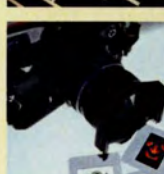




La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos



por Dr. Mihály FICSOR



ORGANIZACIÓN
MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD
INTELLECTUAL

GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

por
Dr. Mihály FICSOR

Ginebra, 2002



ORGANIZACIÓN
MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD
INTELECTUAL

ÍNDICE

	<i>página</i>
PRÓLOGO	7
<i>Capítulo 1</i> INTRODUCCIÓN	9
<i>Capítulo 2</i> EXPOSICIÓN RAZONADA Y FUNCIONES DE LOS DOS SISTEMAS BÁSICOS DE EJERCICIO CONJUNTO DE DERECHOS: GESTIÓN COLECTIVA Y GESTIÓN DE DERECHOS	
Observaciones preliminares	15
Funciones de las organizaciones de gestión colectiva	18
Gestión de derechos comparable a la de una agencia	23
Gestión conjunta de los derechos de remuneración	25
<i>Capítulo 3</i> ACTIVIDADES DE LA OMPI RELATIVAS A LA GESTIÓN COLECTIVA Y OTROS SISTEMAS CONJUNTOS DE EJERCICIO DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS	
Observaciones preliminares	27
Estatutos tipo de las organizaciones de gestión colectiva	30
Análisis intensivo de los problemas de la gestión conjunta	30
Los "Tratados Internet" y la gestión conjunta	34
El Foro Internacional de Sevilla y otras reuniones de "aportación de ideas"	36
El Programa de la OMPI de Cooperación para el Desarrollo	37
<i>Capítulo 4</i> PRINCIPALES ÁMBITOS Y FORMAS CARACTERÍSTICAS DE LA GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE AUTOR, LA CONCESIÓN DE LICENCIAS CENTRALIZADA, Y OTRAS FORMAS DEL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS	
Observaciones preliminares	39
Gestión colectiva de los "derechos de interpretación y ejecución" sobre las obras musicales de "pequeños derechos"	39
Gestión conjunta de los "derechos de reproducción mecánica"	52

Gestión colectiva de los derechos sobre obras dramáticas	61
Gestión conjunta colectiva del derecho de "suite"	64
Gestión conjunta de los derechos de reproducción reprográfica	70
Gestión conjunta de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas	84
Gestión conjunta de derechos sobre la retransmisión por cable de programas radiodifundidos	91
Gestión conjunta de derechos sobre la copia privada de fonogramas y obras audiovisuales	96

Capítulo 5

LA GESTIÓN COLECTIVA Y OTROS SISTEMAS CONJUNTOS DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS ANTE LOS DESAFÍOS DE LOS NUEVOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y ECONÓMICOS

Observaciones preliminares	101
El efecto de las nuevas posibilidades de ejercicio individual de los derechos sobre la gestión conjunta	102
Soluciones tecnológicas a los problemas planteados por las nuevas tecnologías; sistemas electrónicos de gestión de derechos	105
Las nuevas estructuras de gestión ante el fenómeno de las producciones de multimedios y la distribución en línea de contenido multigénero	114
Concesión de licencias de explotación del derecho de autor y los derechos conexos en la Red Mundial de Información	119
Tendencias a la concentración, la regionalización y la mundialización	129

Capítulo 6

ALGUNAS CUESTIONES GENERALES RELATIVAS A LA GESTIÓN COLECTIVA Y OTROS SISTEMAS DE EJERCICIO CONJUNTO DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

Observaciones preliminares	135
Ámbitos en los cuales pueden justificarse la gestión colectiva u otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos	137
¿Una organización o varias organizaciones para la gestión de derechos distintos y para diferentes categorías de titulares de derechos?	140
¿Una organización o varias organizaciones para la gestión de los mismos derechos para la misma categoría de titulares de derechos?	144
Organizaciones de gestión de derechos – ¿públicas o privadas?	145

Gestión conjunta obligatoria	147
Gestión conjunta para titulares de derechos que no han otorgado a la organización poder para representarlos	148
Supervisión gubernamental de la creación y el funcionamiento de las organizaciones de gestión conjunta	151
Supervisión del gobierno para evitar los posibles abusos de una situación de monopolio, de facto o de jure, de las organizaciones de gestión conjunta	154
Control de las utilidades y recaudación de la remuneración	157
Costos de gestión	157
Falta de distribución de ciertas sumas recaudadas para determinados titulares de derechos a título individual	158
Uso de fondos percibidos por cuenta de los titulares de derechos con fines que no sean sufragar los costos efectivos y la distribución	159
El principio de la no discriminación contra quienes no son miembros	164
Funciones distintas a las de la gestión conjunta de derechos	165

Capítulo 7

CONCLUSIONES

167

PRÓLOGO

Desde hace varios años, las nuevas tecnologías y los métodos de transmisión de obras a través de redes digitales mundiales, tales como Internet, dejan sentir su influencia en el ámbito de la protección del derecho de autor y los derechos conexos y, en particular, en la observancia de tal protección. La función de la gestión colectiva de los derechos cuya esencia misma ha sido puesta a prueba, entre otras cosas, por las presiones de esas tecnologías, se ha visto ahora fortalecida, quedando claramente confirmada la necesidad de su existencia. Los distintos tipos de sistemas nacionales o regionales de protección, adaptados a las diferentes categorías de obras protegidas y diseñados para responder a las exigencias de los titulares de derechos sobre tales obras permiten que éstos perciban las regalías correspondientes al uso de sus creaciones.

La presente obra aborda el complejo universo de la gestión del derecho de autor y los derechos conexos, que abarca todas las formas de gestión conjunta y colectiva de los derechos de los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. Desde lo conocido como gestión tradicional hasta la gestión centralizada, pasando por la "ventanilla única" y las "licencias colectivas ampliadas", las diversas cuestiones analizadas pondrán al lector al tanto de algunos de los aspectos más específicos de los problemas que plantean las tecnologías digitales y permitirán una mejor comprensión de sus consecuencias. En la presente obra se desmitifican y clarifican ciertas concepciones modernas de la gestión conjunta de los derechos que han surgido como consecuencia del incremento de los productos multimedia, del desarrollo de nuevos medios de transmisión de las obras y de su puesta a disposición del público a través de Internet, así como de la clara tendencia a considerar que el mundo está siendo arrasado por la

globalización. Por último, se presenta un análisis temático que será de utilidad para quienes deseen profundizar ciertas cuestiones generales relacionadas con la gestión colectiva y demás sistemas de ejercicio conjunto de los derechos.

La formidable tarea consistente en organizar estos conceptos, disipar dudas y ofrecer una imagen clara de lo que, a comienzos del siglo veintiuno, significa para los grupos interesados la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos constituye, sin lugar a dudas, un desafío al que el Dr. Mihaly Ficsor, autor de esta publicación, ha respondido con toda naturalidad. Su carrera como abogado y Director General de ARTISJUS, sociedad húngara de gestión colectiva, sumada a sus numerosos años de experiencia internacional, entre ellos, cinco como Subdirector General de la OMPI, me incitaron a sugerirle que escribiera el libro que hoy nos presenta y que, en realidad, es un complemento del que publicó hace diez años sobre el mismo tema y que sigue siendo un material de consulta inestimable.

Deseo agradecer al autor el haber emprendido esta labor animado por sus grandes dotes jurídicas y técnicas, así como por su generosidad literaria, virtudes ampliamente reconocidas por sus amigos y antiguos colegas.

Esta obra constituirá sin duda alguna una valiosa fuente de información para abogados y especialistas en derecho de autor y derechos conexos, y para todos aquellos que tengan que ver con la gestión colectiva de los derechos en los distintos países del mundo.



Kamil Idris
Director General
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

1. En 1989, las Asambleas competentes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) solicitaron a la Oficina Internacional de la OMPI que preparase un estudio que sirviera de orientación a legisladores y gobiernos en lo que entonces se denominaba la "administración colectiva" del derecho de autor y los derechos "conexos".

2. El autor de este libro tuvo el honor de preparar el estudio solicitado por las asambleas, con el título "Administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos". Describía el mismo los principales ámbitos y las formas características de la "administración colectiva" del derecho de autor y los derechos "conexos", analizaba las cuestiones fundamentales relativas a dicha "administración" y, en conclusión, resumía ciertos principios generales de la creación y el funcionamiento de sistemas de "administración colectiva".

El estudio se dedicaba en lo fundamental a dos preguntas:

- ¿cuáles son los elementos y las condiciones necesarios en un sistema de "administración colectiva" adecuado y eficiente?
- ¿qué condiciones deben cumplirse para que tal sistema sea compatible con las obligaciones internacionales respecto de la protección del derecho de autor y de los derechos "conexos", en particular, con las disposiciones mínimas y el principio del trato nacional del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (el Convenio de Berna) y con la Convención Internacional para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (la Convención de Roma).

3. El original del libro fue escrito en inglés y publicado en dicho idioma en 1990 (Publicación de la OMPI N°688 (E)). Más adelante se publicó en francés ("*Gestion collective du droit d'auteur*", N° 688(F)) y en español ("*Administración Colectiva del Derecho de Autor*", N° 688(S)). Con autorización de la OMPI, el estudio fue también traducido y publicado en otros idiomas como el chino, el japonés y el ruso.

4. Desde 1990, se han producido adelantos rápidos y espectaculares en el campo del derecho de autor y los derechos "conexos". No corresponde sobrecargar este prefacio con una descripción detallada de estos adelantos, bastante conocidos por otra parte. Parece suficiente hacer referencia a los mismos por algunas palabras clave: el advenimiento de nuevas tecnologías – o al menos, la incidencia más enérgica y generalizada de las mismas – en particular, la tecnología digital y las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones con el resultado espectacular de su convergencia en Internet; la aparición de nuevos géneros de creación y de nuevas maneras de explotar obras y objetos de derechos conexos; las tendencias hacia la mundialización en el comercio, junto con una serie de consecuencias en lo económico, social y cultural; el surgimiento de nuevas normas internacionales, en particular, como resultado del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante el Acuerdo sobre los ADPIC), y los "Tratados Internet" de la OMPI: el que se ha dado en llamar Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT, *WIPO Copyright Treaty*) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT, *WIPO Performances and Phonograms Treaty*).

Todos estos cambios también han incidido en el campo de lo que ahora se denomina gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos. Plantearon en este campo desafíos nuevos, y exigieron una reacción rápida en muchos frentes – desde la modificación del alcance y las formas de la gestión colectiva, pasando por la creación de nuevas alianzas y "coaliciones" y hasta la modernización de los mecanismos técnicos y jurídicos.

5. Como la tecnología digital – con Internet – aportó los cambios más fundamentales, la atención se centró principalmente en la misma. La OMPI organizó un "Foro Internacional de la OMPI sobre el ejercicio y la gestión del derecho de autor y los derechos conexos ante los desafíos de la tecnología

digital" en Sevilla (España), en mayo de 1997. Los varios cientos de participantes en el foro analizaron la cuestión de si los principios contenidos hacia el final del estudio de 1990, previamente mencionado, podían seguir siendo considerados aplicables en el nuevo entorno, o si habían quedado obsoletos. La respuesta casi unánime a este planteo fue que los principios, dado su carácter general y ajeno a la tecnología, seguían siendo válidos; y que a lo sumo, lo único que podría resultar necesario sería adaptarlos o completarlos para que reflejen las nuevas realidades y puedan responder a los nuevos desafíos.

6. Liderada por el nuevo Director General, Dr. Kamil Idris, la OMPI acrecentó sus actividades en todos los campos de la gestión colectiva – desde el asesoramiento a gobiernos y legisladores acerca de la reglamentación de la creación y el funcionamiento de las organizaciones de gestión colectiva, pasando por el "fortalecimiento institucional" en los países en desarrollo y los "países en transición", hasta el seguimiento y estudio de los nuevos adelantos tecnológicos y cambios jurídicos, junto a la propuesta de orientación sobre cómo reaccionar ante los mismos.

Como parte de estas actividades acrecentadas, surgió la necesidad de retomar el estudio de 1990; el autor de dicho libro se vio honrado por la invitación a preparar una versión actualizada. Se acordó mantener la estructura básica del libro, consistiendo la actualización tan sólo en una adaptación y no en volver a escribirlo por completo. Se sugirió también que la nueva versión se centrara, más que en una descripción pormenorizada de los sistemas de gestión existentes pero gradualmente cambiantes, en los aspectos sociales, económicos, jurídicos y culturales más generales que pueden conservar su pertinencia en el futuro.

7. Parece necesario indicar las razones que dictan una terminología algo novedosa: por qué se utilizan las expresiones "gestión colectiva" en lugar de "administración colectiva" y, en inglés, "*related rights*" en lugar de "*neighbouring rights*" (que en español se traducen ambas como "derechos conexos"); y por qué se hace también referencia a otros sistemas conjuntos de ejercicio de los derechos (aunque el título del libro, en aras de la brevedad, se refiere tan sólo a la forma mejor conocida y más fundamental de la gestión conjunta, a saber, la gestión colectiva).

8. Tres son las razones que justifican el reemplazo de la palabra "administración" usada en el estudio de 1990 por la palabra "gestión": en primer lugar, tiene una connotación "oficial", con el consiguiente peligro de confundirla con las "administraciones de derecho de autor" (expresión usada con frecuencia para referirse a las autoridades responsables, dentro de la estructura de gobierno, del ejercicio de las funciones del estado en el campo del derecho de autor); en segundo lugar, la palabra no expresa en grado suficiente la naturaleza necesariamente proactiva del funcionamiento de las organizaciones que se ocupan del ejercicio colectivo de los derechos. Y en tercer lugar, en el idioma inglés la expresión "*collective management*" se corresponde mejor con la expresión de uso general del francés "*gestion collective*", así como con el equivalente español "gestión colectiva" el cual, pese a la traducción previamente mencionada del título del estudio de 1990, es mucho más aceptada y de uso más general que "administración colectiva".

9. Aunque en el título no se hace referencia a ella, se usa otra expresión en el libro como alternativa a la gestión colectiva propiamente dicha, y es (en inglés) "*rights clearance*". Se traduce como "gestión de derechos" en español, y a las organizaciones que tienen a su cargo un sistema tal de ejercicio de los derechos "*rights clearance organizations*" (organizaciones de gestión de derechos) o "*rights clearance centres*" (centros de gestión de derechos). En realidad, este sistema de ejercer derechos ya existía – aunque de forma algo marginal – cuando se publicó el estudio de 1990. Pero mientras tanto ha surgido como una alternativa posible – y en algunos casos, como desafío – a la gestión colectiva propiamente dicha. En este libro el término "gestión colectiva" sólo se usa para referirse a aquellas formas de ejercicio conjunto de los derechos cuando existen aspectos verdaderamente "colectivizados" (tales como tarifas, condiciones de concesión de licencias y normas de distribución); cuando esas formas están respaldadas por una comunidad organizada; y cuando la organización atiende a objetivos colectivos más allá del mero cumplimiento de las tareas de la gestión de derechos (cosa típica tratándose de la gestión de derechos de autores y artistas intérpretes o ejecutantes). Por contraste, las "organizaciones de gestión de derechos" son aquellas que llevan a cabo el ejercicio conjunto de los derechos sin que el sistema tenga algún elemento colectivizado real; simplemente, se ofrece a los usuarios una fuente única en la cual obtener una autorización y pagar por la misma. La remuneración puede ser – y a menudo, lo es – individualizada,

y lo que implica no se puede calificar como "distribución" sino más bien como transferencia a cada titular de derechos de aquello que le corresponde (esto es típico de los derechos de los cuales son titulares productores y editores).

10. En este libro se ha elegido la expresión "ejercicio conjunto" o "gestión conjunta" como término genérico que abarca tanto la gestión colectiva como la gestión de derechos, pero que se extiende también a algunos sistemas nuevos que no resultan fáciles de encajar en ninguna de estas dos categorías; son por ejemplo las alianzas o "coaliciones" de organizaciones de distintos tipos, las "organizaciones de ventanilla única", o la combinación de organismos de recaudación estatales con organizaciones privadas que se ocupan de la distribución.

En la literatura jurídica se usa a veces la expresión "gestión centralizada" o "concesión de licencias centralizada" como término genérico. Dos son las razones por las cuales, en este libro, no se usa este término a nivel genérico: en primer lugar, como se verá en el Capítulo V, la expresión "concesión de licencias centralizada" se aplica también a una forma específica de gestión conjunta, a saber, la utilizada para conceder licencias de derechos de reproducción mecánica en el caso de los productores de fonogramas multinacionales; y en segundo lugar, existen ciertos sistemas de ejercicio conjunto de los derechos en los cuales llamaría a error hablar de una gestión "centralizada", ya que numerosos elementos de los mismos son de naturaleza descentralizada.

11. En inglés, la expresión "*related rights*" también se usó en el pasado, en estudios jurídicos, conferencias y también documentos de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, como alternativa a "*neighboring rights*". La OMPI usó fundamentalmente esta última en sus documentos y estudios: "*neighboring rights*" (al menos en inglés; en francés se usó "*droits voisins*", pero en español, por ejemplo, se usó "derechos conexos", que corresponde a "*related rights*"). Sin embargo, lo que importa señalar es que ningún tratado internacional incluye en su texto cualquiera de las dos expresiones. Por ejemplo, el instrumento básico en este campo – la Convención de Roma – habla simplemente de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión. Con la adopción del Acuerdo sobre los ADPIC, en

abril de 1994, se dio una situación nueva. El Acuerdo utiliza el término "*related rights* – véase el título de la Sección 1 de su Parte II.". Como con esto la comunidad internacional había elegido una expresión "oficial", la OMPI – con toda justificación – también adaptó su terminología (véase, por ejemplo, el nombre del nuevo organismo permanente de la OMPI en este campo: "*Standing Committee on Copyright and Related Rights*" – el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos). Esta terminología se ha seguido también en este libro.

12. En el presente libro se presentan, en primer lugar, una exposición razonada y las funciones de la gestión colectiva y de otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos (Capítulo II); en segundo lugar se esbozan los objetivos y actividades de la OMPI en el campo de la gestión conjunta (Capítulo III); en tercer lugar se describen las formas más típicas de la gestión colectiva y la gestión de derechos (Capítulo IV); en cuarto lugar se analizan los desafíos que plantea la tecnología digital, en particular Internet, y las tendencias hacia la concentración, la regionalización y la mundialización – junto con las posibles respuestas a las mismas (Capítulo V); en quinto lugar se hace un breve análisis temático de algunas cuestiones generales de la gestión colectiva y otros sistemas de ejercicio conjunto de derechos (Capítulo VI); y en sexto lugar se proponen algunas conclusiones generales relativas a la creación y el funcionamiento de sistemas de gestión colectiva y otros sistemas de ejercicio conjunto del derecho de autor y los derechos conexos.

13. El autor del presente libro agradece a la OMPI por haberle brindado la posibilidad de actualizar el estudio de 1990, así como por haber puesto a su disposición los medios necesarios para ello. El autor agradece también a todos aquellos que estuvieron dispuestos a compartir con él sus conocimientos, su experiencia y sus opiniones en este campo, así como información acerca de acontecimientos recientes. Agradece en particular a Eric Baptiste, Ang Kwee Tiang (CISAC), Bernard Miyet (SACEM), Thierry Desurmont (SDRM), Eduardo Bautista, Francisco Aguilera y Antonio Delgado (SGAE), Tarja Koskinen-Olsson (KOPIOSTO), Jürgen Becker (GEMA), Marvin Berenson (BMI), Péter Gyertyánfy (ARTISJUS), David Lester (MCPS-PRS), Willem Vanrooij (STEMRA), Gerhard Pfennig (Bild-Kunst), Stephanie Faulkner (IFRRO), Jean Vincent (FIM), Abel Martín (AISGE), Nils Bortloff (IFPI) y Hein Endlich (AGICOA).

Capítulo 2

EXPOSICIÓN RAZONADA Y FUNCIONES DE LOS DOS SISTEMAS BÁSICOS DE EJERCICIO CONJUNTO DE DERECHOS: GESTIÓN COLECTIVA Y GESTIÓN DE DERECHOS

Observaciones preliminares

14. El derecho exclusivo de los autores a explotar sus obras o autorizar su explotación a terceros constituye un elemento fundamental del derecho de autor y esa facultad, cuando está reconocida, también es importante para los beneficiarios de los derechos conexos (como ya se ha indicado, este término comprende los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, pero en una acepción más amplia también abarca otros derechos, tales como los derechos de los editores sobre las disposiciones tipográficas de sus publicaciones que reconocen algunos países con tradición de derecho consuetudinario (*common law*), los derechos de los productores de la "primera grabación de una película" introducidos por directivas de la Comunidad Europea; así como los derechos *sui generis* de los creadores de bases de datos también previstos en la directiva pertinente de la CE).

15. Los derechos exclusivos se caracterizan a menudo como derechos a autorizar, o los derechos a autorizar o prohibir, la realización de ciertos actos. Estos son prácticamente sinónimos. Ello es así porque la naturaleza exclusiva de un derecho significa que su titular – y sólo su titular – está en posición de decidir si autoriza o prohíbe un acto cualquiera abarcado por dicho derecho; y obviamente, el derecho de autorización también implica el derecho a no autorizar – y por ende prohibir – un acto. Es también esencial señalar que los derechos exclusivos – independientemente de la posibilidad de prohibir ciertos actos – no son básicamente de naturaleza negativa. Su verdadero propósito no es únicamente el que, apoyados en ellos, los titulares de los derechos puedan excluir a otros de la explotación de obras (o de objetos de derechos

conexos; en adelante, cuando se haga referencia a "obras", y del texto no surja lo opuesto, se aludirá también a objetos de derechos conexos). El titular de un derecho exclusivo puede hacerlo, pero el verdadero valor de este derecho es que garantiza que las obras se explotarán de manera que corresponda a los propósitos e intereses del titular del derecho. El objetivo de la gestión colectiva, así como de otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos, es el ofrecer las vías y los medios para lograr esto en determinadas situaciones.

16. Es evidente que un derecho exclusivo puede disfrutarse, en la medida más plena, si su titular puede ejercerlo por sí mismo e individualmente. En tal caso, el titular del derecho conserva el control de la explotación y la difusión de su obra, puede decidir personalmente en qué condiciones se puede usar su obra y a cambio de qué remuneración, y también puede controlar más o menos de cerca si se respetan debidamente sus derechos morales y patrimoniales. Cabe señalar, sin embargo, que esto es del todo cierto sólo si los distintos titulares de los derechos – tales como los autores – pueden ejercer sus derechos en forma directa. Desde este punto de vista, merece señalarse que uno de los resultados de las tendencias a la concentración y la convergencia es el surgimiento de un fenómeno nuevo; se trata de la creación de enormes repertorios, de propiedad de grandes empresas o complejos conglomerados de medios. La gestión de estos repertorios ("catálogos", "bibliotecas", etcétera) se parece, en algunos casos, a la gestión conjunta del derecho de autor y los derechos conexos (por ejemplo: en algunos casos se utilizan tarifas uniformes, con una técnica de autorización similar a la concesión de licencias generales, aunque tal licencia sólo abarque un repertorio privado y no el repertorio mundial entero). En este libro no se considerará la gestión de dichos repertorios como gestión *colectiva* o como algún otro sistema de ejercicio *conjunto* de derechos, ya que la titularidad de los derechos se halla *concentrada en un único propietario*; la fuente centralizada de autorización no emana de varios (por lo general, muchos) titulares de derechos, sino que es resultado de dicha concentración de titularidad.

17. Cuando se creó el sistema internacional de derecho de autor hubo algunos derechos – en primer lugar, el de interpretación o ejecución pública de las obras musicales no dramáticas – cuyo ejercicio individual no parecía posible; no, al menos, de manera razonable y efectiva. Desde entonces, con las

oleadas siempre renovadas de nuevas tecnologías, ha ido ampliándose constantemente la esfera en que el ejercicio individual de los derechos es imposible o, por lo menos, no resulta práctico. Hasta el advenimiento de la tecnología digital y la red mundial interactiva, parecían ser cada vez más los casos en que los titulares de derechos no podían controlar la utilización de sus obras, negociar con los usuarios y recaudar de ellos una remuneración.

18. En tales casos surge, una y otra vez, la idea de que si los derechos exclusivos correspondientes no pueden ejercerse en la forma individual y tradicional, deberían anularse o limitarse a un simple derecho a remuneración. Sin embargo, no se justifica la afirmación (se trata de un típico *non sequitur*) de que un derecho deba suprimirse, o limitarse considerablemente, porque no sea posible ejercerlo en la forma en que se ejerció tradicionalmente.

19. La razón por la que muchas veces los derechos de autor y/o los derechos conexos no pueden ejercerse individualmente, es que las obras de que se trata son utilizadas por un gran número de usuarios, en lugares distintos y en diferentes momentos. Los particulares, en general, carecen de capacidad para controlar todas esas utilidades, negociar con los usuarios y recaudar las remuneraciones.

20. En una situación así, no hay razón para llegar a la conclusión de que se necesita un sistema de concesión de licencias no voluntarias. Existe una opción mucho más adecuada, que es la gestión colectiva (o algún otro sistema de ejercicio conjunto) de los derechos exclusivos.

21. En el marco de un sistema de gestión colectiva, los titulares de derechos autorizan a las organizaciones de gestión colectiva a controlar el uso de sus obras, negociar con los posibles usuarios, concederles licencias a cambio de una remuneración adecuada basada en un sistema de tarifas y, dadas las condiciones adecuadas, recaudar dicha remuneración y distribuirla entre los titulares de derechos. Esto puede considerarse como una definición básica de la gestión colectiva; sin embargo, tal como se analizará más adelante, la naturaleza colectiva de la gestión puede tener (y a menudo, efectivamente tiene) algunas otras funciones que van más allá del ejercicio colectivo de los derechos en un sentido estricto.

22. Resulta claro que, con la gestión colectiva, el control que ejercen los titulares de derechos sobre determinados elementos del ejercicio de sus derechos se vuelve indirecto; pero, si el sistema de gestión colectiva funciona de forma adecuada, estos derechos pueden con todo conservar algunas características de su naturaleza exclusiva y – aunque por vías colectivas – pueden prevalecer bajo las condiciones que justifican un nivel razonable de "colectivización".

23. Si bien el sistema de gestión colectiva sirve primordialmente los intereses de los titulares del derecho de autor y derechos conexos, tal sistema también ofrece grandes ventajas a los usuarios, quienes pueden así tener acceso a las obras que necesitan de forma sencilla en una fuente única, y – ya que la gestión colectiva simplifica las negociaciones, el control de las utilidades y la recaudación de las regalías – con bajos costos de transacción.

24. En el párrafo 21 se han presentado los elementos de un sistema completo de gestión colectiva. Sin embargo, existen algunos casos en que los titulares de derechos no autorizan a la organización de gestión colectiva a realizar todas las funciones que allí se mencionan, sino sólo algunas de ellas. Por ejemplo, como se describe en el Capítulo III, los autores de obras dramáticas dejan la negociación colectiva y la fijación de un acuerdo marco con los representantes de los teatros, etcétera, a cargo de sus sociedades – siendo ésta una de las razones por las cuales un sistema así se puede calificar como de gestión colectiva, aun cuando parcial – pero, por lo general, conciertan contratos directamente con los teatros y sólo confían a la organización de gestión colectiva el control de las representaciones, la recaudación de las remuneraciones y su transferencia.

Funciones de las organizaciones de gestión colectiva

25. Las primeras sociedades de autores se fundaron en Francia. Al principio, las funciones de las asociaciones profesionales – luchar, entre otras cosas, por el pleno reconocimiento y el respeto de los derechos de los autores – se combinaron con elementos, entonces en surgimiento, de la gestión colectiva de derechos.

26. La fundación de la primera sociedad de este tipo estuvo íntimamente relacionada con el nombre de Beaumarchais. Éste libró las batallas jurídicas contra los teatros que se resistían a reconocer y respetar los derechos patrimoniales y morales de los autores. Esas batallas victoriosas dieron origen, por iniciativa de Beaumarchais, a la fundación, en 1777, del *Bureau de législation dramatique*, transformado más tarde en la *Société des auteurs et compositeurs dramatiques* (SACD), la primera asociación que se ocupó de la gestión colectiva de los derechos de los autores (y que sigue trabajando exitosamente, para satisfacción de todos sus miembros y de la comunidad cultural).

