



**PRO/CNMC/0002/14 PROPUESTA
REFERENTE A LA MODIFICACIÓN
DEL ARTÍCULO 32.2 DEL
PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA
EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY
DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

16 de mayo de 2014

Índice

I. ANTECEDENTES	3
II. CONTENIDO.....	5
III. VALORACIÓN.....	6
IV. CONCLUSIÓN.....	10

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en Pleno, en su reunión de 21 de mayo de 2014, ha aprobado el presente informe, relativo a la modificación introducida en el art. 32 del *Proyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, en el que se analizan las implicaciones de la misma desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente.

Este informe se aprueba a iniciativa propia, en ejercicio de las competencias de la CNMC, en aplicación del artículo 5.1 de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

I. ANTECEDENTES

I.1 Marco general

La existencia de una normativa de protección de la propiedad intelectual se justificaría en la necesidad de crear un sistema de incentivos que favorezca dinámicamente, en mayor medida que el mercado, la actividad creadora de obras artísticas, literarias y científicas. Es un postulado comúnmente asumido que el Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual persiguen el idéntico objetivo de promover tanto la competencia como la innovación, además de la consecución del bienestar y la asignación eficiente de los recursos.

Ahora bien, en el diseño regulatorio de los sistemas de protección es preciso tener en cuenta no solo el interés de los titulares de los derechos en obtener la protección, maximizando sus posiciones de renta, sino también minimizar las externalidades negativas que pudieran derivarse de dicha protección, por ejemplo, en forma de menor tensión competitiva, con los consiguientes mayores precios, menor calidad y menor innovación.

Desde la óptica de la búsqueda de la eficiencia económica, debe hallarse un adecuado equilibrio entre todos estos factores, así como adecuarse a los principios generales de regulación económica eficiente (necesidad, proporcionalidad, mínima restricción), para facilitar los beneficios de la normativa en cuestión.

Por su parte, la Autoridad de Competencia española ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las actividades relacionadas con los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente en relación con las entidades de gestión

colectiva de dichos derechos, tanto desde el punto de vista de expedientes sancionadores como desde la óptica de promoción de la competencia¹.

I.2 Modificación introducida en el Proyecto de Ley

La CNMC ha tenido conocimiento de la inclusión en el artículo 32 del Proyecto de Ley, actualmente en tramitación parlamentaria², de un nuevo apartado que contempla el **derecho irrenunciable de editores y de otros titulares de derechos a percibir una "compensación equitativa" ante la puesta a disposición del público, por parte de los prestadores de servicios de agregación de contenidos, de contenidos o fragmentos no significativos** de contenidos divulgados en publicaciones periódicas o en sitios web de actualización periódica con una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento.

Esta previsión afectaría, en principio, a empresas de agregación de contenidos³ así como a empresas de *press-clipping* que, en caso de reproducir en sus búsquedas o resúmenes contenidos de fragmentos no significativos de contenidos deberían compensar obligatoriamente a los editores.

El nuevo precepto surge después de que **algunos Estados de la Unión Europea hayan procedido al establecimiento de mecanismos similares** para compensar a editores u otros titulares de derechos.

En este sentido, destaca la reforma de la Ley Federal de Derechos de Autor alemana⁴, que obliga a adquirir licencias de los editores de prensa germanos para difundir sus contenidos informativos y que solo permite citas breves sin necesidad de licencia⁵. En la misma línea, en Francia, según el reciente

¹ [Informe sobre la gestión colectiva](#) de los derechos de propiedad intelectual de 2009 y el [IPN 102/13](#) Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

² [Se contiene un vínculo al texto publicado en el BOCG](#). Su posible aplicación al buscador de noticias Google News es el caso más paradigmático y da popularmente nombre a la enmienda como "tasa Google", pero ni mucho menos el único. http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_7_3_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=11&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000081*.NDOC.%29.

³ La agregación de noticias en internet suele realizarse, en la actualidad, por medio de i) portales de internet (p.ej. Google News, Huffington Post), ii) Lectores de fuentes de noticias (*feed readers* sobre formatos como RSS, Atom, etc.) en portales web (p.ej. Feedspot, News360, My Yahoo!) y iii) Aplicaciones de lectores de fuentes de noticias como Flipboard o Prismatic).

⁴ <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/114/1711470.pdf> (en alemán).

