

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. EL Derecho individual de autor

La característica esencial del derecho subjetivo de autor es la de constituir un poder jurídico por virtud del cual el autor de una obra está habilitado, discrecionalmente y frente a todos, para determinar el sí y el cómo de su explotación, es decir, de su incorporación a ciertos bienes y servicios. Esta discrecionalidad es mucho más radical de la que corresponde a todo propietario en relación con las facultades que integran su derecho. Porque todo acto de explotación —propia o ajena— de la obra pone en juego la personalidad del creador (de la que es proyección aquella) así como las prerrogativas que el Derecho le confiere específicamente para la protección de ésta (derecho moral) —aunque queden en estado de latencia—. Y en sede de esta protección, nada acontece sin un acto de libre decisión personal del autor (o de los legitimados “ex lege” para hacerla valer en su interés), razón por la cual dichas prerrogativas, es decir, las del derecho moral, se configuran como inalienables. La articulación entre derechos morales y patrimoniales —cualquiera que sea la naturaleza de esa articulación— hace del derecho de autor un poder acusadamente discrecional, y de esa fuerte discrecionalidad se

LA GESTIÓN COLECTIVA

PONENTE: ANTONIO DELGADO
SGAE - España

desprende una especial vinculación del mismo a la persona del autor, de suerte que la transmisión entre vivos del derecho (o derechos) de explotación se concibe, normalmente, como un acto exorbitante (de componente fiduciario), sometido a reglas de interpretación restrictiva.

A este tipo de poder jurídico se refieren las legislaciones nacionales¹ con la denominación de “derecho exclusivo”. De acuerdo con este derecho, corresponde al autor autorizar o prohibir la explotación de su obra mediante su reproducción, representación o ejecución públicas, radiodifusión, etc. Que la discrecionalidad señalada es el rasgo básico del derecho exclusivo del autor se desprende de las excepciones o limitaciones que el legislador establece a este derecho. Unas disponen que, en la hipótesis de que se trate, podrán reproducirse, comunicarse

públicamente, etc., las obras “sin la autorización del autor”, o que tales operaciones son lícitas o están permitidas sin más. Estos son los supuestos de libre utilización. Otras imponen al autor la obligación de conceder su autorización en los casos que contemplan, a condición de que el usuario le satisfaga una remuneración establecida por convenio o, en su defecto, por decisión de una autoridad (licencia obligatoria – art. 11bis CRB). Otras, finalmente, autorizan directamente la explotación considerada y, como contrapartida, confieren al autor de un derecho de remuneración en la cuantía que fije la propia ley o un organismo oficial. Todos estos casos tienen en común el prescindir de la autorización del autor, discrecionalmente otorgable por el mismo.

El examen de las limitaciones del derecho de autor nos advierte los importantes efectos del derecho

¹ Las siglas CRB corresponden al Convenio Revisado de Berna, Acta de París de 1971, y CUR, a la Derechos de Autor, Acta de París de 1971

Convención Universal Revisada sobre los

exclusivo en el plano de los intereses económicos. Dejando a un lado —por obvios— los supuestos de libre utilización, es innegable que, en los demás casos (licencia obligatoria y licencia legal), sin la posibilidad de autorizar o prohibir la explotación, desaparecen, o quedan muy debilitadas, para el autor las garantías de que su obra será utilizada de acuerdo con sus intereses.

En cualquier caso, ya se extienda a los intereses personales del autor, ya a los patrimoniales, lo que se desprende de lo dicho es que el derecho que nos ocupa tiene un marcado carácter individual (incluso individualista), de lo que parece seguirse que su disciplina debería agotarse en lo hoy se llama "Derecho individual de autor".

En lo que se refiere a los derechos conexos, es decir, los reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. En la medida en que la legislación les conceda derechos exclusivos, es decir, derechos de autorizar o prohibir la explotación de sus respectivas prestaciones, puede predicarse de éstos la individualidad antes señalada, aunque con una fundamentación menos radical (basada en consideraciones económicas) que la expuesta para el derecho de autor.

Tratándose de un derecho de simple remuneración, esa individualidad queda muy disminuida. Sin embargo, los derechos exclusivos atribuidos a los artistas, cuando su ejercicio implica la presencia personal del intérprete o ejecutante, ofrecen un grado de individualidad todavía mayor que el derecho de autor —lo que debe tenerse en cuenta desde la perspectiva de su forma de vinculación (mandato, cesión) con su organización gestora—.

2. HACIA EL DERECHO SOCIAL O COLECTIVO DE AUTOR

Ahora bien, paradójicamente, la observación histórica del nacimiento del derecho de autor y de su evolución hasta nuestros días, revelan, como una constante, la presencia de un ejercicio colectivo del mismo cada vez más extendido y comprensivo de un mayor número de tipos de explotación. En efecto, el problema al que se enfrentan los autores de ayer y de hoy es el de cómo conseguir el control de las utilidades de sus obras, imposible de alcanzar individualmente en toda circunstancia. Como es sabido, las obras son susceptibles de un goce plural y simultáneo, cada vez más generalizado por el desarrollo tecnológico de los medios de reproducción (fotocopiadoras, grabadoras de sonido, video-

reproductoras, bases de datos electrónicas) y difusión a distancia (radiodifusión, satélites, cable unidireccional e interactivo). A lo largo de estos progresos, las limitaciones de espacio y tiempo connaturales a la persona del autor han ido haciendo día a día más insuperables. El número de empresas de teatro fue importante desde un principio, pero mayor lo fue el de las salas de baile y de proyección cinematográfica, y el de las emisoras de radio, y mucho mayor el de "discotecas" y el de establecimientos (bares, cafeterías) que cuentan con receptores de televisión para distraer la clientela. Los ejemplos aducidos son lo suficientemente significativos como para sentirnos liberados de una enumeración de explotaciones aún más abundante.

Ciertamente, el autor podría ejercer ese control sirviéndose de auxiliares designados y sufragados por él. Desde luego no hay que pensar en mandatarios individuales, porque su coste sería absolutamente disuasorio. Sin embargo, a esta idea responden las agencias, que actúan, normalmente, para una pluralidad de autores y que han proliferado en el campo de las obras impresas (agentes literarios), las dramáticas, los derechos de reproducción fonográfica (reproducción mecánica)² y la reprografía³. Pero este expediente, incluso cuando el

² En materia de reproducción sonora de obras musicales, podemos citar, como el más destacado ejemplo, la Harry Fox Agency, Inc. (USA).

³ En el campo de la reprografía, tenemos el Copyright Clearance Center (CCC - USA) y la Copyright Licensing Agency (CLA - Gran Bretaña). Incluso las sociedades de autores de obras dramáticas y dramático-musicales (sociedades administradoras de los "grandes derechos"), en forma de funcionamiento operan de forma muy próxima a los agentes (vid. M. FICSOR, *Gestión collective du droit d'auteur et des droits voisins*, pág. 25, OMPI, Ginebra, 1.990) Hay traducción al español.

apoyo de su imposición por el Poder público (lo que ya supone un atentado a la libertad del autor)⁴, no resulta satisfactorio en todos los casos (especialmente en relación con las obras musicales), por la cobertura limitada que ofrecen esas agencias y su incapacidad para operar en relación con utilidades masivas de obras. En último término, viene a significar un modo alternativo de gestión colectiva (y como tal es considerado por alguna legislación)⁵, caracterizado básicamente por una cierta amovilidad en los elementos personales del gestor (sustraídos a la decisión de los representados) y por una vigilancia individualizada de su actuación (lo que notoriamente implica dificultades nada flojas).

Desde un principio, el camino que se reveló más idóneo (y el que, a la postre, ha tenido una aceptación universal) fue el de encauzar el ejercicio colectivo de los derechos de autor a través de las que se han denominado internacionalmente "sociedades de autores". Se trata de organizaciones de base

asociativa formadas por una misma clase de titulares de derechos y administradas y vigiladas por ellos (a través de su participación en los órganos de gobierno). Organizaciones que han logrado una alta cualificación en el conocimiento de una materia tan nueva como desconocida (el derecho de autor) y en un tipo de administración nada corriente. Esto les ha permitido (especialmente, en lo que respecta a las obras musicales) establecer una red de sociedades interconectadas mundialmente⁶, a medida que se ha ido produciendo la consolidación internacional del derecho de autor a través de los grandes convenios administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)—Convenio de Berna—y la UNESCO —Convención Universal sobre Derechos de Autor—.

Las mismas consideraciones que se han hecho para el derecho de autor pueden trasladarse "mutatis mutandis" a los derechos conexos.

Al mismo tiempo que estos derechos han ido reconociéndose en las legislaciones nacionales, han aparecido organizaciones de gestión colectiva, y en la medida en que los países de esas legislaciones han ido vinculándose mediante la Convención de Roma de 1961, se ha podido establecer una conexión internacional entre esas entidades (todavía sin la amplitud y eficacia que se advierte en las sociedades de autores).

En el campo del derecho de autor, este fenómeno social mereció desde su comienzo la atención de los Poderes Públicos. Muy pronto se dictaron disposiciones relativas a estas organizaciones. Pero esta normativa era tan insuficiente como rudimentaria en sus planteamientos. La sociedad de gestión sólo era un tipo de mandatario a la misma altura que cualquier otro que pudiera designar el autor individualmente. Lamentablemente, aún hay legislaciones que no han superado este estadio.

Posteriormente, el progresivo

⁴ Este es el caso de Chile. Atribuida por ley la gestión de los derechos de ejecución de las obras musicales ("pequeño derecho") a la Universidad de Chile, hasta la creación de su mandataria, la SCD, la recaudación de esos derechos no alcanzó una cifra significativa. Este sistema desapareció con la reforma legislativa de 1992.

⁵ Parágrafo 1, n.º 4, inciso segundo, de la ley de la República Federal de Alemania de 9-9-1965, relativa a la gestión de los derechos de autor y derechos afines (no afectada en este punto por la reforma de 27-6-1985).

⁶ Abarcando un extenso campo de obras (musicales, dramáticas, dramático-musicales, literarias, audiovisuales, de artes plásticas y de la fotografía), se constituyó en 1926 la *Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs* (CISAC), cuya sede radica en París. En la actualidad, de las organizaciones de autores que existen en el mundo, más del 80% están afiliadas a CISAC, y el resto tienen presentada solicitud de admisión (vid. J.A. Ziegler, "Sociedades de Autores: la cooperación internacional", en la Memoria del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual—en adelante I CIPPI—celebrado en Madrid, octubre, 1991, tomo II, pág. 653 y ss.). Una cooperación más intensa se lleva a efecto en el *Bureau International des sociétés gérant les droits d'Enregistrement et de reproduction Mécanique* (BIEM), fundado en 1929, con sede en París y que agrupa a 24 sociedades de autores. Estas organizaciones internacionales exigen a sus sociedades miembros la celebración de contratos de representación recíproca, por virtud de las cuales cada una de ellas viene a gestionar en su respectivo territorio el repertorio prácticamente universal de obras musicales (especialmente, en lo que se refiere al derecho de comunicación pública). En este mismo plano, y por lo que respecta a los derechos reprográficos de obras impresas (así como los de almacenamiento y recuperación de tales obras, comprendida en bases de datos electrónicas), viene operando más recientemente la *Federación Internacional de Organismos que gestionan los Derechos de Reproducción* (IFRRO).

desarrollo de la gestión colectiva ha hecho concebirla como "la forma moderna de ejercicio del derecho exclusivo de los creadores intelectuales"⁷. Teniendo en cuenta el papel que han tenido y tienen dichas organizaciones en la protección efectiva de las obras literarias y artísticas, no resulta una hipérbole calificarlas de "órganos necesarios"⁸ para la realidad de ésta. La inmensa mayoría de las legislaciones modernas contienen disposiciones sobre dichas entidades. El conjunto de esas disposiciones es parte integrante del Derecho de autor del respectivo país. Porque, como ha sido señalado con todo acierto, "en el Derecho de autor (tradicional, individual) se trata del contenido, en el de las sociedades de autores, del ejercicio de las facultades del derecho de autor. Sólo en la

medida en que conjuntemos ambas normativas, podemos obtener una imagen completa del orden sobre el que descansa la protección de la propiedad intelectual"⁹. Y esta parte del Derecho de autor es la que recibe el nombre de "Derecho colectivo de autor", centrado, fundamentalmente, en el tratamiento jurídico de la forma de gestión (o de ejercicio del derecho) que nos ocupa y de sus problemas específicos, materia que en los últimos años ha conocido una abundante literatura y un notable auge en las legislaciones nacionales y en los programas de actuación de OMPI y de UNESCO¹⁰

Sin embargo, contemplada la institución del derecho de autor en su acontecer histórico, esa normativa especial se revela hoy

inmersa en una evolución transformadora de los paradigmas tradicionales e individualistas de aquélla hacia postulados muy próximos al Derecho social o del trabajo¹¹. Se quiere indicar con lo dicho que la gestión colectiva no se explica únicamente adjudicándole la significación de complemento necesario al ejercicio del derecho de autor. Ella es manifestación de singularísima importancia de la misma corriente que aflora en la consideración de salario de la remuneración del autor¹², en el desplazamiento de los contratos de autor del campo de la pura autonomía de la voluntad al de las reglas imperativas¹³ y en la afectación de la gestión colectiva y de algunos de sus resultados a fines de interés social de los autores¹⁴. Impulsa esta corriente una concepción del autor que nada

⁷ FERNAY, Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur, en la Revue Internationale du Droit D'Auteur en adelante IDA-, n° 109, pág. 167.

