que remitirse a las tarifas generales, puesto que actúan como reglas supletorias». **(Fdo. Dcho. 4.º SAP (10) de 10 de noviembre de 2003 - JUR 2004\88647).**

⁶³ También exigido para la responsabilidad civil.

una conducta infractora (imposición) es la existencia de un claro y no interrumpido **nexo causal** entre el resultado dañoso y la conducta del infractor.

En definitiva, la tesis subyacente de la RTDC de 13 de julio de 2006 consiste en *presumir que las Entidades de Gestión utilizan a la jurisdicción ordinaria como el instrumento para imponer las Tarifas Generales a los usuarios*.

Tal tesis es incorrecta, 1.º) porque vulnera el principio de presunción de inocencia, dado que soslaya la naturaleza soberana de cualquier órgano jurisdiccional para decidir en proceso contradictorio la indemnización procedente, y 2.º) porque el acceso a la jurisdicción es un derecho fundamental cuya utilización no puede presumirse fraudulenta.

Como ya hemos apuntado, para que exista imposición de una condición abusiva es preciso que no se rompa el nexo causal entre dicha imposición y el resultado dañoso derivado de ella. Pues bien, si la indemnización (que no el precio) la decide, determina y cuantifica un órgano jurisdiccional (soberano, independiente y tras un proceso contradictorio con todas las garantías), no puede presumirse que la actora, la entidad de gestión litigante, sea quien ha dispuesto tal indemnización.

Con todo, debe admitirse que puede hacerse un uso incorrecto y desviado del derecho fundamental de acceso a los tribunales, y convertir efectivamente a la jurisdicción en una etapa más de un «plan» urdido por la entidad de gestión para imponer sus Tarifas Generales a un usuario⁶⁴; y ello, a pesar de que la doctrina de las AAPP, confirmada por el T.S. (Auto de 3 de octubre de 2006)⁶⁵ no aplica las Tarifas Generales como baremo indemnizatorio, cuando detecta que ha sido la entidad de gestión la responsable de la ausencia de una solución extrajudicial⁶⁶.

⁶⁴ Singularmente lo que el TDC consideró sucedido en el caso finalizado con la RTDC 27-7-2000 (EGEDA / HOTELES).

⁶⁵ «Los reiterados intentos negociadores acometidos por la parte actora aquí recurrida para llegar a un acuerdo sobre las tarifas a aplicar, los que finalmente resultaron infructuosos, llegando a proponer la recurrida a la recurrente, el acuerdo a que aquella había llegado sobre el derecho a la remuneración y fijación de las tarifas generales con las Televisiones Autonómicas, siendo dicha propuesta rechazada por la recurrente, ante cuya situación la parte recurrida se limitó a aplicar las tarifas aprobadas por la misma con fecha 18 de abril de 1995 y que fueron notificadas al Ministerio de Cultura quien no puso ningún reparo ni objeción, llegando el Tribunal de Apelación a la conclusión de que con tal proceder no se puede apreciar desviación alguna en la recurrida». (Auto del Tribunal Supremo —Sala 1.ª— de 3 de octubre de 2006).

⁶⁶ La **S.A.P. Madrid (sección 14.ª) de 28 de octubre de 2003** (AC 928/2004) (repetiendo doctrina en su sentencia de **13 de abril de 2004**), enjuiciando un caso seguido entre entidades de gestión contra usuario de su repertorio, siguiendo la doctrina jurisprudencial, condena al usuario a abonar la indemnización a la entidad de gestión de acuerdo con sus tarifas generales, indicando que «*el único caso en que los tribunales pueden revisar su importe es cuando se pueda observar que ha concurrido una actitud maliciosa por parte de las entidades de gestión, impidiendo todo proceso negociador*». En idéntico sentido se pronuncia la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de marzo de 2001**: «*no puede esgrimir el incumplimiento del proceso de negociación la demandante cuando ella es quien se ha negado a negociar con los usuarios*» (FJ 7.º de la SAP Asturias de 7 de marzo de 2001).

En cualquier caso, esta hipotética utilización abusiva o fraudulenta de la jurisdicción ordinaria no podría presumirse, sino que debería ser acreditada. Lo que no cabe es presumir que siempre que una entidad de gestión reclama una indemnización ante la jurisdicción ordinaria lo hace en el marco de una estrategia encaminada a imponer sus Tarifas Generales, defraudando así tanto a la LPI como a la LDC. Semejante presunción equivaldría, en la práctica, a privar del derecho fundamental de acceso a los Tribunales (art. 24 CE) a las entidades de gestión.