⁵ La norma, en cualquier caso, solo ha afectado a las grandes empresas y permite a particulares, blogueros y asociaciones enlazar y mostrar contenidos sin tener que pagar. Los pequeños agregadores de noticias han cambiado sus prácticas para cumplir con la ley

acuerdo firmado entre el gobierno francés y Google, éste operador tendrá que crear un fondo de 60 millones de euros para ayudar a la prensa francesa a agilizar la transición de lo analógico a lo digital.⁶

Estas iniciativas se ampararían en los artículos 2 y 3 de la *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*. No obstante, se recuerda que el artículo 5.3 de dicha Directiva⁷ faculta a los Estados miembros a establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3, específicamente y entre otros, en el caso de puesta a disposición del público de artículos de prensa en determinadas circunstancias⁸.

La inclusión de este apartado en el Proyecto de Ley se produjo con posterioridad a que la Autoridad de Competencia española aprobara y publicara el ya mencionado IPN 102/13 relativo al APL de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, ni éste ni en principio ningún otro órgano consultivo de la Administración General del Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este derecho a la compensación equitativa regulado en el artículo 32.2, en la medida en que la introducción del mismo se produjo con posterioridad a la versión informada por aquellos.

II. CONTENIDO

El artículo 32.2 del Proyecto de Ley por la que se modifica el *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*,

alemana, pero la mayoría de los grupos editoriales han autorizado a Google News para seguir usando sus contenidos de forma gratuita.

⁶ www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/accord-avec-google/

⁷ En el momento de la aprobación de la Directiva 2001/29/CE en mayo 2001, el número de usuarios de internet era de 460 millones aproximadamente. En marzo 2014 el número estimado de 2.900 millones de usuarios, un 630% superior. Fuente: www.internetworldstats.com

⁸ Vid. artículo 5.3.c): *cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;*

que actualmente se encuentra en proceso de tramitación parlamentaria establece lo siguiente:

*"[...] 2. La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a **percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión** de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización.*

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos".

III. VALORACIÓN

La medida genera diversos impactos sobre las condiciones de competencia efectiva y la regulación económica eficiente, que no pueden ser contemplados sin tener en cuenta, simultáneamente, determinados principios en materia de derechos de propiedad intelectual y la naturaleza aceleradamente innovadora de las tecnologías de la información:

III.1. Competencia entre páginas originales y prestadores de servicios de agregación de noticias y empresas de press-clipping

El principal motivo que se señala para justificar la "compensación equitativa" sería la competencia directa⁹ que se produciría entre el sitio original y los prestadores de servicios de agregación de noticias o, en su caso, empresas de *press-clipping*, en el acceso a determinada información sin compartir los costes que este esfuerzo creativo llevaría aparejado.

⁹ Como recientes referencias a la literatura económica, se pueden citar el estudio de M. Calin, C. Dellarocas, E. Palme y J. Sutanto de 16 de febrero de 2013 titulado "*Attention Allocation in Information-Rich Environments: The Case of News Aggregators*", así como el de C. Dellarocas, Z. Katona y W. Rand de 30 de septiembre de 2010 titulado "*Media, Aggregators and the Link Economy: Strategic Hyperlink Formation in Content Networks*".

Sin embargo, existen determinados elementos que cuestionarían simultáneamente i) la existencia de dicha competencia directa, ii) la necesidad de que exista una compensación e incluso iii) la dirección en la que, en su caso, esta contraprestación se produciría en el mercado.

En primer lugar, una posible motivación teórica de la compensación económica analizada partiría de la existencia de un efecto externo positivo en la edición de los contenidos que no fuese compensado por el mercado de forma suficiente. Los agregadores, según esta tesis, se estarían beneficiando del esfuerzo creativo de los editores originales sin retribuirlo de forma apropiada, produciéndose, en consecuencia, una menor cantidad global de contenidos de lo que sería socialmente deseable, perjudicando al interés general.

Este argumento no podría aceptarse ya que existen soluciones técnicas, sencillas y gratuitas, que evitarían, si así lo desea el editor, que esta externalidad pueda producirse, reservando al titular del derecho de propiedad intelectual la posibilidad de que la agregación se realice o no. Por ejemplo, con el fichero estandarizado *robots.txt*, cada propietario de una página web puede impedir o delimitar, fácilmente y sin costes, el rastreo de cualquier buscador y agregador de noticias¹⁰ o de todos ellos, con el grado de detalle que se desee. En la medida en que los editores no introduzcan en sus páginas las medidas sencillas que impedirían la agregación de noticias, existirían indicios del interés de dichos editores para que no se discontinúen estas actividades, mostrando implícitamente que las consideran favorables a sus intereses particulares.

