

# **Las Entidades de Gestión Colectiva de derechos de autor como entes monopólicos en la fijación de sus tarifarios**

## **Collective Management Organizations for Copyright as Monopolistic Entities in the Setting of their Rates**

— Piero Calderón Oliva\* —

---

### **Resumen**

Este artículo analiza la relación entre propiedad intelectual y libre competencia en el contexto del dominio de las entidades de gestión colectiva (EGC). Estas entidades fijan unilateralmente tarifas que los usuarios deben pagar, aun cuando el uso de derechos sea imprescindible para su negocio. En Perú, no existe un regulador independiente para dichas tarifas, lo que genera disputas sobre su razonabilidad, justicia y proporcionalidad. Estas controversias derivan en largos procesos ante INDECOPI y el Poder Judicial. Además, la posición dominante de las EGC y la multiplicidad de acreedores complican aún más la situación, afectando a los usuarios que enfrentan cobros simultáneos por distintos derechos.

### **Palabras clave**

Entidades de Gestión Colectiva, monopolios, tarifarios, derechos de autor, tarifarios razonables, proporcionales, equitativos.

---

### **Abstract**

This article examines the relationship between intellectual property and free competition in the context of the dominant position of collective management entities (EGCs). These entities unilaterally set fees that users must pay, even when the use of rights is essential for their business. In Peru, there is no independent regulator for these fees, leading to disputes over their reasonableness, fairness, and proportionality. These conflicts result in lengthy proceedings before INDECOPI and the judiciary. Additionally, the dominant position of EGCs and the presence of multiple creditors further complicate matters, affecting users who face simultaneous charges for different rights.

### **Keywords**

Collective Management Entities, monopolies, tariffs, copyrights, reasonable, proportional, equitable tariffs.

---

\* Socio senior del Estudio Muñiz, Olaya, Castro, Meléndez, Herrera, Ono. Colíder del área de Propiedad Intelectual. Abogado egresado de la PUCP. Magíster por la Universidad de Rioja- UNIR en derechos de autor y nuevas tecnologías.

## 1. Introducción

En el Perú existen seis EGC reconocidas y habilitadas por el Indecopi para gestionar los derechos de autor y conexos de autor de sus asociados, las cuales por la habilitación otorgada por la autoridad están lícitamente facultadas para cobrar a los diferentes usuarios por la utilización de sus derechos en sus actividades empresariales.

Las EGC son APDAYC, UNIMPRO y SONIEM (vinculadas a la música), INTARARTIS (vinculado a los artistas televisivos), APSAV (de los artistas plásticos), EGEDA (productores audiovisuales). Dichas entidades cobran a los usuarios, generalmente restaurantes, tiendas por departamentos, hoteles, clínicas, locales comerciales, organismos de radiodifusión, cines, etc.

Es totalmente lógico, en un mercado libre, que los usuarios pretendan pagar lo mínimo posible y las EGC pretendan cobrar lo máximo posible.

Sin embargo, el problema que se afronta es que, según la ley de derechos de autor peruana, Decreto Legislativo 822, las tarifas son válidas y, por lo tanto, exigibles a los usuarios desde su sola publicación por las EGC sin ningún control de ellas desde la perspectiva del monto (precio). Dicha situación se condice con nuestra condición económica de libre mercado y, por lo tanto, no hay control de precios. Pero nos debemos preguntar: ¿quedá a total libertad unilateral o libre discreción de parte de las EGC para disponer de la fijación de sus tarifas o debe existir una forma de control de dichas tarifas teniendo en consideración su posición monopólica en cada derecho que gestionan y en el impacto real y directo en la actividad empresarial de cada empresa usuaria?

Existen dos artículos en el Decreto Legislativo 822 que se refieren a las limitaciones que tendrían las EGC al fijar sus tarifas: a) la razonabilidad y equidad que deben tener dichas tarifas (según el artículo 153, literal e); y b) que estas no sean aplicadas abusivamente porque si no un gremio o grupo representante de usuarios podría recurrir a un arbitraje ante el INDECOPI para que sean sancionadas, de conformidad con el artículo 163 de la mencionada ley.

Es claro que ambos artículos son el corsé regulatorio que tienen la EGC para no fijar tarifas a libre discrecionalidad o arbitrariedad para lograr el balance ante la facultad o licencia otorgada por el propio Estado para fijar sus tarifas unilateralmente y los intereses de los usuarios.