27. Honoré de Balzac, Alejandro Dumas, Víctor Hugo y otros escritores franceses tomaron el relevo más de medio siglo después, en la esfera literaria, al fundar la *Société des gens de lettres* (SGDL), cuya asamblea general se reunió por primera vez a fines de 1837 (otra sociedad que sigue existiendo y floreciendo).

28. Estas sociedades no eran, sin embargo, organizaciones de gestión colectiva en el sentido que tiene actualmente el concepto de dichas organizaciones. Los hechos que condujeron a una gestión colectiva plenamente desarrollada comenzaron en 1847, cuando dos compositores, Paul Henrion y Víctor Parizot, y un escritor, Ernest Bourget, apoyados por su editor, presentaron una demanda contra el "*Ambassadeurs*", un "café-concert" de la Avenida de los Campos Eliseos de París. Consideraban – cosa fácil de comprender – que existía una contradicción flagrante en que ellos tuvieran que pagar por los asientos y la comida en el "*Ambassadeurs*", mientras que nadie manifestaba intención alguna de pagarles por sus obras, que interpretaba la orquesta. Tomaron la valiente - y lógica - decisión de no pagar hasta que también a ellos se les pagase. Los autores ganaron el pleito; el propietario del "*Ambassadeurs*" fue obligado a pagar una importante suma como remuneración. Con aquella decisión judicial se abrían grandes y nuevas posibilidades para los compositores y letristas de obras musicales no dramáticas. No obstante, era evidente que no les sería posible controlar y asegurarse individualmente de que se respetaban los nuevos derechos que se les reconocían. La comprensión de este hecho dio origen en 1850 a la fundación de una agencia colectiva, poco después sustituida por la *Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (SACEM) que funciona – con gran éxito – hasta hoy día.

29. Hacia fines del siglo XIX y durante los primeros decenios del siglo XX se crearon, en casi todos los países europeos y también en algunos otros, organizaciones de autores similares (llamadas en inglés *performing rights societies* – sociedades de derechos de interpretación o ejecución). Pronto surgió la cooperación entre estos organismos por medio de contratos bilaterales de representación mutua de los repertorios de cada uno, y se manifestó la necesidad de un órgano internacional que coordinase sus actividades y contribuyera a una protección más eficaz de los derechos de los autores en todo el mundo. En junio de 1926, los delegados de 18 sociedades fundaron la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC). Las afiliaciones a la CISAC han crecido en forma constante e incluyen en la actualidad, además de las sociedades de derechos de interpretación y ejecución (que siguen siendo el núcleo de la confederación), sociedades que se ocupan de la gestión de otros derechos sobre distintas categorías de obras.

30. El objetivo fundamental de las sociedades miembros de la CISAC – su fundamento y su misma razón de ser – es la gestión colectiva de los derechos de los autores. Esto también aparece reflejado en los estatutos de la CISAC. Conforme a su Artículo 5, sólo pueden ingresar en la CISAC como miembros ordinarios las sociedades que administran derechos de los autores.

31. Conforme al mismo artículo de los estatutos de la CISAC, debe entenderse por una sociedad que realiza la gestión de derechos de los autores una organización que:

- i) tenga por finalidad, y asegure efectivamente, el fomento de los intereses morales de los autores y la defensa de sus intereses materiales;
- ii) cuente con mecanismos eficaces para la recaudación y distribución de las regalías de derecho de autor y asuma la plena responsabilidad de las operaciones correspondientes a la gestión de los derechos que se le confíen;
- iii) no ejerza también, a menos que sea como actividad secundaria, la administración de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, los organismos de radiodifusión u otros titulares de derechos".

Una organización que cumpla tan sólo la primera o la segunda de las condiciones mencionadas, únicamente puede ingresar en la CISAC como miembro asociado.

32. Estas disposiciones de los estatutos de la CISAC indican que las sociedades de autores son algo más que únicamente "mecanismos eficaces para la recaudación y distribución de las regalías de derecho de autor". Sus tareas se extienden, por lo general, al "fomento de los intereses morales de los autores y la defensa de sus intereses materiales". El cumplimiento de esta última tarea sólo resulta posible si estas sociedades tienen detrás suyo una verdadera comunidad de creadores con metas comunes claramente definidas, con una estructura organizativa adecuada a la canalización de los esfuerzos conjuntos, con estatutos y reglamentos que expresan la unidad y solidaridad profesionales, y que ofrezcan garantías suficientes de cumplir con los nobles objetivos del "fomento de los intereses morales" y la "defensa de los intereses materiales" de los creadores.

Estos intereses pueden a veces ser comunes a los intereses de los propietarios de derechos conexos, pero en algunos aspectos se pueden plantear conflictos de intereses. Ésta es la razón que subyace al punto iii) de la disposición, previamente citada, de los estatutos de la CISAC.

33. La naturaleza colectiva de las actividades de las sociedades de la CISAC (pero a este respecto, las actividades de las organizaciones miembros de otras organizaciones no gubernamentales internacionales que se ocupan de la gestión colectiva de los derechos de individuos creativos, antes que las entidades jurídicas – organizaciones tales como IFOR, FIM, FIA, AIDAA, etc. – son similares en muchos aspectos) va más allá de la gestión colectiva en un sentido estricto, y más allá de las acciones conjuntas orientadas a un mejor reconocimiento legislativo y social de los intereses y derechos legítimos de sus miembros. Se manifiesta a menudo a través del cumplimiento de algunas funciones sociales comunes y por la promoción de la creatividad, sirviendo así no sólo a los intereses de sus propios miembros, sino también a los del público en general.

34. Los legisladores y los gobiernos de numerosos países alientan en forma explícita a este tipo de organizaciones a cumplir dichas funciones, que van más allá de hacerse cargo de un mero mecanismo técnico y jurídico de gestión de derechos. Esto es particularmente cierto en aquellos países con una tradición de "derecho civil", "europeo", en los cuales el sistema de derecho de autor está particularmente centrado en el creador, y en los cuales – en

vista de la estrecha relación interna entre las obras y sus creadores – se reconocen los derechos de los autores como formando parte de los derechos humanos, y en los cuales el fomento de la creatividad basado en el reconocimiento de esta particular relación es la razón de ser de la protección del derecho de autor. En estos países, el legislador también tiende a intervenir para asegurar que siga prevaleciendo esta naturaleza del derecho de autor, y para garantizar que el ejercicio y el goce de los derechos quede en manos de los distintos creadores iniciales o, al menos, en manos de sus organismos colectivos (en lugar de ser transferidos a organismos empresariales en cuya gestión no tienen verdadero peso). Esto se logra, entre otras vías, por medio de la restricción del ámbito de los derechos que pueden ser transferidos (en lugar de otorgar simples licencias basadas en los mismos), a través de la reglamentación de los contratos de derecho de autor a fin de proteger los intereses de los individuos creadores en su calidad de partes más débiles, e incluso a través de la introducción de derechos inalienables a la remuneración ("derechos residuales") para dichos creadores – que habitualmente sólo pueden ser ejercidos por medio de sistemas de gestión colectiva – en los casos en que transfieran sus derechos u otorguen licencias exclusivas a los explotadores de sus creaciones.

35. Las funciones culturales y sociales de las organizaciones de gestión colectiva revisten particular importancia en los países en desarrollo, en los cuales se necesitan a menudo esfuerzos adicionales para fortalecer la capacidad creativa. Por lo general, lo mismo cabe afirmar acerca de países importadores netos (a menudo, los más pequeños) en los cuales, por medio de un cumplimiento eficiente de dichas funciones, las organizaciones nacionales de gestión colectiva podrán lograr dos objetivos de importancia: en primer lugar, podrán contribuir a preservar la identidad cultural nacional; y segundo, podrán mejorar la aceptación pública del derecho de autor cuando – lamentablemente – el sistema en sí se encuentra a menudo en una posición de "relaciones públicas" bastante débil y muy a la defensiva.

36. Por todas estas razones resulta también necesario que los interlocutores extranjeros – organizaciones hermanas de gestión colectiva, conglomerados de medios y, en general, titulares de derechos – reconozcan la importancia de las mencionadas funciones más complejas de las sociedades de autores e intérpretes o ejecutantes, y estén dispuestas a cooperar con las mismas. Pue-

de tratarse aquí de algo más que una mera cuestión de generosidad o solidaridad. Puede tratarse de una visión de futuro, o hasta de un simple cálculo frío por el cual se reconoce que así podrán alcanzar mejor y con más eficiencia sus objetivos generales en un mundo globalizado, en el cual sería un error hacer caso omiso de la situación del derecho de autor en cualquier país dado.

Gestión de derechos comparable a la de una agencia

37. También a las empresas titulares de derechos – productoras, editoriales, etcétera – les resulta inevitable o al menos conveniente en ciertos casos, a los efectos de ejercer tanto sus derechos exclusivos como un simple derecho de remuneración, formar una organización o asociarse a una existente que pueda ocuparse del ejercicio conjunto de sus derechos. Aunque algunas de ellas – por ejemplo, los editores de música de varios países – son miembros de verdaderas organizaciones de gestión colectiva y aceptan las tradiciones y reglas de las mismas, algunas otras prefieren optar por otras formas de ejercicio de los derechos, con el menor número posible de elementos "colectivizados". Esto lleva a una actividad del tipo de la agencia, en la cual la única, o casi la única, actividad del sistema conjunto es la recaudación y transferencia de las regalías de la forma más rápida y precisa posible, al menor costo posible, y tan en proporción como sea practicable con el valor y la utilización real de las producciones. El tipo más desarrollado de este sistema del tipo de la agencia es aquel en el cual están también individualizadas las tarifas y las condiciones de otorgamiento de la licencia. Así, el único elemento conjunto del sistema es el hecho de que ofrece una única fuente de licencias, con una significativa reducción de los costos de transacción tanto para los titulares de los derechos como para los usuarios.

38. La decisión de los titulares de derechos, de crear y hacer funcionar un sistema así, es totalmente comprensible y legítima. Se debe también tomar en cuenta que el hecho de que prefieran un régimen tan estricto y de naturaleza comercial, no significa que no estén dispuestos a invertir en la promoción de sus intereses conjuntos o en el reconocimiento y estímulo de los esfuerzos creativos. Es, simplemente, que optan por elegir otras vías y medios de hacerlo como, por ejemplo, a través de sus organizaciones profesionales y sectoriales.

39. Las verdaderas organizaciones de gestión colectiva y los organismos como éstos, del tipo de la agencia, pueden muy bien existir y funcionar unos junto a otros en condiciones de "coexistencia pacífica". También pueden crear alianzas – "coaliciones" – con el fin de promover intereses comunes, o juntos ejercer y hacer valer ciertos derechos.

40. Al mismo tiempo, es posible que se planteen conflictos entre los dos sistemas, derivados de concepciones filosóficas y estratégicas distintas, que cumplen objetivos más o menos diferentes, y que a veces se basan en consideraciones jurídicas, económicas, culturales y políticas distintas. Los aliados tradicionales de los autores y compositores – tales como los editores de música – pueden cambiarse de bando. Ello puede a veces deberse al simple hecho de que pasan a formar parte de empresas más grandes y/o de conglomerados de medios, los cuales prefieren un sistema del tipo de la agencia antes que compartir los objetivos y valores de un verdadero sistema colectivo. También a los creadores individuales les pueden resultar tan atractivas las ventajas (presuntas o reales) de sumarse al otro "club" que renuncian a la solidaridad con sus pares y se convierten en partes de un régimen del tipo de la agencia. Es probable, sin embargo, que lo hagan no en forma directa sino que a través de una relación contractual con los organismos empresariales a cargo del sistema. Estos cambios, en particular si se generalizan, pueden alterar el equilibrio existente en el campo de la protección, el ejercicio y la aplicación del derecho de autor y los derechos conexos, hasta tal punto que se plantee la posibilidad de una intervención legislativa o judicial en algunos países con fuertes tradiciones jurídicas centradas en el autor. Puede que en estos países, conforme a dichas tradiciones, se considere necesario proteger a las sociedades de creadores a fin de que puedan conservar y fortalecer su posición, y seguir cumpliendo todas sus complejas funciones económicas, sociales y culturales, como elementos indispensables de la política de derecho de autor de estos países. Esto puede ocurrir, por ejemplo, a través de la imposición de la obligatoriedad de la gestión colectiva de ciertos derechos por medio de la prohibición de la cesión de derechos que, en consecuencia, sólo pueden ser ejercidos de forma colectiva. También puede darse a través de la introducción de un "derecho residual" de los creadores individuales que "sobrevive" a la cesión de derechos, y que por lo general va asociado a la gestión colectiva de dichos "derechos residuales".

Gestión conjunta de los derechos de remuneración

41. Existe una forma de sistemas de gestión conjunta parcial que requiere mención especial: se trata de la gestión de los simples derechos de remuneración (donde el sistema de gestión no es completo, ya que no son plenos los derechos en sí que se administran por no ser derechos exclusivos).

42. Sin embargo, es importante señalar que pueden haber diferencias bastante importantes entre los diversos derechos de remuneración desde el punto de vista de sus orígenes y su papel en las políticas de derecho de autor. En algunos casos se trata de limitar un derecho exclusivo a un derecho de remuneración (por ejemplo, el caso de la copia privada y la reproducción reprográfica, para los cuales en muchos países el derecho exclusivo de reproducción se limita a un simple derecho de remuneración). En otros casos, el derecho en sí está establecido como un simple derecho de remuneración (como el derecho de "suite" o los "derechos del Artículo 12" – según se analiza en el Capítulo IV – de los artistas intérpretes o ejecutantes y/o los productores de fonogramas); y en otros casos, el derecho de remuneración es un "derecho residual", según se indicó previamente (por ejemplo, la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea (CEE) N° 92/100 de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de arrendamiento o alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, ha introducido un derecho así – un "derecho irrenunciable a una remuneración equitativa" – para autores y artistas intérpretes o ejecutantes con respecto al arrendamiento o alquiler de los fonogramas y las obras audiovisuales (a los cuales se han incorporado, respectivamente, sus obras o interpretaciones)).

Capítulo 3

ACTIVIDADES DE LA OMPI RELATIVAS A LA GESTIÓN COLECTIVA Y OTROS SISTEMAS CONJUNTOS DE EJERCICIO DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

Observaciones preliminares

43. La importancia creciente de la gestión conjunta del derecho de autor y los derechos conexos fue reconocida a mediados de la década de 1970 por los organismos competentes de la OMPI y de la UNESCO que se ocupaban de los nuevos problemas de derecho de autor planteados por las nuevas tecnologías. En esa época, estos organismos celebraban a menudo sesiones conjuntas, y tenían proyectos y temas de orden del día en común. (Las intensas actividades conjuntas se debían a que la Convención Universal sobre Derecho de Autor (UCC), administrada por la UNESCO, desempeñaba entonces un papel mucho más importante en las relaciones internacionales de derecho de autor que en la actualidad. Por ejemplo, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética, así como varios países de América Latina, sólo eran partes en dicha Convención. Desde entonces, sin embargo, la abrumadora mayoría de los países parte en la UCC se han adherido al Convenio de Berna. Como el Convenio de Berna se aplica entre los países parte en ambas convenciones, la importancia de la UCC ha disminuido en gran medida).

44. Los Subcomités del Comité Ejecutivo de la Unión de Berna y el Comité Intergubernamental de la UCC que trataron las cuestiones de derecho de autor planteadas por la reproducción reprográfica en Washington, en junio de 1975, estudiaron las diversas opciones elaboradas por un grupo de trabajo anterior (tales como sistemas contractuales, licencias no voluntarias, gravámenes sobre los equipos) pero en la breve resolución – además de la afirmación de que cabía a cada país resolver los problemas planteados por esta nueva forma de reproducción por medio de la adopción de medidas pertinentes, en armonía con las convenciones internacionales – los Subcomi-

tés reconocieron en forma concreta una sola manera posible de responder a estos nuevos desafíos; se decía en ella que "en los Estados en los cuales tiene amplia difusión el uso de procesos de reproducción reprográfica, corresponde a dichos Estados considerar, entre otras medidas, alentar la creación de sistemas colectivos de administración del derecho de remuneración".

45. El Grupo de Expertos OMPI/UNESCO sobre la reproducción privada no autorizada de grabaciones, radiodifusiones y materiales impresos, reunido en Ginebra en junio de 1984, confirmó la necesidad de la gestión conjunta respecto de todas las clases de reproducción privada. Se afirmó que en el caso de la "grabación en el hogar" (es decir, la copia privada de fonogramas y obras audiovisuales), era preciso reconocer un derecho de remuneración, el cual debería ser ejercido en forma conjunta.

46. El segundo período de sesiones del Comité de Expertos Gubernamentales OMPI/UNESCO sobre los problemas de derecho de autor derivados del uso de ordenadores para el acceso a las obras o la creación de obras, en su reunión celebrada en París en junio de 1982, formuló recomendaciones acerca de los derechos relacionados con el almacenamiento y la recuperación de obras protegidas mediante ordenadores. En ellas se destacó que dichos usos deberían basarse en acuerdos contractuales, contraídos sea en forma individual o a través de un sistema de gestión conjunta. Sin embargo, se afirmó en las deliberaciones que, por la rapidez de la evolución tecnológica, el ejercicio de los derechos de los autores en forma individual se estaba tornando extremadamente difícil en esa esfera, y que la verdadera alternativa de la introducción de licencias no voluntarias era la gestión conjunta de los derechos. (Como se analiza más adelante en el Capítulo V, las opciones posibles que se han identificado en el ínterin se han hecho más numerosas y más diversas).

47. Se prestó mucha atención a la gestión conjunta en los "Principios anotados sobre la protección de los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en relación con la distribución de programas por cable", adoptados en la reunión de los Subcomités del Comité Ejecutivo de la Unión de Berna y los Comités Intergubernamentales de la UCC y de la Convención de Roma, celebrada respectivamente, en Ginebra en diciembre de 1983, y aprobados posteriormente por los tres Comités. Los Principios anotados destacaban que, en el

caso de la retransmisión por cable de programas radiodifundidos, la concesión de los derechos programa por programa por parte de cada uno de los titulares de derechos era imposible en la práctica, y que en tales casos la gestión conjunta era la solución adecuada. Varios de los principios se referían a los detalles y las garantías necesarias para un funcionamiento adecuado de esta forma de ejercicio de los derechos.

48. El Grupo de Expertos OMPI/UNESCO sobre el alquiler de fonogramas y videogramas, en su reunión celebrada en París en noviembre de 1984, declaró en las conclusiones que aprobó que "la gestión y el otorgamiento de licencias puede requerir, especialmente cuando los titulares de derechos son muy numerosos, medidas legislativas que faciliten la negociación de licencias y sus medios de aplicación, que den lugar preferentemente a una administración colectiva de los derechos." Sin embargo, en esa reunión se registró una oposición bastante viva a la idea de hacer que el disfrute del derecho de alquiler dependiera de la gestión conjunta (lo cual se había propuesto en el documento de trabajo como alternativa). En el informe de la reunión se expresa, entre otras cosas, lo siguiente: "Los representantes de los productores cinematográficos y varios otros participantes declararon que, con respecto a las condiciones especiales de producción y comercialización de las obras cinematográficas, las empresas necesitaban el control de cada forma de utilización de sus producciones, y que el alquiler o préstamo de videogramas debía quedar exceptuado de la administración colectiva de los derechos incluidos en ellos. En su opinión, la industria cinematográfica estaba en condiciones de controlar el alquiler o préstamo de cada videograma en forma individual... Algunos expertos estimaron que no podía obligarse a los autores a encomendar a una sociedad la administración de sus derechos" y "manifestaron su preocupación porque el sistema de administración colectiva podría convertirse fácilmente en un régimen de licencias no voluntarias, particularmente respecto a los autores y productores que no encomendaran la administración a la sociedad mediante una autorización colectiva para representarles". Los debates de esta reunión, según se reflejan en los pasajes previamente citados de este informe, llamaron nuevamente la atención respecto al hecho de que los derechos exclusivos valen más si pueden ser ejercidos de forma individual por los titulares mismos de los derechos, y también respecto a los posibles conflictos entre aquellos que desean conservar la posibilidad de ejercerlos y quienes desean aplicar un sistema de gestión conjunta al mismo derecho.

Estatutos tipo de las organizaciones de gestión colectiva

49. Mientras se celebraban las reuniones antes mencionadas sobre las nuevas formas de utilización que surgían con las nuevas tecnologías, la OMPI y la UNESCO llevaban adelante – parcialmente en paralelo – un proyecto conjunto que se centraba en la administración colectiva en sí. El Comité de Expertos Gubernamentales sobre la redacción de un estatuto tipo para instituciones administradoras del derecho de autor en los países en desarrollo, se reunió en dos oportunidades: en junio de 1980 en París y en octubre de 1983 en Ginebra. En su segunda reunión adoptó dos Estatutos tipo de organismos de gestión de los derechos de los autores: uno para instituciones públicas y otro para sociedades privadas. Por el mandato conferido al Comité, éste debía concentrar su atención en los aspectos de organización y en la situación jurídica de las organizaciones de gestión colectiva, y por lo tanto no efectuó ningún análisis de los problemas de fondo de dicha gestión.

50. En la esfera de los derechos conexos correspondió al Subcomité del Comité Intergubernamental de la Convención de Roma, en su reunión de enero y febrero de 1979 en Ginebra, analizar en detalle los problemas de la gestión conjunta de tales derechos. El Subcomité adoptó una recomendación que contenía un subcapítulo sobre "Directrices para la creación y funcionamiento de sociedades colectivas para los derechos del Artículo 12". (por "derechos del Artículo 12", mencionados previamente y analizados a continuación, se entiende el derecho, según el Artículo 12 de la Convención de Roma, de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, a una remuneración equitativa por la radiodifusión o por cualquier comunicación al público de fonogramas publicados con fines comerciales).

Análisis intensivo de los problemas de la gestión conjunta

51. Desde 1985, se ha prestado aún más atención que antes, en los programas de la OMPI, a los problemas de la gestión colectiva, y esta vez se han enfocado las cuestiones más substantivas y más generales de esta forma de ejercer el derecho de autor y los derechos conexos.

52. En el período comprendido entre octubre de 1985 y febrero de 1986, se publicaron siete amplios estudios en las revistas mensuales de la OMPI "Copyright" y "*Le Droit d'auteur*" con el título conjunto de "La administración colectiva del derecho de autor". Los siguientes autores trataron los temas que se indican (por orden de publicación de los artículos): "La administración colectiva del derecho de autor en los países en desarrollo", por el Sr. Salah Abada; "Desarrollo y objetivos de la administración colectiva del derecho de autor" por el Dr. Mihály Ficsor; "Las organizaciones administradoras de derechos de ejecución musical en los Estados Unidos de América: características especiales, limitaciones y actitudes públicas", por el Prof. John M. Kernochan; "Administración colectiva: relaciones entre las organizaciones de autores y los usuarios de obras", por el Sr. Michael Freegard; "Problemas técnicos de la administración colectiva del derecho de autor", por el Dr. Ulrich Uchtenhagen; "Relaciones entre los autores y las organizaciones que administran sus derechos", por el Prof. Gunnar Karnell; y "La administración colectiva y la legislación sobre competencia", por el Sr. Jean-Loup Tournier y el Sr. Claude Jobert.

53. La publicación de esta serie de artículos formó parte de la preparación del Foro Internacional de la OMPI sobre la administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, que se celebró en Ginebra en mayo de 1986. Asistieron al Foro unos 160 participantes (representantes gubernamentales, observadores de organizaciones intergubernamentales y de organizaciones internacionales no gubernamentales, así como público en general (predominantemente representantes e integrantes de diversas organizaciones de gestión colectiva)).

54. El Dr. Arpad Bogsch, entonces Director General de la OMPI, habló de los objetivos del Foro en los siguientes términos: "Con la evolución tecnológica desenfadada, la administración colectiva de esos derechos se está convirtiendo en una forma cada vez más importante de ejercicio del derecho de autor y de los derechos conexos. Teniendo en cuenta su importancia creciente, es preciso prestarle mucha más atención, tanto en el plano nacional como en el internacional. Deben elaborarse y aplicarse garantías de correcto funcionamiento de los sistemas de administración colectiva, para asegurar que no den origen a versiones disfrazadas de regímenes de licencias no voluntarias ni a una injustificada colectivización de los derechos."

55. Durante los tres días de duración del Foro, presentaron sus trabajos 21 oradores invitados. Eran principalmente representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales interesadas en el campo de las organizaciones de gestión conjunta (CISAC, FIM, FIA, IFPI, IPA, UER) y organizaciones nacionales similares de todo el mundo: África, América, Asia, Australia y el Pacífico y Europa; de países desarrollados y en desarrollo, y de países con economía de mercado y con economía planificada (en esa época esta última categoría conservaba toda su pertinencia). La presentación de los diversos trabajos fue seguida de debates abiertos a todos los participantes.

56. Al término del Foro, los participantes adoptaron una Declaración en la que, entre otras cosas, manifestaban la opinión de que "el establecimiento de sistemas de administración colectiva debe estimularse cuando no sea viable la concesión de licencias individuales y como alternativa preferible a las licencias no voluntarias, incluso cuando tales licencias pudieran admitirse conforme al Convenio de Berna ... y a la Convención de Roma". La Declaración manifestaba que los participantes verían con agrado "que la OMPI continuara fomentando la conciencia de los gobiernos y los círculos interesados, respecto de la importancia de los sistemas adecuados de administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos e impulsara nuevas deliberaciones internacionales en esta materia". Consideraban conveniente "que la OMPI reúna, estudie y ponga a disposición de los gobiernos y los círculos interesados respectivas informaciones" sobre diversos aspectos de la gestión conjunta del derecho de autor y los derechos conexos y que "siga prestando especial atención a la prestación de asistencia en la creación o el fortalecimiento de los sistemas de administración colectiva en los países en desarrollo."

57. El estudio de los aspectos jurídicos y prácticos de la gestión conjunta continuó en el mismo período de programa (1986-87), en que la OMPI, junto con la UNESCO, concentró su programa en materia de derecho de autor y derechos conexos en los problemas relativos a diversas categorías de obras. Los resultados de las deliberaciones sobre nueve categorías de obras por una serie de reuniones de comités de expertos gubernamentales, se completaron posteriormente por un Comité de Expertos Gubernamentales para la evaluación y síntesis de principios sobre diversas categorías de obras, que se reunió en junio y julio de 1988 en Ginebra. Se elaboraron diversos principios – acompañados por comentarios detallados – que no se consideraban

obligatorios, sino destinados a ofrecer orientación a los gobiernos y los legisladores al tratar los problemas respectivos.

58. Las categorías de obras respecto de las cuales se estudiaron los problemas de la gestión conjunta eran las siguientes: obras audiovisuales, fonogramas, obras dramáticas y coreográficas, obras musicales y obras comprendidas en la categoría de "palabra impresa" (prácticamente, cualquier clase de obra literaria excluidos los programas informáticos). Los principios relativos a la gestión conjunta se referían más concretamente a las siguientes cuestiones: la "grabación en el hogar" de obras audiovisuales y fonogramas, el alquiler de esas producciones, la distribución por cable de esas producciones, los derechos de interpretación y ejecución relativos a obras musicales ("pequeños derechos"), y la reproducción reprográfica de escritos u obras gráficas. Al término de la reunión del Comité de Expertos Gubernamentales para la evaluación y síntesis de principios sobre diversas categorías de obras, se recomendó que los resultados de las deliberaciones sobre los principios fueran tenidas en cuenta por la OMPI en la labor, entonces prevista como futura, de disposiciones tipo para leyes nacionales en materia de derecho de autor.

59. De conformidad con la recomendación antes mencionada, el proyecto de Disposiciones tipo preparado por la Oficina Internacional de la OMPI para el Comité de Expertos sobre Disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor contenía un capítulo (Capítulo VIII) sobre "Administración colectiva de los derechos patrimoniales". El Comité examinó el proyecto de Disposiciones tipo en tres sesiones. En la primera y segunda sesiones (febrero-marzo y noviembre de 1989), tuvo lugar un debate detallado sobre todas las disposiciones mientras que en la tercera sesión (julio de 1990), se examinaron nuevamente tan sólo las disposiciones de lo que ya en ese momento se denominaba "proyecto de Ley Tipo sobre Derecho de Autor" respecto de las cuales parecía necesario un examen adicional. Sin embargo, la Ley Tipo (cuya última versión contenía disposiciones bastante detalladas sobre la gestión colectiva) no fue adoptada oficialmente. La razón de ello era que, cuando se llegó a la "tercera lectura", ya había comenzado un proyecto nuevo e importante de la OMPI – la preparación de un "protocolo del Convenio de Berna". El mismo se convirtió, seis años más tarde, en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) el cual es uno de los dos "Tratados Internet" de la OMPI (el otro es el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución

y Fonogramas (WPPT), resultado de una ampliación importante del proyecto original). Como se preveía la preparación de nuevas normas obligatorias, se acordó que no era un buen momento para publicar la Ley Tipo.

