

## **La creación de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual según la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y la Ley de Propiedad Intelectual.**

*Blas A. González Navarro*

*Magistrado mercantil en excedencia. Abogado, socio Cuatrecasas.*

**RESUMEN:** *El régimen de libre constitución de entidades de gestión de propiedad intelectual que ha diseñado la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, modificando de forma casi subrepticia una legislación entonces plenamente coordinada no ya con la Ley de Propiedad Intelectual española, sino con la normativa comunitaria, no es deseable ni favorece los intereses de la propiedad intelectual y su defensa. Es cierto que, mientras la norma de la LPI siga vigente, evidentemente habrá que aplicar la LPI y no la LGUM, reivindicando la especialidad de la primera en relación a la generalidad de la segunda. Pero la contradicción generada merece ser criticada: la propiedad intelectual es desde luego una razón de interés general, en el sentido comunitario, y debe concretarse en que el acceso a la gestión de este tipo de derechos privados no deba hacerse si no es con autorización administrativa, previa y con información exhaustiva. La reforma de la LPI en marcha sería un buen momento para hacer coincidir de nuevo las dos leyes implicadas y asegurar la más completa protección posible de los derechos de propiedad intelectual.*

**PALABRAS CLAVE:** *propiedad intelectual, autorización administrativa, entidades de gestión, interés general.*

**ABSTRACT:** *The regime of free creation of entities of management of intellectual property that has designed the Law of Guarantee of the Unit of Market, modifying of almost surreptitious form a legislation at the time fully coordinated with the spanish Law of Intellectual Property and the EU Law, neither is desirable nor favors the interests of the intellectual property and his defense. It is true that, while the norm of the LPI is still in force, evidently will be necessary to apply the LPI and not the LGUM, claiming the speciality of the first one in relation to the generality of the second one. But the generated contradiction deserves to be criticized: the intellectual property is certainly a reason of general interest and must be concentered in this: the access to the management of this type of private rights should not be done if it is not with administrative previous authorization and with exhaustive information. The reform of the LPI in march would be a good moment to make to coincide again both implied laws and assure the most complete possible protection of the rights of intellectual property.*

**KEY WORDS:** *intellectual property, administrative authorization, entities of management, general interest.*

El presente artículo está destinado a destacar la existencia de una contradicción legal que hubiera podido fácilmente evitarse: si la voluntad de quien piensa y diseña las leyes, es decir, aquél que las propone y logra su aprobación por el Poder Legislativo, era no someter a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual (en adelante EEGG) a un régimen de autorización previa, flexibilizando con ello la aparición de más entidades de este tipo en el mercado y la gestión de tales derechos, parecía más propicio coordinar la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) y la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), de forma que ambas dijeran lo mismo; si por el contrario la voluntad legal era insistir en esa autorización previa por razones de interés general relacionados con la protección de la propiedad intelectual, los derechos de autor y afines, más valdría asegurar esa misma coordinación, aunque a la inversa. Sin embargo y como se verá, con un cambio legal poco perceptible en el momento de la elaboración de la LGUM, se ha acabado en un escenario en el que la ley general que responde a la pregunta de cómo el Estado debe tutelar el acceso a estos servicios y con qué intensidad, que es la LGUM, afirma que no es precisa la autorización previa, mientras que la ley especial para la propiedad intelectual insiste en dicha autorización. Si se tiene en cuenta además que ambos proyectos de ley se han estado durante meses tramitándose simultáneamente, aunque con ventaja para la LGUM, que es ya Derecho positivo mientras la reforma de la LPI sigue en la cocina, se apreciará aún más cómo los Ministerios a veces actúan como compartimentos estancos imposibles de comunicar, produciendo normas poco armonizadas.

## **1.- LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO RAZON IMPERIOSA DE INTERES GENERAL PARA LA LGUM.**

Publicada en el BOE de 10 de diciembre, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), tal y como se fue constatando en el trámite parlamentario, no ha recogido finalmente las enmiendas propuestas desde sectores empresariales para evitar que la propiedad intelectual desapareciera como razón de interés general capaz de sustentar la exigencia de autorización administrativa previa a los nuevos operadores.

La situación ahora es la siguiente:

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como Directiva de Servicios, sigue señalando en el considerando 40:

*“El concepto de «razones imperiosas de interés general» al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal*

*de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, **protección de la propiedad intelectual e industrial**, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria”.*

El artículo 4 de la Directiva, destinado a las definiciones, sigue estableciendo:

*“A efectos de la presente Directiva se entenderá por:*

*8) «razón imperiosa de interés general», razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, **la propiedad intelectual e industrial**, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.*

Y en el artículo 9, sobre regímenes de autorización, se establece:

*“1. Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:*

- a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;*
- b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;*
- c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.*

2. *En el informe mencionado en el artículo 39, apartado 1, los Estados miembros indicarán sus regímenes de autorización así como los motivos en que se fundan, demostrando su compatibilidad con el apartado 1 del presente artículo.*

3. *La presente sección no se aplicará a los regímenes de autorización regidos directa o indirectamente por otros instrumentos comunitarios”.*

Parece claro, pues, que para la Directiva de Servicios la propiedad intelectual es, íntegra, está incluida dentro del concepto comunitario, acrisolado por el TJUE, de *razón imperiosa de interés general*. Sobre esto, por tanto, no caben muchas dudas. Sin embargo, ello no significa que, entre las distintas razones de interés general, cada Estado miembro esté obligado a protegerlas todas con la misma intensidad: su obligación es explicar y justificar que un régimen de autorización previa está ligado a una de ellas, sin que le venga impuesta la necesidad de que todas las razones de interés general se traduzcan ineludiblemente en autorización previa de acceso a la prestación de los servicios relacionados, pues pueden existir otros medios menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica.