⁸ CANDIAN, citado por M. FABIANI, Le società di autori. Funzioni e natura giuridica, Il Diritto di Autore - en adelante IDA- 1.964, pág. 42.

⁹ E. ULMER, en el estudio realizado por él en colaboración con Bussman y Weber, Das Recht des Verwertungs-gesellschaften, Weinheim, 1.955, pág. 1.

¹⁰ Entre otros trabajos, además de los citados en las notas 3, 7, 8 y 9, se encuentran los siguientes: H. COHEN JERHAM, Principes fondamentaux des sociétés de droit d'auteur, Le Droit d'Auteur (Revista de la OMPI - en adelante LDA), 1.990, págs. 234-231, A. DIETZ, Le Droit d'auteur dans la Communauté Européenne. Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du Traité instituant la Communauté Economique Européenne, versión francesa del estudio realizado por encargo de la Comisión de la CEE, 1.976; M. FABIANI, Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE), separata del Novissimo Digesto Italiano, UTET, M. FICSOR, Développement et objectifs de la gestion collective des droits des auteurs, LDA, 1.985, págs. 296-309; G. KARNELL, Les relations entre les auteurs et les organismes chargés de la gestion de leurs droits, LDA, 1.986, págs. 36-59 e Individual rights in wholesale trading?, RIDA, n° 157, págs. 3-49; J. M. KERNOCHAN, Las condiciones imperativas para una gestión económica y eficaz de los derechos de autor, ponencia en el XXXV Congreso CISAC, Madrid, 1.986; J. M. KERNOCHAN, Les organismes de gestion des droits de représentation et d'execution sur les oeuvres musicales aux Etats Unis d'Amerique: particularités, contraintes et attitude du public, LDA, 1.985, págs. 335-361; OMPI, Forum International sur la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins - en adelante Forum-, Ginebra, 1.987; OMPI-UNESCO, Principes commentés de protection des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion en ce qui concerne la distribution de programmes par cable, LDA, 1.984, págs. 146-148 y 151; OMPI-UNESCO, Evaluation et synthèse des principes relatifs à la protection du droit d'auteur et des droits voisins afférents à la protection du droit d'auteur et des droits voisins afférents à différentes catégories d'oeuvres, LDA, 1.988, págs. 389-390 y 392; OMPI, Projet de dispositions types de legislation dans le domaine du droit d'auteur, 1.989, arts. 51 a 53 y párrafos 313 a 319 del Comentario; OMPI, Cuestiones relativas a un eventual protocolo del Convenio de Berna, Memorandum, parte II, págs. 33 y 34; E. SCHULZE, Urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften im Rechts- und Wirtschaftsleben, Verlag Musik und Dichtung Berlin, 1.963; J. L. TOURNIER, Le droit exclusif du compositeur de musique: réalité ou fiction?, RIDA, octubre, 1.961; J. L. TOURNIER, Les sociétés d'auteurs: moyen de libération ou mode d'asservissement, conferencia inédita pronunciada en el 50 aniversario de SGAE, 1.982; J. L. TOURNIER y C. JOUBERT, Gestion collective et droit de la concurrence, LDA, 1.986, págs. 89-95; U. UCHTENHAGEN, El establecimiento de nuevas sociedades de administración colectiva: experiencia y reflexiones, LDA, 1.991, págs. 41-56; J. A. ZIEGLER, Les sociétés de gérance de droits d'auteur considérées par rapport aux législations nationales et accords internationaux traitant des concentrations de pouvoirs économique, informe a la CJL de la CISAC, Tel-Aviv, 5-7 junio de 1961. - Por mi parte, he tratado este asunto en dos trabajos: Las sociedades de gestión en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, Análisis e Investigaciones Culturales (Ministerio de Cultura), julio-septiembre de 1.986, págs. 33-47, y la regulación española de la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos, Memoria del I CIP, tomo II, págs. 643 y ss.

tiene que ver con el aberrante criterio (especialmente fiscal) que pretende hacer de este creador intelectual un empresario independiente o algo muy parecido. Una aceptación efectiva y generalizada de esta nueva visión de autor, como trabajador de la Cultura que percibe un salario diferido en el tiempo, tendría repercusiones tan útiles como justas y trascendentes desde el punto de vista del Derecho de la competencia, en cuya aplicación automática se debate actualmente el ser o no ser de la gestión colectiva, y con ella, la suerte misma de la protección de las obras¹⁵.

II. LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COMO PROTAGONISTAS DE LA GESTIÓN COLECTIVA

Cuando se habla de gestión colectiva se da por supuesto que esta forma de ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos es la que se realiza a través de las "sociedades de gestión", "sociedades de administración" o "sociedades de percepción". Ciertamente, en un sentido lato, siempre que haya una actuación conjunta de un grupo de autores o de titulares de derechos de autor o conexos podría decirse que se está en

presencia de esta actividad. Y como ya hemos mencionado anteriormente, cabe la posibilidad de que esta actuación en interés de una pluralidad de autores o titulares de derecho que realice por un tercero, persona natural o jurídica, al que cada uno de éstos le haya otorgado los oportunos poderes de representación-gestión colectiva por "agente". Sin embargo, ni las leyes nacionales (con la excepción de la ley alemana) ni la jurisprudencia de los diferentes países, ni la doctrina, utilizan una acepción tan amplia de esa gestión, sino que se refieren a la efectuada por organizaciones (de carácter público, semipúblico o privado) integradas y regidas (con mayor o menor autonomía) por autores titulares de derecho de autor o conexos. Según quedó explicado, esas organizaciones han sido el instrumento escogido, casi universalmente, para la implantación de la referida gestión. Y nosotros tomaremos, en este estudio, esa significación más estricta.

III. FUNCIONES DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN

1. El ejercicio colectivo de los derechos exclusivos

En la parte preliminar hablamos de

cómo estas entidades, con su infraestructura de representantes y empleados (a través de los cuales se otorgan autorizaciones, se recaudan "derechos" y se detectan actos de utilización), permiten a los autores y titulares de derechos conexos ejercer sus derechos exclusivos de autorizar o prohibir la explotación de sus obras y prestaciones, perseguir las violaciones a estos derechos, mediante un control de las utilidades de unas u otras, fijar una remuneración adecuada al tipo de explotación autorizada y percibir esa remuneración con sujeción a lo estipulado. Objetivos estos que individualmente no les es posible alcanzar, especialmente en el caso de las explotaciones a gran escala.

2. La preservación del derecho exclusivo en situaciones de crisis

La constante reivindicación para el autor de su derecho de autorizar o prohibir la explotación de la obra (derecho exclusivo) no puede entenderse únicamente como un medio de impedir esa explotación a terceros. Naturalmente que el titular de ese derecho puede hacer tal cosa, pero "el verdadero valor" de este derecho, y por lo que es reivindicado con todo énfasis, "consiste en que permite garantizar

¹¹ En este sentido las sentencias del Tribunal Europeo de 30 de enero y 27 de marzo de 1974 y VAN ISACKER, ULMER, HUBMANN, GOTZEN y el propio A. DIETZ, que los cita, en *Le droit d'auteur...*, op. cit. en nota 13, párrafos 35-48, 568 y 597.

¹² Arts. 53.2 y 54 LPI española.

¹³ Arts. 21-38 y 41-47 LPI española.

¹⁴ Art. 140 LPI española.

¹⁵ A este propósito escribe A. DIETZ: "Los proyectos de reforma relativos a la integración general de las profesiones de escritor y de artista en la red de la seguridad darán el tiro de gracia al criterio que pretende hacer de los escritores y artistas unos empresarios independientes" (*Le droit d'auteur...* cit. en nota 13, párrafo 597). Y en esta línea -continúa DIETZ- las organizaciones de autores se considerarían como "agrupaciones del Derecho sobre la competencia" (idem, párrafo 569).

que las obras se exploten de manera que corresponda a los propósitos e intereses" de dicho titular¹⁶.

Ahora bien, la realidad social, por múltiples causas, coloca a este derecho ante situaciones de "crisis", en el sentido de que, en algunos supuestos de explotación y frente a ciertos intereses, la efectividad de este derecho aparece como un obstáculo a determinadas políticas culturales, informativas o industriales de los Estados. En estos casos el derecho exclusivo del autor corre el serio peligro de ser desnaturalizado, transformándolo en un derecho a percibir una remuneración, en aras de los fines perseguidos por dichas políticas¹⁷.

Tampoco hay que olvidar que estas situaciones también pueden tener un origen endógeno, basado en la propia necesidad de protección de

los derechos¹⁸.

El recurso a las licencias no voluntarias en estas situaciones de crisis, la mayoría de las veces no siempre puede invocar una fundamentación convincente. Desde luego que una licencia legal, no obstante existir sociedades de gestión, es una medida desmesurada. Pero la justificación de una licencia obligatoria tampoco es de apreciar en la totalidad de estos casos. Corresponde a una visión excesivamente pesimista de las cosas pensar que estas entidades van a negar por capricho las autorizaciones oportunas, o que está en su filosofía practicar remuneraciones que no puedan ser asumidas por los usuarios, o pasar por alto el principio de gestión uniforme y neutral que preside su actividad y que excluye discriminaciones injustas frente a

los explotadores. En el estado actual de las llamadas industrias del "entretenimiento", y salvo excepciones muy concretas, no se concibe la necesidad de limitar el derecho de autor por esas licencias, que, en definitiva, no tendrán otro resultado que establecer un desequilibrio entre autores y exploradores, en perjuicio, lógicamente, de los primeros¹⁹.

Finalmente, cabe una consideración adicional sobre este particular. Prescindiendo del hecho de que exista o no una sociedad de gestión, es evidente que la licencia obligatoria no es imaginable sin una organización de esta clase. Porque lo más frecuente será que el explotador no conozca la situación de la obra (si está protegida o no, si el derecho en cuestión está transferido o lo tiene el autor), ni la residencia del autor

16 M. FICSOR, op. cit. en nota 3, pág. 5.

17 Son situaciones de crisis del derecho exclusivo de origen exógeno, por cuanto son consecuencia de una valoración, por parte del Estado, de intereses periféricos a la protección, pero que se imponen a los de los autores. En estos casos, no se trata de superar el hecho de una dificultosa o impracticable autorización de explotación. Este problema está resuelto por la existencia de sociedades de autores. Lo que ocurre es que, para determinadas explotaciones (producciones fonográficas, emisiones de organismos de radiodifusión, actividades de reprografía en centros de enseñanza, alquiler y préstamo públicos en bibliotecas, etc.) en las que incide un interés general en fomentarlas, esa autorización, aún facilitada de manera expedita por las sociedades de gestión, se interpreta como un obstáculo al desarrollo de las correspondientes industrias exploradoras o actividades culturales. En estos supuestos, el Estado siente también la fuerte tentación (y en algunos países he caído en ella) de utilizar el expediente de las licencias no voluntarias, ya en su forma extrema de licencia legal, ya en la más templada de licencia obligatoria, y todo ello amparándose incluso en disposiciones del CRB (arts. 11bis.2 radiodifusión y 13 grabaciones sonoras de obras musicales). A este propósito es necesario distinguir la licencia la licencia obligatoria de aquellas disposiciones que tienen por finalidad impedir el abuso de posición dominante por parte de las sociedades de gestión. Su alcance es muy diferente, en tanto permiten negar la autorización por motivos justificados y no se aplican a todas las obras (art. 142.3) ni en toda circunstancia.