60. Esta es la razón por la cual el estudio – cuya versión actualizada es el libro presente – se convirtió en el producto final "tangible" más importante de este período de intenso análisis de las cuestiones de la gestión conjunta.

Los "Tratados Internet" y la gestión conjunta

61. El documento de trabajo, preparado por la Oficina Internacional de la OMPI y presentado a la segunda sesión del Comité de Expertos que se ocupó del proyecto de "protocolo del Convenio de Berna" y se reunió en febrero de 1992, subrayó la importancia creciente de la gestión conjunta, y sugirió que el protocolo incluyera disposiciones sobre cinco cuestiones sobre las cuales normas nuevas y adecuadas de la gestión conjunta podrían contribuir a establecer condiciones más equilibradas y transparentes en materia de relaciones internacionales de derecho de autor.

62. En el documento de trabajo se presentaron las propuestas siguientes: "*Primero*, se dispondrá que la intervención gubernamental para la determinación de honorarios y condiciones de las autorizaciones otorgadas por una organización de administración colectiva sólo se permite si, y en la medida en la cual, dicha intervención es indispensable para impedir un abuso *real* (en particular, el abuso de una posición de monopolio *de facto*) por parte de una organización de administración colectiva. *Segundo*, deberá establecerse que los honorarios percibidos por una organización de administración colectiva se distribuyan entre los titulares de derecho de autor interesados de la manera más proporcional posible al uso efectivo de sus obras (una vez deducidos los costos reales de administración). *Tercero*, deberá prohibirse el uso de los honorarios percibidos por organizaciones de administración colectiva en nombre de los titulares del derecho de autor sin la autorización de los titulares de derecho de autor pertinentes, o de las personas u organismos que los representan, con fines que no sean los de distribuir entre ellos los honorarios y cubrir los costos reales de la administración colectiva de los derechos del caso. *Cuarto*, los titulares de derecho de autor deberán recibir el mismo tratamiento que los titulares de derecho de autor afiliados a la organización de

administración colectiva y que los ciudadanos de los países en los cuales actúa la organización. *Quinto*, se dispondrá que las leyes nacionales sólo puedan disponer (de forma obligatoria) la administración colectiva de aquellos derechos para los cuales el Convenio de Berna permite la fijación de las condiciones en que se ejercen, es decir, los casos en los cuales el Convenio permite las licencias no voluntarias (radiodifusión, grabación, ciertas reproducciones, *droit de suite*), ya que la condición según la cual sólo se puede ejercer un derecho a través de la administración colectiva es, a las claras, una condición de dicho derecho."

63. Vistas en retrospectiva, estas propuestas parecen ser excesivamente ambiciosas y también demasiado optimistas en cuanto a la posibilidad de un acuerdo cualquiera acerca de cuestiones tan espinosas (que nunca han sido tema de tratados internacionales). Parecería que el Comité sintió cierto alivio cuando "tuvo" que declarar, al finalizar la sesión, que no quedaba tiempo para analizar este tema (que era el último del documento de trabajo), y que el análisis del mismo se llevaría a cabo en la tercera sesión. Sin embargo, antes de la tercera sesión del Comité, las asambleas competentes de la OMPI limitaron el contenido del mandato a una lista exhaustiva de diez cuestiones, entre las cuales no figuraba la gestión conjunta del derecho de autor.

64. Revestía cierta importancia, desde el punto de la gestión colectiva, que dos de las cuestiones que quedaron en la agenda del "Comité del Protocolo de Berna" se ocuparan de la posible abolición y "paulatino abandono" de las licencias no voluntarias de radiodifusión (al menos en lo que hace a la "radiodifusión primaria" y la comunicación por satélite) y de grabación sonora de las obras musicales según, respectivamente, los artículos 11*bis*.2) y 13. Las propuestas pertinentes "sobrevivieron" a los trabajos preparatorios y seguían incluidas en la propuesta básica (el proyecto de tratado que más adelante se convirtiera en el WCT), pero no fueron adoptadas en la Conferencia Diplomática de diciembre de 1996.

65. Esto no significa, sin embargo, que el WCT y el WPPT no hayan acarreado cambios que puedan afectar el futuro de la gestión conjunta y de otros sistemas conjuntos de ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos. Los tratados y las declaraciones concertadas han aclarado la aplicación de los derechos existentes, así como las excepciones permitidas y las limitaciones a

los mismos; y también han adaptado algunos derechos a las nuevas exigencias (reconociendo algunos aspectos nuevos de la aplicación de los mismos, o hasta complementándolos con algunos nuevos). Las nuevas obligaciones relativas a la protección de las medidas tecnológicas y la información de la gestión de derechos – obviamente, junto a la aplicación de hecho de tales medidas y de dicha información – son, sin embargo aún más importantes; pueden transformar de forma fundamental las condiciones jurídicas y técnicas de la protección, el ejercicio y la aplicación del derecho de autor y los derechos conexos, incluidos la forma colectiva y otras formas conjuntas de los mismos. Las repercusiones de todo esto se analizan en el Capítulo V.

El Foro Internacional de Sevilla y otras reuniones de "aportación de ideas"

66. Fue precisamente en vista de las nuevas posibilidades técnicas y jurídicas del ejercicio individual y conjunto de los derechos que la OMPI organizó en mayo de 1997, en Sevilla (España), en cooperación con el Ministerio de Educación y Cultura de España y con la asistencia de la Sociedad General de Autores de España (SGAE), un Foro Internacional sobre el ejercicio y la gestión del derecho de autor y los derechos conexos ante los desafíos de la tecnología digital. Concurrieron al mismo unos 400 participantes de aproximadamente 50 países.

67. Los Sres. Thierry Desurmont, Ralph Oman, Charles Clark y Tarja Koskinen-Olsson y Santiago Schuster presentaron ponencias sobre el fondo de la cuestión, y tuvieron lugar nueve debates en grupo especial con la participación de representantes de autores, artistas intérpretes o ejecutantes, editores, productores de fonogramas, productores de obras audiovisuales, fabricantes de programas informáticos, organismos de radiodifusión, empresas de distribución por cable y proveedores de servicios de Internet. Los temas de los nueve debates fueron: "la incidencia de la tecnología digital sobre la protección y el ejercicio de los derechos de autor y los derechos conexos"; "el papel del Estado en cuanto al ejercicio y la gestión de los derechos de autor y los derechos conexos"; "ejercicio de los derechos con respecto a las "producciones de multimedia"; "medios tecnológicos de protección e información sobre la gestión de derechos"; "nuevas alternativas a la gestión centralizada: "ventanilla única", "la gestión colectiva "tradicional" ante la tecnolo-

gía digital"; "panorama de la situación actual de la gestión colectiva y centralizada de los derechos"; "examen de los principios [esbozados en el estudio de 1990 publicado por la OMPI]"; "la gestión colectiva en los países en desarrollo". El valioso material del Foro de Sevilla fue publicado por la OMPI bajo forma de libro en 1998 (publicación No. 756(E) de la OMPI).

68. En el Foro de Sevilla se identificaron los desafíos que plantea el entorno digital y de redes a los sistemas de gestión conjunta, y se esbozaron posibles orientaciones según las cuales buscar respuestas adecuadas (tema que se analiza en mayor detalle en el Capítulo V, más adelante). Se solicitó a la OMPI que creara un foro permanente en el cual los representantes de todas las partes interesadas – en ocasiones con intereses opuestos, al menos parcialmente – pudieran reunirse, intercambiar información y, cuando fuera pertinente, acordar acciones conjuntas. En respuesta, la OMPI estableció su Comité Asesor sobre la Gestión y la Observancia del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en las Redes Mundiales de Información, el cual ha celebrado desde entonces tres sesiones. Las cuestiones planteadas por el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos en este nuevo entorno técnico – comprendido el que se realiza por medio de la gestión colectiva y otros sistemas conjuntos – fueron también tema de algunas de las ponencias presentadas ante la Primera y la Segunda Conferencia Internacional sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual, celebradas con éxito en Ginebra en septiembre de 1999 y 2001 respectivamente.

El Programa de la OMPI de Cooperación para el Desarrollo

69. Los programas de la OMPI de cooperación para el desarrollo se hacían extensivos, también en el pasado, al asesoramiento a los gobiernos en cuanto a los aspectos legislativos y administrativos de la gestión colectiva, a la asistencia para la creación de nuevas organizaciones de gestión colectiva y el mayor desarrollo de las existentes, y también a la capacitación de los funcionarios de las administraciones estatales de derecho de autor que supervisan a las organizaciones de gestión colectiva, así como a los funcionarios de las organizaciones mismas. Sin embargo, durante los dos últimos programas bienales – 1998-1999 y 2000-2001 – estas actividades han cobrado mayor intensidad y se han extendido a nuevas áreas de cooperación. No sólo han tratado las oficinas regionales y la Academia Mundial de la OMPI los diversos

aspectos de los programas pertinentes, sino que también se ha creado una división separada de gestión colectiva con el fin de ocuparse de la coordinación y la ejecución de los proyectos específicos de este campo.

70. El programa de la OMPI para los años 2002-2003 indica que, en este bienio, estas actividades han de continuar con igual intensidad. El punto pertinente del programa prevé, en particular, las siguientes actividades específicas:

- Análisis de tendencias y cuestiones emergentes, a nivel internacional, en el campo de la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, y determinación de las opciones existentes en materia de política para encarar estas cuestiones.
- Cooperación con las pertinentes organizaciones de gestión colectiva, o con federaciones de organizaciones, a los niveles nacional, regional e internacional con el fin de fortalecer los sistemas de gestión colectiva en los países en desarrollo – en particular, en vista del entorno digital en rápida evolución.
- Desarrollo de programas adecuados para i) facilitar la compatibilidad de los sistemas de gestión de derechos en los países en desarrollo con las normas técnicas y sistemas internacionales; ii) integrar en forma efectiva las tecnologías digitales al trabajo de la gestión colectiva en los países en desarrollo; y por último, iii) facilitar el acceso a las bases de datos y redes de distribución de datos internacionales.
- Evaluación de la necesidad de mecanismos de mediación efectivos para encarar las cuestiones que surgen en el contexto de la gestión colectiva.
- Desarrollo de programas de estudios para la capacitación en materia de gestión colectiva, y mecanismos para un seguimiento adecuado de las actividades de capacitación.

Capítulo 4

PRINCIPALES ÁMBITOS Y FORMAS CARACTERÍSTICAS DE LA GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE AUTOR, LA CONCESIÓN DE LICENCIAS CENTRALIZADA, Y OTRAS FORMAS DEL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS

Observaciones preliminares

71. En respuesta a los nuevos adelantos tecnológicos que originaron nuevas categorías de creaciones y nuevas formas de utilizar obras protegidas, así como el reconocimiento de ciertos derechos conexos, se formaron nuevos tipos de organizaciones de gestión conjunta que crearon nuevas organizaciones internacionales no gubernamentales. No obstante, la actividad de las sociedades de derechos de interpretación y ejecución sigue siendo el sistema más completo de gestión conjunta – y dentro de los sistemas conjuntos, colectiva – de derechos (entre otros, desde el punto de vista de la colectivización de los diversos elementos de la gestión). Varias soluciones y métodos de organización han sido tomados de este sistema por las organizaciones de gestión conjunta de otros ámbitos. En consecuencia, las razones históricas no son las únicas que explican que en el presente libro la exposición de las diferentes esferas de la gestión conjunta se inicie con la presentación de la gestión colectiva de los "derechos de interpretación y ejecución" sobre las llamadas obras musicales "de pequeños derechos".

Gestión colectiva de los "derechos de interpretación y ejecución" sobre las obras musicales de "pequeños derechos"

72. Como se mencionara en el Capítulo II, los primeros sistemas completos de gestión colectiva se crearon para la gestión de ciertos derechos relativos a determinadas categorías de obras musicales. Las obras musicales eran las llamadas obras de "pequeños derechos", y los derechos respectivos eran los llamados "pequeños derechos" o, en otras palabras, los denominados "derechos de interpretación y ejecución".

73. Las obras musicales "de pequeños derechos" son las que por regla general se administran de forma completamente colectiva; y las obras musicales de "*grands droits*" son aquellas para las que, en general, se conceden las licencias individualmente (otra cosa es que el control de las presentaciones, la recaudación de las remuneraciones y su transferencia a los titulares de los derechos se confían a veces no a organismos privados, sino a organizaciones de gestión colectiva, las que cumplen por ende las tareas de "gestión colectiva parcial"). Esta segunda categoría consiste, en la práctica, en obras dramático-musicales. La utilización de tales obras se da en un número relativamente pequeño de lugares; en consecuencia, la concesión de licencias directamente por parte de los autores es posible. Las obras musicales no dramáticas, en cambio, se emplean con mucha más frecuencia y en muchos más lugares; por ello, su utilización, desde un punto de vista práctico, no puede administrarse individualmente.

74. La delimitación de estas categorías, sin embargo, es más compleja que la simple afirmación de que las obras musicales no dramáticas son de "pequeños derechos" y las dramático-musicales son obras de "*grands droits*". Aunque así ocurra en lo fundamental, existen casos límite que requieren mayores precisiones y – en las autorizaciones conferidas por los titulares de los derechos a organizaciones de gestión colectiva, así como en los contratos de representación recíprocos entre tales organizaciones – exigen algunas mayores aclaraciones. Así por ejemplo, la ejecución en forma no dramática de ciertas partes autónomas de obras dramático-musicales (como las arias o canciones que también se pueden ejecutar por separado) se consideran ejecuciones de "pequeños derechos". Al mismo tiempo, la forma y las condiciones en que las obras musicales no dramáticas "de pequeños derechos" pueden convertirse en parte de obras de "*grands droits*" – o formar en su conjunto, en una compilación, obras de esa clase – originan varios delicados problemas jurídicos. (Debe añadirse que, aunque sigue aceptándose generalmente la clasificación tradicional entre obras de "pequeños derechos" y de "*grands droits*", ésta puede hasta cierto punto perder importancia con la ampliación del ámbito de los derechos gestionados de forma colectiva).

75. En la época en que se fundaron las primeras sociedades de derechos de interpretación y ejecución de obras musicales, la noción de los "derechos de ejecución" significaba sencillamente que los artistas intérpretes o ejecutantes

tenían el derecho de interpretar o ejecutar una obra en presencia de un público. Sin embargo, desde entonces, la noción de los "derechos de interpretación y ejecución" que administran esas sociedades se ha ampliado considerablemente. Por ejemplo, en el "Contrato Tipo de representación recíproca entre sociedades administradoras de derechos de interpretación y ejecución pública" de la CISAC (que en adelante se denominará "Contrato Tipo de la CISAC") se definieron los conceptos pertinentes de la siguiente manera: "Conforme al presente contrato, la expresión "interpretaciones o ejecuciones públicas" comprende todos los sonidos e interpretaciones y ejecuciones audibles para el público en cualquier lugar dentro del territorio en que actúa cada una de las sociedades contratantes, por cualquier medio y en cualquier forma, independientemente de que dichos medios ya sean conocidos y utilizados o se descubran ulteriormente y se pongan en utilización durante el plazo de vigencia del presente contrato. La "interpretación o ejecución pública" comprende, en particular, las interpretaciones o ejecuciones realizadas en directo, instrumentales o vocales; utilizando medios mecánicos como las grabaciones fonográficas, alámbricas, cintas y bandas sonoras (magnéticas o de otro tipo); mediante procedimientos de proyección (películas sonoras), difusión y transmisión (como las emisiones de radio y televisión, en directo o en diferido, retransmitidas, etcétera), así como por cualquier medio de recepción inalámbrico (aparatos receptores de radio y televisión, recepción telefónica, etcétera, y medios y dispositivos similares, etcétera)".

76. Tal como se desprende de la definición citada, el concepto de "derechos de interpretación y ejecución" es mucho más amplio en la actualidad que cuando comenzaron a funcionar las primeras sociedades de derechos de interpretación y ejecución. Esos derechos comprenden, además del derecho de interpretación y ejecución públicas, también el de radiodifusión y el derecho de comunicación al público en general (por cable, altavoces, etcétera).

77. Además, cabe señalar que en el Artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) se ha incluido una disposición acerca de la puesta de obras a disposición del público por medio de redes interactivas (cuyo principal ejemplo, por ahora, es Internet). Su texto es el siguiente: "Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11*bis*.1)i) y ii), 11*ter*.1)ii), 14.1)ii) y 14*bis*.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al públi-

co de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija." Aunque en la Conferencia Diplomática – conforme al acuerdo de compromiso alcanzado en base a la famosa "solución global" – se subrayó que la obligación de conceder un derecho exclusivo a la "puesta a disposición" de las obras de manera interactiva podía también ser cumplida a través del reconocimiento de otro derecho (lo cual significaba, básicamente, el derecho de distribución) o de una combinación de distintos derechos, parecería que la mayoría de las Partes Contratantes opta por la aplicación más o menos directa del Artículo 8 del WCT y, por ende, extienden el concepto (y el derecho) de la comunicación al público a dichas transmisiones interactivas (combinadas con la aplicación del derecho de reproducción, con las excepciones pertinentes en el caso de ciertas copias temporarias, con respecto a las copias realizadas en los ordenadores receptores como resultado de dichas transmisiones). La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y derechos conexos en la sociedad de la información (la "Directiva de la Sociedad de la Información"), es un ejemplo de aceptación de esta opción.

78. Debe agregarse a las nociones ya expuestas, que los adjetivos "pequeños" y "grandes", de las expresiones "pequeños derechos" y "*grands droits*", no corresponden necesariamente a la importancia económica de los derechos respectivos. En muchos países, las sumas recaudadas en concepto de "pequeños derechos" son muy superiores a las que se recaudan en concepto de "*grands droits*". Esos adjetivos sólo responden a la circunstancia histórica de que los "*grands droits*" ya se ejercían cuando se reconocieron los "pequeños derechos" y, mediante las organizaciones de gestión colectiva, se hicieron valer en la práctica; y a que, en una primera época, la categoría de los "*grands droits*" se consideraba mucho más importante.

79. Por lo general las organizaciones de derechos de ejecución son sociedades de autores (además de la ya mencionada SACEM de Francia, existen también por ejemplo la ASCAP en los Estados Unidos de América, la PRS en el Reino Unido, GEMA en la República Federal de Alemania, SIAE en Italia, SGAE en España, SUISA en Suiza, ARTISJUS en Hungría, ZAIKS en Polonia,

SADAIC en Argentina, etcétera). La situación jurídica de tales instituciones varía en diferentes aspectos; por ejemplo, respecto de la forma y el alcance de la fiscalización estatal; en cuanto a si éstas únicamente realizan la gestión de derechos de interpretación y ejecución (como SACEM o PRS), o también se ocupan de los llamados derechos de reproducción mecánica (como GEMA y ZAIKS), o son sociedades generales de autores que realizan la gestión de los derechos correspondientes a prácticamente todas las categorías de obras (como SIAE o SGAE); en cuanto a si son las únicas organizaciones colectivas, en los países correspondientes, que se ocupan de los derechos de interpretación y ejecución (como ocurre en general) o existen otras organizaciones de ese tipo en la misma esfera (como en los Estados Unidos de América, donde hay tres organizaciones de ese tipo: ASCAP, BMI y SESAC).

80. En ciertos países, existen organismos privados que administran derechos de interpretación y ejecución al margen de las sociedades de autores (por ejemplo, BMI en los Estados Unidos de América, que es una empresa fundada por organismos de radiodifusión).

81. En algunos países en desarrollo – fundamentalmente en el África – hay organizaciones públicas o semipúblicas de derecho de autor que realizan la gestión de los derechos de ejecución, junto con la de otros derechos en prácticamente todas las categorías de obras (por ejemplo, ONDA en Argelia, BMDA en Marruecos, BSDA en el Senegal).

82. En los países con sistemas de economía planificada, existían también principalmente organizaciones públicas o semipúblicas (siendo ZAIKS en Polonia una excepción) tales como VAAP en la Unión Soviética, ARTISJUS en Hungría y JUSAUTOR en Bulgaria. Durante el período de transición a sistemas con economía de mercado y una democracia pluralista, también se establecieron en estos países organizaciones privadas. En algunos de los países de independencia reciente, que fueran repúblicas de la Unión Soviética, el proceso de transformación todavía no ha finalizado; pero, por ejemplo, en la Federación de Rusia, una sociedad privada – la RAO – lleva a cabo las tareas de gestión colectiva. En algunos de los países en "transición" simplemente se anuló la estructura pública, dejándose la fundación de organizaciones de gestión colectiva a libertad de asociación de autores y otros titulares de derechos. Esto ha creado, a veces, una confusión provisoria ya que se fundaron

varias organizaciones que comenzaron a competir y, en algunos casos, hasta a luchar entre sí. Cabe mencionar como ejemplo de una transformación bien orientada y sin sobresaltos a Hungría, en la cual ARTISJUS fue transformada de organización semipública en una verdadera sociedad de autores sin funciones gubernamentales. Así, en cuanto a todo lo relativo a sus tareas de gestión colectiva, recibió el apoyo legislativo y administrativo pertinente que le permitió conservar su antigua posición de fuerza y preservar la integridad de su repertorio.

83. Si bien la red de organizaciones de gestión colectiva tiene su mayor desarrollo en el campo de los "derechos de interpretación y ejecución" musicales, existen todavía varios países en desarrollo en los que no hay tales organizaciones o, aunque en principio existan, no funcionan en la práctica. Tanto la CISAC como la OMPI tienen programas intensivos de "construcción de instituciones" y proyectos de "incubadora" por medio de los cuales crear las organizaciones pertinentes en dichos países y mejorar el funcionamiento de las existentes.

84. Por regla general, los compositores y letristas ceden sus "derechos de interpretación y ejecución" a las organizaciones de gestión colectiva, ya sea por un período determinado o bien indefinidamente, y dicha cesión incluye por lo general también las obras futuras. La cesión se realiza sobre las bases de las condiciones establecidas en los estatutos y reglamentos de la organización, que los autores aceptan expresa o tácitamente al adherirse a ella. (Sin embargo, existe una tendencia en las reglamentaciones estatales hacia la fijación de límites al plazo de cesión de derechos, introduciéndose reglas orientadas a mantener la libertad de los titulares de derechos a ceder ciertos derechos sin verse obligados a ceder ciertos otros derechos que puedan y deseen ejercer en forma personal). Generalmente, la organización tiene facultades exclusivas para otorgar licencias de utilización de las obras comprendidas en su repertorio; los autores, en general, no pueden seguir ejerciendo por sí mismos sus derechos de interpretación y ejecución cedidos de esta forma. No obstante, existen ciertos países – en especial aquellos en los que se aplican también las leyes antimonopolio a las organizaciones de gestión colectiva – en los cuales se pone gran atención en garantizar a los autores la alternativa de poder conceder licencias ellos mismos.

85. En unos pocos países las organizaciones de gestión colectiva no tienen asociados, sino que actúan como representantes de los compositores y letristas para quienes realizan la gestión de sus "derechos de interpretación y ejecución" en base al derecho escrito. Esto es así, por lo general, en algunos países en que la gestión de esos derechos está a cargo de instituciones públicas o semipúblicas.

86. Independientemente del fundamento jurídico de la gestión colectiva de los "derechos de interpretación y ejecución", el repertorio de las organizaciones de gestión colectiva suele ser, inicialmente, un repertorio nacional que en sí mismo, no resulta suficiente para otorgar licencias de utilización de las obras musicales protegidas en general. Las autorizaciones para la gestión de los "derechos de interpretación y ejecución" extranjeros se obtienen mediante acuerdos bilaterales con las organizaciones de derechos de ejecución de otros países. En algunos países (tales como los Países Nórdicos), se garantiza la plena cobertura de dichos derechos por medio de los sistemas de "gestión colectiva extendida" basados en el derecho escrito; mientras que en los países mencionados en el párrafo previo, ello se logra por medio de disposiciones jurídicas directas. De este modo, todas las organizaciones nacionales pueden otorgar licencias para utilizar prácticamente todo el repertorio musical del mundo.

87. Los acuerdos bilaterales se basan en el Contrato Tipo de la CISAC. Conforme al Artículo 3.1) de ese Contrato Tipo, "cada una de las partes contratantes se obliga a hacer valer en el territorio en que actúa los derechos de los asociados de la otra parte en la misma forma y medida en que lo hace respecto de sus propios asociados, y a hacerlo dentro de los límites de la protección legal concedida a las obras extranjeras en el país en que se reclama la protección, a menos que en virtud del presente contrato, y no estando específicamente establecida tal protección por la ley, sea imposible obtener una protección equivalente. Además, las partes contratantes se obligan a defender lo mejor posible, a través de medidas y reglas adecuadas en materia de distribución de regalías, el principio de solidaridad del mismo modo que entre los asociados de ambas sociedades, aun cuando por efecto de la legislación local las obras extranjeras sean objeto de discriminación. En particular, cada sociedad aplicará a las obras del repertorio de la otra sociedad las

mismas tarifas, métodos y medios de recaudación y distribución de regalías que aplique a las obras de su propio repertorio".

88. Los instrumentos usuales para la concesión de licencias de interpretación o ejecución y radiodifusión de obras de "pequeños derechos" son las licencias globales, que por regla general autorizan a los usuarios a utilizar cualquier obra musical del repertorio mundial con los fines indicados en la licencia y durante el término de su plazo. La cesión de derechos del repertorio nacional – o la autorización, con otro fundamento jurídico, para actuar como representante de esos derechos – junto con la red de acuerdos bilaterales, permiten a las organizaciones nacionales otorgar esas licencias mundiales. A pesar de todo, pueden darse algunos casos excepcionales en que ciertas obras protegidas no estén comprendidas en el repertorio cuya gestión realiza la organización. Para tales casos existen diversas técnicas jurídicas – que se analizarán más detalladamente en el Capítulo VI, más adelante – que pueden asegurar el funcionamiento del sistema de licencias globales sin crear inseguridades jurídicas para los usuarios ni limitar indebidamente los derechos de los autores interesados.

89. En algunos países – especialmente en los que ello se impone obligatoriamente por aplicación de leyes antimonopolio – las organizaciones de gestión de derechos de interpretación y ejecución también ofrecen otros tipos de licencias, además de las licencias generales; por ejemplo las "licencias por programa", que son, como lo indica su nombre, licencias para programas determinados. Además, los usuarios pueden optar por actuar al margen del sistema de gestión colectiva y tratar de obtener licencias directamente de los autores. Las obvias ventajas de la licencia global se ponen en evidencia en que, aunque se cuente con esos otros tipos de licencias, por lo general ni los titulares de los derechos ni los usuarios suelen recurrir a ellas y siguen optando por las licencias generales.

90. Normalmente, las tarifas y demás condiciones de las licencias se negocian con las asociaciones de usuarios. El efecto de los acuerdos negociados depende de la medida en que una asociación de usuarios pueda obligar jurídicamente a sus miembros. Si el acuerdo concertado por la asociación obliga a sus miembros, las tarifas y las condiciones convenidas son de aplicación directa; de lo contrario, el acuerdo se considera un contrato tipo que, en

ciertos casos y en ciertos aspectos, puede dejarse de lado. Puede haber usuarios que no sean miembros de la asociación, por lo que puede ser preciso negociar individualmente con ellos. Si la organización de gestión colectiva tiene un acuerdo global con la asociación de usuarios a cuya categoría pertenecen esos "usuarios disidentes", el acuerdo global tiene como mínimo una influencia indirecta sobre las tarifas y demás condiciones que se fijan en acuerdos distintos. Sin embargo, existen algunos usuarios importantes, como los organismos nacionales de radiodifusión, en cuyos casos se llevan a cabo negociaciones particulares y se aplican tarifas y condiciones particulares.