La tensión entre el Derecho Fundamental al acceso a los Tribunales y el abuso de posición de dominio no puede resolverse ni presumiendo que la utilización del primero supone incurrir en el segundo, ni eximiendo de cualquier posible responsabilidad a la entidad de gestión por impetrar el amparo jurisdiccional. A este respecto resultan de enorme interés las conclusiones alcanzadas por la jurisdicción comunitaria⁶⁷, concretamente en la **Sentencia de 17 de julio de 1998 (ITT PROMEDIA vs Comisión de las Comunidades Europeas)**.

En dicha sentencia se parte de la premisa⁶⁸ de que *«dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del Derecho, únicamente en **circunstancias excepcionales** el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado»* (apartado 60 *in fine* de la Sentencia PROMEDIA).

Los criterios para determinar cuándo concurren las circunstancias excepcionales que determinan que la acción ejercida ante los tribunales pueda considerarse como una conducta abusiva, concurrentialmente ilícita, los expone también dicha Sentencia en el apartado 55⁶⁹.

El **primer requisito** o criterio expuesto en dicha Sentencia requiere, no que la acción entablada sea improcedente, sino que **carezca manifiestamente de todo fundamento objetivo**, es decir, si la acción ejercida "no puede considerarse razonablemente que tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate", el ejercicio de dicha acción constituirá un abuso⁷⁰.

⁶⁷ Tribunal de Primera Instancia europeo (Sala cuarta ampliada).

⁶⁸ Que es contraria a la tesis de presumir que las entidades de gestión utilizan a la jurisdicción ordinaria como un instrumento para imponer las Tarifas Generales.

⁶⁹ "55. Pues bien, por una parte, la Comisión explica que, para poder determinar los casos en que tal acción judicial es abusiva, estableció **dos criterios acumulativos** en la decisión impugnada: es preciso, en primer lugar, que **no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate** y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria y, en segundo lugar, **que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia** (en lo sucesivo, «dos criterios acumulativos de la Comisión» o «dos criterios acumulativos»). (Apartado 55. Sentencia 17.07.1998).

⁷⁰ «56. El **primero** de los dos criterios significa, según la Comisión, que **la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo**. El segundo indica, por su parte, que **la acción judicial debe tener por objeto la eliminación de la competencia**. Ambos criterios deben reunirse para que se demuestre la existencia de un abuso. El hecho de ejercitar una acción judicial improcedente no puede por sí mismo constituir una infracción del artículo 86 del Tratado, a menos que dicha acción persiga una finalidad contraria a la

El segundo criterio dispuesto en la Sentencia PROMEDIA consiste en que «la acción judicial esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia».

Nos detendremos en este criterio, puesto que en la mayoría de los casos englobará al anterior y puesto que representa una descripción de la conducta que justifica la tesis de presunción de utilización abusiva de la jurisdicción ordinaria por las entidades de gestión.

Conviene puntualizar que si la entidad de gestión ha respetado el diseño de conformación de precios dispuesto por la LPI, ello garantiza el pleno respeto a la libre competencia, y, por tanto, que su recurso a la jurisdicción es el legítimo recurso de quien es titular de un derecho que cree vulnerado por un usuario con quien no ha podido resolver previamente el conflicto, ni mediante la negociación ni mediante el sometimiento al arbitraje.

Naturalmente, en el supuesto de que la entidad de gestión sea la responsable del fracaso de las negociaciones y/o de la celebración del arbitraje, ello será un indicio muy claro de que el recurso a la jurisdicción se enmarca en una estrategia de imposición.

Ahora bien, en el supuesto en que una entidad de gestión, respetuosa del diseño de conformación de precios de la LPI, hubiera visto rechazados sus esfuerzos por negociar y sus invitaciones al arbitraje, le cabrían dos opciones: 1.^a) aquietarse, y permitir que el usuario continúe explotando su repertorio ilícitamente, como hasta entonces; o 2.^a) impetrar ante la jurisdicción la defensa de sus derechos, en uso del fundamental derecho al acceso a los tribunales (art. 24 CE).