18 Importa señalar el origen endógeno de algunas de estas situaciones. El propio afán del estado en hacer realidad la protección de las obras, a la que se ha comprometido en su legislación interna y mediante los tratados internacionales, puede provocarlas. Gracias a estos tratados, el volumen de obras protegidas en un país es considerable. Sin embargo, esto no exonera a las empresas que pretenden utilizarlas de su obligación de obtener la correspondiente autorización. Pero esa obligación quedará en "papel mojado", si su obtención presenta una dificultad grave o resulta imposible en la práctica, pues el usuario, en el trance de paralizar su actividad o prestarla defectuosamente, sin satisfacer el gusto de su clientela, no hay duda que prescindirá sin más de la autorización y asumirá el riesgo de una eventual reclamación. Situaciones de esta clase se dan en los casos de utilizaciones secundarias y en cantidad importante de las obras v.gr., discotecas, organismos de radiodifusión y en los de explotaciones secundarias de prestaciones ajenas que comprenden las referidas utilizaciones (y con ellas, las de las obras utilizadas) v.gr., distribución por cable de emisiones de obras, comunicación pública en bares, hoteles, etc., por receptores domésticos de televisión, de dichas emisiones. En los primeros, el grado de dificultad en la obtención de las autorizaciones viene dado en función del número de obras que normalmente utilizan. En los segundos, por ese número y por el modo de efectuarse la explotación, que, en general, hace impracticable una decisión del explotador secundario sobre las obras que ha de utilizar (ya decididas por el explotador primario de cuya prestación hace uso). Ante estas situaciones puede ocurrir que el Estado, con objeto de establecer un mínimo de seguridad jurídica y de salvar de la ilicitud esas

o la de su derechohabiente. A alguien tendrá que dirigirse. Con alguien tendrá que negociar las condiciones de la autorización. Y este alguien (con vistas al cual el legislador establece el doble deber de solicitar y de conceder la licencia) difícilmente puede ser otro que una sociedad de gestión. Y siendo así las cosas, no se ve por ningún lado la utilidad social de una proliferación de estas licencias allí donde operen estas organizaciones.

De lo expuesto se desprende la decisiva función que desempeñan las sociedades de autores como instrumentos de preservación del derecho exclusivo de sus miembros, al ofrecerse como solución alternativa a la instauración de licencias no voluntarias en las situaciones examinadas. Alternativa en modo alguno neutral, por cuanto conservando el carácter exclusivo de ese derecho (el poder de

autorizar o prohibir la explotación) salvan el núcleo esencial de la institución cuestionado en esas situaciones –verdaderos callejones sin salida desde una perspectiva individualista del derecho de autor y de los problemas que han dado paso al conocido tópicos de su “crisis”.

Por lo que respecta a los derechos conexos, vale, en general, lo que se ha expuesto para el derecho de autor. No obstante, conviene advertir que la preservación del carácter exclusivo de estos derechos (de los que tengan esta naturaleza) no reviste la trascendencia e incluso el “dramatismo” que presenta en el campo del derecho de autor, ya porque con el derecho exclusivo no se tutelen normalmente más intereses patrimoniales (exceptuando el caso de los artistas) asociados a inversiones (de los productores o de los organismos de radiodifusión), ya porque en el

ámbito de la Convención de Roma no son posibles, en principio, licencias no voluntarias (art. 15.2, CR).

3. La efectividad de los derechos de simple remuneración

Hasta aquí hemos hablado del papel de las sociedades de gestión en relación con el ejercicio de los derechos exclusivos de explotación. Procede ahora hacer otro tanto con aquel conjunto de derechos, que no atribuyen un poder de autorizar o prohibir la explotación de las obras o prestaciones, sino el de percibir de cualquiera de sus explotadores (son por eso análogos a las titularidades “ob rem”) una remuneración. También respecto de ellos no sólo es posible, sino incluso más indispensable que para los de explotación su ejercicio colectivo por mediación de esas entidades. Por lo que se refiere a los autores, estos derechos tienen su fundamento en consideraciones

utilizaciones, introduzca, en su legislación sobre derecho de autor, una “licencia legal”. Sin embargo, la licencia legal (como obligatoria), en tanto que limitación al derecho de autor, sólo es admisible en casos muy justificados, es decir, aquéllos en los que de hecho no haya forma de mantener el derecho exclusivo en su integridad o en los que incida un interés público prevalente ante el que deba sacrificarse en la medida necesaria (y no más allá) el del autor. Y no hay justificación para esa licencia si en el Estado existe una sociedad de gestión que actúe en el sector de explotación de que se trate. Porque, en primer lugar, estas sociedades disponen de amplios repertorios (nacionales y extranjeros) que posibilitan a los usuarios obtener de ellas autorizaciones relativas al volumen de obras que precisan para el desarrollo de su actividad empresarial. En segundo término, estas organizaciones operan en régimen de monopolio (legal o de hecho), al menos en un mismo sector de derechos y obras, y la concesión de autorizaciones la llevan a efecto mediante contratos que comprenden todo un repertorio, tanto presente como futuro. De esta suerte, las empresas usuarias, por virtud de estas licencias contractuales, quedan habilitadas para explorar cualesquiera obras comprendidas en el ámbito de gestión de las sociedades licenciantes, sin necesidad de una previa identificación de aquéllas, por lo que esta fórmula resulta de aplicación no sólo a las utilizaciones directas de las obras (emisiones de los organismos de radiodifusión) sino también a las indirectas (explotaciones secundarias de las emisiones de dichos organismos mediante distribución por cable o comunicación al público).

19 La licencia obligatoria establecida en la ley alemana de 1965 para las grabaciones sonoras (§61) no ha sido aplicada por la existencia de una sociedad de derechos musicales (GEMA). En la nueva ley británica de 1988, ha desaparecido la licencia legal prevista para esas grabaciones en la ley anterior. En el documento OMPI “cuestiones relativas a un eventual protocolo del Convenio de Berna”, se propone la exclusión (o la restricción) de las licencias no voluntarias tanto con relación a esas grabaciones como el derecho de radiodifusión, justificándose esa propuesta en la implantación de organizaciones de gestión colectiva y en un ejercicio correcto de su función (párrafos 105, 108, 146-148). G. KARNEL, en *Individual... po. cit.* en nota 10, escribe: “Hoy más que nunca, las nuevas leyes ya adoptadas o las que están en proceso, se circunscriben a los derechos cuya gestión está asegurada colectivamente. Además, en el caso de ciertas utilizaciones donde antes el derecho exclusivo parecía pedirles demasiado a los usuarios potenciales y, por vía de consecuencia, donde las licencias obligatorias o legales se instauraron para descargarlos de la obligación de obtener por anticipado las autorizaciones necesarias, hoy en día, el legislador introduce con frecuencia sistemas de gestión colectiva de los derechos o los favorece, facilitando así el acceso a las obras sin tener que recurrir a esas licencias (pág. 7)”. Un ejemplo claro de este fenómeno, en la Directiva 93/83/CEE sobre satélite y cable, art. 9.

de justicia y de equidad²⁰. En algunos casos, dicha retribución es garantizada por el legislador configurando el derecho de remuneración como irrenunciable e intransmisible entre vivos, a fin de que el autor no ceda a la eventual presión del explorador y se lo transfiera. Y por lo que respecta a los titulares de derechos conexos, su configuración como derechos de remuneración obedece al fin de evitar la concurrencia sobre un mismo objeto de varios derechos exclusivos (de autor y/o de otros conexos) que se anularían entre sí y que supondrían un menoscabo para el derecho de autor (v.gr. art. 12^o CR). Sin embargo, en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, el carácter social de los derechos de remuneración que se les atribuyen, no desmerece en nada respecto de los de la misma clase reconocidos a los autores.

En relación con estos derechos, el rol de las sociedades de gestión es de una importancia capital. Si, como hemos visto antes, no le es posible al titular controlar siempre las utilidades de su obra o prestación cuando dispone de un derecho exclusivo, menos posibilidad de ese control tiene cuando éstas pueden realizarse sin

contar con él y lo único que se deriva de esas explotaciones es la obligación de efectuar un pago en dinero. Sin una organización que vigile tales utilidades y perciba de los usuarios la remuneración prevista en la ley, muy pocas veces (o ninguna) harán efectivo tal derecho. Desde otro punto de vista, llamamos la atención sobre aquéllos supuestos en los que, aunque el legislador, reforzando la protección de ese derecho, lo haya hecho irrenunciable e inalienable, nada asegura que el titular, coaccionado por el explotador, abdique "de facto" de su ejercicio, o acepte una prestación menor de la que le corresponde. Una construcción del derecho de remuneración como de ejercicio colectivo, o una excepción a su inalienabilidad para el solo caso de transferirse a una sociedad de gestión (cesión fiduciaria), son, de mayor a menor, las soluciones ideales para cumplir el objetivo del legislador. En ambos casos, la interposición de sociedad de gestión es indispensable²¹.

4. El reforzamiento de la posición negociadora de los titulares frente a los usuarios

La afirmación de que las obras son

creaciones intelectuales llamadas por naturaleza a difundirse, se sustenta en el hecho más radical de la esencial comunicabilidad de la persona —del autor, en este caso. Más allá de consideraciones económicas (que no son despreciables), el autor siente una necesidad existencial de dar a conocer, de divulgar o publicar su obra. Esta necesidad puede ser aprovechada (y de hecho lo es en muchos casos) por las empresas difusoras, imponiendo a los autores condiciones de explotación no equitativas. En este contexto, las sociedades de autores constituyen un factor de equilibrio en las relaciones entre sus miembros y los usuarios, de modo análogo a como lo son las organizaciones sindicales en el campo de las relaciones laborales —analogía, y no identidad, que resulta de las actividades de administración que desempeñan las primeras y de las que carecen los sindicatos—. Esta función equilibradora de fuerzas y armonizadora de legítimos intereses contrapuestos la despliegan las sociedades de autores en diferentes planos.

Uno de esos planos es el de las relaciones con los exploradores a gran escala (v.gr., en el campo de

20 En algunas leyes nacionales, están en conexión con supuestos en los que la ley ha limitado de alguna forma el derecho exclusivo, bien por una licencia legal, bien por una extinción de ese derecho (caso del "droit de suite", en las legislaciones que reconocen el derecho de distribución), bien por una disposición que afecte al ejercicio normal de éste (una "cessio legis", una presunción de cesión "iuris et de iure" o "iuris tantum", o una presunción de legitimación de uno u otro carácter, y que en algún sitio he calificado como de "limitaciones impropias" al derecho de autor). Y vienen a ser mecanismos de contrapartida de esa pérdida, limitación o debilitamiento del derecho, por los cuales se concede a los autores una retribución que se resuelve en una obligación de los exploradores de realizar una prestación dineraria. Vid. mi trabajo, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1.988, págs. 40-44.

21 Los números 5 y 6 del §26 de la citada ley alemana de 1.965, relativo al "droit de suite", no establecen una gestión colectiva obligatoria completa de este derecho, aunque, de hecho, le dejan predeterminada, al disponer (nº 5) que "sólo una sociedad administradora estará habilitada para hacer valer los derechos" de información, indispensables para la percepción del derecho de participación (que se mencionan en los nºs 3 y 4 del mismo §) y su comprobación (nº 6).

las obras musicales, los productores de fonogramas, los organismos de radiodifusión, los empresarios de discotecas y de espectáculos, en general). A propósito, la Comisión de la CEE²² ha declarado que el conflicto entre los titulares de derecho de autor y los usuarios exige que los primeros, en general, económicamente más débiles, se reagrupen en el seno de sociedades de gestión, puesto que ciertos usuarios (los que hemos citado primeramente) ocupan sobre el mercado posiciones tan fuertes que les permitirían colocar a los autores y compositores en una situación de dependencia, ante cuyo peligro una sociedad de gestión "asegura una protección necesaria". Y concluye, "los autores no pueden pues recibir la remuneración a la que tienen derecho por su trabajo de creación, en condiciones de equidad, más que por la intermediación de sociedades de explotación (gestión)". Estas consideraciones son válidas para los artistas y, en cierto modo, para los productores de fonogramas.