91. Como se verá más a fondo en el Capítulo VI, en la mayoría de los casos existe alguna forma de control estatal sobre las prácticas aplicadas por las organizaciones administradoras de los derechos de interpretación y ejecución en materia de concesión de licencias. Es relativamente poco frecuente que los litigios surgidos entre esas organizaciones y los usuarios se traten sólo por los tribunales civiles ordinarios. Aunque existen algunas formas intermedias, cabe distinguir dos medios fundamentales de control estatal. El primero es una especie de aprobación gubernamental de los acuerdos contractuales (sea por un organismo administrativo o por un foro especial de conciliación y arbitraje), y el segundo es el control por medio de tribunales especiales (en particular, en países con una tradición de derecho consuetudinario). En ciertos casos, ese control puede considerarse una garantía contra los eventuales abusos de la situación de monopolio *de facto* o *de jure* de que disfrutaban las organizaciones de gestión colectiva; pero con bastante frecuencia se llega más lejos y puede tratarse de una injerencia activa y habitual en las prácticas de concesión de licencias y en el sistema de tarifas de dichas organizaciones.

92. La distribución de las regalías se basa en dos elementos fundamentales: el primero es un sistema adecuado de documentación, y el otro consiste en los datos sobre la utilización efectiva de las obras.

93. Uno de los fines más importantes de la cooperación técnica entre las organizaciones integrantes de la CISAC es la normalización de la información que se intercambia regularmente entre las organizaciones miembros. Se trata de un enorme volumen de datos cuyo manejo puede llegar a ser una carga muy pesada, en primer lugar para las sociedades pequeñas. También

debe tenerse en cuenta que la mayoría de esos datos corresponde al llamado "repertorio pasivo", es decir, a obras que de hecho no se utilizan. Se han realizado varios intentos para tratar de simplificar los intercambios de documentación y recurrir al procesamiento electrónico de datos. Con este fin, se han preparado algunas listas más limitadas, pero mucho más prácticas, de obras y de titulares de derechos, que se suministran mediante sistemas electrónicos, como el CAE (lista de titulares de derecho de autor – compositores, autores y editores – que indica la adhesión de cada uno a las diferentes sociedades), la WWL (lista mundial de las obras utilizadas más frecuentemente), y el GAF (fichero general de acuerdos). En la actualidad, la CISAC está trabajando en un proyecto aún más ambicioso; se trata del CIS (*Common Information System*, Sistema de información común), que es en realidad más que un simple marco informativo. Es más bien un sistema de "información sobre la gestión de derechos" a través del cual la CISAC y sus sociedades adaptan sus actividades a las exigencias del entorno digital y de redes. Se analiza detalladamente en el Capítulo V.

94. Mientras la documentación del repertorio musical mundial es, en general, bastante completa, la obtención de datos sobre la utilización de hecho de las obras plantea problemas a las organizaciones de gestión colectiva. Resulta bastante difícil obtener tales datos, y no siempre están disponibles en la medida de lo deseable.

95. La solución ideal sería, por supuesto, obtener la totalidad de los datos referentes a todas las interpretaciones o ejecuciones de todas las obras, y distribuir las regalías recaudadas de acuerdo con ellos. Sin embargo, tal cosa es imposible, o por lo menos irrealizable. Aunque en algunos casos (como los programas de televisión y radio, los conciertos, etcétera) resulta relativamente sencillo reunir información completa sobre los programas, en otros, tal cosa sólo es posible en teoría. Por ejemplo, en los casos de las interpretaciones o ejecuciones en hoteles, salas de baile, bares, discotecas, etcétera, sería preciso imponer a los usuarios la carga de seguir todas las interpretaciones o ejecuciones de las orquestas, presentadores de discos, fonógrafos automáticos, etcétera, y llevar registros detallados con todos los datos necesarios para la organización de gestión colectiva; o bien ésta tendría que emplear a numerosos inspectores para cumplir la misma labor. Desde un punto de vista realista, la primera solución no se puede proponer como una solu-

ción general; los usuarios pueden y deberían ser responsables de facilitar todos los datos que poseen, pero sería muy difícil obligarles a cumplir una tarea tan detenida y engorrosa. La segunda solución originaría gastos tan elevados que, aunque permitiera obtener todos los datos necesarios para una distribución perfecta, poco o nada de dinero quedaría para su posterior distribución.

96. Las organizaciones de derechos de interpretación y ejecución tienen que encontrar un equilibrio adecuado entre dos intereses opuestos: el de crear una base digna de confianza para la distribución de la remuneración, y el de evitar gastos que mermarían indebidamente las sumas disponibles para su distribución. Por ello, en el sistema de distribución entra un elemento de "justicia rudimentaria".

97. Por lo general, las sociedades administradoras de derechos de interpretación y ejecución obtienen una información completa procedente de los organismos de radiodifusión sobre los programas (a veces la obtienen sólo de los principales, sobre todo cuando existe un gran número de tales organismos en el país) y sobre los conciertos y recitales de música "clásica", y algunos otros conciertos y actividades en directo. En otros casos se aplica, por lo general, algún sistema de muestreo. Los métodos de muestreo de ciertas organizaciones son bastante perfeccionados; por ejemplo, los inspectores de la organización visitan con regularidad prácticamente todos los lugares en que se utiliza música (restaurantes, teatros de variedades, bares, etcétera) y acopian información sobre los programas bajo la forma de listas de obras musicales efectivamente interpretadas o ejecutadas. Otras organizaciones aplican un sistema de muestreo mucho más selectivo; sólo se recoge un volumen relativamente pequeño de información que se considera que refleja la estructura del uso de obras por una categoría específica de usuarios. En otros casos, no se recoge prácticamente ninguna información sobre determinadas categorías de usuarios (sino que las regalías pagadas por ellos se distribuyen por referencia a información sobre repertorios que facilitan determinadas organizaciones profesionales basándose, por ejemplo, en diagramas de ventas, listas de obras de máxima difusión y registros de las radios).

98. Cabe señalar que, a través del sistema de muestreo, las sociedades administradoras de derechos de interpretación y ejecución pueden influir en la

distribución de regalías favoreciendo a determinadas categorías de obras y, en consecuencia, en detrimento de otras. Por ejemplo, pueden recoger en mayor medida y con mayor frecuencia los programas de usuarios que utilizan obras pertenecientes al repertorio nacional que de los que emplean principalmente obras extranjeras. No obstante, tales sistemas de muestreo "proteccionistas" son contrarios al principio establecido en el Artículo 7.1) del Contrato Tipo de la CISAC, que dice así: "Cada sociedad se obliga a hacer los máximos esfuerzos para obtener programas de todas las interpretaciones o ejecuciones públicas que se desarrollen en su territorio y a emplear esos programas como base efectiva de distribución del importe total neto de las regalías recaudadas por esas interpretaciones o ejecuciones".

99. El Contrato Tipo de la CISAC contiene una reglamentación estricta en lo tocante a las deducciones de las regalías con fines distintos de la distribución. Su Artículo 8 dispone lo siguiente: "Cada sociedad tendrá derecho a deducir de las sumas recaudadas por cuenta de otra sociedad el porcentaje necesario para cubrir sus gastos efectivos de administración. Ese porcentaje necesario no excederá del que se deduzca con ese fin de las sumas recaudadas para los miembros de la sociedad distribuidora, y ésta se esforzará siempre, a este respecto, por mantenerlos dentro de límites razonables, teniendo en cuenta las condiciones locales de los territorios en que actúe... Cuando no efectúe ninguna recaudación complementaria destinada a sufragar pensiones de sus asociados o fondos de beneficencia o previsión, o al estímulo de las artes nacionales, o a favor de cualquier fondo destinado a propósitos análogos, cada una de las Sociedades tendrá derecho a deducir de las sumas que recaude por cuenta de la sociedad cocontratante un 10%, como máximo, que se destinará a los propósitos expresados." Cabe señalar que esto se incluye en un contrato tipo cuyas disposiciones no se aplican automáticamente a la relación entre sociedades de derechos de interpretación y ejecución; en los acuerdos bilaterales concretos, es posible acordar un límite más bajo para las deducciones (y también uno más alto, es de esperar, a favor de las sociedades de ciertos países en desarrollo).

100. Los gastos de administración de las organizaciones de derechos de interpretación y ejecución se sitúan, por lo general, entre el 20% y el 30% del importe de las regalías recaudadas. Existen algunas sociedades que mantienen sus gastos por debajo del 20%, mientras que en otras resultan más

onerosos: utilizan más del 30% de las regalías para sufragar sus gastos. Con todo, el porcentaje de los gastos de administración no puede considerarse en sí mismo superior al justificado ni inferior al nivel normal; eso depende mucho de la intensidad y la precisión de las actividades de la organización. El funcionamiento de algunas organizaciones está bastante simplificado y éstas no aplican a los titulares de los derechos que administran más que una justicia muy rudimentaria, si es que hay justicia, mientras que el sistema de recaudación y distribución de otras organizaciones es mucho más riguroso, lo cual garantiza que los titulares de derechos reciben regalías en proporción con la utilización efectiva de sus obras.

101. Un cierto número de organizaciones aprovecha la posibilidad de deducir un máximo del 10% de todas las regalías recaudadas con fines culturales y sociales. En ciertos casos el porcentaje de la deducción es inferior. Las cantidades así descontadas se utilizan en parte para seguros de salud y fondos de pensiones de los autores nacionales, y en parte para la promoción de la música contemporánea nacional (primas por actividad creadora destacada, premios, becas, etcétera).

102. Las normas de distribución que aplican las organizaciones de derechos de interpretación y ejecución son bastante complejas. Generalmente incluyen un minucioso sistema de puntos para determinar la importancia relativa de las obras y de las interpretaciones o ejecuciones. Es bastante comprensible – y está generalmente aceptado por todas las partes interesadas – que el número de puntos exprese, entre otras cosas, la extensión de la obra. Pero el sistema de puntos también contiene diferencias en las cuales participa decididamente una evaluación estética. Por ejemplo, es bastante general que las obras "serias" reciban más puntos que las obras "recreativas" de igual extensión.

103. Sea cual sea el sistema de puntos que aplique una organización de gestión colectiva, queda obligada a aplicar exactamente el mismo sistema a los miembros de las organizaciones hermanas que a sus propios miembros. Este principio, en general, se respeta. Cuestión distinta es que el porcentaje de las regalías que se distribuyen entre los nacionales, por un lado, y entre los extranjeros, por otro, pueda estar influido por el sistema de puntos – por ejemplo, cuando se "adjudican" más puntos a las categorías de obras (como

las relacionadas con el folclore) en que son más numerosas las creaciones de los miembros de la organización que en otras categorías.

104. Cabe agregar que el valor de la remuneración distribuida depende también de la frecuencia de la distribución y de la rapidez con la que se hacen llegar las cantidades que correspondan a los afiliados y a las organizaciones asociadas. En el Artículo 9.I) del Contrato Tipo de la CISAC figura la disposición básica a este respecto. Dice así: "Cada una de las sociedades contratantes distribuirá a la otra las sumas adeudadas conforme al presente contrato a medida que efectúe distribuciones a sus propios miembros, y como mínimo una vez por año". El pago de esas sumas se hará dentro de los 90 días siguientes a cada distribución, salvo casos debidamente verificados en que queden fuera del control de las sociedades. El Contrato Tipo de la CISAC también contiene disposiciones detalladas sobre las sanciones de que pueden ser objeto las sociedades deudoras que no respeten la disposición citada.

Gestión conjunta de los "derechos de reproducción mecánica"

105. La expresión "derechos de reproducción mecánica" se entiende generalmente como el derecho del autor a autorizar la reproducción de su obra en forma de grabaciones (fonogramas o fijaciones audiovisuales) producidas "mecánicamente", en el sentido más amplio del término, incluidos los procedimientos electroacústicos y electrónicos. El "derecho de reproducción mecánica" más característico y de mayor importancia económica es el que tienen los compositores de obras musicales – y los autores de sus textos – a autorizar la grabación sonora de tales obras.

106. Como ya se dijo en el párrafo 79, ciertas organizaciones de gestión colectiva que realizan la gestión de derechos de interpretación y ejecución musical, también se ocupan de los llamados "derechos de reproducción mecánica" de obras musicales. En otros países se han formado organizaciones separadas para la gestión de los "derechos de reproducción mecánica"; por ejemplo, AUSTRO-MECHANA en Austria o NCB para los Países Nórdicos, que son sociedades que administran tanto los derechos de los autores como de los editores de obras musicales, y la Harry Fox Agency en los Estados Unidos de América que es la agencia de los editores musicales. Esas organizaciones independientes colaboran muy estrechamente con las organizacio-

nes de derechos de interpretación y ejecución musical. En algunos países las sociedades de derechos de interpretación y ejecución y las organizaciones que se ocupan de los derechos de reproducción mecánica forman alianzas estrechas, compartiendo algunos elementos de gestión; por ejemplo, SACEM y SDRM en Francia, PRS y MCPS en el Reino Unido, y BUMA y STEMRA en los Países Bajos.

107. El estatuto jurídico y la estructura de las organizaciones de gestión de derechos de reproducción mecánica, así como la forma en que obtienen el derecho a conceder licencias sobre las obras del repertorio nacional e internacional, son similares a las que ya se expusieron respecto de las sociedades de gestión de derechos de interpretación y ejecución, y también existen varias características similares en cuanto a los métodos y las técnicas utilizados en la gestión de ambos grupos de organizaciones. Al mismo tiempo, existen también algunas diferencias importantes.

108. Una de las diferencias se deriva de las disposiciones del propio Convenio de Berna. Mientras que en el caso de los llamados "derechos de interpretación y ejecución", es sólo tratándose de una categoría de derechos (el derecho de radiodifusión y el derecho de retransmisión simultánea y sin modificaciones de la radiodifusión de las obras) que el Convenio de Berna (y por lo tanto, también el Acuerdo sobre los ADPIC y el WCT, al cual se han incorporado por referencia las disposiciones más importantes del Convenio) autoriza las licencias no voluntarias en forma de excepción y con ciertas condiciones (véase el Artículo 11*bis*.2) del Convenio), la posibilidad de las licencias no voluntarias desempeña un papel mucho más fundamental en el caso de los "derechos de reproducción mecánica". El Artículo 13.1) del Convenio de Berna dice así: "Cada país de la Unión [de Berna] podrá, por lo que le concierne, establecer reservas y condiciones en lo relativo al derecho exclusivo del autor de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido ya autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso; pero todas las reservas y condiciones de esta naturaleza no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán, en ningún caso, atentar al derecho que corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente".

109. En varios países se aplican sistemas de licencias no voluntarias siguiendo los lineamientos de las disposiciones citadas del Convenio de Berna (por ejemplo, Alemania, Australia, China, los Estados Unidos de América, la India, Irlanda, el Japón y Suiza). En esos países, la ley misma o una autoridad competente determinan, por regla general, las regalías que deben pagarse por tales grabaciones. En algunos países, sin embargo, existe un margen que permite negociar ciertos elementos del sistema de regalías.

110. La experiencia muestra que las empresas fonográficas también pueden funcionar, sin dificultades ni obstáculos injustificados en lo que respecta al acceso a los derechos que necesitan, también en los países en que el carácter exclusivo de los derechos de reproducción mecánica no está limitado y la gestión de dichos derechos es colectiva. En consecuencia, se sostiene cada vez con mayor frecuencia que este tipo de licencias no voluntarias no está justificado, y que la gestión colectiva constituye una solución más adecuada. En varios países se han formulado propuestas concretas en ese sentido y, por ejemplo, la Ley sobre Derecho de Autor, Dibujos y Modelos y Patentes del Reino Unido de 1988 ha eliminado el tipo de licencias no voluntarias que anteriormente había existido en ese país.

111. Puede señalarse otra diferencia importante, en relación con la gestión colectiva de los derechos de interpretación y ejecución, en la función específica que desempeña la Oficina Internacional de Sociedades Administradoras de Derechos de Grabación y Reproducción Mecánica (BIEM, una sigla derivada del nombre en francés que tuvo la organización en sus orígenes), que es una organización internacional no gubernamental que agrupa a las organizaciones de derechos de reproducción mecánica.

112. La BIEM fue fundada en 1929, bajo el liderazgo de Alphonse Tournier, como una sociedad regida por la ley civil francesa. La idea era que se ocupara de la gestión de los derechos de reproducción mecánica a nivel internacional. En una primera instancia representó los repertorios de Francia, Alemania e Italia; más adelante se hizo cargo de prácticamente todo el repertorio europeo. Su función era la de la gestión de hecho, y no la función más general de la CISAC. En 1968 pasó por una reforma organizativa de fondo, cuando la gestión de los repertorios nacionales fue devuelta a las sociedades adheridas a la BIEM. En la actualidad la BIEM representa a 41 sociedades de 38 países.

113. A semejanza de la CISAC, la BIEM representa también los intereses de sus sociedades adheridas a los niveles internacional, regional y nacional, y organiza la cooperación técnica y jurídica entre sus miembros.

114. La BIEM tiene, sin embargo, una tarea específica: negociar contratos tipo con los representantes de la industria fonográfica, determinando así las condiciones para la utilización del repertorio de sus organizaciones adheridas por parte de los productores locales de fonogramas. Estos contratos tipo deben luego ser aplicados por las organizaciones afiliadas a su relación con los productores individuales, siempre que no exista, en los países en cuestión, un sistema de concesión de licencias no voluntarias.

115. La principal contraparte con la que negocia la BIEM es la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI), fundada en 1933. Era tradicional revisar periódicamente el contrato básico entre la BIEM y la IFPI. Su versión más reciente se concluyó inicialmente en 1975, y desde entonces ha sido enmendado siete veces – en 1980, 1985, 1988, 1989, 1990, 1992 y 1997. Esta versión caducó el 30 de junio de 2000. Se han llevado a cabo negociaciones entre la BIEM y la IFPI, pero el futuro del contrato básico es por ahora incierto, existiendo opiniones encontradas acerca de la función de la versión caducada.

116. Algunos expertos explican los problemas planteados por la renovación del contrato básico por el fenómeno de la creciente concentración y convergencia de los medios. En las organizaciones de derechos de reproducción mecánica, los editores musicales gozan por lo general de una posición de fuerza; muchas casas editoras de música han sido adquiridas por, o se han fusionado con, empresas productoras de fonogramas o complejos conglomerados de medios, los cuales a menudo se han convertido en los propietarios tanto de las casas editoras como de las empresas productoras de fonogramas. Estos cambios significan una situación nueva en cuanto a la renegociación del contrato básico.

117. Sin embargo, puede valer la pena esbozar las principales características del contrato básico, ya que indica las cuestiones a tratar y el marco dentro del cual las partes contratantes han de intentar llegar a un acuerdo, aun si sufriera posibles modificaciones en el futuro. Además y por ahora, la "ley de la

inercia" se cumple – en cierta medida, inevitablemente y de manera beneficiosa – en este campo en varios países; el contrato básico se sigue aplicando pese a haber caducado.

118. El contrato básico, junto a las siete enmiendas mencionadas previamente, se ha tornado bastante complejo. Su extensión alcanza actualmente las 24 páginas y tiene, además, siete anexos. Abarca, entre otras, las siguientes cuestiones: autorización a usar el repertorio de la BIEM; una identificación precisa de los derechos concedidos y de las excepciones; tasas de las regalías y método para su cálculo; obligaciones mutuas de información; lugar y plazo del pago de regalías; condiciones de exportación; control por parte de la sociedad de las copias reproducidas.

119. La última versión enmendada del contrato básico abarca los discos de vinilo, discos compactos, casetes analógicos, casetes compactos digitales (DCC, según su nombre en inglés) y minidiscos (MD). El productor debe pagar a la sociedad de gestión de los derechos de reproducción mecánica, por cada disco, cinta y casete que reproduzca una o más obras del repertorio de la sociedad, una regalía cuya tasa y dominio de aplicación se determinan de la manera que sigue. En los países de Europa continental, Turquía incluida, la tasa de la regalía por cada ejemplar es del 11% del precio máximo del ejemplar de que se trata, según lo ha hecho público el productor (PPD), para la venta al detalle y el día que las copias salen del depósito. Este precio (PPD) está sujeto a un ajuste de tarifa uniforme del 9% cuando lo justifiquen las facturas con descuento. Pero si el productor ha fijado o sugerido precios al detalle para el territorio nacional y dichos precios son los que por lo general paga el público, la regalía correspondiente – en los países previamente mencionados – será el 8% del precio indicado en una lista prescrita por el contrato básico. Cuando el productor no esté en condiciones de proporcionar a la sociedad una lista como la recién mencionada, la sociedad fijará la regalía en base al precio aplicado generalmente por otros productores nacionales para cada tipo de disco y para cada configuración de cinta y de casete. Estas reglas no son de aplicación en América Latina; allí, la tasa de la regalía es la que se acuerde entre la sociedad y sus representantes y los productores nacionales de dichos países.

120. En aquellos países en los cuales la regalía se determina a través de un sistema de concesión de licencias no voluntarias, se dice simplemente que los trabajos de todo el repertorio de la sociedad deben gozar, a todos los efectos, de las condiciones acordadas a las obras de los repertorios nacionales por los productores de dichos países. Es importante señalar, sin embargo, que los discos, cintas, casetes y matrices fabricados en estos países y luego exportados, están sujetos a las condiciones mencionadas en el párrafo precedente.

121. El sistema de regalías aquí esbozado podría parecer, de por sí, bastante complicado. A esto cabe sin embargo agregar que las reglas para el cálculo de las regalías se hacen también extensivas a algunos otros detalles, como por ejemplo la remuneración en el caso de los "repertorios mixtos", o a la influencia del número de obras y fragmentos en el mismo disco, cinta o casete sobre el monto de las regalías; y también a las devoluciones, ventas de liquidación, regalías mínimas, etcétera.

122. El reglamento relativo a los ejemplares exportados es también sumamente complejo, pero parece valer la pena exponerlo ya que está relacionado con un fenómeno nuevo y significativo, la concentración del prensado y la publicación de los discos; que a su vez, es una de las manifestaciones de las tendencias a la regionalización y la mundialización, y a la creciente concentración y convergencia de los medios.

123. Las reglas pertinentes contenidas en el contrato básico parecen extender una cierta protección (aunque no sea completa) a las sociedades de aquellos países en los cuales la producción local de fonogramas se ve reemplazada por el "prensado central" que se lleva a cabo en otro país, pero en los cuales se distribuyen los ejemplares de hecho. Las principales reglas – y vaya como demostración de lo complejo del reglamento, que las siguientes no son más que las reglas principales – son las siguientes:

- i) con respecto a la exportación a países no europeos y que no son ni los Estados Unidos de América ni el Canadá, se han de calcular y pagar las regalías conforme a los precios de aplicación y demás condiciones acordadas *en el país de destino* (sin embargo, el grupo nacional de la IFPI y la sociedad, pueden acordar la aplicación a dichas exportaciones de una

- regalía calculada en base a los precios y todas las demás condiciones que se aplican *en el país de origen*);
- ii) con respecto a las exportaciones a países europeos, a excepción de los embarques dentro de la Unión Europea, cuando el productor provee a un importador que no es ni un licenciataria ni una empresa afiliada, se calcularán y pagarán las regalías en base a los precios y demás condiciones acordadas *en el país de destino*;
 - iii) con respecto a los embarques dentro de la Unión Europea, cuando el productor provee a un distribuidor que no es ni un licenciataria ni una empresa afiliada, se calcularán y pagarán las regalías en base a los precios y demás condiciones acordadas en el país de origen;
 - iv) para el caso de las exportaciones a países europeos que no pertenecen a la Unión Europea, cuando el productor está proveyendo a un importador que no es ni un licenciataria ni una empresa afiliada, el productor puede – a menos que opte por la opción a su disposición, mencionada en el punto ix) más adelante – declarar los artículos salientes deduciendo del número de discos, cintas y casetes salidos de su depósito, el número de discos, cintas y casetes que quedan en existencia en el depósito del importador al final de cada período contable, entendiéndose que los artículos salientes del importador se han de tratar de acuerdo con los precios y demás condiciones acordados *en el país de destino* entre el grupo nacional de IFPI y la sociedad recaudadora nacional;
 - v) en el caso de las exportaciones de países europeos no pertenecientes a la Unión Europea a países que pertenecen a la Unión Europea, cuando el productor está proveyendo a un importador que es un licenciataria o una empresa afiliada, las declaraciones de artículos salientes relativas a dichos embarques pueden hacerse – a menos que el productor opte por la opción mencionada en el punto ix) a continuación – de la manera previamente descrita;
 - vi) en el caso de los embarques dentro de la Unión Europea, cuando el productor está proveyendo a un importador que es un licenciataria o una empresa afiliada, las declaraciones de artículos salientes relativas a dichos embarques pueden hacerse – a menos que el productor opte por la opción mencionada en el punto ix) a continuación – de la manera previamente descrita; pero los artículos salientes se han de tratar conforme a las *condiciones acordadas en el país de origen*, con la excepción de que los *precios* de aplicación son los del licenciataria o filial *del país de destino*;

- vii) a fin de beneficiarse de las posibilidades mencionadas en los anteriores puntos de iv) a vi), el productor debe poder demostrar que el consignatario ha firmado un contrato, con una sociedad adherida a la BIEM, similar al contrato básico y que estos embarques estarán sujetos al derecho de control por parte de las dos sociedades involucradas;
- viii) el grupo nacional de la IFPI y la sociedad pueden acordar la sustitución, por una deducción de la tarifa uniforme, del sistema de deducciones previamente mencionado y para las exportaciones del anterior punto i), entendiéndose que las disposiciones nacionales sobre "devoluciones" no se aplicarán a los artículos salientes a los cuales ya se ha aplicado una deducción de tarifa uniforme;
- ix) sin embargo, siempre que el productor notifique con antelación a las dos sociedades del caso, y cuando dichas sociedades no planteen conjuntamente una objeción bien fundada en el plazo de cuatro semanas de recibida dicha notificación, las declaraciones de artículos salientes y las correspondientes regalías relacionadas con los embarques entrantes según los anteriores puntos iv) a vi) serán rendidas y pagas por el consignatario a la sociedad y/o al titular del derecho de autor o al representante autorizado del titular *en el país de destino*, siempre que el consignatario sea parte en un contrato similar al contrato básico con dicha sociedad y/o el titular del derecho de autor o el representante autorizado del titular del derecho de autor según los precios de aplicación y todas las condiciones vigentes *en el país de destino*.

124. También el sistema de distribución de las sociedades de derechos de reproducción mecánica presenta diferencias, en varios aspectos, respecto de las sociedades de derechos de interpretación y ejecución. Por ejemplo, la distribución se efectúa basándose en datos completos relativos a la utilización real de las obras, y no mediante muestras; tampoco existen sistemas de puntos en los que puedan predominar elementos subjetivos. Estas características son favorables, en ciertos aspectos, a los no miembros y a los extranjeros.

125. En cuanto a las deducciones de las regalías antes de la distribución, era práctica general que las organizaciones de derechos de reproducción mecánica aplicaran algún porcentaje tipo de deducción, tal como el 15%, el 20% o el 25%. Estos porcentajes fijos se adaptaban en lo fundamental a los supuestos costos reales de gestión, pero aun así había una diferencia entre los

costos reales y las cantidades deducidas, que suelen ser al menos algo superiores. Esta circunstancia quedaba compensada por el hecho de que los acuerdos bilaterales entre las organizaciones de derechos de reproducción mecánica no contemplan, por lo general, la posibilidad de efectuar descuentos con fines sociales y culturales.

126. En este campo se ha producido recientemente un cambio bastante espectacular – la adopción del así llamado "Acuerdo de Cannes" entre los principales editores musicales (pertenecientes, por lo general, a los grandes conglomerados de medios) y las sociedades BIEM de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo; en virtud del mismo, el porcentaje de la deducción por parte de las sociedades de derechos de reproducción mecánica no debe superar el 6 %. Este pareció ser un aspecto más de la incidencia de las tendencias a la mundialización, la concentración y la convergencia (que se analizarán más en detalle en el Capítulo V).