## 2. La imperiosa necesidad de la existencia de las EGC

Las EGC se constituyen como asociaciones sin fines de lucro cuyo objetivo principal es gestionar y recabar las regalías de los autores y de los titulares de derechos conexos de autor. Desde un análisis económico del derecho, es esencial su participación en el esquema de protección de la propiedad intelectual, tanto desde la perspectiva del usuario que requiere de la utilización de dicho repertorio, como desde la perspectiva de los titulares que necesitan de una entidad como las mencionadas para poder fiscalizar y cobrar sus derechos a gran escala. Desde la perspectiva de los usuarios, al existir EGC pueden acudir a ella para recabar las autorizaciones previas requeridas con la finalidad de utilizar su repertorio en sus actividades comerciales o pagar la remuneración correspondiente en casos de los derechos de simple remuneración. Sería inmanejable para los usuarios que tengan que definir a quién pagar, cómo pagar y cuánto pagar por la propiedad intelectual. Asimismo, sería inmanejable para un titular de propiedad intelectual ir puerta por puerta (física o virtual en el entorno digital) a vigilar, supervisar y detectar el uso de sus obras o sus derechos conexos y luego negociar con cada usuario.

En líneas generales, las EGC son medios que eliminan o reducen los costos de información y negociación tanto de usuarios como de titulares, generando así sincronías positivas en el sistema. Por lo tanto, el sistema de sociedades de gestión colectiva soluciona problemas desde la arista del titular que tendría grandes escollos para poder ejercer sus derechos patrimoniales de manera individual, así como de parte de los usuarios que verán en ella un licenciamiento certero con licencias generales respecto de sus usos específicos (Calderón, 2021). Estas virtudes de las EGC ya habían sido señaladas por Antequera (1998) al precisar que la vocación de universalidad de las obras del ingenio, las prestaciones artísticas y las producciones fonográficas, y la amplitud de posibilidades de utilización a nivel tanto nacional como internacional, incluso por un sinnúmero de usuarios hace que, en ciertos géneros creativos o conexos, y respecto de algunas formas de utilización, la gestión colectiva de los derechos patrimoniales resulte el único medio eficaz para que los titulares de derechos sobre las obras, interpretaciones o producciones, puedan controlar el uso de bienes intelectuales así como de recaudar y distribuir las remuneraciones a quien tiene derecho por su explotación.

La jurisprudencia administrativa peruana también detalla las ventajas del sistema de las EGC



en la Resolución 1999-2018-TPI-INDECOPI, al resaltar que ésta se hace más imperiosa todavía cuando se trata del repertorio extranjero, ya que no podrían los autores, artistas y productores controlar la utilización de sus obras y producciones en el exterior, ni mucho menos tramitar directa e individualmente la recaudación y distribución de las remuneraciones respectivas. De esta forma, la existencia de las EGC está justificada cuando los derechos no pueden ejercerse de manera individual o cuando, desde el punto de vista económico, es desventajoso.

### 3. Las EGC como entes monopólicos

Para determinar si las EGC son un monopolio en su sector, es importante analizar si se cumplen con tres situaciones que las develan como tales: en primer lugar, el hecho de que las entidades sean las únicas que se desarrollan en un mercado relevante; por otro lado, el que sea difícil o imposible que los usuarios puedan sustituir a dicha entidad para satisfacer sus requerimientos; y, por último, la dificultad que tienen terceras entidades de entrar a competir en el mercado. En el caso de la EGC en Perú es manifiesto y sin dudas que se comportan con un poder dominante en el mercado relevante. En efecto, el mercado relevante es el territorio peruano en el cual los usuarios deberán estar licenciados por las EGC para utilizar su repertorio lícitamente; y es en ese mercado de cada sector determinado que las EGC son monopolios respecto a los derechos que administran y gestionan, en la medida que no existe una posibilidad (o por lo menos es muy difícil) que en un mismo país coexistan EGC diferentes para gestionar derechos similares. En los países andinos, las autoridades que administran los derechos de la propiedad intelectual o el Ministerio de Cultura, autorizan solamente a una EGC por sector o derecho, convirtiéndolas en monopolios de hecho respecto de cada sector, con la mínima posibilidad que surjan EGC para el mismo nicho que comparta el mercado y por lo tanto puedan producir o estimular un daño concurrencial que se transformaría en mejores servicios y mejores precios (tarifarios), como sería en un mercado competitivo (Calderón, 2021, p. 8).