5. La prestación de servicios asistenciales y la promoción del "repertorio" nacional

Junto a la actividad propia del

ejercicio de los derechos gestionados en beneficio de sus respectivos titulares, las sociedades de gestión (concretamente, las de autores y las de artistas) vienen desarrollando otras de carácter social, por virtud de las cuales tratan de cubrir las contingencias de enfermedad, edad, incapacidad para la creación y muerte de sus miembros. En algunos casos, estas actividades se realizan de forma directa (mediante cajas de pensiones, ayudas); en otros, de manera indirecta, es decir, financiando instituciones o entidades de previsión²³.

Por lo que se refiere a las actividades de promoción de su repertorio, las sociedades de autores de CISAC las han conceptualizado como una tarea, si no tan imprescindible como la antes referida, sí tan necesaria. Mediante ella se trata de fomentar, dentro de límites razonables, la explotación de obras nacionales postergada por la avalancha de obras de países más ricos y dotados de una industria cultural más poderosa y agresiva, que actúa incluso como disuasoria de la industria local, reacia por naturaleza a invertir en la difusión de nuevas o poco conocidas

creaciones. También se pretende con esta actividad mejorar ante los usuarios y el público en general lo que de otra manera sería una torva y antipática imagen de la sociedad de gestión, en tanto que organización exclusivamente recaudadora, en la que los autores quedan ocultos detrás de una estructura puramente burocrática²⁴.

La financiación de las actividades mencionadas, aparte de las aportaciones que personalmente realicen los titulares de derechos a sus instituciones de previsión, ha de llevarse a efecto mediante detracciones en las cantidades recaudadas, acordadas por las entidades en sus asambleas y en los contratos con otras organizaciones de su clase. En los contratos de representación recíproca de las sociedades de derechos musicales, miembros de CISAC, se establece como límite a esa aminoración el 10%. Una cantidad mayor se considera atentatoria a los intereses de los titulares gestionados e inadmisibles²⁵.

6. La consecución de fines de interés general

Nos referimos a los intereses de los

²² Decisión "GEMA" de 4-12-1.981 (IV.29.971). En el mismo sentido, la Decisión "GEMA" de 2-6-1.971

²³ Las sociedades de autores confederadas en CISAC han considerado absolutamente necesario cumplir con este cometido. Indudablemente, el que éste se emprenda o no depende del hecho fundamental de que la entidad haya alcanzado un grado suficiente de implantación y consolidación, dado el coste de estas prestaciones. Recogiendo esta práctica, la ley española impone a las entidades de gestión la obligación de "promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios" (art. 140.1).

²⁴ J.L. TOURNIER, en Forum (OMPI), cit. en nota 10, págs. 8-10. La ley española también obliga a las sociedades gestoras a "atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes" (art. 140.1).

²⁵ M. FICSOR, Gestión... op. cit. en nota 3, pág. 19. El art. 140.2 de la ley española dispone que "las Entidades de gestión deberán dedicar a las actividades y servicios a que se refiere al apartado anterior, por partes iguales, del porcentaje de la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 (copia privada), que reglamentariamente se determine".

explotadores (usuarios) de las obras y prestaciones protegidas y a aquellos otros a cuyo servicio debe proveer el Estado. Se trata de intereses generales, no sólo los últimos, sino los primeros, por cuanto están asociados a un sector importante de la industria y los servicios del país, e indirectamente, al público en general, en el que repercutirán, de una u otra forma, las condiciones en las que los explotadores desarrollen su actividad.

Por lo que se refiere a los intereses de los usuarios, es evidente que éstos, sin las aludidas organizaciones, no podrían conocer – o no lo lograrían con la rapidez necesaria – si las obras o prestaciones que pretenden explotar están protegidas o no, si viven sus autores o han de tratar con sus herederos, si los correspondientes derechos han sido transferidos y a quién. En definitiva, les sería enormemente difícil, y en ocasiones imposible, saber con certeza quiénes son los titulares de los derechos y conseguir la necesaria autorización o realizar el pago de la remuneración (en los casos de licencia no voluntaria o de un simple derecho de remuneración). Por otra parte, en los supuestos de explotaciones a gran escala, las sociedades de gestión, mediante sus tarifas generales y convenios

con organizaciones de empresarios, contribuyen a una estandarización de las condiciones de utilización que evita las incomodidades ajenas a las licencias individuales, infinitamente variables en forma y contenido, con lo que se facilita al usuario la realización de oportunos cálculos financieros al darle conocimiento previo del coste de la autorización. Mediante la gestión colectiva los usuarios tienen la ventaja de acceder a las obras de manera sencilla y bastante económica, al reducir esta administración los costes de las negociaciones, del control de las utilizaciones y de la recaudación de las remuneraciones²⁶.

Ahora bien, la satisfacción de los intereses que hasta aquí hemos considerado, imprime una dinámica a estas entidades que, por una u otra vía, vienen a desembocar en el campo del interés público (en sentido estricto). En primer término, está el hecho, tantas veces señalado, del papel de estas sociedades en la consecución de una real y efectiva protección de las obras y prestaciones. No sólo las nacionales, sino las extranjeras a cuya tutela el Estado se ha comprometido en virtud de tratados y convenios internacionales. A este propósito es preciso retener aquí la aplicación rigurosa del principio de "trato nacional" (art. 5.1 CRB y art. II CUR) que llevan a cabo las

sociedades miembros de CISAC²⁷. En segundo lugar, nos encontramos con los problemas colaterales que la actividad gestora de estas organizaciones suscita en relación con los titulares "externos" a las mismas²⁸, y a los que hay que dar solución. Por último, están las derivaciones de la concentración en manos de estas entidades de la oferta de "derechos", con la posibilidad de abusos de esta posición tanto para los titulares de los derechos que están llamados a proteger como para los explotadores de las obras y prestaciones. En consecuencia, cualquiera que sea la posición que el Estado adopte frente a la administración colectiva, en ningún caso dejará de reconocer su función en el terreno de los mencionados intereses generales y su tarea en modo alguno será la de ponerle obstáculos que la hagan desaparecer ni la de ignorarla, sino la de favorecerla y conducirla por cauces adecuados. Piénsese en el rol que han de jugar estas organizaciones en coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en el Acuerdo sobre los ADPIC, celebrado en el marco de la OMC.

7. Los tipos básicos de la gestión colectiva

Ahora bien, estas funciones no las realizan las sociedades de gestión de la misma forma ni con el mismo

26 M. FICSOR, *Gestión...* op. cit. en nota 3, pág. 6; G. DAVIES, *El interés público en la administración colectiva de los derechos*, *Derecho de Autor*, 1989, págs. 36-40 y G. KARNELL, *Individual...*, po. cit. en nota 10, págs. 11 y 13.

27 J.L. TOURNIER, *Le droit exclusif...*, cit. en nota 10, pág. 50 y G. KARNELL, *Les relations...*, cit. id. pág. 43.

28 G. KARNELL, *Les relations...*, op. cit. en nota 10, pág. 51.

grado de intensidad. A este respecto se distinguen varios tipos básicos de organización de la gestión colectiva desempeñada por esas organizaciones, tomando en consideración su origen (A), la amplitud de la administración ejercida (B) y el carácter voluntario u obligatorio de su intervención en la gestión del derecho (C).

(A) En atención a su origen nos encontramos con organizaciones que son creadas por el Poder público, otras que lo son por los propios titulares de los derechos y otras que responden a una fórmula mixta o intermedia entre ambos modelos. La constitución de estas organizaciones según la primera vía representa el máximo de valoración, por parte del legislador, de los intereses generales implícitos en la administración colectiva, basada en una consideración del conjunto de las obras y prestaciones como patrimonio cultural de la comunidad nacional, necesitado de ser protegido con la mayor intensidad. Sin embargo, otras veces, esa creación de estructuras administrativas de gestión colectiva tiene una motivación más modesta, fundada, normalmente, en la imposibilidad o dificultad práctica del ejercicio «privado» de ciertos derechos. No obstante lo dicho, la inmensa mayoría de las sociedades de gestión son de Derecho privado, debiéndose su creación a un negocio jurídico celebrado por los titulares de derechos.

(B) En atención a la amplitud de

la gestión se distinguen las sociedades de gestión «completa» y aquellas otras de gestión «parcial». Las primeras son aquellas cuya actividad gestora se extiende a todas las fases del ejercicio de los derechos administrados, desde la concesión de la autorización hasta la percepción de la remuneración. Este es el caso de las sociedades de autores de derechos musicales. En las segundas, la gestión es colectiva, básicamente, en la fase de percepción, siendo individualizada en la autorización. El ejemplo más típico de esta clase de gestión lo constituyen las sociedades de autores de derechos dramáticos.

(C) Por último, la gestión colectiva cumplimentada por dichas organizaciones puede ser voluntaria —lo que es la regla— o necesaria (u obligatoria) —lo que es la excepción, aunque cada vez hay más casos de este tipo de gestión, como son las sociedades administradoras del canon por copia privada, del «droit de suite» y del derecho de retransmisión por cable de emisiones de radiodifusión—. La gestión colectiva necesaria, a mi juicio, puede justificarse en alguna o algunas de las siguientes causas: a) imposibilidad real y absoluta de ser efectivo el derecho sin la intervención de la sociedad de gestión; b) organización de las pretensiones de remuneración y de sus accesorias, cuando dichas pretensiones se ejerciten contra un solo deudor y por un mismo acto de explotación, pero por múltiples

acreedores independientes; c) despersonalización del derecho en fase de ejercicio, como garantía de su eficacia, seriamente amenazada mientras ese ejercicio dependa únicamente de su titular; d) aportación de un factor de seguridad jurídica para los usuarios de las obras o prestaciones, que se considera indispensable para la explotación de que se trate. Como se ve, esas causas de justificación ponen de relieve la necesidad de una proporcionalidad adecuada entre la efectividad del derecho y el sacrificio de la libertad del titular que esta clase de gestión colectiva comporta.

IV. CONDICIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES

Del examen de las funciones de las sociedades de gestión se desprende la necesidad de su regulación específica. Son demasiadas las singularidades que se dan en los fines y en la actividad de estas organizaciones como para que el Estado deje toda esta materia a la espontánea decisión de los titulares de derechos y a las disposiciones generales del Derecho de sociedades y de otros conjuntos normativos (Derecho de la competencia) en cuya esfera de aplicación puedan incidir estas agrupaciones. Una postura semejante supondría el desconocimiento del fenómeno de la gestión colectiva. La aplicación pura y dura de las normas sobre la

competencia económica a estas entidades pone de hecho en trance de desaparición los derechos exclusivos²⁹. Como se ha dicho es preferible afrontar ciertos riesgos resultantes de su estatuto jurídico (del correspondiente a estas sociedades de cara a los autores, de una parte, y de cara a los usuarios de las obras, de otra), antes de combatir estos riesgos a través del derecho sobre la competencia y los acuerdos entre empresas que apenas convienen a estas agrupaciones³⁰. De todo esto han sido conscientes muchos legisladores, al dedicar ciertas disposiciones de la ley de derecho de autor a las sociedades de gestión de derechos de autor y derechos conexos, tal como lo ha hecho el legislador ecuatoriano —arts. 99 a 109 y 147— y la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena —arts. 43 a 50—, siguiendo muy de cerca el modelo de la ley española de 1987 —arts. 132 a 144—.