127. Los grandes conglomerados de medios, de los cuales han pasado a formar parte también algunas de las principales casas editoras de música, parecen tener la intención de transformar la gestión colectiva tradicional en un sistema mucho más comercial de gestión de derechos. Todo esto es, de por sí, comprensible; un mecanismo más eficiente desde el punto de vista de los costos, puede resultar atractivo desde un punto de vista comercial puro. Parece también ser cierto que los costos de gestión de los derechos de reproducción mecánica pueden ser muy inferiores a los de la gestión de los "derechos de interpretación o ejecución" (tomando en cuenta que, en este último caso, se necesitan actividades mucho más amplias de control y de imposición de la ley). Hay, sin embargo, otra cara en esta moneda. Los montos previamente deducidos, más altos, servían a las sociedades de derechos de reproducción mecánica para llevar a cabo el tipo de actividades que resultan legítimas en los sistemas tradicionales de gestión colectiva; actividades que, según se analizó previamente en el Capítulo II, resultan útiles no sólo desde el punto de vista de los intereses colectivos de los afiliados a las sociedades y de la promoción de la creatividad nacional, sino también desde el punto de vista de una política de "relaciones públicas" adecuada para mantener o – ya que parece estar disminuyendo y desdibujándose peligrosamente – hasta restaurar la aceptación pública y el debido respeto al derecho de autor y derechos conexos. Algunas de estas funciones pueden ser asumidas por los editores,

los productores y los conglomerados de medios a los cuales pertenecen. Sin embargo, la experiencia muestra que los colectivos de creadores individuales pueden cumplir estas funciones de modo más eficiente y también, en opinión del público (y de las autoridades públicas), de manera más persuasiva. No parece ser sabio olvidar estos aspectos, aun si las decisiones se basan en un simple cálculo financiero de "costos y beneficios". Parece ser necesario, en este campo, mantener un equilibrio adecuado que toma en cuenta todos los intereses en juego. Sin embargo, la congelación del nivel de deducciones por parte de las sociedades de derechos de reproducción mecánica puede también socavar la eficiencia de su sistema de gestión. Es posible que por esta congelación, no tengan los recursos suficientes para controlar la utilización de su repertorio, combatir la piratería e invertir en la mejora de sus equipos técnicos, cosa deseable en vista de los desafíos planteados por la tecnología digital e Internet.

128. Algunas organizaciones de derechos de reproducción mecánica también realizan la gestión de los llamados derechos de sincronización (el derecho a autorizar la inclusión de obras musicales en obras audiovisuales). En comparación con la gestión de los derechos de reproducción mecánica, se puede decir que se aplican principios similares a la gestión de los "derechos de sincronización", pero no existe ningún contrato básico general en este ámbito; también se dan otras diferencias con respecto a algunos detalles.

Gestión colectiva de los derechos sobre obras dramáticas

129. La gestión colectiva de los derechos correspondientes a las obras dramáticas constituye el ejemplo más típico, y más tradicional, de una forma de la gestión colectiva parcial: una gestión colectiva del tipo agencia (que es distinta de la gestión de derechos tipo agencia, sin verdaderos elementos colectivos).

130. Esta modalidad de gestión colectiva la desarrolló inicialmente la SACD, la sociedad de autores francesa mencionada previamente en el Capítulo II, que fue de hecho la primera sociedad de autores del mundo que se ocupó de la gestión colectiva.

131. Ya en 1791, el año en el cual – con la aprobación de la Ley sobre derecho de autor – Beaumarchais y otros dramaturgos franceses triunfaron en la lucha por el reconocimiento de sus derechos, el *Bureau de législation dramatique* se convirtió en el *Bureau de perception des droits d'auteurs et compositeurs*, es decir, en una organización para la recaudación de regalías. A partir de allí, ya no fue más que una cuestión de transformación formal cuando, en 1829, la organización adoptó su nombre definitivo: *Société des auteurs et compositeurs dramatiques* (SACD). En el marco de la SACD se creó en París una Agencia General, con representantes en los principales centros de provincias. Los autores informaban a la sociedad y, por conducto de ella, a los teatros, de las condiciones generales (entre ellas, en particular, las tasas de regalía) sobre cuya base estaban dispuestos a negociar la autorización para utilizar sus obras dramáticas (o dramático-musicales). A partir de esas condiciones contractuales generales se concertaban contratos especiales, y la agencia general de la SACD recaudaba las regalías y las entregaba a los autores previa deducción de los gastos. Aunque hay ciertos elementos nuevos en sus actividades, el sistema de gestión colectiva de la SACD – en el campo de los derechos sobre las obras dramáticas y dramático-musicales – ha seguido siendo prácticamente el mismo. Este sistema tiene tres elementos principales: los contratos generales, los contratos especiales, y la recaudación y distribución efectivas de las regalías sobre la base de los contratos especiales.

132. Los contratos generales se negocian entre la sociedad y las organizaciones que representan a los teatros. Estos contratos comprenden ciertas condiciones mínimas, en particular, la tasa básica de las regalías. En los contratos especiales no pueden estipularse condiciones menos favorables para los autores, pero sí pueden convenirse condiciones más favorables.

133. Los contratos especiales se conciertan teatro por teatro y obra por obra, sobre la base de las condiciones mínimas del contrato general aplicable (con la posibilidad de estipular condiciones más favorables). A diferencia de las sociedades de derechos de interpretación y ejecución musical, a las que se ceden los derechos de los autores o que, por otras razones, están en condiciones de ejercer los derechos comprendidos en sus repertorios y, de ese modo, pueden autorizar la utilización de las obras respectivas sin consulta especial con los autores, la SACD necesita el consentimiento de los autores para cada contrato especial. La sociedad actúa sólo como representante.

134. Existe un sistema más sencillo para los teatros de aficionados. En ese caso, los gastos derivados del ejercicio individual de los derechos serían bastante elevados. En consecuencia, se invita a los autores a ceder a la sociedad -con algunas limitaciones y en ciertas condiciones - el derecho a autorizar las interpretaciones o ejecuciones en el marco de un contrato general celebrado con la Federación de Teatros de Aficionados. Muchos autores optan por este sistema simplificado.

135. Los representantes de la SACD inspeccionan con regularidad las interpretaciones o ejecuciones teatrales en las zonas que tienen a su cargo, y recaudan las regalías. Éstas se distribuyen directamente a los autores titulares de los derechos sobre la obra por cuya representación se les paga, sin que se creen fondos comunes especiales de distribución ni se apliquen sistemas de puntos como en materia de derechos de interpretación y ejecución musical.

136. La sociedad descuenta de las regalías una tasa de comisión fijada que depende de las zonas geográficas abarcadas, y una contribución a la seguridad social. Según los resultados financieros del ejercicio económico, una parte de las cantidades deducidas se puede reembolsar a los autores respectivos, porque la SACD se atiene al principio de que sólo pueden deducirse los gastos efectivos de gestión.

137. La SACD también administra los derechos sobre las obras difundidas por radio y televisión y sobre obras audiovisuales. En este ámbito se aplica, por lo general, la gestión colectiva plena. Los autores dan plenos poderes a la SACD para ejercer sus derechos exclusivos. La SACD negocia acuerdos de representación general con organismos de radiodifusión y productores audiovisuales, recauda regalías y las distribuye entre los titulares de los derechos.

138. Como ya se ha indicado, la gestión colectiva de los derechos sobre las obras dramáticas puede no considerarse como un caso de gestión colectiva plena: constituye un tipo de gestión similar al de las agencias. Consecuentemente, en muchos países no son las sociedades de autores ni otras organizaciones de derecho de autor las que realizan la gestión de estos derechos, sino verdaderas agencias (a menudo, varias de ellas en un mismo país, cada una con su propio repertorio). Con todo, hay algunos países en los que las organizaciones de gestión colectiva se ocupan de estos derechos. Sin embar-

go, en la mayoría de casos, estas organizaciones no están tan especializadas como la SACD; en su mayoría cuentan con un repertorio más amplio, que a menudo incluye también derechos de interpretación y ejecución musical y derechos de reproducción mecánica (como la SIAE en Italia o la SGAE en España).

139. Independientemente del alcance de sus actividades, las organizaciones de autores encargadas de la gestión de los derechos sobre obras dramáticas colaboran bajo la égida de la CISAC, aunque tal colaboración no alcanza a tantos detalles como la que existe entre distintas organizaciones de derechos de interpretación y ejecución.

Gestión conjunta colectiva del derecho de "suite"

140. Conforme al párrafo 1) del Artículo 14ter del Convenio de Berna, "en lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de autores y compositores, el autor – o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos - gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a su primera cesión operada por el autor".

141. Sin embargo, los párrafos 2) y 3) del mismo Artículo otorgan bastante libertad a los países parte en el Convenio respecto del reconocimiento y la reglamentación de tal derecho. Pueden resolver libremente si lo introducen o no, y si su goce está sujeto o no a reciprocidad. Además, se dispone que el procedimiento de recaudación y los montos a pagar serán objeto de reglamentación por la legislación nacional.

142. A pesar del carácter no obligatorio del Artículo 14ter.1) del Convenio de Berna (al igual que otras disposiciones de fondo del Convenio, ha sido también incorporado por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC y el WCT), varios países reconocen este derecho denominado, en inglés, "resale right" ("derecho de reventa", que en muchos países se conoce generalmente por su nombre en francés: "*droit de suite*»), incluidos Alemania, Argelia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Congo, Costa Rica, Costa de Marfil, Chile, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovenia, España, Estonia, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guinea, Hungría, India, Islandia, Italia,

Letonia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Marruecos, Noruega, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Senegal, Suecia, Togo, Túnez, Turquía, Uruguay, Venezuela y Zaire. En los Estados Unidos de América, este derecho es reconocido por la legislación de California. La concesión de este derecho se ha tornado obligatoria para todos los países miembros de la Unión Europea tras la adopción de la "Directiva 2001/84/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original" (la "Directiva del derecho de participación").

143. La Directiva del derecho de participación de la Unión Europea, que ha de tener por cierto un efecto de armonización también en aquellos países europeos que no son miembros de la Unión Europea, resume elocuentemente en el punto 3) de su exposición la justificación de la concesión de un derecho de participación: "El derecho de participación tiene como finalidad garantizar a los autores de obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras; este derecho tiende a restablecer un equilibrio entre la situación económica de los autores de obras de arte gráficas y plásticas y la de otros creadores que se benefician de la explotación sucesiva de sus obras."

144. En la mayoría de los países el derecho de "*suite*" se aplica sólo a las obras de arte originales; sin embargo, en algunos países se incluyen también los manuscritos originales. (No obstante, también en esos países el campo en que este derecho adquiere verdadera significación es el de las obras de arte). El Artículo 2 .1) de la Directiva del derecho de participación, por ejemplo, define como "obras de arte originales" a "las obras de arte gráficas o plásticas tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal y fotografías, siempre que éstas constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales." El Artículo 2.2) agrega que las copias de obras de arte que, en número limitado, realiza el artista mismo, se han de considerar obras de arte originales, y señala que por lo general dichas copias están numeradas, firmadas o debidamente autorizadas por el artista de alguna otra forma.

145. Por lo general, el derecho de "*suite*" sólo se aplica a las ventas en subasta pública y a las ventas por intermedio de negociantes. (El motivo es limitar el alcance del derecho a los casos en que es posible ejercerlo y hacerlo cumplir de forma realista). Conforme a los Artículos 1.2) y 1.3) de la Directiva del derecho de participación, este derecho abarca " todos los actos de reventa en los que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de ventas, galerías de arte y, en general, cualquier marchante de obras de arte. "; sin embargo, los Estados miembros pueden disponer que el derecho no se aplique a reventas en las cuales el vendedor ha adquirido la obra directamente del autor hace menos de tres años antes de dicha reventa, y cuando el precio de reventa no supere los 10000 euros.

146. En la gran mayoría de los países es el vendedor quien debe pagar la regalía (pero hay también países, como por ejemplo Hungría, en los cuales debe ser pagada por el comprador). También según el Artículo 1.4) de la Directiva del derecho de participación, el pago del derecho corre por cuenta del vendedor. Sin embargo, los Estados miembros pueden disponer que la sala de ventas, galería de arte o el marchante corra con la responsabilidad, o comparta la responsabilidad con el vendedor, por el pago de la regalía.

147. Los métodos de cálculo de las regalías del derecho de "*suite*" corresponden a dos categorías: en el primero, se basan las regalías en el aumento de precio de la obra con cada nueva venta; en el segundo, el cálculo toma como base el precio de venta de la obra. En el primer grupo de países, el porcentaje suele ser superior al aplicable en el segundo (porque sólo se aplica a la plusvalía). (Parecería ser más adecuado basar las regalías en el precio de venta, entre otras cosas porque en el caso de muchas obras de arte de mayor antigüedad, por no haber documentación apropiada, se hace imposible o al menos difícil calcular el incremento de precio). No obstante, se fijan ciertos valores mínimos por debajo de los cuales no se aplica el derecho de "*suite*".

148. La Directiva del derecho de participación aplica un valor mínimo bastante alto. Su Artículo 3 deja a los Estados miembros la fijación de un precio de venta mínimo, pero dispone que no ha de superar los 3000 euros. Algunos expertos consideran que el límite de 3000 euros es demasiado alto porque, de aplicar-

se, la mayoría de las ventas – muchas, con todo, a un precio relativamente significativo – no serán alcanzadas por el derecho de participación.

149. Conforme al Artículo 4 de la Directiva, se ha de fijar la regalía según las siguientes tasas:

- a) el 4% de los primeros 50.000 euros del precio de venta;
- b) el 3% de la parte del precio de venta comprendida entre 50.000,01 euros y 200.000 euros;
- c) el 1% de la parte del precio de venta comprendida entre 200.000,01 euros y 350.000 euros;
- d) el 0,5% de la parte del precio de venta comprendida entre 350.000,01 euros y 500.000 euros;
- e) el 0,25% de la parte del precio de venta que exceda de 500.000 euros.

No obstante, el importe total del derecho no podrá exceder de 12.500 euros. Como excepción, los Estados miembros podrán aplicar un porcentaje del 5% para la parte del precio de venta a que se refiere la letra a).

150. Una de las razones por las cuales no se reconoce el derecho de "*suite*" en otros países es el temor a los posibles problemas prácticos que puedan surgir al ejercer e imponer este derecho. Sin embargo, la experiencia de varios países en los cuales este derecho existe, indica que dichos problemas se pueden evitar o resolver mediante una reglamentación adecuada del ejercicio de este derecho y, en particular, por la puesta en práctica de un sistema adecuado de gestión conjunta.

151. El mejor ejemplo de solución de los problemas prácticos a través de la gestión conjunta es lo ocurrido en este terreno en Alemania.

152. En ese país el derecho de "*suite*" quedó introducido con la Ley de Derecho de Autor de 1965, y se aplica a las ventas en subasta pública y a las efectuadas con intervención de negociantes en obras de arte. En su origen la Ley no establecía ningún procedimiento determinado para la aplicación de este derecho. Los rematadores y negociantes se negaban a pagar el derecho de "*suite*" fundándose en que no eran los verdaderos enajenantes y, al mismo tiempo, invocaban la obligación de secreto profesional como pretexto

para no revelar el nombre y el domicilio de los verdaderos vendedores. Tras una prolongada contienda judicial, el Tribunal Supremo Federal decidió, en 1971, que los rematadores y negociantes podían negarse a revelar la identidad del vendedor, pero únicamente con la condición de que ellos mismos pagaran el derecho de "*suite*". Sin embargo, no había una obligación general de suministrar información.

153. La Ley de 10 de noviembre de 1972 completó la reglamentación del derecho de "*suite*". Esa Ley introdujo una obligación general de suministrar información y determinó la tasa del derecho y un precio mínimo. La nueva Ley asignó una función importante a la gestión colectiva. La ley facultó a las sociedades de autores a solicitar información, a fin de que los rematadores y negociantes no tuvieran que responder a cantidades enormes de peticiones individuales.

154. En 1980 se produjo otro adelanto de importancia. Se firmó un acuerdo entre BILD-KUNST, la sociedad de autores administradora de los derechos de los artistas, y las organizaciones de comerciantes de obras de arte. Este acuerdo abarca las obras del siglo XX. Los negociantes en obras de arte se obligaron a pagar el 1% de todo su volumen de ventas de tales obras. Este porcentaje se basó en una estimación conforme a la cual el volumen de negocios de los negociantes en obras de arte era de 100 millones de marcos por año, y los pagos correspondientes al derecho de "*suite*" y las contribuciones de seguridad social para los artistas creadas en 1980 representaban 1,5 millones de marcos. Se convino en que, si la suma global así calculada quedaba por debajo del nivel basado en esa situación, se entablarían nuevas negociaciones. Este acuerdo constituye un buen ejemplo de cómo, también en este campo, se pueden establecer sistemas sencillos pero eficientes de gestión colectiva. BILD-KUNST viene llevando con éxito la gestión del derecho de "*suite*". Aplica también a este campo elementos tales de un verdadero sistema de gestión colectiva como la promoción de la creatividad y la seguridad social de sus afiliados, con deducciones diferenciadas adecuadamente para tales fines.

155. Una de las principales cuestiones planteadas por el ejercicio del derecho de "*suite*" es el "derecho a la información", el cual es especialmente importante desde el punto de vista de la gestión conjunta de este derecho.

Esto es comprensible ya que sin información acerca de las reventas de obras de arte, sería prácticamente imposible para los autores ejercer sus derechos.

156. Para que se respete el "derecho a la información" las galerías de arte y los comerciantes de obras de arte deben registrar la información necesaria, y como mínimo el nombre del autor, el título de la obra y el precio de reventa. No deja sin embargo de ser importante cómo y quién pide dicha información. Si se deja esto a los titulares de los derechos, pueden surgir al menos dos problemas: en primer lugar, no podrán controlar todos los lugares posibles en los cuales puede producirse la reventa de sus obras; y en segundo lugar, ello impone una carga bastante importante sobre las galerías de arte y los negociantes, ya que deberán cumplir con varias solicitudes de información esporádicas y divergentes. Resulta obvio que estos efectos negativos se pueden eliminar con bastante facilidad si el interlocutor de las galerías de arte y los negociantes es una organización de gestión colectiva.

Se debe ciertamente al reconocimiento de esta situación que, como ejemplo, el Artículo 26.5) de la Ley de Derecho de Autor de Alemania dispone que las solicitudes de información sólo pueden ser presentadas a través de una organización de gestión colectiva. La Directiva de derecho de participación no contiene una disposición parecida, pero su Artículo 6.2) permite a los Estados miembros disponer la gestión conjunta obligatoria u optativa.

157. La gestión conjunta puede aumentar la eficiencia con que se ejerce el derecho de "suite" hasta en el ámbito nacional; pero en el contexto internacional resulta más o menos indispensable. Las organizaciones de gestión conjunta, a través de una colaboración bilateral y multilateral bien establecida entre las mismas, pueden garantizar a los titulares de derechos que los mismos se harán valer también en el extranjero. También debe tomarse en cuenta que las obras de arte se venden, cada vez más, por subasta a través de Internet y que, en tales casos, se hace aún más necesaria la intervención de las organizaciones de gestión conjunta. Sin su capacidad de control y su aparato jurídico, los titulares de los derechos no tendrían una posibilidad real de hacer valer sus derechos.

158. La función de las organizaciones de gestión conjunta se está volviendo más importante en el campo de las obras de arte no sólo en lo que hace al

derecho de "suite", sino también respecto a otros derechos de los artistas; en particular, los derechos de reproducción reprográfica (y por supuesto que dichas obras se usan a menudo en transmisiones interactivas a través de la red mundial digital, la cual se analiza en el Capítulo V).

159. Existen organizaciones especializadas de gestión conjunta que se ocupan de los derechos relativos a las obras de arte en otros países, tales como ADAGP en Francia, VBK en Austria, COPY-DAN BILLEKUNST en Dinamarca, HUNGART en Hungría, DDG BEELDRECHT en los Países Bajos, VEGAP en España, DACS en el Reino Unido y VAGA en los Estados Unidos de América. Algunas organizaciones con un repertorio más general realizan la gestión de los derechos relativos a las obras de arte, junto con los correspondientes a varias otras categorías de obras. Todas esas organizaciones cooperan estrechamente bajo la égida de la CISAC. Hay también organizaciones que reagrupan explícitamente a aquellas organizaciones que administran los derechos relativos a las obras de arte, tal como EVA (*European Visual Artists*, Artistas Visuales Europeos).

Gestión conjunta de los derechos de reproducción reprográfica

160. La reprografía fue la primera principal tecnología nueva posterior a la revisión del Convenio de Berna, realizada en París en 1971, que originó serios problemas de derecho de autor y a cuyo respecto se comprobó que la gestión conjunta de derechos era la mejor solución posible.

161. Mientras que en los casos de los derechos cuya gestión conjunta se ha analizado hasta aquí (los de "interpretación y ejecución" y los de "reproducción mecánica" de obras musicales, los derechos sobre obras dramáticas y el derecho de "suite"), la medida y las condiciones en que esos derechos debían reconocerse conforme al Convenio de Berna eran bastante inequívocas y prácticamente no suscitaban controversias; en el caso de la reprografía, se plantearon algunas cuestiones sobre los derechos mismos a reconocer, y la verdadera naturaleza jurídica de esos derechos. De la solución de esos problemas depende en gran medida la determinación de los casos y las condiciones en que la gestión conjunta puede aplicarse en esta esfera.

162. Los aparatos de reprografía se han ido perfeccionando cada vez más en los últimos decenios; producen copias de mejor calidad y también con mayor rapidez y a menor costo. Las fotocopiadoras de color han abierto nuevos horizontes a la reproducción reprográfica de las obras protegidas (aún sin mencionar la combinación de la reprografía con la recuperación de obras almacenadas en ordenadores, la así llamada "reproducción electrónica" que, con todo, ya es materia del así llamado "orden del día digital" de la Conferencia Diplomática de 1996 en la cual se aprobaron los "Tratados Internet" y se analiza, por lo tanto, en el Capítulo V más adelante).

163. La situación en lo referente a la reprografía difiere en algunos aspectos de la que plantean las copias de obras audiovisuales y de fonogramas. Esa diferencia deriva de que mientras la "copia privada" (es decir, la reproducción de obras audiovisuales y fonogramas en los hogares para el uso privado) es un fenómeno mundial, el número de fotocopiadoras personales todavía es relativamente reducido. Por consiguiente, el control de la reproducción de obras por medio de la reprografía puede organizarse con mayor facilidad y existen más posibilidades de evitar las restricciones pesadas al derecho de reproducción como derecho exclusivo de los autores.

164. Sin embargo, también es preciso tener en cuenta que las funciones de la reprografía se diferencian de las funciones de la "copia privada". Mientras que la "copia privada" se refiere principalmente a obras recreativas, la reprografía tiene su utilización más característica en la copia de materiales necesarios para la enseñanza, la investigación y los servicios de las bibliotecas, en lo cual predominan consideraciones especiales de interés público.

165. Desde el punto de vista de la situación jurídica de la reprografía, el hecho primero y más importante es que el derecho de reproducción es un derecho exclusivo conforme al Artículo 9.1) del Convenio de Berna (y también conforme al Acuerdo sobre las ADPIC y el WCT, a través de la inclusión en los mismos por referencia de ésta y otras disposiciones importantes del Convenio), que no puede restringirse – sea autorizando la libre utilización como bajo la forma de licencias no voluntarias – excepto en aquellos casos que correspondan a la "prueba del criterio triple" del Artículo 9.2) del Convenio. Nunca se ha puesto en duda que la reproducción reprográfica (fotocopia, etcétera) constituye una forma de reproducción comprendida en el

ámbito de ese derecho exclusivo. Por consiguiente, no se trata de qué derechos deben tener los autores respecto de la reproducción reprográfica de sus obras, sino más bien cuáles son los casos en los cuales pueden permitirse las excepciones o limitaciones.

166. Para responder a esta pregunta deben tomarse en cuenta tanto el texto como el "historial de versiones" de las normas pertinentes. El Artículo 9.1) del Convenio de Berna dice así: "Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma". Las posibilidades de permitir excepciones o limitaciones posibles de este derecho se reglamentan en el Artículo 9.2), que dice así: "Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor".

167. El informe de la Comisión Principal I de la Conferencia Diplomática de Estocolmo de 1967, en la cual se aprobó el Artículo 9, incluye también una exposición de motivos como orientación a la aplicación del Artículo 9.2), y toma ejemplos del ámbito de la reproducción reprográfica. Dice así:

"Si se considera que la reproducción atenta a la explotación normal de la obra, no se permitirá la reproducción. De considerarse que la reproducción no atenta a la explotación normal de la obra, el siguiente paso sería saber si no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Únicamente si éste no es el caso sería posible, en ciertos casos especiales, introducir una licencia obligatoria, o contemplar la utilización sin pago alguno. Un ejemplo práctico sería la fotocopia con diversos fines. Si se trata de producir un gran número de copias, podrá no ser permitida puesto que atenta a la explotación normal de la obra. Si se trata de efectuar un gran número de copias para su utilización en comedidos industriales, es posible que no atente injustificadamente a los intereses legítimos del autor, siempre que, con arreglo a legislación nacional, se abone una remuneración equitativa. Si se efectúa un pequeño número de copias, se podrá permitir la fotocopia sin pago, en especial para su utilización por científicos y particulares".

168. Cabe anotar que, desde 1967, las posibilidades y las condiciones de explotación normal de las obras a las que puede afectar la reproducción reprográfica han cambiado de manera fundamental, y lo mismo se puede afirmar sobre las situaciones en las cuales una excepción o una limitación pueden perjudicar más allá de lo razonable los intereses legítimos de los titulares de los derechos. Por lo tanto, en este momento se puede considerar la afirmación previamente citada como verdaderamente pertinente sólo en lo que hace a la *estructura* de la prueba prevista por el Artículo 9.2) del Convenio de Berna; los *ejemplos* de 1967 ya no necesariamente siguen siendo válidos.

169. La prueba conforme al Artículo 9.2) del Convenio de Berna se conoce en general como "la prueba del criterio triple", ya que las tres condiciones previstas en esta disposición se han de considerar paso a paso, una tras la otra.

- La primera condición es que una excepción o limitación debe ser un caso especial. Esto significa que el alcance de la utilización debe ser limitado – delimitado de forma precisa y estrecha – y que no se acepta caso alguno de determinación amplia; más aún, en cuanto a su objetivo, deberá ser específico en el sentido de que debe justificarse por razones de política pública claras y razonables (como, por ejemplo, la protección de libertades fundamentales, intereses públicos específicos tales como la educación pública y el acceso a la información; la necesidad de eliminar fracasos comerciales; la protección de los intereses legítimos de los consumidores; y la protección contra los comportamientos anticompetitivos).
- La segunda condición es que una excepción o limitación no debe ser contraria a la explotación normal de las obras. Esto significa que todas las formas de explotar una obra – es decir, la extracción de un valor del derecho exclusivo sobre la reproducción de la obra mediante el ejercicio de dicho derecho – que tenga o probablemente adquiera una importancia económica o práctica considerable, deben quedar reservadas al titular de este derecho, y que las utilidades gratuitas o licencias no voluntarias concedidas como excepciones o limitaciones respectivamente, no deben competir desde el punto de vista económico con el ejercicio del derecho de reproducción por parte del titular del derecho (en el sentido de que no debe socavar de manera alguna el mercado de las obras protegidas).

- La tercera condición es que una excepción o limitación no debe perjudicar más allá de lo razonable los intereses legítimos de los titulares del derecho de autor. Intereses legítimos significa "intereses jurídicos", en el sentido de que el interés del titular del derecho es el gozar del derecho sobre la reproducción y ejercerlo en la medida de lo posible. Una excepción o limitación perjudica – en forma inevitable, hasta se puede decir que "por definición" – estos intereses legítimos; este perjuicio puede resultar permisible en ciertos casos especiales, cuando no atenta contra forma alguna de explotación normal de la obra; pero debe ser razonable en el sentido de que no debe superar un cierto nivel de perjuicio que pueda todavía justificarse habida cuenta de las razones subyacentes de interés público, cuando sean de carácter especial y estén bien fundamentadas.

170. Hecha esta referencia a la situación jurídica resultante del Convenio de Berna (así como del Acuerdo de los ADPIC y el WCT), se examinará en lo que sigue cómo se encararon inicialmente a nivel nacional los problemas planteados por la reprografía y, en particular, cómo surgió la gestión conjunta como solución en varios sistemas nacionales. Los países escogidos como ejemplos son aquellos en los que diversos acontecimientos jurídicos han dado origen a determinadas soluciones características de gestión conjunta en este ámbito.

171. Se menciona en primer lugar el ejemplo de Alemania porque en la Ley de Derecho de Autor de 1965, ya figuraban algunas disposiciones bastante detalladas sobre el derecho de reproducción y las excepciones y limitaciones al mismo.

172. Los legisladores habían tomado en consideración un fallo de 1955 del Tribunal Federal acerca de las fotocopias, que se refería a la reproducción de artículos de publicaciones científicas por parte de una empresa industrial para uso de sus empleados. El Tribunal Federal declaró que esa actividad servía a los objetivos comerciales de la empresa y, por lo tanto, no constituía un caso de libre utilización. Esa sentencia dio origen a la conclusión de un contrato entre la Federación de la Industria Alemana (*Bundesverband der deutschen Industrie*) y la Asociación de Libreros Alemanes (*Börsenverein des deutschen Buchhandels*) sobre la fotocopia de periódicos para uso interno de las empresas.