Por ejemplo, respecto al uso de música en los locales comerciales, no existe para los usuarios otra posibilidad eficiente o competitiva, salvo que decidan apagar sus equipos de música (perjudicando a los consumidores) o encargar producir su propia música, ambas soluciones ineficientes para el mercado. El tercer aspecto que se cumple en las EGC para determinar que tiene poder de domi-

nio en sus mercados es la existencia de barreras de entrada para otras EGC en caso quieran gestionar los mismos derechos. Como hemos venido sosteniendo en el transcurso de este artículo, las EGC no solamente cumplen con los requisitos para ser catalogadas como monopolio, sino que, es preferible o se pretende por las propias autoridades que así lo sean, para lograr eficiencias.

En efecto, en el caso peruano de la denuncia interpuesta por la Unión Peruana de Productores Fonográficos (UNIMPRO) contra la Asociación Nacional de Artistas, Intérpretes Ejecutantes (ANAE), (Expediente N° 001015-2002/ODA), los argumentos de la Resolución N° 0145-2002-ODA, expedida por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, al explicar la competencia de la Oficina de Derechos de Autor para pronunciarse sobre las infracciones referidas a las entidades de gestión, establecieron lo siguiente:

(...)la gran mayoría de entidades de gestión colectiva se encuentran en una situación de monopolio natural, y ésta situación desde el punto de vista práctico, es una condición necesaria para lograr el adecuado funcionamiento de las entidades de gestión. Esta situación de monopolio natural ha creado la necesidad en la mayoría de las legislaciones internacionales, de revestir de una regulación adecuada a las entidades de gestión colectiva a fin de evitar posibles abusos de sus posiciones de dominio. En algunos casos, puede existir la posibilidad de que una entidad de gestión colectiva que se encuentra en una situación de monopolio abuse de ella. Este abuso puede verificarse tanto cuando la entidad se niega en forma infundada a otorgar determinada licencia de autorización, como cuando discrimina en forma injustificada entre usuarios pertenecientes a una misma categoría o cuando existe una arbitraria fijación de tarifas o condiciones de licencia.

Es uniforme el criterio según el cual las EGC son virtuosas para el sistema de propiedad intelectual y los usuarios, sin embargo, dichas asociaciones tienen que ser fiscalizadas para evitar que impongan tarifarios injustos a los usuarios amparándose en su posición dominante

### 4. Abuso de posición de dominio de las EGC frente a los usuarios

Como se ha venido desarrollando, es muy común que las EGC sean sociedades o asociaciones que detentan mucho poder en el mercado (salvo excepciones como, por ejemplo, si coexisten otras EGC para el mismo rubro que propicien competencia,

o tengan al frente a grandes empresas usuarias que pueden también detentar poder en la negociación, como podrían ser, por ejemplo, las radioemisoras o las cable operadoras) y llegan a ser entidades monopólicas estimuladas por las propias autoridades en su constitución para una debida y mejor tutela de los derechos que representan y en beneficio de los usuarios. Sin embargo, esta posición de dominio no es ilícita per se, pero tiene límites que colindan con el abuso de tal posición de dominio, lo cual sí es proscrito. Como señala Rengifo, “el abuso de posición de dominio es sólo una variable o modalidad del clásico abuso del derecho, y específicamente un abuso de derecho de la iniciativa privada, del derecho de competir en el mercado o un abuso del derecho a desarrollar actividades económicas en posición de dominio en el mercado” (2004, p.367).

En la legislación de la Comunidad Andina se encuentra desarrollado este tema por medio de la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y se considera el abuso de posición dominante como aquella explotación abusiva que se produce de manera independiente o que pueda provenir de la unión entre empresas. Es así que, en su artículo 3, considera que:

Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio cuando pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos». Adicionalmente, la citada Decisión, en su artículo 5 establece que: «Se considera abuso de posición de dominio en el mercado: a. La manipulación indebida o imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieren prevalecido en operaciones comerciales normales; (...) d. La aplicación en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. (citado y parafraseado por Izquierdo, 2006)

Esta lista de casos que involucran abuso de posición de dominio es, por lo tanto, numerus apertus y consta de estas cinco situaciones: i) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; ii) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; iii) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales

para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; iv) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos; y v) la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. Es claro que las EGC, en sus actividades, conformación y cobro, pueden caer incursos en las modalidades de abuso de posición de dominio. Respecto de los usuarios del repertorio: imponer directa o indirectamente precios (tarifarios) de licenciamiento u otras condiciones de transacción no equitativas; asimismo, pueden aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva y/o una negativa injustificada a satisfacer las demandas de licenciamiento.