La Directiva de Servicios fue implementada en España a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El artículo 5 de la Ley 17/2009 señalaba en su día que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, “*salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.*

a) *No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;*

b) *Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y*

c) *Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. (...)*”

Cuando la Ley 17/2009 empleaba ese concepto de “razón imperiosa de interés general” empleaba, por tanto, el concepto normativo antes visto, procedente de la Directiva, y lo definía en el artículo 3.11:

*“Razón definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad*

*pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, **la propiedad intelectual e industrial**, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.*

Pues bien, la nueva Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, confirma esta redacción en su artículo 5.

*“Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.*

*1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*

*2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.*

Y para instrumentar ese principio de necesidad, se incluye el artículo 17:

*“17. Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad.*

*1. Se podrá establecer la exigencia de una **autorización** siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:*

*a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.*

*b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre*

*el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.*

*c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.*

*d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.*

*Las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización.*

*2. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una **declaración responsable** para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.*

*3. Las autoridades competentes podrán exigir la presentación de una **comunicación** cuando, por alguna razón imperiosa de interés general, tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.*

*(...)”.*

Todo ello se cuadra con la Disposición Final 2ª de la LGUM, de modificación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que da al artículo 5.b) esta redacción:

*“b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado”.*

El entramado normativo es complejo, sin duda. Pero al final del hilo nos encontramos con lo siguiente: la propiedad intelectual sigue presente como razón imperiosa de interés general en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, pues así sigue recogida por la misma Directiva de Servicios. Pero en el momento de instrumentar el principio de necesidad por el que se rige la posibilidad de imponer requisitos y restricciones a los operadores económicos para el desarrollo de una actividad, el artículo 17 de la nueva LGUM excluye a la propiedad intelectual como razón que justifique una autorización previa, pudiendo ser objeto, en cambio, de declaración

responsable o incluso de una mera comunicación; al tiempo que se hace caer del artículo 5 de la Ley 17/2009, sobre la posibilidad de exigir autorizaciones, a la propiedad intelectual.

## **2.- LA AUTORIZACIÓN PREVIA EN LA LPI.**

La situación descrita genera una importante contradicción con el régimen de autorización previa que, con acierto, establece la LPI y mantiene el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (PRLPI), que sí que exige esa autorización a las entidades de gestión obligatoria de los derechos de autor y demás de propiedad intelectual.

El artículo 147 de la actual LPI (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), redactado por el número uno del artículo 42 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios, la Ley 17/2009 antes mencionadas, en efecto, señala que *“las entidades legalmente constituidas que tengan establecimiento en territorio español y pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, con objeto de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual. Esta autorización habrá de publicarse en el “Boletín Oficial del Estado”*. Establecida esta necesidad general de autorización, luego se concretan en el artículo 148 las condiciones de la autorización, esto es, que de los estatutos de la entidad solicitante y de la información que aporta se desprenda que reúne las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio español, y que favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual.

El PRLPI no altera este régimen de autorización previa. Y si bien es cierto que está actualmente en tramitación parlamentaria y discutido en asuntos muy relevantes pero ajenos al tema que aquí interesa, no parece atisbarse en el horizonte que la LPI en el futuro vaya a eliminar la necesidad de autorizaciones previas para gestionar derechos de propiedad intelectual. De hecho, me consta que se han preparado enmiendas al texto para lograr que desde la LPI se modifique de nuevo la LGUM y se armonicen ambas normas en lo que hace a la consideración de la propiedad intelectual como razón imperiosa de interés general, y con ello, no haya duda sobre la necesidad de la autorización administrativa de las EEGG, enmiendas que en efecto constan en el Congreso como presentadas al PRLPI (concretamente por el Grupo Mixto).

### **3.- CONCLUSION**

El régimen de libre constitución de entidades de gestión de propiedad intelectual que ha diseñado la LGUM, modificando de forma casi subrepticia una legislación entonces plenamente coordinada no ya con la LPI española, sino con la normativa comunitaria, no es deseable ni favorece los intereses de la propiedad intelectual y su defensa.

Es cierto que, mientras la norma de la LPI siga vigente, evidentemente habrá que aplicar la LPI y no la LGUM, reivindicando la especialidad de la primera en relación a la generalidad de la segunda. Pero la contradicción generada merece ser criticada: la propiedad intelectual es desde luego una razón de interés general, en el sentido comunitario, y debe concretarse en que el acceso a la gestión de este tipo de derechos privados no deba hacerse si no es con autorización administrativa, previa y con información exhaustiva. La reforma de la LPI en marcha sería un buen momento para hacer coincidir de nuevo las dos leyes implicadas y asegurar la más completa protección posible de los derechos de propiedad intelectual.