173. Basándose en las disposiciones citadas anteriormente, las sociedades recaudadoras de derecho de autor de la República Federal de Alemania concertaron una serie de acuerdos de licencia. Por ejemplo, en 1982, la sociedad general de derechos literarios WORT concertó un acuerdo con los ministerios de cultura de las provincias (*Länder*) con respecto a la reproducción reprográfica en las escuelas a cambio de una cantidad global anual. Con el fin de distribuir esas cantidades, se realizaron algunos estudios en determinadas escuelas. WORT comenzó también a recaudar cantidades considerables en virtud de acuerdos relativos a la reproducción con fines comerciales.

174. La Ley de Enmienda sobre Derecho de Autor, de 24 de junio de 1985, introdujo varios cambios en este sistema. Conforme a la Ley, está permitido efectuar o hacer efectuar copias de pequeñas partes de una obra impresa o de contribuciones publicadas en periódicos para el uso personal y para la enseñanza en instituciones de enseñanza no comerciales, en la cantidad requerida para una clase escolar o para exámenes oficiales en las escuelas, universidades e instituciones de enseñanza no comerciales. En tres casos se impuso la prohibición absoluta de la reproducción reprográfica sin el consentimiento del autor: respecto de libros enteros o periódicos enteros, registros gráficos de obras musicales (partituras), y programas de ordenador.

175. Sin embargo, la modificación más importante consistió en la introducción de una licencia legal para todos los casos en que no se necesitaba el consentimiento de los autores para efectuar la reproducción. Los legisladores consideraron que los avances tecnológicos realizados desde 1965 habían llevado a que las copias privadas se efectuasen en una escala que perjudicaba indebidamente los intereses legítimos de los autores, y que su perjuicio debería eliminarse, o por lo menos atenuarse, mediante disposiciones sobre una remuneración equitativa por tal utilización. En consecuencia se hizo extensivo el sistema de licencia legal también a las copias privadas.

176. La nueva legislación distinguía entre la reproducción efectuada en los hogares y los restantes casos. Se había tenido en cuenta que, por el momento, eran pocas las fotocopadoras en los hogares privados y que se utilizaban menos frecuentemente para copiar obras protegidas que las usadas en bibliotecas, instituciones docentes y lugares análogos, en que pueden copiarse obras protegidas en una medida cualitativamente mayor. Se creó por ello un

sistema híbrido de gravámenes. Uno de sus elementos es un gravamen sobre los equipos, que deben abonar los fabricantes o importadores. Por ley, este gravamen debe pagarse por cada máquina, independientemente de que se utilice en los hogares o fuera de ellos, en un pago global y único correspondiente a la cantidad de materiales protegidos por el derecho de autor que normalmente se reproducen utilizando estas máquinas. La circunstancia de que fuera de los hogares (en las escuelas, universidades, bibliotecas públicas, locales de fotocopiado, etcétera) las obras protegidas se reproducen en mayor medida, fue contemplada por el otro elemento del sistema – un gravamen aplicado a los usuarios que debe pagarse además del correspondiente a los equipos.

177. El importe del gravamen aplicado a los usuarios se determina sobre la base de un método de muestreo: se determinó el porcentaje de las fotocopias de obras protegidas en relación con todas las fotocopias hechas en algunas instituciones representativas de su categoría, y se emplearon esos datos al cobrar la remuneración por las fotocopias efectuadas en instituciones comparables. La ley dispuso que el derecho a percibir los gravámenes por fotocopias podía ejercerse por conducto de una sociedad recaudadora.

178. Aunque este método puede parecer sencillo, ha resultado difícil calcular la cantidad de copias por las que deben pagarse derechos. En consecuencia, WORT optó por concertar convenios con organizaciones de usuarios de fotocopadoras, en los que se estipularon pagos de sumas globales. Esas sumas se basaron en estudios estadísticos que reflejan el alcance y la estructura de la reprografía de obras protegidas.

179. WORT decidió que, después de deducir los gastos administrativos, distribuiría entre los autores el 70% de los derechos en los casos de obras de ficción, y el 50% tratándose de obras científicas; el resto se distribuiría entre los editores. Sin embargo, si el contrato entre el autor y el editor disponía otra tasa de distribución, debía redistribuirse el pago entre ellos.

180. El otro ejemplo de inicios de la introducción de una gestión conjunta viene de los Países Bajos (entre los primeros países en legislar acerca de la reprografía), y pone de relieve cuán indispensable es un sistema eficaz de gestión conjunta para el ejercicio de los derechos de reproducción reprográfica.

181. En los Países Bajos se introdujeron las primeras disposiciones sobre la reprografía en los años 1972 y 1974, pero no afectaron a la limitación del derecho de reproducción conforme a la cual, en general, se podían reproducir unos pocos ejemplares para usos privados. La Ley de Derecho de Autor era aún más generosa con las oficinas gubernamentales, bibliotecas, instituciones docentes y otras instituciones que representen intereses públicos. Estas instituciones podían hacer más que unas pocas copias para su propio uso interno. Por último, las organizaciones e instituciones comerciales también podían hacer más que unas pocas copias; de hecho, "tantas como necesiten razonablemente". No obstante ello, todos estos usuarios que efectuaban reproducciones en gran cantidad estaban obligados a pagar una remuneración equitativa. Las bibliotecas, sin embargo, podían hacer copias individuales de artículos para los usuarios y para préstamos interbibliotecarios sin obligación de pagar esa remuneración.

182. La fundación REPRORECHT, la sociedad recaudadora neerlandesa que representa a los autores y editores – fundada para recaudar las remuneraciones por fotocopias – tropezó durante bastante tiempo con dificultades en el cumplimiento de esta tarea, porque la ley no le confería ninguna autoridad especial y porque no tenía suficientes afiliados. Por ello, quienes realizaban las copias se negaban a tratar con REPRORECHT, y sólo el Estado le pagaba algunas cantidades nominales a fin de mantener con vida el sistema que él mismo había creado.

183. Por último, fue preciso que se dictara un nuevo Real Decreto para salir del atolladero. En virtud del Decreto de 23 de agosto de 1985, la remuneración por reprografía debe pagarse a la sociedad recaudadora a ser designada por el Ministro de Justicia con exclusión de toda otra sociedad, e incluso de los propios titulares de los derechos. El 19 de febrero de 1986 se designó a REPRORECHT como única sociedad recaudadora, con lo cual el sistema se tornó viable.

184. En las leyes sobre derecho de autor de los Países Nórdicos, y desde los propios inicios, fue la fuerte posición legal institucionalizada de las sociedades recaudadoras que se constituyó en el elemento más importante.

185. El rasgo más característico de las leyes de derecho de autor de los Países Nórdicos en materia de derechos de reprografía (pero también con respecto a otros derechos) es el sistema llamado de "gestión conjunta ampliada", que se aplica a los convenios concertados entre las sociedades recaudadoras por una parte, y las autoridades estatales o municipales competentes por la otra, acerca del fotocopiado en escuelas y universidades. En virtud de este sistema, los docentes y profesores de escuelas y universidades que hayan recibido una autorización de una organización representante de un gran número de autores nacionales de determinada categoría de obras, también tienen derecho a copiar obras publicadas de la misma categoría, aunque los autores (incluidos los extranjeros) no estén representados por la asociación. Los autores no afiliados cuyas obras se reproducen de ese modo son tratados en lo que respecta, por ejemplo, a la remuneración, en la misma forma que los afiliados a la organización. Sin embargo, tienen por lo general el derecho – si por ejemplo, la organización contratante resuelve destinar la remuneración a fines colectivos – a reclamar una remuneración individual por la reproducción de sus obras. Para los no afiliados, este sistema contiene un elemento del tipo de las licencias no voluntarias. Sin embargo, se trata sólo de un elemento condicional, tomando en cuenta todas las garantías que aseguran los derechos de los autores fuera de la organización. Por ejemplo, el acuerdo no permite realizar ninguna reproducción si el autor ha notificado una prohibición al respecto a cualquiera de las partes contratantes. Las leyes también prevén los posibles casos en que los usuarios y las organizaciones recaudadoras no logren ponerse de acuerdo. En esos casos puede aplicarse un sistema de arbitraje.

186. Si el sistema de los Países Nórdicos constituye un buen ejemplo del modo en que pueden funcionar las organizaciones de gestión conjunta con cierto apoyo legislativo y algunos elementos semiobligatorios en lo que respecta a los titulares de derechos no afiliados a las organizaciones, el ejemplo de los Estados Unidos de América muestra que los sistemas basados en los genuinos derechos exclusivos también pueden funcionar.

187. La Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de América de 1976 dispone varias excepciones al derecho de reproducción en lo relativo a la reprografía (uso legítimo para fines tales como la enseñanza, el estudio o la investigación, las fotocopias gratuitas para bibliotecas y archivos en determi-

nados casos que, con todo, no deben alcanzar la reproducción concertada o relacionada de copias múltiples de un mismo material ni la reproducción o distribución sistemáticas).

188. Junto a dichas excepciones, el derecho exclusivo a autorizar la reproducción sigue siendo la regla general. Sin embargo, el ejercicio individual de este derecho resulta por lo general imposible, siendo la gestión conjunta la única vía practicable. En los Estados Unidos de América se ha creado el Centro de Administración del Derecho de Autor (*Copyright Clearance Center*, CCC) con el fin de realizar la gestión de estos derechos de reprografía.

189. El CCC se creó siguiendo una recomendación del Congreso, en el sentido de que se estableciera un mecanismo adecuado de administración y concesión de licencias con el apoyo de diversos organismos de representación de autores y otros titulares de derechos. El objetivo del CCC consistía en asegurar que los editores de periódicos científicos, técnicos y médicos recibieran una compensación por cada copia efectuada por colegios, universidades, bibliotecas, empresas privadas, etcétera. El CCC representa, en forma no exclusiva, no sólo a los titulares de derechos de periódicos, sino también de revistas, boletines de noticias, libros y diarios.

190. El sistema originariamente adoptado para la recaudación y distribución era el siguiente: los editores fijaban las tasas por la realización de fotocopias, que se publicaban en los periódicos, y se indicaba también que podían hacerse copias – para fines personales o de uso interno – si se abonaban al CCC los derechos establecidos. Cada usuario debía llevar registro de las fotocopias o enviar un ejemplar de la primera página de cada artículo indicando el número de copias realizadas. El CCC enviaba facturas a los usuarios sobre la base de esas anotaciones y de las copias que recibía. Previa deducción de los gastos de gestión, los derechos se remitían a los editores quienes, a su vez, distribuían una parte entre sus autores según los acuerdos contractuales existentes con ellos.

191. Este sistema (llamado Servicio de Informes de Operaciones) se consideró demasiado engorroso para algunos usuarios. En consecuencia, el CCC creó un nuevo plan, el Servicio de Autorizaciones Anuales. Las licencias concedidas en el marco de este servicio se basaban en coeficientes estadísticos

para la totalidad de un campo de actividades, habida cuenta de los niveles de copiado estimados para distintos tipos de empleados. Los coeficientes de copiado se obtuvieron mediante relevamientos de fotocopiado con una duración de 60 días, realizados en una muestra de lugares y respecto de cada licenciatarario. Los coeficientes se emplearon para estimar el número total de copias anuales de cada licenciatarario, teniendo en cuenta su "población de empleados". La distribución entre los titulares de derechos se basaba en la información extraída del estudio.

192. Una característica de la gestión conjunta de derechos realizada por el CCC, es que cada editor fija sus propios derechos por la concesión de licencias para fotocopiar sus obras. En consecuencia, las licencias que ofrece el CCC no son realmente licencias generales con una tarifa unificada, sino que, en realidad, se trata de un sistema de licencias individuales concedidas a través de un sistema de gestión de derechos del tipo de la agencia. El CCC sólo descuenta los gastos administrativos y distribuye los derechos entre los editores, que a su vez los distribuyen entre sus autores de conformidad con los acuerdos contractuales existentes.

193. La Ley de Derecho de Autor, Dibujos y Modelos y Patentes del Reino Unido, de 1988, introdujo algunas normas nuevas, habida cuenta de los mecanismos contractuales satisfactorios de la *Copyright Licensing Agency* (CLA), representante de autores y editores.

194. La nueva Ley prevé algunos casos claramente definidos de libre utilización por parte de bibliotecas y archivos, y con respecto a las fotocopias realizadas en establecimientos educativos de pasajes de obras publicadas. La copia reprográfica de pasajes de obras literarias, dramáticas o musicales publicadas, en la medida determinada por la Ley, puede realizarse por establecimientos docentes o en su nombre para fines de enseñanza sin incurrir en infracción del derecho de autor correspondiente a la obra o a su disposición tipográfica. Cada establecimiento puede copiar o hacer copiar no más de un uno por ciento de cualquier obra por trimestre. Lo importante, sin embargo, era que no se autorizaba la realización de tales copias si era posible obtener licencias para hacerlas (en la práctica, si existe un sistema de gestión colectiva), y si la persona que realizara las copias estaba al tanto de ello o debía estarlo. El Secretario de Estado estaba facultado para adoptar otras

medidas destinadas a cubrir las necesidades de la enseñanza. Si, previo examen de las exposiciones que recibiese, llegaba a la conclusión de que era infundada la negativa de un titular de derechos a adherirse a un sistema vigente, tenía facultades para disponer que ese titular fuese tratado en la misma forma que si estuviera adherido a tal sistema; esas resoluciones estaban sujetas a apelación. Tras una recomendación en tal sentido, que resultase de una investigación dispuesta por él mismo, el Secretario de Estado estaba autorizado a ordenar la concesión de licencias no voluntarias respecto a una categoría determinada de obras.

195. La anterior exposición de varias leyes nacionales y sistemas de gestión colectiva u otros sistemas de ejercicio conjunto de derechos, muestra que es posible aplicar medios adecuados y prácticos para cumplir las obligaciones de los tratados internacionales sobre derecho de autor sin crear obstáculos injustificados a la realización de fotocopias por los usuarios, y en particular que la gestión colectiva de los derechos ofrece una solución práctica y eficaz en este campo.

196. No obstante, había un punto con respecto al cual se necesitaban medidas adicionales. Es fundamental que se aplique íntegramente, también en este campo, el trato nacional, y que los titulares extranjeros de derecho de autor disfruten de los mismos derechos que los nacionales. Desde este punto de vista, era de suma importancia que las organizaciones de gestión colectiva así como los centros de administración del derecho de autor – las llamadas "organizaciones de derechos reprográficos" (RRO, *Reprographic Rights Organization*) - concluyeran acuerdos de representación recíproca por los que se otorga trato igualitario a los titulares de derechos representados por sociedades extranjeras. En esta materia, la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO) ha propuesto un marco internacional adecuado. Fue fundada como Federación en 1988. Sin embargo, un grupo informal llamado Foro Internacional de Organizaciones Reprográficas y fundado en 1984, fue de alguna manera su predecesor (habiendo nacido, a su vez, de la transformación de un grupo de trabajo, fundado en 1980, del Comité Conjunto sobre Derecho de Autor de la Unión Internacional de Editores (IPA, *International Publishers Association*) y el Grupo Internacional de Editores Científicos, Técnicos y Médicos (STM, *International Group of Scientific, Technical and Medical Publishers*)). La Federación cuenta ahora con un cierto

número de miembros y miembros asociados. Los miembros incluyen, entre otros, a la AIDRO en Italia, CFC en Francia, CEDRO en España, KOPINOR en Noruega, KOPIOSTO en Finlandia, Literar-Mechana en Austria, Pro-Litteris en Suiza, CAL en Australia y JRRC en el Japón.

197. Según se ha mostrado en los anteriores ejemplos, estas organizaciones de derechos reprográficos cumplen la gestión de los mismos basándose en uno de los siguientes cuatro regímenes legales: el primero, en base a licencias legales (como por ejemplo, la Fundación Reprorecht en los Países Bajos o Pro Litteris en Suiza); el segundo, en base a un derecho a la remuneración aplicado a través de un sistema de gravámenes (como ocurre con WORT en Alemania y CEDRO en España); el tercero, en base a licencias voluntarias con apoyo legislativo, concedidas sea bajo la forma de la "gestión conjunta ampliada" (como se vio en el caso de las organizaciones de derechos reprográficos de los Países Nórdicos), o bajo la forma de una gestión conjunta obligatoria (que es cómo funciona CFC en Francia); y en cuarto lugar, en base a licencias voluntarias (como CCC en los Estados Unidos de América y CLA en el Reino Unido).

198. Las organizaciones de derechos de reproducción cumplen la gestión de los derechos tanto de los autores como los editores. Con respecto a la participación de los editores en la remuneración derivada de la realización de fotocopias, pueden hallarse diversas soluciones en las leyes nacionales, en los acuerdos colectivos y en los contratos concertados individualmente. Sin embargo, el resultado final es prácticamente el mismo: los autores y los editores comparten la remuneración derivada de las fotocopias.

199. Por lo general, se indica como titular del derecho al autor, lo cual es normal puesto que la realización de fotocopias se contempla en el derecho de reproducción de los autores. Los autores, a su vez, pueden ceder sus derechos de reprografía – y lo hacen bastante a menudo – con la estipulación, normalmente, de que deben recibir un porcentaje determinado de los pagos recaudados por los editores. Con todo, algunos contratos no mencionan el derecho a tal remuneración. En tales casos, es conveniente que las leyes nacionales contengan alguna orientación acerca de la distribución de las sumas entre los autores y los editores. (En los países cuyas leyes declaran a los empleadores titulares originales de los derechos sobre las obras creadas

por los autores empleados, la situación jurídica de tales obras resulta, desde luego, "más sencilla").

200. Debe también tomarse en cuenta que lo que se copia no es en general la obra, sino una edición determinada de ella. Si los usuarios no utilizan ediciones publicadas sino que las sustituyen por fotocopias, no sólo se perjudican los derechos e intereses de los autores, sino también los derechos y los intereses de los editores. Con todo, los intereses de autores y editores no son siempre los mismos. Por ejemplo, muchos académicos e investigadores quieren, en primer lugar, que sus obras se vean diseminadas de la manera más amplia y libre posible, estando menos interesados en la percepción de una remuneración por la obra. Esta actitud, desde el punto de vista de los editores, puede resultar desastrosa y puede hasta provocar la quiebra y desaparición de periódicos científicos. (Esta última consecuencia, a su vez, puede también ser perjudicial para los académicos e investigadores, porque les hace perder una vía de difusión de sus obras). Estas consideraciones – y, en particular, el objetivo de una mayor protección de los editores contra la piratería – llevaron a los legisladores de algunos países (en particular, los de tradición de derecho consuetudinario) a reconocer a los editores nuevos tipos de derechos conexos (los de las llamadas disposiciones tipográficas). Todo ello hace aún más deseable que las organizaciones de derechos reprográficos administren tanto los derechos de los autores como los de los editores.

201. La importancia de las organizaciones de derechos de reproducción se acentúa aún más con la difusión del almacenamiento y recuperación de obras mediante sistemas informáticos, incluida la electrocopia (reproducción de una obra publicada en un soporte de lectura automatizada, grabación óptica, "descarga" desde bases de datos, etcétera). Esta nueva forma de utilización de obras protegidas – en la que los materiales de lectura automatizada se difunden mediante sistemas de información y telecomunicaciones, y pueden realizarse reproducciones en papel mediante terminales adecuadas – pasó al llamado "orden del día digital" y por lo tanto se analiza en el Capítulo V más adelante.

202. Las organizaciones de gestión conjunta de los derechos de reproducción reprográfica pueden también tratar ciertos otros derechos sobre obras publicadas. Uno de ellos es el derecho de préstamo público, es decir, el dere-

cho a percibir retribuciones por el préstamo de libros al público, etcétera. La naturaleza jurídica de ese derecho es bastante controvertida: se ha cuestionado el que este derecho pertenezca a la esfera del derecho de autor y los derechos conexos, o si más bien se trata de un derecho "cultural" o "social" de una naturaleza más general. Por esta razón el presente estudio, dedicado a los casos característicos de gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, no comprende la gestión de los derechos de préstamo público.

Gestión conjunta de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas

203. Los últimos dos ámbitos descritos en este capítulo en que se han desarrollado nuevas formas típicas de gestión conjunta (a saber, los de la retransmisión por cable de programas radiodifundidos y la "grabación en el hogar"), se refieren no sólo al derecho de autor, sino también a los derechos conexos. Por lo tanto, antes de tratar estos dos campos, se examinarán los problemas especiales relativos a la gestión conjunta de los derechos conexos.

204. Algunos derechos básicos reconocidos por la Convención de Roma, el Acuerdo sobre los ADPIC, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) y por las leyes nacionales a los titulares de los derechos conexos (los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión) pueden ejercerse, y de hecho se ejercen, de forma individual y sin necesidad de sistemas específicos de gestión conjunta (aunque, por ejemplo, las condiciones de los contratos de empleo de los artistas intérpretes o ejecutantes suelen estar sujetas a negociaciones colectivas entre los sindicatos que los representan y los representantes de sus empleadores). No obstante, existe un ámbito específico de los derechos conexos en que la gestión conjunta resulta indispensable: se trata de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas respecto de la radiodifusión y la comunicación al público de los fonogramas. Se recalca la palabra "específico" porque hay también algunos otros derechos a los cuales se aplica la gestión conjunta y en los cuales están interesados los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (como por ejemplo, los derechos en cuanto a la retransmisión por cable y la "copia privada", previamente mencionada, y los

llamados "derechos residuales" que dispone la Directiva de la Comunidad Europea sobre derechos de arrendamiento y préstamo); pero, en esos casos, según se analiza en particular en los siguientes dos subcapítulos, también están interesados los autores (y en lo que respecta a las retransmisiones por cable, las organizaciones de radiodifusión).

205. El Artículo 12 de la Convención de Roma dice así: "Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes y ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración". (A veces se hace referencia a los derechos previstos en el Artículo 12 de la Convención de Roma como los "derechos del Artículo 12"). Sin embargo, conforme al Artículo 16 de la Convención, los Estados contratantes pueden hacer diversas reservas; entre otras, pueden declarar que no aplicarán el Artículo 12 o pueden condicionar su aplicación a la reciprocidad.

206. En cuanto a la cuestión de si esta disposición comprende también las retransmisiones por cable – y con respecto a sus consecuencias jurídicas – véase el siguiente subcapítulo, sobre la gestión conjunta del derecho de autor y los derechos conexos afectados por la retransmisión por cable de programas radiodifundidos.

207. El Artículo 12 de la Convención de Roma no establece un derecho exclusivo respecto de la radiodifusión y comunicación al público, sino únicamente un derecho a remuneración equitativa (este no es un derecho que se concede originariamente como derecho exclusivo y luego se limita, en ciertos casos, a un derecho a la remuneración; es, más bien, un derecho que se establece directamente como un derecho a la remuneración). Los países parte en la Convención son, por supuesto, libres de conceder derechos exclusivos en esta materia. Algunos países, por ejemplo, han concedido a los productores de fonogramas el derecho a autorizar o prohibir la radiodifusión y/ o la interpretación o ejecución pública de sus fonogramas (a este respecto, debe señalarse que en algunos países – fundamentalmente, aquellos con

una tradición de derecho consuetudinario – se considera que los derechos de los productores de fonogramas forman parte del derecho de autor, según el concepto más amplio del derecho de autor en esos países). No obstante, en la mayoría de países, se concede como máximo el derecho a una remuneración equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes y/o a los productores de fonogramas por tal utilización.

208. Conforme al Artículo 12 de la Convención de Roma, los Estados contratantes son libres de conceder tal derecho únicamente a los artistas intérpretes o ejecutantes, o únicamente a los productores de fonogramas, o a unos y otros, o bien conceder esos derechos sólo a una de esas dos categorías pero con la obligación de compartirlos con la otra.

209. En lo que respecta a la participación de las dos categorías de beneficiarios, en la Ley Tipo OMPI/OIT/UNESCO sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, adoptada en 1974, se sugiere que, a menos que se convenga otra cosa entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores, se pague a los primeros la mitad de la suma percibida por los segundos.

210. El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) ha introducido varios cambios. El de mayor importancia consiste en que, según su Artículo 15.1), las Partes Contratantes deben conceder el derecho a una remuneración única tanto a los intérpretes y ejecutantes como a los productores de fonogramas (por el uso directo o indirecto de los fonogramas publicados con fines comerciales, para radiodifusión o cualquier comunicación al público). Es decir que las Partes Contratantes no pueden conceder dicho derecho tan sólo a una de las dos categorías, como en virtud del Artículo 12 de la Convención de Roma. Otra cosa es que el Artículo 15.2) disponga que las Partes Contratantes podrán ordenar en sus leyes nacionales que la remuneración equitativa y única puede ser reclamada a los usuarios por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de fonogramas, o por ambos. Si tan sólo uno de los dos grupos reclama la remuneración, tiene la obligación de compartirla con el otro. El mismo párrafo dispone también que las Partes Contratantes podrán adoptar leyes por las cuales, a falta de acuerdo entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, se fijen las condiciones según las cuales los artistas intérpretes o

ejecutantes y los productores de fonogramas deben compartir la remuneración equitativa y única. (Cabe agregar que el Artículo 15.3) del Tratado permite prácticamente los mismos tipos de reservas a la obligación de otorgar tal derecho que el Artículo 16 del Convenio de Roma).

211. El WPPT también ha extendido el alcance de la aplicación de este derecho a la remuneración de una manera indirecta. Ha hecho esto por tres vertientes. En primer lugar, ha ampliado el concepto de "fonogramas publicados con fines comerciales"; en su Artículo 15.4) se disponía que, a los fines del Artículo, la puesta a disposición del público de fonogramas por vía alámbrica o inalámbrica de manera tal que los miembros del público puedan tener acceso a los mismos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (es decir, la puesta a disposición de fonogramas por un sistema interactivo tal como Internet), debe considerarse como si los fonogramas hubieran sido publicados con fines comerciales. En segundo lugar, su Artículo 2.a) ha extendido la definición de "artistas intérpretes o ejecutantes" también a quienes interpretan o ejecutan expresiones del folclore. En tercer lugar, sus Artículos 2.b) y 2.d) han ampliado algo las definiciones de "fonograma" y de "productor de un fonograma". Según estas disposiciones, se entiende por "fonograma" no sólo la grabación de los sonidos sino también la grabación de la representación de los sonidos (la grabación de sonidos generados electrónicamente), mientras que la definición de "productor de un fonograma" también se ha extendido de manera acorde.

212. El derecho de remuneración o el derecho exclusivo de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas respecto de la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones grabadas en fonogramas o de sus fonogramas, respectivamente, es de naturaleza similar, desde un punto de vista práctico, a la de los llamados "derechos de interpretación y ejecución" de compositores y letristas, ya analizados previamente. De ello se deduce que también este derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores puede ejercerse únicamente mediante un sistema adecuado de gestión conjunta.

213. En varios países en los que se reconoce tal derecho, los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas han creado organizaciones conjuntas (por ejemplo, LSG en Austria, SOCINPRO en el Brasil, GRAMEX

en Dinamarca, Finnish GRAMEX en Finlandia, GVL en Alemania y SENA en los Países Bajos). En otros países, las dos categorías de beneficiarios cuentan con organizaciones independientes (por ejemplo, URADEX en Bélgica, ADAMI y SPEDIDAM en Francia, IMAIE en Italia, GEIDANKYO en el Japón, AIE en España o SAMI en Suecia para los artistas intérpretes o ejecutantes, PPL en el Reino Unido y los grupos nacionales de la IFPI en otros países para los productores de fonogramas).

214. Las organizaciones de gestión conjunta que se ocupan de los derechos conexos suelen estar sujetas al mismo control estatal que las organizaciones de derechos de interpretación y ejecución musical. Negocian contratos con los usuarios pero sus tarifas, en ciertos países, requieren la aprobación de las autoridades competentes. En otros países las autoridades competentes y los tribunales especiales sólo intervienen en caso de controversia, tomando en cuenta la situación de monopolio *de facto* o *de jure* de esas organizaciones.