Respecto de sus asociados, podrían imponer prácticas abusivas como subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. Por lo tanto, en el análisis no basta que las EGC sean un monopolio, sino que, para determinar si cometen actos ilícitos se tendrá que evaluar si realizan actividades anticompetitivas o abusivas como las actividades descritas en el listado detallado. Como conclusión preliminar, señalamos que el análisis que se debe realizar sobre las EGC y sus posibles actos que pueden colisionar con la competencia en desmedro de sus propios asociados y en especial de los usuarios, es un tema álgido en la medida que impacta gravemente en el mercado transcurriendo por diversos usuarios y agentes económicos.

El impacto en el quehacer diario de las empresas usuarias de diverso tipo, es alto. Por ello el desarrollo jurisprudencial es muy importante para lograr un adecuado equilibrio entre la protección de la propiedad intelectual y los usuarios que necesitan obligatoriamente de ella para su desarrollo empresarial o personal.

## 5. Actos abusivos por tarifarios injustificados o excesivos

Como se ha venido sustentando, las EGC, al ser monopolios de hecho en su mercado especializado, tienen que comportarse de manera que no haya una afectación a la competencia. Una de las manifestaciones más comunes en la realidad es que



las EGC en muchas ocasiones han pretendido fijar tarifarios (precios) por sus licenciamientos de manera abusiva, irrazonable, injustificada o excesiva. Resulta claro que, en una valoración de la propiedad intelectual de gestión individual, el titular del derecho de autor valora su propiedad intelectual según lo que considere pertinente. Si considera que su música, libro, o película vale una suma exorbitante, no hay problema. el mercado hará que se regule. Sin embargo, en gestión colectiva, el valor (tarifario) asignado no lo otorga el mercado, porque el mercado es creado por las autoridades nacionales al otorgar las licencias o autorizaciones a dichas EGC en su territorio y para ciertos derechos determinados (monopolio en territorio y especialidad). No hay competencia, ni tampoco se busca que la haya, como se ha venido sosteniendo.

Por lo tanto, el precio o tarifario conlleva un análisis muy complicado, porque los usuarios no pueden evitar dichos tarifarios al ejercer su actividad comercial (por ejemplo, una discoteca, un bar, un restaurante, una radio, una sala de cine, o similares; necesitan de dichas obras o uso de derechos conexos de autor) y los titulares de los derechos pretenderán que sean los precios más elevados al ser su interés. El problema se complica aún más porque hay factores en la legislación y/o realidad de las industrias que motivan que haya mayor conflicto, como son la ausencia de un control ex ante de los tarifarios propuestos por la EGC. Asimismo, se cuentan con débiles procedimientos de negociación y por último, siempre son complicados los procesos ex post para el cuestionamiento de tarifarios abusivos. En las legislaciones de España y los países de la Comunidad Andina, no hay un control previo de tarifarios: "no hay un control de precios" en lo que respecta a los derechos de la propiedad intelectual, teniendo a su vez mecanismos en la propia ley que pretenden evitar tarifarios abusivos o irrazonables, requiriendo que cumplan dichos tarifarios por ley con los criterios de ser razonables, equitativos y proporcionales; o recomendando procedimientos de negociación previa para que entre las EGC y los gremios de usuarios se determine un tarifario razonable, lo que en la mayoría de los casos termina sin éxito. Como lo señala el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de España, uno de los problemas es la ausencia de control ex-ante sobre las tarifas, lo que para muchos es discutible teniendo en consideración la posición monopolística de las EGC. Como ha señalado la CNC en su Resolución, de 9 de diciembre de 2008 sobre el Expediente 636/07 (Fonogramas), la Ley de Propiedad Intelectual concede a las entidades:

la facultad de fijar unilateralmente tarifas generales por el uso de los derechos gestionados sin sujetarse a ningún criterio o pauta objetiva, y sin estar sujeta a control o supervisión más que la que pueden ejercer ex post los tribunales y las autoridades de competencia dentro del ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de un concreto conflicto.

Al respecto, la CNC en su informe fue crítico al señalar que "como ya se ha observado, la imposición de obligaciones como las citadas, responden a la idea del legislador de que, en lo posible, no debe existir más de una entidad de gestión por tipo de titular de derecho de propiedad intelectual" (Expediente 636/07).