Cuando hablamos de esta regulación nos estamos refiriendo a un estatuto legal específico en el que estas organizaciones, contempladas desde la óptica de instrumentos indispensables para

un ejercicio eficaz de los derechos y dentro de las normas relativas a la protección efectiva de los mismos, refleje la naturaleza de ellas y determine las condiciones que han de reunir para asumir ese papel instrumental y cumplir el objetivo de esa protección. Así pues, en mi opinión, la normativa sobre las sociedades de gestión debe estar colocada, dentro de las disposiciones sobre la protección de los derechos, al lado de las que regulan las acciones y procedimientos que el legislador, con esa finalidad, pone a disposición de los titulares. Me parece un lugar más adecuado que una ley especial o que el contenido de los derechos, como acontece en la ley ecuatoriana —capítulo IV del título II que lleva esa rúbrica—. Esta ubicación del régimen de las sociedades de gestión, con relación a la ley española, ha sido considerado como un hecho "digno de atención"³¹. En este plano, han de establecerse las disposiciones relativas a su naturaleza, a los presupuestos de acceso a la actividad de gestión, tanto de carácter formal como real, y al control de los mismos por la Administración, al goce de una

legitimación excepcional para desempeñar dicha actividad, a la salvaguardia de los intereses de los administrados y de los titulares terceros y a la prevención de eventuales abusos por las sociedades de gestión frente a los usuarios.

1. La naturaleza no lucrativa de las sociedades de gestión. Su proyección en las relaciones de los administrados con su organización

De acuerdo con su función, estas sociedades sólo pretenden hacer efectivos, en forma colectiva, los derechos reconocidos en la ley a los autores y a los titulares de prestaciones protegidas. En modo alguno se trata de explorar un conjunto de derechos, puesto en común por sus titulares, miembros de la organización, y "aportados" a ésta. Los derechos siguen perteneciendo a sus respectivos titulares, ya de forma ostensible frente a terceros, ya en el plano de las relaciones internas entre administrado y sociedad (cuando media entre ambos una cesión fiduciaria). Siendo así las cosas, no puede hablarse de aportación³². Y como se sigue manteniendo la

29 A este respecto es interesante resaltar lo que escribe el Profesor J. M. KERNOCHAN. "Es preciso que las sociedades de autores se vean liberadas de las sujeciones antitrust ordinarias. He dicho en otro lugar que las organizaciones de este género (...) deben tener un estatuto sui generis y quedar exentas (como los sindicatos) de acciones judiciales antitrust, todo esto siempre que el público esté debidamente protegido contra abusos (...). Igualmente puse ya de relieve la suprema ironía en USA de que las costas judiciales, que ascendían a casi de 15 a 20 millones de dólares de ingresos correspondientes a las ejecuciones de obras musicales, han acabado en el bolsillo de los abogados con ocasión de los pleitos ASCAP/BMI, en lugar de ir al de los creadores que la Constitución USA y las leyes sobre los derechos de los autores tratan de estimular. (...) el Congreso parece no tener conciencia de los costes que las leyes antitrust vigentes imponen a esos autores y compositores" (op. cit. en nota 10).

30 A. DIETZ, *Le droit d'auteur...*, op. cit. en nota 10, párrafo 571.

31 A. DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990, pág. 192. Hay traducción al español, de R. E. López Sáez, Ministerio de Cultura, Colección Análisis y Documentos, Madrid, 1992.

32 El negocio jurídico de aportación a una sociedad tiene una distinta naturaleza que el de afiliación de un autor a una entidad de gestión. Aunque esta

vinculación del administrado con sus obras y prestaciones, no obstante la interposición de la entidad en su ejercicio, las cantidades que perciba a través de ella ("reparto") no tienen la consideración de participación en las ganancias o beneficios obtenidos por la misma y distribuíbles a sus miembros, cuya determinación se haría en función de la aportación (que no existe), sino que esa atribución la reciben en tanto en cuanto sus respectivas obras y prestaciones han dado causa³³ a los correspondientes rendimientos por el hecho de su representación, ejecución, emisión, etc. y tomando en consideración el número de esas utilizaciones.

Todas estas características configuran a las sociedades de gestión como organizaciones de base asociativa con un perfil propio³⁴ que, no obstante su denominación tradicional de «sociedades», no responde al esquema genético ni funcional de la sociedad civil o mercantil, al no existir puesta en común de bienes ni industria ni reparto de ganancias comunes. De la misma manera que, por las actividades de administración de derechos que desempeñan, tampoco son organizaciones sindicales.

El legislador ha de ser consciente

de esa especificidad. Estas organizaciones personificadas deben quedar habilitadas para realizar la gestión en nombre propio o ajeno. La efectuada en nombre ajeno es incompatible con la idea de puesta en común de los derechos. Y también la que se lleve a cabo en nombre propio, desde el momento en que ha de estar concebida siempre como gestión por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos conexos, pero no en interés de la sociedad. Por eso es aconsejable —art. 138.1 de la ley española— que se prevenga que la gestión de los derechos le sea encomendada por sus titulares mediante un negocio jurídico distinto del de incorporación al grupo, que ha de cumplir determinados requisitos y que puede sustanciarse por la vía del mandato o de la cesión fiduciaria (en cuyo caso de la sociedad actuará "en nombre propio"). La idea de aportación, en consecuencia, debe estar totalmente ausente de esta reglamentación o, si acaso, tener un carácter secundario o puramente formal (como ocurre en la ley francesa). Como tampoco debe aparecer por ningún lado la de reparto de beneficios, sino todo lo contrario. Expresamente ha de disponerse que el "reparto" de las remuneraciones recaudadas su

efectúe entre los titulares de las obras o prestaciones utilizadas, con obligación de reservar a aquéllos una participación proporcional a esa utilización.

No hay inconveniente en que el legislador regule de manera completa estas entidades. Sin embargo, hay legislaciones (como la alemana y la española) en las que se ha huido de invadir el campo asociativo (el de la libertad de asociación) y construir desde los cimientos un tipo societario nuevo. En otras legislaciones (Francia) se designa la clase de sociedad bajo cuya forma debe construirse la de gestión. Otras (Alemania y España), dado que no persiguen otra finalidad que la de regular las condiciones de acceso de ciertas organizaciones asociativas al estatuto de sociedades de gestión, así como las de permanencia en el mismo, se limitan a determinar tales condiciones (algunas de ellas relativas a un número importante de preceptos que deben constar en sus estatutos como los mencionados en las letras b), d), h), e i) de la Decisión 351 y en los arts. 136, 138.2, 139 y 141 de la ley española), dejando a los interesados elegir el modelo societario que les convenga de entre los que ya existen regulados en el ordenamiento y excluyen el ánimo de lucro o no lo presuponen.

afiliación implique o vaya complementada con una cesión (fiduciaria) de derechos. La causa de la aportación es la participación en los beneficios (y en las pérdidas) de la sociedad, mientras que con dicha cesión sólo se persigue el ejercicio de los derechos por parte de la entidad y la obtención de la remuneración que corresponda (calculada de manera directa o, si ésta no es posible, de acuerdo con el "plan de reparto") a ese ejercicio, es decir, al de los propios derechos transferidos y no al de los cedidos por los otros administrados. Un autor puede pasarse la vida en una entidad de gestión y dejar de percibir cantidad alguna si sus obras no vuelven a explotarse más.

³³ R. FRANCESCHELLI, *Trattato di Diritto Industriale*, parte General, vol. II, pág. 156.

³⁴ M. FABIANI, op. cit. en nota 8, págs. 31 y ss.

2. Los presupuestos de acceso a la actividad de gestión. La regla de la competencia en el mismo sector de gestión.

No es suficiente, para que las sociedades de gestión cumplan adecuadamente su función, con que su estructura orgánica esté configurada en la forma explicada y prevista en la ley. Junto a estos elementos formales, se requieren condiciones de fondo que permitan asegurar, dentro de lo posible, que la sociedad en cuestión reúna las condiciones necesarias para garantizar una eficaz administración de los derechos — el art. 133.1, b) de la ley española—. Se trata de requisitos de viabilidad en la actividad gestora. Entre ellos encontramos, en primer término, el número de miembros, que deben ser titulares de obras o prestaciones que constituyan un repertorio relevante y del que exista un número de usuarios potenciales también relevante³⁵. En segundo término se encuentran los medios personales, técnicos y patrimoniales que se repercuten indispensables para desarrollar esa gestión³⁶.

Cuando hablamos de que es

imprescindible que estas organizaciones realicen su cometido en condiciones de eficacia, nos estamos refiriendo también a las circunstancias en las que han de desarrollar su actividad en el plano concurrencial. Y una de las condiciones básicas (e incluso imperativas) que han de darse en ese plano para alcanzar ese objetivo es la de no concurrencia de varias sociedades en el mismo sector de derechos gestionados, o quizás mejor, la de evitar, en lo posible, la existencia de organizaciones paralelas³⁷. Esa coexistencia no tiene más que efectos negativos, tanto para los titulares como para los usuarios de las obras y prestaciones.

Respecto de los titulares, tratándose de organizaciones de gestión completa, esta situación conduciría a la práctica de “precios” a la baja, precisamente por parte de la sociedad que tenga un repertorio inferior, tanto en calidad (en cuanto al éxito) como en cantidad (número de obras y prestaciones efectivamente explotadas). La consecuencia será que los titulares tendrán más difícil el lograr un nivel retributivo aceptable. Por otra parte, esta

concurrencia llevará consigo un debilitamiento en la posición de esos titulares en caso de infracción de sus derechos por los explotadores en gran escala, ya que éstos siempre podrán alegar que el repertorio utilizado por ellos es el de la otra u otras sociedades y la prueba en contrario será difícil, cuando no impracticable (v. gr., caso de las discotecas)³⁸.

En relación con los usuarios, dicha coexistencia es opuesta a la pretensión de contratar de manera cómoda (una sola negociación) y en un solo acto (no más que un contrato) la utilización de un repertorio lo más amplio posible (en el caso de las obras musicales, por intermedio de una sociedad de CISAC, prácticamente, el repertorio “universal”). Ello supondrá un incremento en el coste de adquisición de los derechos (cada entidad tratará de repercutir en el precio de las licencias sus gastos de administración, más elevados por no disponer de toda la oferta de obras) y en el cumplimiento de las obligaciones formales (declaraciones de ingresos y de obras utilizadas) que esa adquisición comporta de ordinario. La bondad del sistema de autorizaciones

35 Vid. art. 133.1, b) y 2 de la ley española.

36 Art. 133.2 de la ley española.

37 M. FICSOR, *Gestión...*, cit. en nota 3, pág. 71, U. UCHTENHAGEN, *El establecimiento...*, cit. en nota 10, pág. 42 y G. DAVIES, op. cit. en nota 26, pág. 40-41.

38 LISSBAVER, cit., por E. ULMER en *Das Recht...*, op. cit. en nota 9, pág. 7 afirma: “la regulación (de estas entidades) parte del postulado de que hay que garantizar a cada sociedad de autores una posición de monopolio en su campo de actuación, pero, simultáneamente, hay que articular cautelas contra el abuso de dicha posición”. A. DIETZ, en *Le Droit d’auteur...*, op. cit. en nota 10, pág. 263, escribe: “el leit-motiv de la armonización del derecho de las sociedades de autores en la CEE debería consistir en que el estatuto de monopolio en un sector determinado apareciese como la única solución razonable, tanto en interés de los utilizadores de las obras como de los autores y sus derechohabientes”. Este mismo autor, en *Das Urheberrecht...*, op. cit. en nota 31, párr. 430, critica como “no equitativa” la idea de una competencia entre sociedades de países comunitarios que se desprende de las sentencias del TJCE de 13-6-1989 (caso SACEM). Vid. también M. FICSOR, en *Developpement...*, cit. en nota 10, pág. 309.

generales por repertorio bajo una sola remuneración se pondría en cuestión. El usuario tendría que contratar con tantas entidades como existan y pagar tantas remuneraciones como repertorios contratados³⁹.

Los legisladores nacionales más sensibles a los intereses del autor y más experimentados en los problemas implícitos en el ejercicio de los derechos de éste, han reaccionado, de muy distintas formas, en contra de esa nociva proliferación de sociedades de gestión.