215. En lo que respecta a la recaudación de las remuneraciones por la comunicación de fonogramas al público, las organizaciones de artistas intérpretes o ejecutantes y de productores de fonogramas de ciertos países no han creado servicios propios de control y recaudación, sino que encomiendan esas tareas a organizaciones de autores que administran derechos de interpretación y ejecución. Es preciso pagar una comisión por estos servicios, pero generalmente se la considera inferior a los gastos que resultarían de la creación de un nuevo sistema de control y recaudación. En cambio, en lo que respecta a la recaudación de la remuneración por la radiodifusión de fonogramas, las propias organizaciones de artistas intérpretes o ejecutantes y de productores se ocupan generalmente de ello.

216. Los métodos de distribución de las remuneraciones entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores varían de un país a otro. Tratándose de la radiodifusión de fonogramas, la remuneración suele entregarse individualmente a los titulares de derechos (artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas); mientras que respecto de la comunicación al público, la distribución individual entre los artistas intérpretes o ejecutantes es un poco menos frecuente, aunque tienden a ser más los casos en que se realiza dicha distribución; y una parte mayor o menor de las remuneraciones (como mínimo, aquella parte que no se puede distribuir) se destina a fines cultu-

rales y sociales (en cuanto a los productores de fonogramas, la distribución individual también se produce en el ámbito de la comunicación al público).

217. Las dificultades de la obtención de datos satisfactorios sobre la utilización de los repertorios no es la única razón para no distribuir las remuneraciones individualmente entre los artistas intérpretes o ejecutantes. La otra razón es que hacen hincapié a veces los representantes de las organizaciones de artistas intérpretes o ejecutantes es que la utilización reiterada e incontrolada de las interpretaciones o ejecuciones grabadas afecta negativamente a las oportunidades de empleo de los artistas, y se considera que la remuneración constituye también una compensación por ello.

218. Las organizaciones de artistas intérpretes o ejecutantes tienen dos principales organizaciones no gubernamentales internacionales: la Federación Internacional de Músicos (FIM) y la Federación Internacional de Actores (FIA) las cuales, entre otras cosas, organizan la cooperación en el campo de la gestión colectiva. En el caso de los productores de fonogramas, la Federación Internacional de Productores de Fonogramas y Videogramas (IFPI) se ocupa de esta tarea a nivel internacional. Existen también organizaciones regionales, tales como AEPO y ARTIS-GEIE en Europa o FILAIE para los países iberoamericanos (es decir, de habla española y portuguesa).

219. Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas extranjeros tienen derecho a recibir su parte en la distribución de las remuneraciones correspondientes al Artículo 12 de la Convención de Roma siguiendo el principio del trato nacional o, cuando corresponda según el Artículo 16 de la Convención, en la medida de la reciprocidad material. (Similar situación existe según los Artículos 4 y 15 del WPPT). Sin embargo, en lo que respecta a los artistas intérpretes o ejecutantes, este derecho de los titulares extranjeros sólo rige en una medida limitada, por dos razones principales.

220. La primera de estas razones consiste en que no se ha completado todavía la red de organizaciones de gestión colectiva, y de acuerdos bilaterales entre esas organizaciones, a pesar de que la FIM y la FIA y sus organizaciones adheridas se esfuerzan por promover una colaboración más general y estrecha entre las organizaciones nacionales.

221. La segunda razón por la que en muchos casos los artistas intérpretes o ejecutantes extranjeros no reciben la parte a la que tienen derecho consiste en que, en ciertos principios adoptados conjuntamente por la FIM y la FIA, se acepta la concertación de acuerdos bilaterales en virtud de los cuales no se realizan transferencias entre las organizaciones contratantes; todos los ingresos permanecen en el país en que fueron recaudados y se utilizan conforme a las normas de la organización de ese país (destinándose a fines sociales o culturales o distribuyéndose entre los artistas del país a fin de "compensarlos" por la remuneración a que tendrían derecho en otros países y que no reciben). Éstos son los llamados "acuerdos de categoría B" que se utilizan más frecuentemente que los llamados "acuerdos de categoría A", en virtud de los cuales la parte que corresponde a los artistas intérpretes o ejecutantes del otro país se transfiere globalmente y la organización de ese otro país completa la distribución conforme a sus propios sistemas de distribución. Sin embargo, incluso en el caso de los acuerdos llamados de categoría A, según los cuales se transfieren las partes correspondientes a artistas intérpretes o ejecutantes de otros países, las partes no identificables (cuyo porcentaje puede ser bastante elevado) permanecen en el país en el que fueron recaudadas y se dedican habitualmente a fines sociales o culturales en beneficio de los artistas. Parecería haber una tendencia hacia un mayor número de casos en que se concluyen acuerdos de la categoría A; además, últimamente se ha introducido un tercer tipo de acuerdos, llamados los "acuerdos de categoría C" (en los cuales se combinan los elementos de la categoría A y la categoría B, en el sentido de que al menos parte de la remuneración se distribuye conforme a los principios de los acuerdos de categoría A).

222. En lo que respecta a los acuerdos de categoría B, su principal justificación está en los problemas de identificación y los elevados costos asociados por una parte, y la necesidad de la solidaridad recíproca entre los artistas intérpretes o ejecutantes por la otra.

223. Se menciona también a veces que los acuerdos de categoría B, tratándose de países en desarrollo – cuya balanza de pagos es todavía, y a menudo, bastante negativa en este rubro – pueden facilitar la adhesión de esos países a la Convención de Roma (y ahora, también al WPPT) y contribuir a la mejora de la situación jurídica y económica de sus artistas intérpretes o ejecutantes.

Gestión conjunta de derechos sobre la retransmisión por cable de programas radiodifundidos

224. Existen dos tipos básicos de programas transmitidos por cable. El primero de ellos es el de los programas originales transmitidos por cable, es decir, los programas realizados por los propios organismos que transmiten por cable. El segundo tipo de programas es la transmisión simultánea y sin cambios de programas radiodifundidos. Es principalmente con respecto a este segundo tipo de programas transmitidos por cable que surgen ciertos problemas jurídicos y prácticos que, en principio, sólo pueden resolverse por medio de licencias no voluntarias o de sistemas especiales de gestión conjunta.

225. En lo que respecta a los derechos de los autores, la transmisión simultánea y sin cambios de las obras radiodifundidas está comprendida en el Artículo 11*bis*.1.ii) del Convenio de Berna (y también incluida por referencia en el Acuerdo sobre las ADPIC y el WCT), según el cual "los autores... gozarán del derecho exclusivo de autorizar... toda comunicación pública, por hilo..., de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen". Es evidente que, conforme a esta disposición, existe tal derecho en todos los casos en que un organismo distinto del que efectuó originariamente la radiodifusión transmite el programa radiodifundido de forma simultánea y sin cambios. En tales casos, sin embargo, conforme al Artículo 11*bis*.2), el derecho exclusivo de autorización puede ser sustituido por licencias no voluntarias. (Respecto de los programas originales transmitidos por cable, rigen los Artículos 11.1.ii), 11*ter*.1.ii), 14.1.ii) y 14*bis*.1) los cuales disponen los derechos exclusivos de comunicación al público por hilo, y por lo tanto no se permiten las licencias no voluntarias para dichos programas).

226. La Convención de Roma sólo establece derechos para los beneficiarios de derechos conexos respecto de los programas originales transmitidos por cable, que están comprendidos en el concepto general de comunicación directa al público, pero no respecto de las retransmisiones por cable de programas radiodifundidos. Sin embargo, las leyes nacionales pueden otorgar ciertos derechos, y en muchos países efectivamente lo hacen (por lo menos, un derecho de remuneración), a los beneficiarios de derechos conexos también en el caso de tales retransmisiones.

227. La Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos conexos a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable ("Directiva de satélites y cable") contiene una reglamentación detallada sobre las retransmisiones por cable que incluye también disposiciones específicas sobre la gestión conjunta. El Artículo 8.1 de la Directiva dispone, en forma general, que los Estados miembros velarán por que la distribución por cable en su territorio de programas de otros Estados miembros se realice respetando los derechos de autor y derechos conexos aplicables, que dicha retransmisión se realice con arreglo a acuerdos contractuales individuales o colectivos entre los titulares de derecho de autor, los titulares de derechos conexos, y las empresas de distribución por cable. Según el Artículo 9.1) de la directiva, los Estados miembros deberán asegurar que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o de derechos conexos, de conceder o negar la autorización a una empresa de distribución por cable para una retransmisión por cable, sólo pueda ejercerse a través de una sociedad recaudadora. Los párrafos 2) y 3) del mismo artículo contienen reglas relativas a lo que de hecho es un sistema de gestión conjunta ampliada. Al mismo tiempo, el Artículo 10 de la Directiva prevé una excepción a la gestión conjunta obligatoria de los derechos de retransmisión por cable. Según este artículo, los Estados miembros deberán asegurar que el Artículo 9 de la Directiva no se aplique a los derechos ejercidos por una entidad de radiodifusión respecto de sus propias transmisiones, con independencia de que los referidos derechos sean suyos o le hayan sido transferidos por otros titulares de derechos de autor y/o por titulares de derechos conexos (lo cual significa que los derechos de retransmisión por cable de los organismos de radiodifusión pueden ejercerse de forma individual).

228. Quienes realizan la radiodifusión original de los programas suelen estar en condiciones de obtener oportunamente la autorización para sus programas de los titulares del derecho de autor y de los derechos conexos. Las empresas que transmiten por cable programas radiodifundidos simultáneamente - y con frecuencia no sólo un único programa - no pueden obtener las autorizaciones de la misma forma. Aunque las organizaciones de autores están dispuestas a ofrecer licencias generales adecuadas para determinadas categorías de obras, estos sistemas de concesión de licencias no comprenden otras categorías, especialmente de obras audiovisuales. Además, tam-

bién deben tenerse en cuenta los derechos de las empresas que emitieron el programa por primera vez y de los titulares de otros derechos conexos.

229. En vista de ello, en algunos países, los gobiernos y los legisladores llegaron a la conclusión de que el funcionamiento de los sistemas por cable sólo se puede garantizar mediante licencias no voluntarias. Se han introducido estas licencias en países como Austria, Dinamarca (todavía antes de la adopción de la Directiva de satélites y cables) y - con respecto a determinados programas - los Estados Unidos de América.

230. Los titulares de derecho de autor y de derechos conexos - por intermedio de sus organizaciones nacionales y de las organizaciones internacionales no gubernamentales que han fundado - han demostrado que las licencias no voluntarias no constituyen la única solución. Tampoco representan la solución óptima. Existe otra posibilidad práctica, más adecuada a los objetivos de protección del derecho de autor y los derechos conexos: la gestión conjunta de esos derechos. La Directiva de satélites y cables también refleja el reconocimiento de esta situación.

231. Ya en 1970, la CISAC inició medidas conjuntas de las organizaciones internacionales no gubernamentales interesadas. Tras intensas negociaciones, la CISAC, la Federación Internacional de Asociaciones de Productores Cinematográficos (FIAPF) y la Unión Europea de Radiodifusión (UER) adoptaron una declaración conjunta, en octubre de 1979, sobre los principios básicos de un sistema futuro de gestión conjunta. Después, en diciembre de 1981, esas organizaciones por una parte y la Alianza Internacional de Distribución por Cable (AID) por la otra, elaboraron un contrato tipo con el mismo fin.

232. Se advirtió que sólo podría ponerse en práctica un sistema de ese tipo si se creaba un importante eslabón que todavía faltaba en la cadena de los sistemas de gestión conjunta. El elemento que faltaba era una adecuada red de gestión conjunta para los derechos correspondientes a las obras audiovisuales. Los titulares de los derechos sobre esas obras (no necesariamente los titulares de origen, sino los titulares reales de los derechos) - aunque sobre la base de diferentes fórmulas jurídicas - suelen ser los productores. Pero los productores carecían de organizaciones de gestión conjunta.

233. El camino hacia una gestión conjunta viable de los derechos afectados por las retransmisiones por cable de programas radiodifundidos quedó abierto con la fundación, en diciembre de 1981, de la Asociación de Gestión Internacional Colectiva de Obras Audiovisuales (AGICOA). Los miembros de la Asociación son asociaciones y sociedades nacionales de productores de obras audiovisuales para la gestión de derechos sobre tales obras. La Asociación tiene, esencialmente, dos tareas principales: las negociaciones sobre retransmisión por cable de obras audiovisuales incluidas en su repertorio (en cooperación con sus organizaciones nacionales afiliadas), y la distribución entre los titulares de derechos de las cantidades recaudadas.

234. El primer contrato referente a la autorización de retransmisión por cable de programas sobre la base de un sistema de gestión conjunta global que comprendiese todos los derechos involucrados, es el que se concertó en Bélgica entre la SABAM (la organización de autores que ya tenía un acuerdo de gestión colectiva con las empresas de transmisión por cable respecto de su propio repertorio), la AGICOA con su organización afiliada de Bélgica en ese momento (BELFITEL), y los organismos de radiodifusión interesados (representados individualmente), todos los cuales concertaron el contrato con el Sindicato Profesional de Radio y Teledistribución (RTD). En el contrato se dispuso que las empresas de transmisión por cable pagarían remuneración por la utilización del repertorio representado por las organizaciones de titulares de derechos, y estas últimas se comprometían a ofrecer una garantía contra eventuales reclamaciones de terceros. (Cabe anotar que la SABAM dejó el acuerdo en 1993, y desde entonces las empresas de transmisión por cable han reducido sus pagos. Esto ha llevado a varios juicios entre AGICOA por una parte, y la RTD y empresas individuales por la otra).

235. Tras el éxito alcanzado en Bélgica, se logró otro en los Países Bajos, donde se concertó un contrato global entre BUMA (una organización de autores), la AGICOA con su organización afiliada neerlandesa (SEKAM), y los organismos de radiodifusión interesados, por una parte y, por otra, las organizaciones de empresas de distribución por cable. También en Alemania se han concertado contratos entre los titulares de derechos interesados y el Correo Federal Alemán (*Deutsche Bundespost*) para la retransmisión por cable de programas radiodifundidos; en esos contratos los titulares de derechos estuvieron representados por GEMA. (En el ínterin *Deutsche Bundespost*

se ha convertido en *Deutsche Telekom*, y dicha organización ha rescindido el contrato global. Esto puede conducir a una situación similar a la que ha surgido en Bélgica.) Al mismo tiempo, también se han concertado acuerdos de gestión conjunta en países fuera de la Unión Europea (como los de los Estados del Báltico, Bulgaria, Hungría o Eslovenia).

236. En lo que respecta a la distribución de la remuneración recaudada entre las tres categorías, en el caso de los organismos de radiodifusión no se planteó ningún problema práctico debido a su número limitado. Las organizaciones de autores ya tenían establecido su sistema de distribución, que podía utilizarse también para este fin, aunque se hizo necesario ampliarlo y adaptarlo a ciertas categorías de autores (guionistas, directores cinematográficos, etcétera). La AGICOA, en cambio, tuvo que crear su propio sistema. Éste, que contaba con una red informática y un registro internacional de títulos, entró en funcionamiento ya en 1984. La AGICOA se ha convertido desde entonces en una organización que goza de amplio reconocimiento, teniendo como contrapartes a las organizaciones de productores en numerosos países. Utiliza la experiencia de las sociedades de derechos de interpretación y ejecución en el campo de la recaudación y la distribución de la remuneración adeudada por las empresas de transmisión por cable.

237. Dentro de las categorías básicas de titulares de derechos con intereses en la retransmisión de programas por cable (autores, artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas, productores de obras audiovisuales, organizaciones de radiodifusión), se hace necesaria una distribución ulterior, sea en forma directa o a través de las sociedades o asociaciones de los distintos grupos de titulares de derechos.

238. En particular, cabe señalar que existe una organización internacional de creadores audiovisuales – la AIDAA (Asociación Internacional de Autores Audiovisuales) – fundada en 1985 y cuyos miembros son aquellas sociedades o asociaciones que, entre otras cosas, llevan a cabo la gestión de los derechos de tales autores sobre una base colectiva. En este momento cuenta entre sus miembros a 21 sociedades y 20 asociaciones de esta naturaleza, en 24 países; entre ellas se cuentan sociedades de autores cuyos afiliados y repertorio tienen carácter más general (como la SACD en Francia, SGAE en España o SPA en Portugal). Pero también hay organizaciones separadas de

autores audiovisuales, a veces junto a los productores. Son ejemplos la DPRS (*Directors and Producers Rights Society*, Sociedad de derechos de directores y productores) del Reino Unido, la DGA (*Directors Guild*, Gremio de directores) de los Estados Unidos de América y la FILMJUS de Hungría. Las organizaciones adheridas a la AIDAA se ocupan no sólo de la gestión colectiva de los derechos sobre las retransmisiones por cable sino también – en los lugares en que dichos derechos son reconocidos – de la gestión colectiva de los derechos de remuneración por "copia privada" y algunos "derechos residuales" (como los derechos de este tipo previstos por la Directiva de la Comunidad Europea sobre derechos de arrendamiento y préstamo, en cuanto al alquiler de obras audiovisuales). Existen también organizaciones regionales de estos organismos, como por ejemplo la FERA (Federación europea de realizadores audiovisuales).

Gestión conjunta de derechos sobre la copia privada de fonogramas y obras audiovisuales

239. A propósito de la reproducción por medios reprográficos, se señaló ya que la reproducción de obras con fines privados no está reconocida en el Artículo 9.2) del Convenio de Berna como uno de los casos en que se permiten excepciones al derecho de reproducción sin otras condiciones. Sólo pueden permitirse excepciones si se cumplen las condiciones establecidas en dicha norma del Convenio; es decir, si la excepción sólo se refiere a un caso determinado, no es contraria a la explotación normal de las obras respectivas y no causa un perjuicio indebido a los intereses legítimos de los autores.

240. Los estudios realizados han demostrado, más allá de toda duda razonable, que la reproducción generalizada de grabaciones sonoras en los hogares para fines privados ("grabación en el hogar" o, en un sentido más amplio, "copia privada") perjudica gravemente los intereses legítimos de los autores. Con respecto a la reproducción generalizada en los hogares de obras audiovisuales con fines privados, se han determinado perjuicios similares, aunque menos evidentes y, por lo mismo, más controvertidos.

241. Como ya se indicó a propósito de la reproducción reprográfica, parecería que las leyes nacionales de los países parte en el Convenio de Berna (y/o el Acuerdo sobre los ADPIC y/o el WCT) no pueden permitir reproducción

alguna que cause tales perjuicios, a menos que éstos se eliminen, o por lo menos se atenúen, reduciéndolos a un grado razonable, mediante un derecho de remuneración.

242. Alemania fue el país en el que se introdujo por primera vez una retribución de ese tipo, en 1965. Le siguió Austria en 1980 y Hungría fue el tercero en 1982. Desde entonces varios otros países han tomado medidas más o menos similares.

243. La Convención de Roma no contiene obligaciones similares referentes a la "copia privada" respecto de los derechos conexos, como sí existen en el Convenio de Berna con respecto al derecho de autor. Sin embargo, se considera generalmente que está justificado extender ese derecho de retribución también a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas que sufren perjuicios similares. El WPPT ha modificado esta situación. En sus Artículos 7, 11 y 16 se ha asimilado el derecho sobre la reproducción de los artistas intérpretes o ejecutante y de los productores de fonogramas, al derecho similar de los autores según el Artículo 9 del Convenio de Berna (incorporado asimismo, por referencia, al Acuerdo sobre los ADPIC y el WCT).

244. Muchos países que han introducido una regalía por la "copia privada" o que proyectan hacerlo reconocen, en general, que esa regalía se justifica tanto respecto de las grabaciones sonoras como de las audiovisuales. En cuanto a la base sobre la cual se abona la regalía, la Ley de Derecho de Autor de Alemania – por ejemplo – sólo estableció regalías en 1965 sobre los soportes físicos, es decir, los equipos de grabación; sin embargo, en 1985, la obligación de pagar regalías por "copia privada" se amplió a los soportes de grabación. En este ámbito, siguen difiriendo entre sí las leyes nacionales de los países en los cuales existe un derecho de remuneración por "grabación en el hogar".

245. La obligación de pagar regalías se impone a los fabricantes e importadores de los equipos de grabación y/o los medios de grabación. Algunos equipos y medios están exentos de la obligación (artículos exportados, equipos y cintas destinados a fines profesionales o que no es probable que se utilicen para grabar materiales protegidos, como los dictáfonos). El

importe de las regalías está determinado por la ley misma o queda librado, siguiendo ciertas condiciones, a un foro del tipo del arbitraje; puede ser una suma fija o un porcentaje del precio del equipo y/o del material, respectivamente.

246. Las leyes nacionales que han establecido regalías por la "copia privada" disponen que la reclamación por tal regalía sólo puede efectuarse por conducto de las organizaciones de gestión colectiva. De la naturaleza misma de este derecho de remuneración resulta la imposibilidad de su gestión individual.

247. En muchos países hay una organización de gestión conjunta (por lo general, una organización de gestión colectiva de los derechos de los autores) que recauda las regalías también en nombre de las organizaciones que representan a otros titulares de derechos, transfiriendo luego la parte que les corresponde a estas últimas organizaciones. En algunos países existe una organización separada (una especie de "coalición" que actúa en nombre de todas las organizaciones representantes de los distintos grupos de titulares de derechos), tales como la ZPÜ en Alemania o la SORECOPI, para recaudar las regalías por la copia privada de fonogramas, y COPIE FRANCE para recaudar regalías por la copia privada de obras audiovisuales en Francia.

248. La distribución de las regalías por "copia privada" que realizan las organizaciones de gestión conjunta competentes se efectúa mediante una de las técnicas más generalizadas, utilizada también por las organizaciones administradoras de derechos de interpretación y ejecución musical: el muestreo. Esta técnica contiene un elemento de "justicia rudimentaria", pero aun así garantiza una distribución bastante correcta entre los titulares de derechos, que corresponde en lo esencial a la utilización efectiva de las obras protegidas.

249. Diversos estudios han probado que, en el caso de las copias sonoras en los hogares, las dos fuentes principales – casi exclusivas – son los discos y las emisiones de radio. Sobre la base de los registros de radiodifusión, las cifras de ventas máximas y otros datos disponibles, resulta posible determinar la estructura real de la grabación en el hogar, para distribuir la remuneración entre los titulares de derechos prácticamente con la misma precisión que cuando se trata de ciertas categorías tradicionales de regalías por derechos

de interpretación y de ejecución, y con gastos relativamente reducidos. Por lo que respecta a las videograbaciones, cuyas copias se realizan principalmente a partir de programas de televisión, pero donde también existe la reproducción de cinta a cinta, la determinación de las obras utilizadas más frecuentemente se vuelve algo más compleja, pero una técnica de muestreo adecuada también permite alcanzar una "justicia rudimentaria" bastante correcta.

250. La distribución de las regalías por "copia privada" suele ser bastante rentable, porque las organizaciones que se ocupan de ella también realizan la gestión de algunos otros derechos, y los métodos de muestreo y la distribución misma pueden vincularse fácilmente con sistemas de distribución que ya existen.

251. La tasa de distribución de las regalías por "copia privada" entre autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores viene por lo general determinada por ley. En Francia por ejemplo (una vez deducido el 25% para fines culturales generales), con respecto a la "copia privada" de los fonogramas, los autores reciben el 50%, los artistas intérpretes o ejecutantes el 25%, y los productores el 25%; mientras que por la "copia privada" de obras audiovisuales, el porcentaje distribuido es el mismo para autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores. En España se aplican las mismas tasas de distribución. En Hungría, tratándose de fonogramas, los autores reciben el 50%, los artistas intérpretes o ejecutantes el 30% y los productores el 20%; mientras que para las obras audiovisuales, los productores perciben el 13%, los creadores audiovisuales el 22%, los autores de obras de arte y de obras fotográficas el 4%, los guionistas el 16%, compositores y letristas de obras musicales el 20% y artistas intérpretes o ejecutantes el 25%. En otros países existen sistemas de distribución aún más complejos, y en algunos países con reglamentaciones legales básicas, es posible renegociar y modificar las tasas de participación. En Alemania, por ejemplo, se han establecido las participaciones de la manera siguiente: para los fonogramas: autores un 58%, artistas intérpretes o ejecutantes un 26,88% y productores un 15,12%; mientras que para las obras audiovisuales: productores cinematográficos un 50%, autores un 29%, artistas intérpretes o ejecutantes un 13,44% y productores discográficos un 7,56%.

252. Aunque últimamente se ha procurado proponer algunas teorías jurídicas como fundamento por el cual evitar la aplicación del trato nacional con respecto a las regalías por "copia privada" (que sin duda pueden suponer, por ahora, algunas cargas unilaterales en las relaciones internacionales), difícilmente puede negarse que el derecho de remuneración por dicha reproducción forma parte de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas y de los derechos de los beneficiarios de los derechos conexos respecto de sus producciones protegidas. Por lo tanto, parecería que otorgar trato nacional a los extranjeros es obligación de los países que son parte en el Convenio de Berna (y/o el Acuerdo sobre los ADPIC y/o el WCT) y en la Convención de Roma (en el caso del Acuerdo sobre los ADPIC y el WPPT, la situación es más compleja en cuanto a los derechos conexos, y no corresponde extenderse más sobre el tema en este documento).

253. En lo tocante al trato nacional, la obligatoriedad legal o la práctica de hecho que existe en algunos países de destinar una parte importante de los ingresos recaudados por este derecho a fines sociales o culturales (por lo general, favoreciendo sólo a los titulares de derechos nacionales) puede plantear problemas. (Aunque no es necesario que una parte tal de las regalías se aplique tan sólo con fines nacionales; por ejemplo en Francia, donde el 25% se debe deducir para tales fines, SACEM financia también – con estos fondos – actividades que favorecen los intereses de los titulares de derechos extranjeros). Una de las posibles justificaciones del uso de un determinado y razonable porcentaje de las regalías para estos fines puede ser el hecho de que los equipos y materiales de grabación, sobre cuya base se han de pagar las regalías, no son siempre usados para la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor y/o que son objeto de derechos conexos. Este porcentaje de las regalías puede ser considerado como un ajuste del sistema para tomar en cuenta estas utilidades irrelevantes de los equipos y materiales de grabación (y de hecho, puede utilizarse como fuente de compensación de aquellos usuarios – tales como instituciones docentes y culturales – para los cuales dichos usos irrelevantes son más comunes). Es importante recalcar, sin embargo, que el monto de la remuneración que queda luego de deducir un porcentaje limitado para tales propósitos debería alcanzar, como mínimo, para reducir a un nivel razonable el perjuicio causado a los intereses legítimos de titulares de derechos por la difusión de la "copia privada".

Capítulo 5

LA GESTIÓN COLECTIVA Y OTROS SISTEMAS CONJUNTOS DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS ANTE LOS DESAFÍOS DE LOS NUEVOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y ECONÓMICOS

Observaciones preliminares

254. Las condiciones en que se crean, producen y explotan las obras literarias y artísticas así como otras producciones culturales y de la información – y junto a ello, las exigencias de protección, ejercicio y aplicación del derecho de autor y los derechos conexos – han sufrido transformaciones espectaculares en la última década. Esto se debe, en parte, al advenimiento de nuevas tecnologías; en primer lugar a las aplicaciones de la tecnología digital y los sistemas de telecomunicaciones, con su "fusión" en la red mundial de información – Internet – y en parte a las tendencias en crecimiento hacia la concentración, la regionalización y la mundialización de la economía y el comercio.

255. En este capítulo se examina, en primer lugar, qué clases de posibilidades nuevas surgen para el ejercicio individual del derecho de autor y los derechos conexos, y cómo puede esto afectar a la elección entre su ejercicio de esta manera, y la gestión colectiva u otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos; en segundo lugar, se analiza cómo pueden las nuevas tecnologías ayudar a resolver los problemas creados por ellas mismas en cuanto a la protección, el ejercicio y la aplicación del derecho de autor y los derechos conexos; en tercer lugar, se describen nuevas estructuras de gestión frente al fenómeno de las producciones de multimedios y la distribución en línea de contenidos que abarcan múltiples géneros; en cuarto lugar, se pasa revista a los nuevos tipos de técnicas de concesión de licencias que se aplican para adaptarse a la naturaleza global de la explotación de obras por Internet; y en quinto lugar, se esboza el efecto de las tendencias a la concentración, la regionalización y la mundialización sobre el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos.