En definitiva, sin mostrar la existencia de un fallo de mercado, la competencia entre empresas y la voluntariedad contractual entre las partes estaría capacitada para producir resultados eficientes en este mercado¹¹, con lo que resultaría innecesario y desproporcionado arbitrar otro sistema de compensación económica, más costoso y distorsionador de la competencia, y que, en ningún caso, podría ser más eficiente¹².

En segundo lugar, también es cuestionable que todos los editores consideren competidores directos a los agregadores de noticias, dado que los medios originales pueden ganar visitas a sus páginas a través de la agregación, ya que el acceso al contenido completo requiere acceder a la

¹⁰ Todo sitio web puede configurar un estándar de exclusión de robots (archivo *robots.txt*) que impide el rastreo del buscador y la aparición en sus resultados.

¹¹ Con las salvaguardas adicionales de la posibilidad de aplicar *ex post* los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹² *Vid.* Arrow, K. J.; Debreu, G. (1954). "Existence of an equilibrium for a competitive economy". *Econometrica* **22** (3): 265–290 y McKenzie, Lionel W. (1959). "On the Existence of General Equilibrium for a Competitive Economy". *Econometrica* **27** (1): 54–71.

página del editor. En este sentido, además de la no utilización del fichero *robots.txt*, las cuantiosas inversiones de diversos editores de contenidos en mejorar el posicionamiento en los buscadores serían otro indicio de que, al menos para algunos editores, el agregador es complementario y no competidor de su producto o servicio.

Tampoco en esta ocasión quedaría justificado que la competencia y la voluntariedad contractual entre las partes produzcan resultados ineficientes en este mercado. En consecuencia, resultaría innecesario y desproporcionado que el sector público introduzca mecanismos *ad hoc* de reparto de los ingresos que origina este mayor tráfico.

En tercer lugar, aún suponiéndose que debiera existir una compensación, **sería ineficiente determinar, a priori y de forma generalizada tanto la cuantía como la dirección** en la que deben realizarse los pagos entre los generadores de contenidos y el agregador de noticias. En este sentido, una regla apriorística y generalizada sería contraproducente, pues los intereses de los propios editores de noticias puedan ser diversos no sólo respecto a otros editores, sino que probablemente evolucionarán a lo largo del tiempo en una misma empresa, atendiendo a la novedad de su página web, su reputación, el conocimiento de los usuarios, su política comercial, etc.

En cuarto lugar, **el tráfico obtenido gracias a la agregación genera o puede generar otros ingresos distintos de la suscripción, principalmente publicitarios**. Tampoco en este caso se aprecia un fallo de mercado que permitiese pensar que el mercado no sea un mecanismo eficiente para repartir entre empresas privadas los ingresos publicitarios adicionales que se pudiesen obtener por aparecer en dichos motores de búsqueda o agregadores. En consecuencia, tampoco se aprecia una motivación por la que el sector público deba forzar mecanismos de determinación de dichas obligaciones económicas fuera del mercado.

Finalmente, a la Autoridad de Competencia le consta la existencia de **editores que consideran, sin ambigüedad, la agregación beneficiosa para sus intereses, o bien sus licencias de distribución contemplan la ausencia de retribución económica**, por lo que, de forma adicional a los argumentos dados en los anteriores párrafos, **la "compensación equitativa" nunca debería contemplarse con un carácter irrenunciable**.

III.2. Competencia entre prestadores de servicios de agregación de noticias

Dado que el art. 32.2 obligaría a los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos a satisfacer una compensación equitativa al editor y otros titulares de derechos, la medida perjudicaría discriminatoriamente la entrada en este mercado de nuevos operadores. **La nueva compensación erigiría una barrera al acceso a la que no se han enfrentado los agregadores actuales, incumbentes ya consolidados**.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que los operadores ya asentados en el mercado han venido operando en los últimos años sin la necesidad de satisfacer dicha "compensación equitativa", circunstancia que les ha permitido desarrollarse y consolidarse en sus momentos iniciales sin hacer frente a unos costes que sí deberán satisfacer los nuevos operadores. Junto a ello, los nuevos operadores podrían no disponer de la capacidad financiera que sí tienen los operadores que llevan tiempo actuando en el mercado de agregación de noticias.