(A) Unas veces lo han hecho no permitiendo más que la existencia de una sola organización y dotando a ésta de un carácter público. Este es el caso de Italia, donde no hay más sociedad de gestión que la SIAE⁴⁰. Cuestionada la constitucionalidad de la actividad de intermediación en vía exclusiva de esta sociedad (como contraria a la libertad de asociación), la Corte Constitucional denegó tal reproche en base al carácter público de la entidad y al hecho de que esa forma de actividad está determinada únicamente por la exigencia de asegurar, de la manera que el legislador consideró más oportuna, la protección y el ejercicio del derecho de autor, extremos estos que pueden ser objeto de reserva

por parte de los Poderes públicos, como puede serlo cualquier otra actividad económica a la que vayan ligados intereses de especial relevancia para la comunidad nacional⁴¹. A nadie se obliga a pertenecer a la sociedad. Cualquier autor puede ejercitar sus derechos individualmente, por sí o por mandatario. Los autores pueden asociarse para cualquier fin, como el de controlar la actividad gestora de la citada sociedad. Pero el ejercicio en forma colectiva de su derecho ha de reconducirse forzosamente (bajo sanción penal del gestor) a través de esta organización. En esta situación (aunque sobre una normativa no idéntica) se encuentra también la sociedad BUMA⁴² (Holanda) y las sociedades argentinas SADAYC y ARGENTORES.

(B) En otras legislaciones se ha escogido la fórmula de no aceptar más sociedades que una por rama.

3. La autorización administrativa para actuar como control de acceso a la actividad de gestión

Cualquiera que sea la opinión que merezca una reglamentación de la gestión colectiva como cualquiera de las comentadas, lo cierto es que, aún rechazando la necesidad de organizarla a través de una sola

entidad de carácter público o de una sola entidad por rama (lo que, entre otros posibles inconvenientes, llevado al pie de la letra, dificultaría la gestión colectiva en el caso de producciones de «multimedia»), resulta innegable el discurrir de la misma por el campo de la utilidad pública –entendiendo esta expresión a la francesa⁴³, en el sentido de la utilidad general. Y sobre esta idea ha sido construido un sistema de control administrativo menos drástico que el que comporta la primera fórmula y más respetuoso con la libertad de asociación que el de la segunda. Este sistema, del que se ha hecho uso en la ley alemana de 1.965 sobre dichas sociedades y en la ley federal suiza sobre derecho de autor y derechos vecinos, de 1992 (si bien en esta se proclama que por regla general, “la autorización no será otorgada más que a una sociedad por categoría de obras y a una sociedad para los derechos conexos”)⁴⁴, consiste en someter el ejercicio de una actividad que se concibe como privada, cual es el caso de la gestión colectiva, al necesario consentimiento de la Administración. Consentimiento que es otorgado (o denegado) previa valoración de las condiciones concurrentes en el que lo solicita a la luz del interés público que la normativa sobre esta actividad de gestión pretende tute-

39 Vid. J.L. TOURNIER, *Le droit exclusif...*, op. cit. en nota 10, págs. 43 y ss. y M. FICSOR, op. y loc. cit. en nota 38.

40 Art. 180 ley 22 de abril de 1941 (italiana).

41 Sentencia de 17 de abril de 1968. Vid. M. FABIANI, *Le società...*, cit. en nota 8, pág. 8, pág. 43 e *Idem. Società...*, cit. en nota 10, págs. 12-16.

42 H. COHEN JEHOAM, *Principes...*, cit. en nota 10, pág. 227.

43 R. FRANCESCHELLI, *Trattato...*, cit. en nota 33, pág. 152.

44 Art. 42, 2.

lar. Es decir, se trata de organizar esta gestión aplicando a la misma la "técnica autoritaria"⁴⁵.

De acuerdo con esta técnica, la propiedad que pretenda acceder a la actividad de gestión queda obligada por la ley a dotarse de las normas de funcionamiento y a reunir los requisitos personales y materiales previstos en ella en orden a garantizar una gestión eficaz, así como solicitar la correspondiente autorización del órgano administrativo competente⁴⁶. Estos condicionamientos actúan como una "carga" que la sociedad ha de cumplir para llevar a efecto esa actividad. Sin obtener esa autorización, la sociedad no puede ejercer válidamente los derechos que se le hayan confiado⁴⁷. Y la obtención de la misma, comporta para la sociedad determinadas obligaciones legales, cuyo incumplimiento acarrea la revocación de la autorización concedida⁴⁸.

Mediante este régimen y a través de las condiciones relativas a la eficacia de la gestión (situación económica, importancia material de los derechos), queda establecido un mecanismo legal que permite, además de un control en el comienzo y en el desarrollo de la actividad gestora, una ponderada aplicación de la regla de no proliferación de estas organizaciones, sin necesidad de

invadir de alguna manera el campo de la libertad de asociación, imponiendo una organización determinada para el ejercicio colectivo de los derechos de carácter exclusivo no limitados por el legislador (ni susceptibles de serlo, a tenor de las disposiciones del Convenio de Berna).

En esta línea de la técnica autoritaria, la solución adoptada por el legislador español de 1987 representa una variante de intervención administrativa todavía más atenuada y flexible que la últimamente expuesta.

En principio, cuando la ley española dispone que las entidades que pretendan dedicarse a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial "deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura" (art. 132), parece adscribirse al sistema alemán. Y cabría reafirmar esta interpretación cuando añade que estas entidades, "en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión" (art. cit. párr. segundo).

Sin embargo, al faltar en la ley, tanto una prohibición expresa de realizar actos de gestión por quienes no tengan esa autorización, como una disposición en la que explícitamente se contemple el caso de aquellas entidades que "sin

poder" (es decir, sin estar autorizadas) lleven a cabo esos actos, con o sin imposición de una sanción penal o civil (como ocurre en la ley alemana), a mi juicio, resulta excesivo entender que el legislador ha hecho de dicha gestión una actividad absolutamente reservada y en la que sólo puedan operar válidamente aquellas sociedades que obtengan la autorización administrativa. Únicamente puede afirmarse tal cosa respecto de aquellos derechos (derechos de remuneración, derechos exclusivos afectados por la posibilidad de una licencia no voluntaria) configurados por la ley como de ejercicio colectivo obligatorio (v. gr., el de copia privada), en tanto que el legislador, al construirlos de esta forma, designó expresamente a las entidades por él reguladas como sus agentes específicos.

Lo que sí está claro, empero, es que sin esa autorización, las sociedades legalmente constituidas para desarrollar la aludida actividad no tendrán "los derechos" que se establecen en la ley (art. 132, párr. segundo, "in fine" y art. 135). De lo dicho se desprende que la autorización constituye un acto administrativo por el que la entidad es habilitada, no ya para ejercer la actividad de gestión (que pueden desempeñar las no autorizadas, con las excepciones apuntadas), sino para llevarla a

45 E. GARCIA DE ENTERRIA Y T-R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1982, tomo II, págs. 118 y ss.

46 § 3 de la ley alemana.

47 § 2, número 3 de la ley cit. en nota 46

48 § 4, ley cit. en nota 46.

efecto desde un particular "status" —el de "entidad (sociedad) en gestión"— definido por las obligaciones que la ley les impone y, que les otorgan una específica posición frente a terceros (art. 135) y la atribución en exclusiva de ciertos derechos de gestión colectiva obligatoria (copia privada) o alternativa ("droit de suite": art. 24.4).

En lo que a esta autorización se refiere, se trata, en consecuencia, de lo que en la doctrina administrativista se conoce como un "acto-condición"⁴⁹ o un acto conformador⁵⁰, que crea una situación jurídica a su destinatario. Situación "privilegiada", pero no totalmente excluyente de una concurrencia con otros gestores colectivos (no privilegiados) en un amplio campo de derechos (los derechos exclusivos no limitados), respecto de los cuales su libre ejercicio por parte de los titulares se considera debe quedar salvaguardado.

Por lo demás, la reglamentación española obliga a la Administración a examinar los requisitos de viabilidad de la entidad desde la perspectiva de los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España (art. 133.1.c), a cuya protección hay que favorecer, puesto que a ella se ordena la normativa sobre estas

organizaciones. En consecuencia, la Administración, en consideración a esos intereses, debe atender al funcionamiento del sistema, respecto del cual es un factor de primer orden la regla de la no competencia, que si no es una regla absoluta, tiene la suficiente virtud para impedir autorizaciones poco meditadas y, en su caso, para que puedan ser impugnadas por las otras sociedades en la vía contencioso-administrativa.

Así pues, la autorización es un medio de control del acceso de estas organizaciones a la actividad de gestión. Pero ese control no afecta al nacimiento de la entidad ni (la revocación de la autorización —art. 134) a su extinción, y la "aprobación" de las modificaciones de sus estatutos (art. 144) únicamente se hace a efectos de comprobar si se siguen dando en ellos las condiciones exigidas en la ley y si estas condiciones se corresponden con tales estatutos modificados, de suerte que la entidad pueda continuar ejerciendo su anterior actividad, o emprender una nueva, desde el "status" mencionado —de aquí que no se hable de tal aprobación cuando de otorgar la autorización se trata— art. 133.1.a—. Por tanto, no supone en lo más mínimo una restricción a la libertad de asociación, como acontecería si el ejercicio colectivo de esos derechos, o de una clase determinada de ellos, estuviese

atribuido en exclusiva a una sola organización societaria —obstáculo que habría que salvar, desde el punto de vista del Derecho español, a través de la personificación corporativa y, por tanto, pública.

4. El otorgamiento de una legitimación excepcional

Entramos ahora en el aspecto positivo, o mejor, en la vertiente de derechos o facultades que integran, para la organización que lo goza, el «status» de la sociedad de gestión. Se trata de una legitimación especial de la que se precisan estas sociedades para llevar a efecto su gestión. En Alemania se habla, a este propósito, del principio de «legitimación por el control». Naturalmente que ese principio sólo es invocable respecto de las legislaciones que han adoptado el sistema de la autorización administrativa como forma de otorgar el acceso a la actividad de administración de los derechos que nos ocupan.

Para entender cabalmente el objeto de nuestro análisis, es conveniente recordar que la protección de las obras y prestaciones opera automáticamente y que su contradicción frente al que la reclama sólo es factible por vía de excepciones, oponibles por el que tiene interés en negarla, es decir, los explotadores de aquéllas, a los que incumbe cerciorarse de su

⁴⁹ Vid. BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, pág. 35 y ss., cit. por F. GARRIDO FALLA, en *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, vol. I, pág. 387.

⁵⁰ E. FORSTOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 292.

situación antes de utilizarlas. Además, esa protección ha de dispersarse de manera inmediata, urgente, sumaria, ya que su objeto ni siquiera es susceptible de la autotutela de la posesión y lo que se pretende alcanzar con ella es disponer de una probabilidad de ganancia, la cual se frustra total o parcialmente en la misma medida en que la explotación ilegítima satisface la demanda de bienes o servicios a los que se incorpora la obra o prestación en cuestión.

Asegurar tal clase de protección es (entre otros) el cometido propio de las sociedades de gestión, y con la dificultad añadida de que, en su caso, no se trata generalmente de proteger una obra o prestación determinada, sino todo un conjunto de ellas y de muy numerosos titulares tanto nacionales como extranjeros. Ahora bien, esas sociedades, aún aprovechando las aludidas características protectoras, no podrían hacerlas efectivas ni cumplirían con la función que tiene asignada si, cualquiera que sea la forma bajo la que actúen, se les aplican las reglas generales de la «legitimación "ad causam"».

En efecto, las sociedades de gestión, especialmente las que desarrollan una gestión completa, han de

actuar siempre «en interés ajeno», pero pueden hacerlo «en nombre propio» o en «nombre ajeno». Si intervienen en nombre propio, es decir, en base a una adquisición de los derechos que traten de hacer valer (en virtud de una cesión fiduciaria), tendrían que justificar ese título revestido de todos los requisitos necesarios para que hagan fe en juicio. Y esto, en la inmensa mayoría de los casos, es imposible. Los derechos ejercitados se refieren, como hemos dicho antes, a todo un repertorio, donde hay centenares de miles de obras y prestaciones y otros tantos titulares. No hay que hacer ningún esfuerzo intelectual para percatarse de que la aportación de la documentación correspondiente a esos derechos, obras y prestaciones es impracticable. Máxime si a esto se añade la consideración de que este problema se plantea día a día y no en un solo pleito, sino en múltiples procesos tramitados simultáneamente y en los más diversos lugares.