La primera opción es inconciliable con el básico deber de la entidad de administrar diligentemente los derechos cuya gestión le ha sido encomendada (art. 152 LPI), y defenderlos incluso en procedimientos judiciales (art. 150 LPI).

competencia. Análogamente, si se puede considerar razonablemente que una acción judicial representa un intento de hacer valer derechos frente a competidores, no podrá constituir un abuso, independientemente de que pueda inscribirse en un plan destinado a eliminar la competencia». **(Apartado 56 Sentencia 17-07-1998).**

72. En efecto, según el primero de los dos criterios acumulativos mencionados por la Comisión en la decisión impugnada, **una acción judicial sólo puede calificarse de abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado cuando no pueda considerarse razonablemente que tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate** y, por tanto, sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria. Así pues, para determinar si este criterio se cumple, debe tomarse en consideración la situación existente en el momento en que se ejercita la acción.

73. Además, al aplicar dicho criterio, no se trata de determinar si los derechos que la empresa hacía valer en el momento en el que ejercitó su acción judicial existían efectivamente, o si ésta era procedente, sino que **debe determinarse si tal acción tenía por finalidad hacer valer derechos que la empresa, en aquel momento, podría razonablemente considerar suyos**. De la última parte del tenor de este criterio se deduce que éste sólo se cumple cuando la acción judicial no tenía dicha finalidad, siendo éste el único caso en que se puede llegar a la conclusión de que la acción judicial sólo servía para hostigar a la parte contraria". **(Apartados 72 y 73. Sentencia 17-07-1998).**

En definitiva, resulta que acudir a los tribunales es en realidad la **única** solución para la entidad de gestión. Es evidente que en estos casos "el plan urdido" para imponer las Tarifas Generales no existe.

En los supuestos en los que el usuario hace fracasar el diseño de la LPI, éste debe ser responsable de las consecuencias que de ello se deriven⁷¹, siendo la más lógica e inmediata soportar la acción resarcitoria que interponga la entidad de gestión. Importa entonces tener presente la diferente naturaleza de la remuneración (objeto de la negociación) y de la indemnización (objeto del litigio judicial). La indemnización dispuesta por la jurisdicción ordinaria, en cuanto que resarcimiento de un **hecho ilícito** cometido por un infractor, participa de una **naturaleza diametralmente opuesta a la remuneración** (nacida del pacto en un contexto de cumplimiento de la ley). Resultaría ciertamente desalentador que el ordenamiento jurídico reservase igual tratamiento a quien incurre en un ilícito, por el que debe indemnizar, que a quien paga (remunera) a su tiempo y previo acuerdo con el acreedor. Carece de sentido pretender que el parámetro equivalente para cuantificar el resarcimiento (indemnización) en un contexto de infracción de la Ley son las condiciones contractuales pactadas (remuneración) en un contexto de cumplimiento de la Ley.

5. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO NO PUEDE SER POTENCIAL. NECESIDAD DE AFECTACIÓN AL MERCADO

Un argumento independiente de los anteriores, pero concurrente con ellos en su conclusión, viene dado por el hecho de que una conducta no es abusiva si la misma es meramente potencial. Y es que la mera aprobación de unas Tarifas Generales, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 157.1.b) LPI, no es susceptible siquiera de cristalizar en abuso de posición de dominio, esto es en la «imposición de condiciones objetivamente no necesarias», hasta tanto la entidad de gestión no las imponga o intente imponerlas por cualquier medio, directo o indirecto, activo u omisivo, ya que, entre otras razones, mientras la entidad de gestión no utilice para esa finalidad (de imposición) las Tarifas Generales, no se afecta en modo alguno al mercado.

Se debe traer a colación la doctrina contenida en la Decisión de la Comisión Europea de 12 de agosto de 2002 (Asunto CHRISTO vs SACEM) —que es recogida en la RTDC 16 de diciembre de 2004 (AC 2005/81)— donde se concluye «la imposibilidad de presumir un abuso de posición de dominio mientras no se manifieste en la práctica», en un supuesto en el que se imputa a la SGAE esta actuación con base en la literalidad de un artículo de sus estatutos, en cuya virtud aquélla **podría**, en la práctica, impedir la gestión individual de algún derecho a sus asociados.

⁷¹ De igual modo que cuando es la entidad de gestión la responsable del fracaso del diseño de la LPI, deberá cargar con las consecuencias que en orden a la producción de un posible abuso de posición de dominio se deriven.