Sobre la interpretación de los criterios sobre irracionalidad e inequidad de las tarifas, podemos apoyarnos en la ley peruana y lo resuelto por la autoridad de dicho país (Indecopi) al respecto. El artículo 153 inciso e) del Decreto Legislativo 822 (Ley de Derechos de Autor), exige que:

Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión deberán ser razonables y equitativas» exigiendo a su vez que «deberán aplicar el principio de la remuneración proporcional a los ingresos obtenidos con la explotación de dicho repertorio, salvo los casos de remuneración fija permitidos por la ley.

Al respecto, existen precedentes uniformes en sede administrativa establecidos por la Dirección de Derechos de Autor y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi, que han sancionado a entidades de gestión colectiva por publicar tarifarios que atentan contra el artículo 153 literal e) de la ley, declarando fundadas las denuncias, sancionando con multas ejemplares a dichas entidades y declarando ilícito el tarifario en cuestión, por lo tanto inexistente.

Un caso relevante fue el interpuesto por la Sociedad de Hoteles del Perú contra las EGC ANAIE y EGEDA. En dicho caso, (Expediente 502-2005/ODA-INDECOPI) la denunciante presentó una acción por infracción contra ANAIE y EGEDA por publicar en el 2004 un tarifario que infringía la ley del Artista y el artículo 153 inciso e) de la Ley sobre los Derechos de Autor, Decreto Legislativo 822. Mediante Resolución N° 49-2007/ODA-INDECOPI, la Oficina de Derechos de Autor declaró fundada la denuncia interpuesta por la SOCIEDAD DE HOTELES DEL PERU contra ANAIE y EGEDA por infracción del artículo 153° literal

e) del Decreto Legislativo 822. En atención a la infracción, la Oficina de Derechos de Autor resolvió sancionar con amonestación a ANAIE y multar a EGEDA con 3 UIT (Unidades Impositivas Tributarias), declarar ilícito el tarifario publicado en el Diario Oficial “El Peruano” por las denunciadas y, por lo tanto, no exigible a los usuarios.

Mediante Resolución N°1693-2007/TPI-INDECOPI, la Sala de Propiedad Intelectual del Indecopi confirmó en segunda y definitiva instancia administrativa lo resuelto por la Oficina de Derechos de Autor, multando a dichas entidades por violación al artículo 153º del Decreto Legislativo N° 822 y, en consecuencia, dicho tarifario fue declarado ilícito y por lo tanto inexigible. Por otro lado, la misma autoridad peruana, mediante Resolución N° 002-2013/DDA. INDECOPA denegó el registro del tarifario por compensación por copia privada por haber vulnerado los principios de razonabilidad y equidad. En este contexto, la autoridad peruana hizo control ex post sobre los tarifarios de las EGC mencionados, luego de analizar los criterios de razonabilidad y la equidad de las tarifas que pretendían aplicar mediante el tarifario publicado. Del análisis de los preceptos nos avocamos a continuación a verificar la irracionabilidad e inequidad de las tarifas.

El principio de razonabilidad “consiste en la relación costo beneficio que existe entre el precio del bien o servicio en el mercado que tanto productores como consumidores están dispuestos a pagar”. Este concepto es recogido del Informe N° 084-2010, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPA, recogido en el Expediente 1207-2008/ODA que rechazó la inscripción del tarifario de copia privada. La autoridad peruana ya ha resuelto sobre este tema, lo cual fue plasmado en el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución 182-97-TDC, Tribunal de Defensa de la Competencia, del 16 de julio de 1997. En dicha resolución se establecen tres criterios que determinan indistintamente la irracionabilidad de una medida, ellos son: «(i) porque establece tratamientos discriminatorios, (ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias), o (iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas)». Pero ¿cuándo se puede considerar que un precio es excesivo?

Como dice Izquierdo, no es fácil decidir cuándo un precio es excesivo:

Para la jurisprudencia internacional la cuestión es si quien tiene una posición dominante, en

este caso de monopolio, ha utilizado las posibilidades que se derivan de ella para obtener ventajas de transacciones que no habría obtenido en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz. En este sentido, existe abuso cuando la empresa dominante aplique un precio excesivo sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada; para saber si ello es así, se compara el precio de venta del producto en cuestión con su precio de coste, y se aprecia si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente reclamado. En caso afirmativo se examina si hay imposición de un precio no equitativo, sea a un nivel absoluto, sea por comparación con los productos competidores.