Lo mismo cabe afirmar en el caso de actuación en nombre ajeno, — que es la forma de actuar, por ahora, única para los legisladores latinoamericanos—, en el que la prueba habría de versar sobre los correspondientes poderes de representación para los que, normalmente, se exige la forma

pública o un requisito análogo de autenticidad. E importa retener que esta clase de actuación se da siempre que el repertorio de la sociedad esté constituido por obras y prestaciones de titulares extranjeros. Porque el número de estos titulares que confía la gestión a la sociedad nacional de manera directa es escasa y lo normal es que pertenezca a la sociedad nacional de manera directa es escasa y lo normal es que pertenezcan a la sociedad de su país (como mandatarios o como cesionarios) y sea ésta la que haga el encargo a la local mediante contrato de representación recíproca (generalmente) o unilateral. En estos supuestos, el problema se complica hasta el infinito⁵¹.

Se impone, por tanto, que el legislador haga colación a estas organizaciones de una legitimación específica, que les exonere de todas esas cargas y les habilite para realizar su función, y no sólo con efectos en el ámbito procesal, sino en la extrajudicial, aunque, teniéndolo en el primero, produciría necesariamente análogas consecuencias en el segundo, ya que a nadie se le ocurrirá negar esa legitimación en el plano de las relaciones contractuales si, posteriormente, ha de aceptarla al llevar la cuestión a juicio⁵².

51 No sería suficiente con aportar estos contratos, en los que sólo hay una referencia genral al repertorio objetos de los mismos y que además se celebran en forma privada. Puestos a pedir, habría que acreditar la relación de mandato o de cesión de estos autores con su respectiva sociedad, escritos en las más variadas lenguas y con sus respectivas traducciones; y los documentos de los que resulte su titularidad de las obras integradas en los repertorios de las sociedades respectivas. Y todo ello mediante copias, que deberán ser atencadas, porque esas sociedades no se desprenderán de los originales. Hablar aquí de prueba diabólica es no decir nada.

52 Así ocurre en la ley italiana (art. 164), en la que, por incorporar el sistema de sociedad de gestión única y oficial o pública, podría parecer menos necesaria esta legitimación. (Vid. M. FABIANI, *Società...*, cit. en nota 10, pág. 9). Fuera de este marco, aunque bajo el modelo del ejercicio de la actividad

Una fórmula de esa legitimación es la que se encuentra en el párrafo segundo del art. 38 de la ley francesa de 3 de julio de 1.985 (que viene a reiterar, en cierta forma, el párrafo segundo del art. 65 de la ley de 1.957)⁵³. La ley peruana de 3 de noviembre de 1961, casi traduce al español las disposiciones aludidas en su artículo 148⁵⁴. La doctrina francesa más autorizada sostiene que, de acuerdo con la referida disposición de la ley de 1985, antes de la de 1.957⁵⁵, es necesario y suficiente que los estatutos se refieran al ejercicio del derecho que se trata de hacer valer, para que la acción ejercida por la sociedad de gestión sea admitida, sin que se le pueda oponer la regla de que "nul ne plaide par procureur". El significado actual de esta regla no es el de no admitir la representación en pleitos, sino el de que, admitida esa representación ("lato sensu"), ello no debe conducir a que desaparezca del proceso el nombre del representado⁵⁶. Y como quiera

que esa representación o actuación en base a los estatutos comporta la no mención de las personas interesadas (y con ella, la supresión del deber de acreditar la relación que exista entre el que acciona y el interesado —autores o sus derechohabientes), es necesario una forma que excepcione la mencionada regla, cual es el citado artículo 38 de dicha ley (de 1985, antes 65 de la de 1957, y, en la actualidad, art. L.321-1 del vigente Código de la Propiedad Intelectual).

Otra fórmula de atribución de esa legitimación, con diferentes palabras, pero con la misma finalidad, es la del artículo 135 de la ley española en el que se dispone que las entidades de gestión una vez autorizadas (no antes), estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales. Lo

que quiere decir que, el ejercicio de los derechos administrativos por ellas (que, naturalmente, no pueden ser otros que aquéllos cuya gestión se le ha confiado) no precisa de otro título, por ministerio de la ley, que sus propios estatutos. Los contratos suscritos entre la entidad y sus miembros (socios y simplemente administrados), y entre ésta y las organizaciones extranjeras de su clase, sólo tienen, en principio, efectos internos —ya veremos cuándo han de aflorar "ad extra"—. Esta legitimación merece tres consideraciones.

En primer término, justifica un régimen jurídico muy estricto y un control del Poder público sobre estas organizaciones, no ya en su entrada en funcionamiento, sino en el modo y manera de realizar su actividad gestora. Porque no se puede otorgar una situación tan privilegiada a una entidad que carezca de un repertorio importante de obras y prestaciones, o que, habiéndolo tenido, lo haya

de gestión absolutamente reservado a las autorizadas administrativamente, encontramos disposiciones análogas en la ley alemana de 1965, modificada por la de 1985 (§ 13). Y del mismo modo, en las leyes francesas de 1957 y 1985, precedentes más inmediatos de la ley española, respecto de cuyo artículo 135, la jurisprudencia anda dividida. De estas disposiciones nos volveremos a ocupar más adelante. En el documento OMPI/UNESCO Evaluación..., cit. en nota 10, pág. 389, con relación a la piratería se expresa lo siguiente: "3) Pour éliminer la piraterie, les Etats devraient prendre des mesures efficaces (...). Les mesures en question devraient comprendre au moins les éléments suivants: (...) g) (...) des présomptions en faveur des plaignants au regard de la titularité du droit d'auteur". En relación con las sociedades de gestión M. FICSOR escribe respecto de las licencias generales o globales, que son su forma de contratar más característica: "Cette solution juridique devrait nécessairement inclure une condition fondamentale du bon fonctionnement d'un système de licences globales, à savoir la présomption légale que l'organisation a le pouvoir de gérer le droit sur toute oeuvre visée par la licence globale et de représenter le titulaire du droit dans toute procédure judiciaire (Gestión..., op. cit. en nota 3, pág. 76).

53 El texto de la citada disposición de la ley de 1985 es del siguiente tenor: "Ces sociétés civiles (de perception et de répartition des droits d'auteur et des droits voisins) régulièrement constituées ont qualité pour ester en justice pour la défense des droits dont elles ont statutairement la charge". La redacción del anterior art. 65 de la ley de 1957 es la siguiente: "Les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ont qualité pour ester en justice pour la défense des intérêts dont ils ont statutairement la charge".

54 El párrafo primero de dicho artículo dice así: las Asociaciones de Autores ejercerán plena representación legal de sus asociados, en la medida que establezcan sus Estatutos, sin otro requisito que la presentación de éstos o, en su defecto, del Certificado del Registro Nacional de Derecho de Autor que le acredite dicha representación".

55 H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, París, 1.978, pág. 591, en relación con el art. 62, párrafo segundo, de la ley de 1957. Respecto a la exclusión de la citada regla, vid. C. JOUBERT, *Les sociétés de perception et de répartition des droits*, RIDA, 1.986 n° 128, pág. 157.

56 Vid. entre otros procesalistas, a G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Sirey, París, 1.984, pág. 149.

perdido posteriormente, o que utilice su "status" en perjuicio de los titulares administrados o de los terceros.

En segundo lugar, dicha legitimación no excusa a la sociedad de gestión de poner a disposición del solicitante de una licencia la documentación normalmente utilizada por estas organizaciones, a fin de que el potencial contratante pueda conocer, mediante consulta "in situ" en la sede social, la extensión y el contenido del repertorio administrado y decidir si le interesa o no el uso del mismo.

En tercer término, esta legitimación no opera de forma absoluta, sino que puede decaer: a) en el caso de «utilizaciones singulares» (una o varias obras o prestaciones determinadas), si el explotador ha obtenido la autorización directamente de sus titulares (tratándose del ejercicio de un derecho exclusivo por parte de la entidad) o de otra organización habilitada en ese campo, o ha satisfecho a su titular o a una sociedad autorizada un derecho simple remuneración, siempre que, en el primer caso, ese derecho no esté configurado como de gestión colectiva obligatoria; y b) cuando de utilizaciones masivas e indiscriminadas, es decir, de "repertorios", se trate, si el utilizador en cuestión hubiera obtenido una licencia o hubiera satisfecho el derecho de remuneración a otra sociedad—de aquí que, para no perder el

beneficio de esta legitimación, de existir varias concurrentes, éstas habrían de actuar conjuntamente.

En cualquiera de los casos mencionados en el último párrafo del número anterior, toda controversia sobre la validez de la autorización otorgada al usuario o sobre la legitimidad del pago realizado, habrá de dilucidarse por los medios de prueba ordinarios (entrando en juego los contratos celebrados con los administrados o con la sociedad extranjera representada). De aquí que la legitimación de la que hablamos deba ser calificada de «presuntiva» ("iuris tantum"), puesto que corresponde al explotador o usuario aportar la prueba que permita enervarla.

Una cierta perplejidad se desprende del artículo 49 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En ella se establece, siguiendo la comentada disposición de la ley española, que las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administración y judiciales. La consideración de los referidos contratos, como títulos legitimadores, introduce un factor discordante en el tipo de legitimación—por categorías de obras y de derechos y de naturaleza

presuntiva (simple)—que se quiere otorgar a las sociedades de gestión que, además de dividir los repertorios de esas organizaciones, con discriminación del correspondiente a los autores extranjeros, abre una gran incógnita sobre la suerte que puede correr en la práctica la propia disposición. Evitar esa incógnita será la misión de los Legislativos nacionales al complementar la disposición comentada o la de los correspondientes Ejecutivos al ejercer su potestad reglamentaria en desarrollo de la misma. En defecto de producción normativa de una u otra clase, tocará a la jurisprudencia despejarla.

5. Disposiciones de salvaguardia del interés de los titulares administrados

La fuerte posición que estas sociedades ostentan (cuando efectivamente la tienen), o están llamadas a ostentar, en el ejercicio de los derechos, obliga al legislador a establecer ciertas disposiciones de salvaguardia del derecho de los autores y demás titulares. Ya hemos hablado de la individualidad sustancial del derecho de autor. En consideración a este carácter, la primera cuestión que se ha planteado es la de qué derechos deben ser tomados a su cargo por una sociedad de gestión colectiva. Cuestión respecto de la que se ha dicho que "requiere una respuesta relativamente simple y que se puede formular así: tan pocos derechos como sea posible y

tantos como sea necesario⁵⁷. El problema está en saber dónde están los límites más allá de los cuales esa posibilidad es ilusoria⁵⁸ y dónde comienza esa necesidad. Cuando examinamos las clases de gestión colectiva y, particularmente, la gestión colectiva necesaria, hicimos referencia a esta cuestión.

Fuera de la cuestión examinada, poco más se puede decir del alcance de la gestión colectiva. Sólo cabe una descripción, que aquí ha de ser muy somera, de los sectores en los que actúan las sociedades de gestión, especialmente de autores. Atendiendo al tipo de explotación, y según la práctica de estas organizaciones, el campo en el que más se han desarrollado es en el de las explotaciones secundarias, y especialmente con relación a las obras musicales ("pequeños derechos": derechos de reproducción mecánica, ejecución pública, radiodifusión, cable). Sin embargo, en lo que respecta a las obras dramáticas (y demás creadas para la escena - "grandes derechos"), el contrato de representación (que consiste en una utilización primaria) ha tenido también encaje en la gestión colectiva, existiendo en muchos países (España, entre ellos)

sociedades de autores de obras de este género. La razón está en que esta gestión, cuando no se trata de explotaciones a gran escala, es lo suficientemente flexible como para dejar al autor ejercer su libertad de autorizar o no la representación de su obra, sin perjuicio de representarlo a otros efectos (en estos casos, como ya sabemos, se habla de representación colectiva y autorización individualizada). Y gracias a esta flexibilidad, la gestión colectiva se ha podido extender a otras clases de obras y explotaciones en las que los autores no quieren o no pueden ser plenamente sustituidos por la entidad (obras audiovisuales, obras impresas - contratos de producción, licencias para utilización de obras en bases de datos)⁵⁹.