La situación la describe la RTDC 16 de diciembre de 2004 (AC 2005/81), en el antepenúltimo párrafo del F.J. 3.º:

«Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto la existencia de una situación legal y estatutaria que **habría** permitido a la SGAE **abusar de su posición dominante** en el mercado de la gestión de derechos de la propiedad intelectual derivados de las obras musicales **si, aplicando restrictivamente sus normas estatutarias**, hubiera denegado injustificada y arbitrariamente a un titular de tales derechos la posibilidad de reservarse la gestión independiente de alguno de ellos. Sin embargo, no resulta del expediente ni lo alegan los denunciante que ninguno de los titulares de derechos amparados por la Ley de Propiedad Intelectual haya solicitado nunca a la SGAE la reserva de ningún derecho concreto ni que, por lo tanto, se le haya denegado».

Pues bien, la RTDC 16 de diciembre 2004, aplicando la doctrina de la Comisión, concluye en la imposibilidad de considerar que la SGAE ha incurrido en abuso de posición de dominio el último párrafo del FJ 3.º:

«... debemos aplicar la doctrina que la Comisión Europea nos recuerda en la Decisión de 12 de agosto de 2002, antes citada, de que **no debe presumirse la intención de abusar de una posición de dominio mientras que dicho abuso no se manifieste en la práctica**, lo que lleva a este tribunal a rechazar la alegación de las partes recurrentes»⁷².

La STS (3.ª) de 22 de marzo de 2006 llega a idéntica conclusión:

«...Al igual que en el supuesto enjuiciado por la sentencia de 1998 si la prohibición no hubiese sido aplicada, no hubiera existido práctica contraria al derecho de la competencia. Sin embargo al haberse activado la prohibición estatutaria desde una posición de dominio se ha incurrido en un ejercicio abusivo de dicha posición dominante...».

(Último párrafo in fine del FJ 4.º de la STS 22-3-2006).

En definitiva, en la hipótesis que planteamos (mera aprobación de Tarifas Generales), al igual que en el supuesto enjuiciado en la RTDC de 16 de diciembre de 2004 y en la STS de 22 de marzo de 2006, la imputación de abuso de posición de dominio basada en la cuantía de las Tarifas Generales sería meramente potencial, ya que consistiría en la posibilidad (condicionada a una determinada actuación de la entidad de gestión) de que las Tarifas Generales aprobadas distorsionaran el mercado. Pues bien, al igual que en los supuestos de la RTDC 16-12-2004 y de la STS de 22 de marzo de 2006, para considerar producido el abuso de posición de dominio se exigiría que la entidad de gestión hubiere utilizado sus Tarifas Generales para obstaculizar o restringir el proce-

⁷² La RTDC 3-6-2003, Exp. 549/2002 —ASISA— establece en su FJ 2.º, como requisito para la existencia del abuso, la **comisión** de una práctica abusiva y que esta práctica tenga un **efecto** anti-competitivo.

so de formación de precios, en definitiva la libre competencia en el mercado de la gestión colectiva de la propiedad intelectual, imponiendo las mismas por cualquier medio. Digamos una vez más, que si la entidad de gestión ha seguido y cumplido el sistema de conformación de precios de la LPI, intentando realmente la negociación y/o el arbitraje ante la CPI, ello excluiría la menor posibilidad de que el riesgo potencial de imponer las Tarifas Generales (y con ello restringir la competencia) se hubiera confirmado.

6. EL CONTROL QUE LLEVAN A CABO LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA SE ENMARCA EN UN PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, NO ES UN ARBITRAJE

El control que el TDC lleva a cabo está determinado por los principios rectores del derecho administrativo sancionador. Su finalidad es valorar si la **conducta** de algún agente en el mercado atenta dolosa o negligentemente (culpabilidad) al bien jurídico protegido por la LDC (antijuridicidad) mediante la comisión de alguna infracción tipificada legalmente (tipicidad).

La misión de las autoridades de competencia es de estricta vigilancia del cumplimiento de las reglas básicas del libre mercado por los concurrentes en el mismo. En modo alguno se corresponde con una función de elegir la opción más idónea de entre las distintas opciones de transacciones económicas que se planteen en el mercado. Esto último se corresponde con una función arbitral, en la que las distintas tesis o posiciones de las partes se presentan ante el árbitro para que éste decida la solución más idónea. Las finalidades del procedimiento administrativo sancionador y del arbitraje son dispares. Si el TDC actuase en funciones arbitrales en el seno del procedimiento sancionador (valorando si le parece idónea o no una tesis), tendría que sancionar al sujeto que defendiese la posición que no le pareciese idónea⁷³. Pero la comisión de la infracción debe establecerse tras el análisis de la antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad de la conducta, y no únicamente por el grado de idoneidad de la posición que defienda.