Sin conocer cómo se concretará¹³ la compensación equitativa que contempla el Proyecto de Ley resulta difícil valorar los efectos estáticos y dinámicos de esta medida sobre la entrada de nuevos operadores y la innovación en el mercado. No obstante, lógicamente, el impacto resultaría más intenso cuanto más elevadas resultaran las cantidades a satisfacer. Dicho impacto conllevaría, con seguridad, un perjuicio para los consumidores en forma de menor tensión competitiva, menor variedad de oferentes y de innovaciones tecnológicas.

La existencia de una "compensación equitativa" desincentivaría el acceso al mercado de nuevos prestadores de servicios electrónicos de agregación, tanto más cuanto mayor sea su importe. La posibilidad de que la compensación equitativa se exigiera exclusivamente a grandes operadores y no a nuevos entrantes u operadores de dimensión reducida podría evitar dicha barrera al acceso, pero sería difícilmente defendible desde el punto de vista de la no discriminación.

Existe adicionalmente **la posibilidad de que los grandes agregadores de noticias ya consolidados requirieran el consentimiento explícito de los editores de noticias en el fichero robots.txt para ser indexados en su servicio de agregación.** Tanto si dicho consentimiento expreso fuese suficiente para ser indexado o se exigiese adicionalmente por libre acuerdo entre las partes una retribución desde el editor al agregador, esta situación concedería una ventaja adicional, no replicable, a los operadores consolidados en la agregación de extractos no representativos de noticias. Dicha hipotética situación i) originaría que esta modificación del texto legal obtuviese los resultados contrarios a los pretendidos y ii) dificultaría adicionalmente las posibilidades, con nuevos y potencialmente mejores servicios, de los nuevos operadores de acceder al mercado.

¹³ Resultaría complicado delimitar la base de ingresos sobre la que aplicar la compensación por cuanto en la mayor parte de los casos estas actividades de agregación de contenidos no tienen directamente asociados unos ingresos, originándose en consecuencia riesgo de discrecionalidad en la determinación de dicha base.

III.3. Reserva de actividad privilegiando a entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual

Finalmente, el Proyecto de Ley obliga a que la "compensación equitativa" se realice a través de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Esta previsión supondría, en principio, la existencia de una reserva de actividad en favor de estas entidades, sin que se conozcan las motivaciones por las cuales no se permite que estos derechos y compensaciones puedan ser gestionadas por otro tipo de entidades o por los propios titulares del derecho.

La Autoridad de Competencia considera que **es posible un modelo regulatorio más favorable a la competencia**¹⁴, donde las entidades afronten una mayor presión competitiva, de forma que se remuevan las barreras a la entrada de nuevos operadores, lo que incrementará los incentivos de las entidades a prestar sus servicios de modo eficiente y reducirá las posibilidades de que ejerzan su poder de mercado en el ámbito tarifario.

En este sentido podrían existir otras entidades, como asociaciones de prensa o asociaciones de editores, que compitieran con las entidades que contempla el Proyecto de Ley para la gestión de los derechos del editor y otros titulares de derechos y la satisfacción de la compensación equitativa.

IV. CONCLUSIÓN

Sin perjuicio del carácter preliminar del análisis efectuado y de la necesidad, en su caso, de valorar el desarrollo de la regulación propuesta, teniendo en cuenta igualmente la imposibilidad de la propia CNMC de pronunciarse oportunamente sobre esta medida por no estar contenida en el Anteproyecto de Ley remitido para informe, dados los potenciales efectos sobre la competencia y la regulación económica eficiente puestos de manifiesto con anterioridad, **se recomendaría un replanteamiento de la figura proyectada de forma que fuera posible un análisis en profundidad por parte del órgano proponente de la normativa que redujera los posibles impactos negativos de la regulación.**

No obstante, si se decidiese continuar con la medida, al menos se recomienda i) modificar el carácter irrenunciable de la compensación y ii) eliminar la reserva de actividad que se concede a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

¹⁴ Según recogía el informe de 2009 *"para introducir competencia es preciso apostar por la libertad de gestión, es decir, porque los titulares tengan más libertad contractual con respecto al mandato que dan a la entidad de gestión, y más libertad para elegir quién y bajo qué forma jurídica le gestiona sus derechos. A su vez, resulta imprescindible erradicar el intervencionismo administrativo que durante todos estos años ha podido obstaculizar o impedir que los mecanismos de mercado operen a la hora de organizar la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual"*.