Pero no es el alcance de la gestión colectiva lo que realmente es causa de preocupación ante un eventual abuso de estas organizaciones. Son otras cuestiones. Una reglamentación de estas sociedades no puede dejar de establecer determinadas disposiciones que impidan una vinculación excesiva del titular con su sociedad (a perpetuidad, o por un plazo muy dilatado) o de un alcance más

amplio que el necesario para que ésta ejerza su función⁶⁰ (todos los derechos globalmente considerados). Pero una vinculación no excesiva no es equiparable a ninguna vinculación, como se desprende de algunas leyes latinoamericanas, que declaran al titular en libertad de aceptar o no lo realizado en su nombre por la sociedad gestora.

Esta cuestión ofrece un particular interés en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes y en relación con aquellos derechos exclusivos cuyo ejercicio requiere la presencia física del titular. En estos supuestos, la relación con la sociedad de gestión no puede privar al artista de su libertad personal de realizar o no su prestación, ni restringirla fuera de lo razonable. Algunas legislaciones, con fundamento en estas consideraciones, prohíben la cesión (fiduciaria) de estos derechos a la sociedad de gestión, no permitiendo otra forma de vinculación que la del mandato; otras admiten la cesión, pero hacen la oportuna reserva en favor de la decisión personal del artista.

También se salvaguardan los intereses de los administrados

57 M. MÖLLER, *Gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins. L'expérience de la République fédérale d'Allemagne*, LDA, 1988, pág. 512.
58 D. GAUDEL, en *Forum* cit. en nota 10, pág. 4.

59 M. FICSOR, en su obra *Gestion...*, cit. en nota 3, págs. 9-56, describe los siguientes campos en los que se da la administración colectiva de los derechos: obras musicales (pequeños derechos); reproducción mecánica (fonografía y audiovisual); obras dramáticas (grandes derechos); "droit de suite"; reprografía; cable y copia privada.

60 Lamentablemente, estos principios han sido declarados en el marco de una normativa diferente a la del derecho de autor. Nos referimos a la sentencia del TJCE de 21-3-1974 (BRT c. SABAM). De esta suerte, algo tan propio del derecho de autor como la preservación de su ejercicio, aparece dejado a la aplicación de las normas sobre la competencia económica. Esto ha sido utilizado para degradar injustamente la imagen de las sociedades de autores. Vid. J.L. TOURNIER, *Les sociétés...*, cit. en nota 10. La ley española tiene sobre este particular dos preceptos: el art. 137 (obligación de administrar) y 138.1 (relativas a los contratos que se celebren entre la sociedad y sus miembros).

obligando a la organización a que tome las medidas adecuadas contra prácticas de manipulación realizadas por los usuarios de su repertorio, capaces de pervertir la administración de los derechos y de interferir en las decisiones de sus órganos de gobierno. A este propósito, la ley española, siguiendo de cerca la jurisprudencia administrativa de la Comisión de la Unión Europea, ha establecido un precepto por el que "las entidades de gestión deberán establecer en sus estatutos las adecuadas disposiciones para asegurar una gestión libre de influencias de los usuarios de su repertorio y para evitar una injusta utilización preferencial de sus obras" (art. 138.2).

Asimismo, esta reglamentación ha de ocuparse de que el "reparto" de las remuneraciones se lleve a cabo correctamente. Ya esto provee, por ejemplo, la ley española, al disponer que el reparto de los derechos recaudados se efectuará equitativamente entre los titulares de las obras y prestaciones utilizadas, con arreglo a un sistema premeditado en los estatutos y que excluya la arbitrariedad, debiendo reservarse a los titulares de ellas una participación en los derechos proporcional a la utilización⁶¹.

Para asegurar el cumplimiento de esas obligaciones, es necesario también que el legislador establezca las normas pertinentes

que hagan transparente el funcionamiento de las entidades. A tal efecto, es conveniente disponer que el balance y la documentación contable sean sometidos a verificación por expertos y su dictamen se dé a conocer a los miembros de la sociedad (art. 141 de la ley española).

Hasta aquí hemos hablado de la protección de los intereses de los titulares administrados por la sociedad. Pero la peculiar posición de estas organizaciones en el mercado de los derechos obliga a no olvidar los **intereses de los titulares extraños** a los pactos de las sociedades con los usuarios. Independientemente de la obligación de administrar, a la que se refiere el apartado c) del artículo 45 de la Decisión 351 (análoga a la del art. 137 de la ley española), pero en relación con la misma, hay que tener en cuenta que las sociedades de gestión, si bien actúan por sus administrados, en determinadas ocasiones (gestión colectiva completa y usuarios a gran escala) sus contratos afectan a titulares que en el momento de celebrarlos no son administrados de la organización. Este hecho es fácil de comprobar si pensamos que la adhesión de nuevos compositores a una sociedad no implica, por lo general, un incremento en las remuneraciones estipuladas con un gran número de usuarios (empresarios de discotecas, organismos de radiodifusión,

operadores-cable, etc.). Otra cosa sería el caso de las licencias por reproducción de obras en fonogramas.

Sin embargo, el problema que se plantea es el de en qué medida se puede justificar la incorporación forzosa (para ellos y para la organización) de esos terceros a los contratos establecidos por una sociedad con determinados usuarios, sin ser discriminados en relación con los miembros de ella⁶². En realidad, este problema concierne a las utilidades secundarias y, más concretamente, a las que se efectúan por medio de la distribución por cable de programas radiodifundidos y a la reprografía (no para uso personal o privado). En estos casos se habla de una cierta "colectivización" del derecho de autor, en base a la cual se postula que esos titulares externos puedan aprovecharse de las cantidades recaudadas por la sociedad que haya concluido esos pactos, siempre que sus obras se hayan utilizado "de facto" al amparo de la confianza que los mismos inspiran a los usuarios. La fórmula que se propone por algunos es la constituida en las legislaciones de los países nórdicos y que se conoce con el nombre de "pacto colectivo extendido". Por la parte de los usuarios, este pacto tiene la ventaja para ellos de ponerlos a reguardo de toda reclamación promovida por tales titulares. Sin embargo, este

⁶¹ En relación con las operaciones de reparto, descuentos, etc., vid. U. UCHTENHAGEN, *Problèmes...*, cit. en nota 10.

⁶² Sobre este punto, vid. G. KARNELL, *Les relations...*, cit. en nota 10, págs. 51-54.

expediente ha merecido diversas críticas, ya que —se dice— no hay forma de asegurar la condición exigida en esas leyes de que la sociedad de gestión que haya concluido esos pactos tenga una representatividad efectiva, con los que las consecuencias de la limitación que suponen dichos pactos al derecho exclusivo, si esa representatividad no se diere o fuere falseada, pueden ir mucho más lejos de lo aceptable. Por ello —se concluye—, parece mejor solución que el legislador, en estos casos, establezca una gestión colectiva necesaria que permita, en caso de coexistencia de dos o más sociedades, la elección por el titular de la más representativa. Así ha procedido la Directiva sobre cable de la Unión Europea.

6. Disposiciones en interés de los usuarios

Es en este ámbito (el de las relaciones de las sociedades de gestión con los usuarios) donde la protección de los intereses se manifiesta más conflictiva. Nos referimos, en particular, a las condiciones económicas de las licencias y, en general, de los contratos otorgados por las sociedades de gestión y las diferentes categorías de usuarios. Con ellas hacemos tránsito a la normativa sobre la competencia

económica, bajo la que se ha venido a situar el derecho de autor y las organizaciones creadas para la efectividad de éste, sin tener en cuenta la especificidad de uno y otras⁶³ —las sociedades de artistas y las de productores de fonogramas ofrecen una problemática distinta—.

Porque, aun concentrándose en estas organizaciones un gran poder económico, se constituyen por necesidades intrínsecas de los derechos gestionados y no para dominar el mercado. Como ha sido señalado⁶⁴, los autores se agrupan con la finalidad en práctica el ejercicio de sus derechos, que de otra manera no les sería posible. Esa imposibilidad excluye la hipótesis de un desenvolvimiento de su actividad (la del ejercicio de los derechos) en una posición de competencia. Por consiguiente, la reunión de sujetos que acontece en estas sociedades no limita una concurrencia que de otro modo sería irrealizable. Bajo este aspecto y el de su naturaleza de organizaciones cuasi-sindicales⁶⁵ ha parecido pacífico en la doctrina y en algunas jurisdicciones nacionales que los contratos de la sociedad con sus miembros y con otras sociedades no se consideren como aquéllos que dan lugar a concentraciones horizontales de influencia en el mercado. Y desde esta perspectiva, tiene también sus

dificultades hablar de abuso de posición dominante, faltando (como falta) la referencia a una situación de competencia efectiva en la gestión de los derechos, la cual pueda utilizarse para apreciar que una sociedad determinada ha llevado a efecto lo que no habría podido hacer en dicha situación (que nunca ha existido en parte alguna). Independientemente del hecho, bastante frecuente, de producirse la confrontación de la sociedad de gestión, no con uno o varios usuarios, sino con todo un sector de ellos, reagrupados “de iure” o “de facto”, lo que excluye o hace muy discutible la posición de dominio de aquélla. En estos casos, habrá de tomarse en consideración en qué parte está el buso, si en la de los oferentes (sociedad de gestión) o en la de los demandantes (usuarios reagrupados).

No obstante estas observaciones, es un hecho que la jurisprudencia viene haciendo aplicación de las aludidas normas, creando una situación de riesgo para el derecho exclusivo y de cierta desestabilización para las sociedades de gestión. Examinando la motivación de algunas resoluciones, hay fundamento para dudar de si lo que se proponen es remover un abuso de posición dominante o lo que pretenden es sustituir a la sociedad de gestión en la fijación de las

63 Sobre esta materia, vid. los estudios de J.A. ZIEGLER, *Les sociétés...*, y J.L. TOURNIER y C. JOUBERT, *Gestion collective...*, citados en nota 10.

64 M. FABIANI, *Società...*, cit. en nota 10, pág. 18.

65 Vid. A. DIETZ, *Le droit d'auteur...*, cit. en nota 10, párrafo 572.

remuneraciones. Si esto es así, hay que preguntarse dónde queda el derecho exclusivo.

El análisis de la actual jurisprudencia del Tribunal Europeo⁶⁶ parece patrocinar la tesis de una competencia entre las sociedades de derechos musicales de los países comunitarios, a las que les prohíbe que nieguen a cualquier explotador de la Unión Europea el acceso directo a sus respectivos repertorios. Teniendo en cuenta que esos repertorios, en virtud de la limitación territorial de los contratos de representación, son únicamente los "propios" de cada sociedad, se destruirían las ventajas de las licencias generales, obligando a los usuarios a proveerse de tantas licencias como

sociedades haya en el Comunidad y, por otra parte, no se garantizaría ningún beneficio a las empresas explotadoras que tendrían, lógicamente, que soportar en cada licencia el coste de los servicios de control que cada entidad extranjera ha de desarrollar en el Estado de residencia de éstas. Mientras tanto, se pone en cuestión, en cierta manera, el sistema internacional de protección articulado por dichas sociedades, con perjuicio para todos los autores de la Comunidad⁶⁷. Claro que si a esos contratos de representación se les aplica la doctrina de la "«intra-brand» competition"⁶⁸, podemos asegurar que no es la territorialidad de tales contratos lo único que se va a quedar fuera de juego.

Naturalmente, toman las precauciones necesarias para que las controversias entre las entidades y los usuarios se plantee con seriedad por parte de éstos y sin merma de la posición que necesitan esas entidades para concluir una negociación con resultados equitativos —art. cit. 2. Como vía de solución extrajudicial de esas diferencias, establecen una instancia arbitral de carácter voluntario —art. 143—. Y (en el caso de la ley española) considerando que hay obras (las literarias, dramáticas, etc.) y explotaciones (las utilizaciones singulares) que, por su forma de contratación, están al margen de toda idea de competencia, las excluye de dichas disposiciones —art. 142.3—⁶⁹.

⁶⁶ Sentencias del TJCEE de 13-7-1989 (SACEM).

⁶⁷ Estas consideraciones explican las severas reservas de A. DIETZ a dicha jurisprudencia (Das Urheberrecht..., cit. en nota 25, párrafo 430).

⁶⁸ Sentencia Hasselblad TJCEE, de 21 de febrero de 1984.

⁶⁹ En la ley suiza de 1992, encontramos una disposición similar para las obras teatrales (art. 40.1, a).