La LPI ha diseñado un **sistema de conformación de precios en la gestión colectiva cuya aplicación garantiza la no imposición de condiciones**⁷⁴, es decir, **garantiza** la existencia de ese *grado suficiente de competencia* a cuya pro-

⁷³ «El Tribunal debe rechazar ese sistema que no solamente puede producir distorsiones en la negociación, sino quede **obligada a dirimir sobre cuál es la remuneración equitativa no en sede de un procedimiento arbitral sino en sede de un procedimiento sancionador, lo cual obliga a sancionar a la entidad de gestión si se considera que su criterio para establecer el precio correspondiente a la comunicación pública no es adecuado**. En definitiva, se trata de tal forma de dar alcance de arbitraje obligatorio a un procedimiento sancionador en el que, por mandato constitucional, rigen principios tales como el de la presunción de inocencia». (F.J. 2.º RTDC de 14 de diciembre de 1998. Exp. 430/98).

⁷⁴ La no equitatividad o discriminación es una cuestión subjetiva, hasta el punto de que un acuerdo alcanzado entre partes, o incluso un laudo de la CPI, puede considerarse no equitativo o discriminatorio por otro tribunal arbitral u otra instancia decisoria. Por eso, ni la negociación ni el arbitraje garantizan la unánime opinión de que el contenido del acuerdo es equitativo; únicamente garantizan que ninguna parte imponga condición alguna a la otra.

tección se dirige la LDC. En consecuencia, si una entidad de gestión ha cumplido (o intentado cumplir) tal diseño de la LPI, su conducta **no** podrá ser antijurídica (el cumplimiento del diseño de la LPI garantiza la indemnidad del bien jurídico protegido por la LDC).

En idéntico supuesto tampoco podrá ser *típica* la conducta de la entidad de gestión, en cuanto que, como se ha razonado anteriormente, la conducta de *imposición* es parte medular del "tipo abierto" del art. 6 LDC, al menos en los supuestos de conductas abusivas aplicables a las relaciones entre la empresa dominadora (entidad de gestión) y su cliente (usuario).

Así pues, resultaría vulnerado el principio de seguridad jurídica, en el ámbito administrativo sancionador, si se pretendiera imponer una sanción a quien se ha comportado en el proceso de conformación de precios conforme a lo establecido en la LPI ¿Cuál debería haber sido la conducta de la entidad de gestión para no ser sancionada, si no basta con ajustarse al esquema de conformación de precios dispuesto en la LPI? ¿Acaso se entiende que una entidad de gestión, o cualquier otro agente, no tiene derecho a defender en la negociación y, en su caso, en el arbitraje sus pretensiones sobre el precio que le parezca más idóneo?

El único supuesto en el que la mera enunciación de una propuesta en el marco de una negociación sea en si misma ilícita, es cuando se efectúe en un mercado "regulado" y no se ajuste a los precios o parámetros dispuestos por la autoridad reguladora. Pero la gestión colectiva no es un mercado regulado en el que una autoridad administrativa haya dispuesto los precios, supuesto en el que, lógicamente, el intento de desviarse de esos precios si constituiría un ilícito. Por ello resulta incompatible con los principios rectores del derecho administrativo sancionador y con las funciones de vigilancia de las autoridades de competencia, que éstas efectúen un control sobre el contenido de las Tarifas Generales, sobre las propuestas realizadas en los procesos negociadores o sobre el contenido de los acuerdos contractuales, como si los precios en el sector estuvieran regulados. Si las autoridades de Defensa de la Competencia *quieren* atribuirse funciones reguladoras en el ámbito de la gestión colectiva⁷⁵, al menos deberán respetar el elemental principio de regular con carácter previo, dando la oportunidad al regulado de cumplir la regulación. No cabe pretender regular los precios directamente a través de una sanción, como de hecho supone llevar a cabo la fiscalización de las Tarifas Generales en el seno de un procedimiento administrativo sancionador.