Sobre este problema tan complicado de analizar respecto de qué es lo que se entiende por tarifas razonables, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha desarrollado diversos asuntos, teniendo especial relevancia el caso de la interpretación prejudicial resuelto en la sentencia del Tribunal de Justicia el 14 de setiembre del 2017 (Caso de la Agencia de Asesoría sobre Derechos de Autor y Comunicación/Asociación Letona de Autores, Letonia-AKKA/LAA), en relación con una multa impuesta debido a un abuso de posición dominante, la cual solamente en el punto referido a los criterios para analizar la razonabilidad de los tarifarios desarrolló las siguientes cuestiones:

¿Es aplicable el artículo 102 [TFUE], [párrafo segundo,] letra a), en un litigio relativo a las tarifas establecidas por una entidad nacional de gestión de derechos de autor, si dicha entidad también recauda remuneraciones por las obras de autores extranjeros y las tarifas establecidas por ella pueden disuadir del uso de estas obras en el Estado miembro de que se trata? A efectos de la determinación del concepto de «precios no equitativos» empleado en el artículo 102, en el ámbito de la gestión de los derechos de autor y derechos afines, ¿es procedente y suficiente —y en qué casos— efectuar una comparación entre los precios (tarifas) del mercado de que se trata y los precios (tarifas) de sus mercados limítrofes? A efectos de la determinación del concepto de precios no equitativos empleado en el artículo 102 [TFUE], [párrafo segundo,] letra a), en el ámbito de la gestión de los derechos de autor y derechos afines, ¿es procedente y suficiente utilizar el índice de paridad del poder adquisitivo derivado del producto interior bruto? ¿Debe realizarse la comparación de las tarifas en cada segmento distinto de éstas o en relación con el nivel medio de las tarifas? ¿Cuándo debe considerarse que la diferencia



de las tarifas examinadas a efectos del concepto de precios no equitativos empleado en el artículo 102 [TFUE], [párrafo segundo,] letra a), es notable, de tal manera que incumbe al operador económico que goza de una posición dominante demostrar que sus tarifas son equitativas? ¿Qué información cabe razonablemente esperar del operador económico para acreditar el carácter equitativo de las tarifas relativas a las obras amparadas por derechos de autor, en el marco de la aplicación del artículo 102 [TFUE], [párrafo segundo,] letra a), si el coste de dichas obras no puede determinarse como en el caso de los productos de naturaleza material? ¿Se trata únicamente del coste de administración de la entidad de gestión de derechos de autor?

Frente a dichas interrogantes, el Tribunal Europeo resolvió señalando que:

el comercio entre los Estados miembros puede verse afectado por la cuantía de los cánones fijados por una sociedad de gestión de derechos de autor que tiene un monopolio y gestiona también los derechos de titulares extranjeros, de tal modo que procede aplicar el artículo 102 TFUE. A efectos de examinar si una sociedad de gestión de derechos de autor aplica precios no equitativos, en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra a), resulta adecuado comparar sus tarifas con las aplicables en los Estados vecinos y con las aplicables en otros Estados miembros, corregidas mediante el índice de paridad del poder adquisitivo, siempre que los Estados de referencia hayan sido seleccionados según criterios objetivos, apropiados y comprobables y que la base de las comparaciones efectuadas sea homogénea. Es posible comparar las tarifas aplicadas a uno o varios segmentos de usuarios específicos si existen indicios de que el carácter excesivo de los cánones afecta a estos segmentos. La diferencia entre las tarifas comparadas debe considerarse notable si es significativa y persistente. Tal diferencia constituye un indicio de abuso de posición dominante e incumbe a la sociedad de gestión de derechos de autor en posición dominante demostrar que sus precios son equitativos, basándose en elementos objetivos que incidan en los costes de gestión o en la remuneración de los titulares de los derechos.

En lo que respecta a España, una jurisprudencia acorde al tema es la que expidió el Tribunal de Defensa de la Competencia de Madrid en el expediente 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual, del 27 de julio del 2000, que resolvió uno de los casos que tenían enfrentados al sector hotelero con las EGC EGEDA, AISGE y AIE por los tarifarios

impuestos para la comunicación de obras audiovisuales e interpretaciones de los artistas en las habitaciones de los hoteles. La sentencia mencionada señala que:

Se acreditó en el expediente que, en el mercado relevante ut supra definido, EGEDA, AISGE y AIE han utilizado su posición de dominio para obtener ventajas que serían inaceptables en unas condiciones de mayor competencia, al haber establecido y exigido, por el uso de los derechos que gestionan, unas tarifas desproporcionadas e inequitativas a los hoteles, aprovechando la posición monopolista que, de hecho, ostentaban en el mercado. Con respecto al importe y modo de exigir las tarifas de enero de 1995, se trató de un abuso de posición dominante conjunta llevado a cabo entre EGEDA y AISGE, y, por lo que respecta a las tarifas de diciembre de 1997 (también importe y exigencia), fue un abuso de posición dominante colectiva o conjunta perpetrado entre EGEDA, AISGE y AIE. La conducta de EGEDA en solitario, que desarrolló frente a los hoteles en 1994 para imponer intimidatoriamente sus tarifas sin negociación, hay que reputarla de un abuso de posición de dominio, llevado a cabo de modo individual, en el mismo mercado de referencia. Estos abusos de posición de dominio constituyen una transgresión del art. 6 de la Ley de Competencia, porque, como ha señalado el Tribunal de Justicia Europeo, una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual impone condiciones inequitativas, cuando las tarifas exigidas son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, siempre que la comparación entre las cuantías de estas se haya llevado a cabo con arreglo a una base homogénea.

En el criterio de la sentencia se resalta que se puede determinar si las tarifas son irracionales o abusivas si, al compararlas con los tarifarios de otros países, éstas son más benignas que el tarifario que se pretende aplicar en el país, por lo que por ese solo hecho ya se puede ir asumiendo que hay un pretendido cobro abusivo; sumado a si los tarifarios se impusieron sin negociación alguna o poca negociación. Justamente este último tema señalado - la poca o nula negociación- es lo que es resaltado por el informe de la CNC como el segundo problema que se presenta en España con la aplicación ilegal de tarifarios abusivos. En efecto, en España y en los países de la Comunidad Andina, los entes rectores que tutelan la propiedad intelectual propugnan o estimulan que las EGC y los usuarios negocien directamente sus tarifarios para que entre ambos se logren los requisitos de que sean tarifas razonables y justas.

Sin embargo, la experiencia indica que la mayoría de intentos terminan en frustradas reuniones y son solamente preámbulos de litigios posteriores. Señala el informe sobre la ineeficacia del proceso de negociación con los usuarios para garantizar la equidad de las tarifas, indicando que ésta se deriva básicamente de la existencia de tarifas generales fijadas unilateralmente por las entidades que pueden ser exigidas en caso de falta de acuerdo en la negociación. La falta de eficacia del proceso negociador también afecta o puede afectar a los titulares. Esto remite de nuevo a los problemas que pueden aparecer por el hecho de que entidades de gestión presten servicios a los titulares, porque si negociaran ellos directamente, podrían preferir no alargar tanto las negociaciones y cerrar un acuerdo antes que litigar. La CNC ha señalado en su Resolución de 9 de diciembre de 2008, sobre el Expediente 636/07, Fonogramas, que:

Se genera una clara asimetría de poder entre las partes negociadoras a favor de la entidad de gestión, y reduce los incentivos que ésta puede tener a alcanzar un acuerdo, puesto que se le reconoce el derecho a exigir coactivamente a través de los tribunales el pago de un precio fijado unilateralmente y sin más límite que el que se deriva de los conceptos jurídicos indeterminados de la equidad o razonabilidad de la remuneración.

Revisando el tema, en los países de la Comunidad Andina, las autoridades no han utilizado ni los canales de mediación dispuestos en sus propias leyes ni han estructurado entornos proactivos que sean preventivos a los litigios de estos temas, y por ello los litigios se han viralizado en dichos países. España, por ejemplo, sí avanzó con una normativa a través de su Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, la cual expidió la orden ECD 2574-2015 que fija parámetros adecuados en una metodología para la determinación de tarifas generales para las Entidades de Gestión Colectiva que, por lo menos, ha hecho más objetivo los criterios de cómo dichas EGC tienen que estructurar sus tarifarios a la luz de la ley de Propiedad Intelectual que les exige sean razonables y equitativos; un gran avance que lamentablemente a la fecha no se ha realizado en los países de la Comunidad Andina.