V. CONCLUSIONES

Dado el carácter clave (premisa) que la conducta de imposición desempeña en el abuso de posición de dominio, en el ámbito de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, en las relaciones entre la entidad de gestión y

⁷⁵ Algo para lo que, hoy por hoy, no tienen en absoluto cobertura normativa.

su cliente, el cumplimiento del diseño de conformación de precios dispuestos por la LPI para la gestión colectiva (entidades de gestión con asociaciones de usuarios y/o entidades de radiodifusión) garantiza la inexistencia de imposición y por tanto de abuso de posición de dominio. Ciertamente es que tal diseño requiere de la voluntad de todas las partes concurrentes para que no fracase, ya que singularmente, y por lo que se refiere al arbitraje de la LPI (pieza esencial del diseño), su celebración no puede ser impuesta legalmente, sino que debe surgir necesariamente de la voluntad concorde de las partes. De esta reflexión se deducen dos conclusiones básicas:

- 1.º) La absoluta relevancia de quién sea el responsable del fracaso del diseño previsto en la LPI en orden a determinar responsabilidades por infracción de las normas sobre libre competencia, sobre la base de que si la entidad de gestión no es la responsable del fracaso, sino los usuarios, a aquélla no se le puede imputar conducta abusiva derivada de la utilización de cualquier vía lícita (acceso a los Tribunales) que el ordenamiento jurídico le proporcione para restaurar el respeto a la LPI.
- 2.º) La necesidad de que las autoridades defensoras de la competencia, dando cumplimiento al mandato contenido en la exposición de motivos de la LDC —defender la competencia aplicando la LDC de forma compatible con las normas que regulan cada sector—, incentiven el cumplimiento (necesariamente voluntario) de la LPI. El cumplimiento del diseño de la LPI aseguraría una situación respetuosa con las normas sobre libre competencia y pacificadora del conflictivo mercado de la gestión colectiva de la propiedad intelectual, ya que ni un litigio judicial ni un expediente administrativo ante el TDC sirven para conformar las relaciones contractuales estables y afianzadas que, por el contrario, sí que proporciona un acuerdo o un laudo arbitral. La forma de incentivar este sometimiento voluntario de las partes a lo dispuesto en la LPI pasa por que las autoridades de competencia enjuicien las conductas de aquellas entidades de gestión que hagan fracasar el diseño de la LPI (tal y como se "proclama" en la RTDC 27-7-2000 - EGEDA/HOTELES), y que, a la vez, no amparen denuncias planteadas por usuarios que sean los responsables del fracaso del diseño de la LPI (precisamente lo que **no** ha hecho la RTDC 13-7-2006 TELEVISIONES). Lo contrario, es decir, sancionar a la entidad de gestión, aun cuando esté plenamente acreditada su absoluta disposición a acudir a la CPI, constituye un respaldo a la conducta vulneradora del diseño de conformación de precios de la LPI llevada a cabo por el usuario y, por tanto, la desautorización del sistema dispuesto por la LPI, en especial de su pieza clave, la CPI. En efecto, se daría el *mensaje* de que no someterse, sin justificación razonable alguna, al arbitraje de la CPI, y bloquear así el sistema de conformación de precios de la LPI, no deslegitima al responsable de esa conducta para acudir al TDC, imputando una conducta abusiva a quien apostó por resolver las **siempre legítimas** en el mercado libre, discrepancias, de acuerdo al diseño de la LPI.

En definitiva, las autoridades defensoras de la competencia pueden (deben) colaborar a incentivar el cumplimiento (necesariamente voluntario) de la LPI, considerando como evidencia de existencia de posible conducta abusiva la negativa injustificada de la entidad de gestión a acudir a la CPI, así como rechazar la pretensión de cualquier «usuario» de considerarse víctima de un abuso, si ha sido quien ha hecho fracasar el diseño de la LPI, rechazando injustificadamente el arbitraje.

La actividad "revisora" de las Tarifas Generales de las entidades de gestión, que las autoridades de competencia —con respaldo en la RTDC 13 de julio de 2006 (Exp. 593/05)— vienen llevando a cabo, con independencia de si son (o cómo son) utilizadas, resulta a todas luces incompatible con la protección que el diseño de conformación de precios de la LPI garantiza para la defensa de la competencia ante un posible abuso de posición dominante de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual frente a los usuarios de sus respectivos repertorios, y en consecuencia no cabe la intervención de las autoridades de competencia si no se cumple el presupuesto de haberse vulnerado ese diseño, lo que no ocurre, como hemos expuesto, por la mera aprobación de unas Tarifas Generales, sea cual sea su contenido.