Lamentablemente, el tema sobre la determinación de que un tarifario cumpla con los requisitos de razonabilidad y equidad es muy complejo. Lo más reciente sobre este tema es lo resuelto en primera instancia por la Comisión de Derechos de Autor que resolvió declarar infundadas las denuncias de

las salas de cines de Cinemark y Cineplanet contra el tarifario de INTERARTIS (expediente N° 000360-2019-DDA), resolución en ese sentido a pesar de cuatro informes de la Oficina de Estudios Económicos (OEE) de la propia institución que señalaban que el tarifario no cumplía con las condiciones exigidas por la ley. A pesar de ello, resolvió señalando lo siguiente:

La propia OEE en el informe 00049-2022/OEE- Indecopi señaló que la ley sobre derecho de autor y la Decisión Andina 351 de la Comunidad Andina no indican explícitamente cómo se debería implementar la aplicación de los criterios de razonabilidad, equidad y proporcionalidad de las tarifas de las EGC; sin embargo, en la medida que se trata de una compensación monetaria, una forma de verificar el cumplimiento de lo establecido en la Ley es mediante el análisis económico, siendo que si bien las tarifas son fijadas por las sociedades de gestión colectiva y no son reguladas por un organismo estatal, el Indecopi se ha pronunciado respecto a los criterios que disponen la Ley y la Decisión 351 de la Comunidad Andina. Así, el Indecopi ha recomendado que el esquema tarifario por el uso y explotación de bienes creativos, que forman parte del repertorio de obras protegidas que ellos gestionan, esté acompañado de un informe que contengan criterios técnicos y económicos que permitan sustentar las tarifas indicadas por la EGC. En el presente caso, la denunciada (se refiere a INTERARTIS) si llevó a cabo un sondeo de opinión , siendo que dicha sociedad de gestión colectiva ha presentado ante la autoridad administrativa cuatro informes de carácter económico a fin de sustentar los aspectos técnicos/económicos desarrollados en su tarifario, evidenciando con ello que la denunciada no habría establecido su tarifario de manera arbitraria sin tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 153 literal e) del Decreto Legislativo 822.

Por lo tanto, para la autoridad peruana, cuando una EGC presenta informes económicos que pretenden sustentar su tarifario, ya se cumpliría con los requisitos de la ley, al margen de si dichos informes son realmente sólidos y suficientemente coherentes para aplicarse frente a los usuarios. Discrepamos de dicha interpretación, porque la autoridad no debe solamente recibir los informes (o simples sondeos) como una mesa de partes y con ello concluir que por ello no son tarifas arbitrarias, sino que deben analizarlos de manera multidisciplinaria con un análisis económico y concluir si efectivamente cumplen o no con los requisitos de razonabilidad y equidad, teniendo en mente la idea



que no solamente son EGC monopólicas, sino que ese monopolio se lo concedió la propia autoridad para cobrar a los usuarios que debe proteger tanto como a los autores. Materia difícil de solucionar que inclusive el expediente referido ha sido resuelto luego de cinco largos años y recién en su primera instancia administrativa.

## 6. Conclusiones

I. Las EGC en Perú tienen poder en el mercado al punto de otorgarles una posición de monopolio respecto a los derechos que representan y el territorio que administran.

II. La posición monopólica que poseen las EGC es una situación generada y estimulada por el sistema de protección de la propiedad intelectual por los beneficios que generan.

III. Las EGC en Perú han efectuado actos que han sido catalogados como abuso de posición de dominio ante los usuarios.

IV. Los principales actos abusivos sancionados por las autoridades son las tarifas injustificadas.

V. Las EGC, por ser entes monopólicos, deben ser fiscalizadas con mayor recelo en la medida que su situación monopólica los hace vulnerables para cometer ilícitos atentatorios contra la competencia.

VI. La problemática se agudiza porque en nuestra legislación y Comunidad Andina no hay un control ex ante de los tarifarios sino ex post.

VII. En Perú, se exige que los tarifarios sean razonables, justificados y proporcionales; términos que han sido muy discutidos por las autoridades en la medida de no ser conceptos objetivos.

VIII. La autoridad administrativa no ha terminado de resolver los problemas contrapuestos entre las EGC y los usuarios en los diferentes procedimientos abiertos.

## Referencias bibliográficas

- ANTEQUERA PARILLI, R. (1998). *El Derecho de Autor. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual- SAPI*. Tomo II. Caracas, 1998.
- ANTEQUERA PARILLI, R. (2009). Estudios de Derecho Industrial y Derechos de Autor. En: *Ánalisis de Jurisprudencia Comparada*. Editorial Themis.
- IZQUIERDO, A. (2006). *Teoría del abuso en las entidades de gestión colectiva*.
- RENGIFO, ERNESTO. (2004) *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- CALDERON, PIERO. (2021). *Actos de las Entidades de Gestión Colectiva en España y la Comunidad Andina considerados abuso de posición de dominio*. [TFM]. Universidad de la Rioja de España.