El efecto de las nuevas posibilidades de ejercicio individual de los derechos sobre la gestión conjunta

256. ¿Qué será más adecuado y más típico en el entorno digital y conectado en red: el ejercicio individual, la gestión colectiva, o alguna otra forma de ejercicio conjunto de los derechos? Esta pregunta fue el centro de la atención en el Foro Internacional de Sevilla de la OMPI, mencionado en el anterior Capítulo III. Cuando tuvo lugar el Foro – mayo de 1997 – se habían adoptado ya los "Tratados Internet" de la OMPI, y estaba en curso el proceso de las firmas (hasta el último plazo del 31 de diciembre de 1997, a cuyo vencimiento había no menos de 51 firmas del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (*WCT*, *WIPO Copyright Treaty*) y no menos de 50 firmas del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (*WPPT*, *WIPO Performances and Phonograms Treaty*).

257. Los tratados proponen respuestas adecuadas a todas las predicciones de que los derechos de autor y derechos conexos no serían aplicables en el entorno digital y de redes. Los mismos reflejan el reconocimiento de que se hacían necesarios ciertos cambios de las normas internacionales, pero que no se justificaba ninguna transformación fundamental del sistema de derecho de autor y derechos conexos. El nivel de protección de los tratados corresponde prácticamente al del Convenio de Berna y la Convención de Roma, más (al menos, en lo que hace a las principales normas sobre derechos, y las excepciones y limitaciones a los mismos) al del Acuerdo sobre los ADPIC, más a lo que todavía se ha agregado sobre la base del llamado "orden del día digital" de los trabajos preparatorios y la Conferencia Diplomática de 1996. Este último nivel agregado consistía en: i) la aclaración de cómo se deben aplicar las normas internacionales existentes en el entorno digital (en particular, aquellas referidas al derecho de reproducción y a las excepciones y limitaciones; ii) alguna adaptación de las normas existentes a las condiciones nuevas ((en particular, la extensión del derecho de (primera) distribución y del derecho de comunicación al público a todas las categorías de obras, junto con el reconocimiento de los derechos correspondientes a la "puesta a disposición" interactiva de obras, interpretaciones o ejecuciones grabadas y fonogramas); y iii) la introducción de algunas obligaciones verdaderamente nuevas (en particular, referentes a la protección de las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos).

258. En el Foro de Sevilla, tras el fracaso de los pronósticos pesimistas acerca de la aplicabilidad del derecho de autor y los derechos conexos en el nuevo entorno, los representantes de la comunidad internacional del derecho de autor se enfrentaron a una nueva ola de profecías sensacionalistas que eran bastante pesimistas en cuanto a las posibilidades de supervivencia de la gestión colectiva y, en general, del ejercicio conjunto de los derechos. Algunos expertos habían vaticinado que ya que – con la ayuda de las medidas tecnológicas de protección (tales como los sistemas de cifrado) y la información electrónica de gestión de derechos (como los identificadores digitales) – el ejercicio individual de los derechos se haría posible, a través de Internet, también con respecto a los derechos (como el de comunicación al público) que tradicionalmente se habían ejercido sobre una base colectiva, la gestión conjunta perdería su importancia y podría desaparecer.

259. Como resultado de las contribuciones escritas y orales de destacados expertos en la materia, el Foro Internacional identificó ciertos desafíos planteados a la gestión conjunta por el entorno digital y conectado en red, y esbozó los ámbitos en los cuales parecían necesitarse respuestas adecuadas. Las conclusiones más importantes del Foro de Sevilla y de las sesiones de 1998 y de 1999 del Comité Asesor de la OMPI sobre la Gestión del Derecho de Autor y los Derechos Conexos (fijadas siguiendo las recomendaciones del Foro) pueden resumirse de la siguiente manera.

260. En primer lugar, la función de la gestión conjunta no necesariamente se verá disminuida –por el contrario, es probable que se incremente– en el mundo digital. Existen algunos campos nuevos en los cuales la gestión conjunta puede tener, y seguramente tendrá, una función importante tal como la concesión de licencias a las "producciones de multimedia" (que se crean a menudo partiendo de muchas obras ya existentes y de contribuciones de distintas categorías), y la autorización para la utilización de al menos ciertas categorías de materiales protegidos en Internet.

261. En segundo lugar, los titulares de derechos tienen mayor libertad de elección entre el ejercicio individual y la gestión conjunta de los derechos, ya que pueden ejercer sus derechos directamente por Internet (aunque usando medidas tecnológicas y sistemas de información para la gestión electrónica de derechos). Sin embargo, esto no significa que necesariamente sea del

interés de los titulares de los derechos el hacer uso de esta oportunidad. Las razones por las cuales, en ciertos ámbitos – como el ejercicio de los "derechos de ejecución e interpretación" – la gestión colectiva es la mejor solución en el mundo analógico, existen también en el entorno digital. En principio, resulta posible para algunos autores y artistas intérpretes o ejecutantes excepcionalmente conocidos y populares optar por la vía individual. Sin embargo, la experiencia demuestra que – por lo menos en el caso de las formas tradicionales de la gestión colectiva – este tipo de "disidencia" y de repudio al principio de la solidaridad, puede dar resultados opuestos a los buscados y resultar contraproducente no sólo para la comunidad de creadores sino, a la larga, también para dichos "individualistas".

262. En tercer lugar, están surgiendo nuevas formas de ejercicio de los derechos en las cuales se aúnan elementos individuales y conjuntos de su ejercicio; son ejemplo los centros de administración del derecho de autor (siendo un ejemplo la manera en que se han creado organizaciones de derechos reprográficos), que sirven como fuentes centralizadas de concesión de licencias, pero aplican tarifas y condiciones de concesión de licencias fijadas en forma individual por los titulares de derechos.

263. En cuarto lugar, la tecnología digital e Internet plantean ambos desafíos serios, y proponen oportunidades nuevas y prometedoras a las organizaciones de gestión colectiva "tradicionales" (tales como sociedades de "derechos de interpretación y ejecución" con condiciones de concesión de licencias, sistemas tarifarios y reglas de distribución "colectivizados"). Por una parte, las posibilidades nuevas que se abren – de concesión individual de licencias, y las opciones de nuevas alternativas, previamente mencionadas, para el ejercicio de los derechos – podrían socavar la posición de monopolio de dichas organizaciones, también en aquellos ámbitos en los cuales su sistema solía ser la única opción práctica. Por otra parte, las organizaciones podrían basarse en la tecnología que puede ocasionarles esos problemas para lograr un funcionamiento más eficiente que las torne más atractivas tanto para los titulares de los derechos como para los usuarios. Como resultado de esto, las organizaciones de gestión colectiva "tradicionales" pueden verse fortalecidas y más eficientes en este período de evolución, y es de esperar que así ocurra.

264. En quinto lugar, a causa del fenómeno de los "multimedios" – tanto bajo la forma de producciones fuera de línea, como por la manera en que las distintas categorías de obras y objetos de derechos conexos son usadas juntas en la red mundial digital – existe una necesidad cada vez mayor de crear "coaliciones" de distintas organizaciones de gestión conjunta que ofrezcan una fuente conjunta de autorizaciones ("sistemas de ventanilla única"), o de participar en un sistema cooperativo aún más general que también se puede ampliar a los individuos titulares de derechos que se suman a la "coalición". Esto se puede lograr a través de la simple inclusión de su información de concesión de licencias, o también otorgando a la "coalición" la condición de agente para la concesión de autorizaciones en su nombre, conforme a las condiciones de concesión de licencias y tarifas dictadas por los individuos. Ello no significa que en una "coalición" de esta naturaleza se fusionen todas las diversas fuentes de concesión de licencias. Las sociedades de autores "tradicionales" seguramente podrán conservar su autonomía.

Soluciones tecnológicas a los problemas planteados por las nuevas tecnologías; sistemas electrónicos de gestión de derechos

265. Se reconoció, ya en las primeras etapas de los trabajos preparatorios de los dos "tratados Internet" de la OMPI – el WCT y el WPPT – que no es suficiente prever derechos apropiados con respecto al uso de obras y objetos de derechos conexos en la red digital interactiva Internet. En un entorno tal, no se puede aplicar con eficiencia derecho alguno sin el apoyo de medidas tecnológicas de protección y sin información sobre la gestión de derechos electrónica. Hubo acuerdo en que la aplicación de tales medidas y de la información se debería dejar a los titulares de derechos interesados, pero también se estuvo de acuerdo en que se necesitaba una protección jurídica adecuada de dichas medidas e información cuando se aplicasen.

266. Los Artículos 11 y 12 del WCT obligan a las Partes Contratantes a otorgar dicha protección jurídica. Según el Artículo 11, las Partes Contratantes deben proveer "protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley."

267. El Artículo 12.1) del WCT obliga a las Partes Contratantes a "proporcionar recursos jurídicos adecuados y efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los actos siguientes sabiendo o, respecto de los recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna: i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; ii) distribuya, importe para su distribución, radiodifunda o comunique al público, sin autorización, obras o copias de obras, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización." El Artículo 12.2) del WCT, define la "información sobre la gestión de derechos" como "la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre las cláusulas y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra."

268. En la Conferencia Diplomática se aprobó una declaración concertada respecto del Artículo 12, que consiste en dos partes. En la primera parte se dice: "Queda entendido que la referencia a «una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna» incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración." En la Segunda parte se confirma el principio de la protección libre de formalidades: "Igualmente queda entendido que las Partes Contratantes no se basarán en el presente Artículo para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades que no estuvieran permitidas en virtud del Convenio de Berna o del presente Tratado, y que prohíban el libre movimiento de mercancías o impidan el ejercicio de derechos en virtud del presente Tratado."

269. Los Artículos 18 y 19 del WPPT contienen prácticamente las mismas disposiciones que los Artículos 11 y 12 del WCT, y una declaración concertada acerca del Artículo 19 del WPPT prevé la aplicación también a dicho Artículo, *mutatis mutandis*, de la declaración concertada antes citada.

270. Estas disposiciones son de naturaleza bastante general, pero contienen los elementos necesarios en base a los cuales se pueden adoptar las disposiciones pertinentes a nivel nacional. Se deduce de la naturaleza general de estas disposiciones que las legislaturas de cada país pueden verse obligadas a un mayor nivel de detalle, a fin de ofrecer una protección eficaz de las medidas tecnológicas y la información de gestión de derechos cuando los avances de la tecnología así lo exijan y cuando tal protección, tomando en cuenta todos los intereses legítimos, resulte justificada.

271. Con respecto a las medidas tecnológicas de protección, cabe señalar que es imposible disponer "protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos" contra la acción de eludir medidas tecnológicas de protección si lo único prohibido es la acción de eludir. La prohibición se debe hacer extensiva a la importación, fabricación y distribución de herramientas ilícitas usadas para la acción de eludir, así como a los servicios ofrecidos para eludir en forma no autorizada. Además, tanto las tecnologías que controlan el acceso al material protegido como las tecnologías que controlan ciertos actos específicos restringidos (tales como la reproducción) deberán ser protegidas, y no sólo se deben abarcar los dispositivos completos sino también sus componentes y funciones específicamente destinados a la acción de eludir. Por último, salta a la vista el parecido entre la piratería "tradicional" y la importación, fabricación y distribución comerciales de herramientas destinadas a la acción de eludir; la última es, de hecho, una forma nueva de la piratería; y por lo tanto, deben existir sanciones significativas, incluso penales, que la castiguen.

272. La aplicación de medidas tecnológicas, sumada a la información pertinente de gestión de derechos, ofrece la posibilidad y la garantía de un ejercicio eficaz de los derechos en el entorno digital y conectado en red. Esto permite a las organizaciones de gestión conjunta no sólo autorizar (o prohibir) y controlar la utilización de sus obras y/o objetos de derechos conexos de su repertorio, sino también ofrecer una distribución más precisa y pronta de la remuneración a sus afiliados. Asimismo posibilita crear y operar varios sistemas nuevos de ejercicio conjunto del derecho de autor y derechos conexos.

273. El resultado de la aplicación de medidas tecnológicas junto con la información electrónica sobre la gestión de derechos son los sistemas electrónicos

de gestión de derechos (ECMS, *electronic rights management systems*). En su forma desarrollada a fondo, un ECMS comprende complejas bases de datos electrónicos de derechos y avanzadas máquinas de concesión de licencias. Esto, en principio, posibilita la concesión de licencias y el control de la utilización automáticos, junto a la recaudación y distribución también automáticas de la remuneración; todo ello no sólo de manera mucho más rápida, sino también más precisa que con cualquiera de los sistemas de gestión "tradicionales" que existen. El desarrollo de máquinas de concesión de licencias es un proceso complejo en el cual pueden participar, y a veces participan, las organizaciones de gestión colectiva u otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos. Esta es, sin embargo, una tarea que por lo general corresponde a los creadores de programas de ordenador. Al mismo tiempo, las organizaciones de gestión conjunta deben desempeñar un papel mucho más decisivo en la creación de sistemas de identificación apropiados combinados con bases de datos confiables, que son los elementos fundamentales de la información sobre la gestión de derechos electrónica. Hay varias organizaciones trabajando en estos sistemas. En la descripción que sigue se usa como ejemplo el Sistema de Información Común (CIS, *Common Information System*) de la CISAC.

274. El proyecto CIS es la respuesta de la CISAC a los desafíos de la tecnología digital y de Internet. Se ha fijado así el objetivo del proyecto: "Para administrar derechos en las superautopistas digitales, las sociedades deben compartir información acerca de obras musicales y creaciones de otros tipos, para lo cual deberán implementar sistemas que permitan identificarlas de una manera única y determinar quién es el actual titular de los derechos. Las sociedades también deben asegurar que las soluciones para la gestión de la información y los controles que se implanten para proteger los derechos, no sean tan restrictivos que desalienten a los usuarios en potencia respecto de la obtención de un permiso para explotar las creaciones... el CIS es un plan de normalización y comunicación de datos de manera eficiente e integrada. Está destinado a reemplazar los numerosos conjuntos duplicados de datos cuya gestión realizan por separado las sociedades para la recaudación de regalías y los editores, productores u organismos de radiodifusión, con sus sistemas de numeración propios y carentes de relación entre sí. A fin de alcanzar la eficiencia y la integración, todas las partes deben ser capaces de identificar una misma obra por medio de un número de identificación único, sin importar en qué parte del mundo digital se esté utilizando."

275. En el momento de iniciar este proyecto, la CISAC se enfrentó a dos problemas básicos: en primer lugar, la falta de una normalización suficiente; y en segundo lugar, la falta de una infraestructura apropiada por la cual compartir la información sobre gestión de derechos. A fin de encarar este problema y otros, la CISAC creó en 1994 un Comité Directivo y varios grupos de trabajo bajo su dirección. En 1995 el órgano administrativo principal de la CISAC, la Oficina Ejecutiva, aprobó un plan quinquenal de desarrollo del sistema CIS.

276. La metodología del proyecto CIS se esbozó así:

- en primer lugar, el análisis de las tres principales entidades de datos de que debía ocuparse el plan en cuestión; éstas eran las obras (obras musicales, obras audiovisuales, obras literarias, obras de artes visuales, etcétera); las partes interesadas (personas y empresas, las cuales crean y/o son titulares de derechos sobre obras); la titularidad (acuerdos que determinan quiénes son los verdaderos titulares de los derechos);
- en segundo lugar, con el fin de asignar un número único de identificación a cada uno de los datos, se debían elaborar sistemas de numeración apropiados;
- en tercer lugar, se debían introducir normas de datos según las cuales codificar cualquier elemento variable dentro de cada una de las tres entidades de datos y definir una estructura de datos;
- en cuarto lugar, se debía diseñar y construir una infraestructura de intercambio de datos; y
- en quinto lugar, se debían desarrollar las aplicaciones para proveer las corrientes de datos a las diversas herramientas.

277. Sobre la base del plan quinquenal de desarrollo, el CIS realizó progresos espectaculares – hasta tal punto, que las cuestiones relacionadas con el mismo ocuparon el primer lugar del orden del día del Congreso que la CISAC celebró en Santiago de Chile, en el año 2000. Parecería que el CIS se ha convertido en la fuente de un efecto rejuvenecedor espectacular sobre la CISAC, haciendo de catalizador de una mayor cooperación entre las sociedades adherentes, con un papel más importante para los organismos de gobierno centrales y el secretariado de la Confederación, y con un efecto de cohesión cada vez mayor de algunas decisiones adoptadas conjuntamente.

Como parte de estos cambios, el congreso adoptó enmiendas a los Estatutos de la CISAC para introducir reglas obligatorias acerca del CIS. Las declaraciones realizadas por algunos de los funcionarios jerárquicos de la organización en el congreso reflejaron adecuadamente la importancia del CIS. (Eduardo Bautista, el Presidente de la Oficina Ejecutiva, dijo: "el principal desafío interno es desarrollar un conocimiento de la tecnología, basado en el CIS, que nos permita integrar las sociedades individuales en un sistema de intercambio electrónico de documentos (EDI)." Brett Cottle, Vicepresidente de la Oficina, declaró lo siguiente: "La cuestión prioritaria para la CISAC, durante los próximos dos años, es la implementación satisfactoria... del... proyecto CIS." John Hutchinson, Gerente General de la poderosa MCPS-PRS Alliance, estuvo de acuerdo: "La decisión más importante de la CISAC en los últimos años ha sido la modificación de los Estatutos de la CISAC para que ésta pueda adoptar reglas obligatorias relativas al CIS. Esto nos permitirá llevar al mundo de las sociedades de recaudación al Siglo XXI." Por lo tanto, no constituyó una sorpresa el hecho de que Eric Baptiste, Secretario General de la CISAC, bajo cuyo liderazgo la Secretaría General (junto a la Junta Supervisora del CIS) ha de desempeñar un papel clave en la gestión del CIS, haya afirmado que la aplicación del sistema CIS era una "misión decisiva" para la CISAC y sus sociedades).

278. En abril de 2001, la CISAC organizó una "Jornada de Información sobre el CIS" en Niza (Francia). Fueron invitados al mismo representantes de los interlocutores del CISAC, los usuarios y el público en general. En los informes presentados se mostró, efectivamente, que el CIS se estaba encaminando hacia la fase en la cual sería totalmente funcional, permitiendo a la CISAC y sus sociedades adheridas convertirse en intermediarios verdaderamente eficientes en el entorno digital y conectado en red. Esto era cierto respecto a los dos pilares fundamentales del CIS: una red mundial de bases de datos, e identificadores estándar (de obras y de partes interesadas). En ese momento, la Base de datos de información de obras (WID, *Works Information Database*) contenía unas 1.250.000 entradas, y el Índice audiovisual paralelo (*AV Index*) no menos de 1.400.000. La Organización Internacional de Normalización (ISO) ha adoptado el Código internacional normalizado para obras musicales (ISWC, *International Standard Musical Works Code*) como identificador mundial de obras musicales (es un número sin significado inteligente, con acceso a información sobre los títulos, autores y compositores de obras musicales).

Algunas otras normas de identificación (tales como ISAN, *International Standard Audiovisual Number* o Número internacional de las obras audiovisuales, el cual es un proyecto conjunto de CISAC con AGICOA, FIAPF e ISTC (*International Standard for Textual Works*, Código internacional normalizado de obras textuales)), ya estaban a punto de ser finalizadas. También se ha progresado en la creación de un importante subsistema del CIS: Información sobre las Partes Interesadas (IPI), que ha de reemplazar al sistema de archivos actual de Compositores, Autores y Editores (CAE).

279. Aprovechando el impulso generado por el proyecto CIS en el Congreso de Santiago de Chile, cinco grandes sociedades – SACEM (Francia), GEMA (Alemania), SGAE (España), SIAE (Italia) y BMI (Estados Unidos de América) – establecieron una alianza "Fast Track" (Vía rápida), consistente en un sistema en el cual los recursos informáticos y las bases de datos existentes de las cinco sociedades se conectan entre sí con una estructura descentralizada pero armónica, garantizando que –junto con su avance hacia metas comunes– las sociedades podrán seguir manteniendo su independencia y las características que les son propias, en correspondencia con las tradiciones jurídicas y culturales de sus respectivos países. Estos son tres proyectos principales del Fast Track:

- creación de una Red Mundial de Documentación y Distribución, a construirse con las bases de datos de las sociedades adheridas y las fuentes centralizadas o regionales ya existentes. Será un medio de amplio alcance para el intercambio electrónico de información con fines de distribución de regalías;
- desarrollo de un portal de registro de obras en línea;
- elaboración de un sistema de concesión de licencias en línea.

Los estatutos de Fast Track prevén la adhesión de otras sociedades y contienen reglas que facilitan dicha ampliación. De hecho, Frances Preston – Presidente de BMI y uno de los fundadores de la Alianza – declaró que "todos los adherentes al Fast Track esperan que el "espíritu" de Fast Track se difunda por conducto de la CISAC."

280. El proyecto Fast Track va más allá de la creación de bases de datos conjuntas (aunque con una estructura descentralizada) y de identificadores

electrónicos apropiados; al incluir también el elemento de concesión de licencias en línea, prevé un sistema completo de gestión electrónica de derechos.

281. Se han iniciado otros programas conjuntos de sociedades de autores con el fin de desarrollar sistemas electrónicos de intercambio de información y bases de datos conjuntas (tales como LATINAUTOR o MIS@ASIA). Las mismas se describen brevemente más adelante, en el subcapítulo sobre las tendencias a la concentración, la regionalización y la mundialización.

282. Además de las mencionadas previamente, hay también otras normas de números de identificación reconocidos por la ISO, tales como el ISRC (*International Standard Recording Code*, Código internacional normalizado de grabaciones), desarrollado por IFPI que también realiza su gestión, para identificar grabaciones musicales; o varias normas de la industria editorial, tales como el ISBN (*International Standard Book Number*, Sistema internacional de numeración de libros), que es el identificador más antiguo y más conocido; el ISSN (*International Standard Serial Number*, Código internacional normalizado de series); y los más nuevos, como el PII (*Publisher Item Identifier*, Identificador de elemento de editor); el SICI (*Serial Item and Contribution Identifier*, Identificador de series y contribuciones), y el BICI (*Book Item and Component Identifier*, Identificador de componente y elemento de libro), creado para identificar una parte cualquiera de una publicación.

283. La falta de interoperabilidad entre los identificadores paralelos, que a veces entran en competencia mutua, puede ser un obstáculo al desarrollo de sistemas mundiales de gestión electrónica de derechos. Los expertos en informática y en normalización han tratado de elaborar soluciones a este problema; por ahora, el sistema DOI (*Digital Object Identifier*, Identificador de objeto digital) parecería ser el más conocido y prometedor.

284. El proyecto DOI fue una iniciativa de la AAP (*Association of American Publishers*, Asociación de Editores Estadounidenses), basada en el "Handle System" de la Corporación para Iniciativas Nacionales de Investigación (*Corporation for National Research Initiatives*), y fue lanzado en la Feria del Libro de Frankfurt de 1997. Se ha creado una Fundación Internacional DOI (www.doi.org) la cual, como organización sin fines de lucro, administra el

desarrollo, la política y la concesión de licencias por el DOI a agencias de registro y a proveedores de tecnología, y aconseja sobre el uso y el desarrollo de servicios y tecnologías conexas.

285. El sistema DOI toma en cuenta dos tendencias importantes: en primer lugar, la convergencia creciente de los medios de comunicación, que hace necesaria la interoperabilidad y a veces la combinación de obras de distintos géneros y de objetos de derechos conexos; y en segundo lugar, las formas cada vez más dinámicas de la explotación sin cambio de titularidad de derechos, los complejos sistemas de licencias y sublicencias, y las muchas maneras de distribuir y utilizar el material protegido. El sistema DOI proporciona un identificador persistente de cualquier objeto digital (el cual puede ser una obra entera o un objeto de derechos conexos, pero también puede ser una parte del mismo con cualquier nivel posible de granularidad). Esto permite identificar directamente el objeto digital, sin que importe su ubicación, a diferencia del URL (*Universal Resource Locator*, localizador uniforme de recursos) tan conocido que se usa para indicar un lugar en Internet.

286. En realidad, un DOI no es simplemente un identificador más como los antes mencionados, sino que permite a los mismos crear un nuevo identificador, neutro, que garantiza la interoperabilidad entre ellos y facilita el funcionamiento de los sistemas electrónicos de gestión de derechos. Esto es posible, sobre la base del sistema DOI, porque los identificadores de objetos digitales (los DOI) están enlazados a un directorio central y, a través del mismo, a bases de datos; así, conectan a los usuarios con las fuentes correspondientes de información sobre titularidad y concesión de licencias. (Un DOI consta de dos partes separadas por una barra inclinada. La parte que precede a la barra inclinada es el "prefijo", designada y administrada por la autoridad que crea y lleva a cabo la gestión de los DOI asignados por una agencia de registro de DOI, que en este momento es la Fundación Internacional DOI. La segunda parte después de la barra inclinada, el sufijo, identifica una obra, una grabación o una parte de las mismas (en realidad, cualquier tipo de objeto digital). Los usuarios del sistema, que por ahora son fundamentalmente los editores (aunque el círculo de usuarios puede ampliarse sin límites) tienen la responsabilidad de asignar sus propios números, los cuales pueden estar en cualquier formato y vinculados a cualquier tipo de normas de identificación y bases de datos).

Las nuevas estructuras de gestión ante el fenómeno de las producciones de multimedios y la distribución en línea de contenido multigénero

287. Uno de los desafíos planteados por la tecnología digital a la protección y el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos es el de la convergencia de distintas categorías de obras y objetos de derechos conexos en "producciones de multimedios" y en sistemas en línea que se ponen a disposición por medio de redes digitales. Resulta obvia la necesidad, en este ámbito, de la gestión colectiva o de algún otro sistema conjunto de ejercicio de los derechos. Para la creación de producciones de esta naturaleza se necesita un gran número de obras distintas y objetos de derechos conexos – obras literarias, grabaciones de sonido y vídeo, fotografías, obras gráficas, etcétera – mientras que a veces se necesitan meros extractos de los mismos. Es un gran desafío, tanto para los creadores de producciones de multimedios como para los servicios y titulares de derechos, que la gestión de los derechos sea lo más simple y eficiente posible.

288. En respuesta a estas tendencias convergentes, se han creado nuevas estructuras organizativas que asumen la forma de "coaliciones" de organizaciones existentes, y se han elaborado nuevos modelos de cooperación aún más complejos. Una de las primeras organizaciones del tipo de la "coalición" en fundarse con este propósito fue la SESAM de Francia, mientras que por el momento uno de los modelos complejos más conocidos y prometedores que se han esbozado es el del proyecto VERDI (*Very Extensive Rights Data Information*, Información muy extensa de datos sobre derechos). Se describen ambas brevemente a continuación.

289. SESAM se creó en 1995-96 como una sociedad de "coalición" – en otras palabras, de "segundo nivel" – para facilitar la gestión de los derechos sobre el repertorio de varias sociedades francesas, en lo que hace a la autorización de las producciones y utilizaciones de multimedios. Se basó en su origen en el sistema existente de la SDRM (la sociedad francesa de derechos de reproducción mecánica), la cual no tiene un repertorio propio y separado sino que, como organización de "coalición" o de "segundo nivel", ha realizado tradicionalmente la gestión de los derechos de reproducción mecánica relativos al repertorio de SACEM y SACD (las sociedades francesas de admi-

nistración de los "derechos de interpretación o ejecución" musicales y los derechos sobre las obras dramáticas, respectivamente); últimamente, ha asumido también la gestión de tales derechos sobre el repertorio de la SCAM (la sociedad francesa de autores de multimedios). Una vez fundada SESAM sobre esta base, se le unió al poco tiempo la ADAGP (la sociedad francesa de autores de obras de arte). La organización está abierta a la adhesión de otros.

290. Los Estatutos de la SESAM definen así una "producción de multimedios":

"Una producción de multimedios ("*programme*"), según los Estatutos de la Sociedad, significa cualquier fijación o producción la cual, aunque de por sí no constituya un programa informático, incluye, combina y hace actuar entre sí, gracias a un soporte informático que posibilita el uso interactivo, datos que constituyen obras en virtud del Artículo L. 112-J del Código de la Propiedad Intelectual, siempre que dichos datos estén relacionados con géneros distintos tales como: música o sonidos, textos, imágenes móviles o fijas, con independencia del substrato o del medio de transmisión (fuera de línea o en línea, conocido actualmente o desconocido).

"La radiodifusión ("*radiodiffusion ou télédiffusion*") de obras, aun si la comunicación se produce según pedido, no constituye una explotación de la producción de multimedios ("*programme*") cuando estas obras o las condiciones de utilización no corresponden a las características definidas en el párrafo precedente."

291. SESAM es un ejemplo de sistema de "ventanilla única" ("*guichet unique*"), en el cual varias sociedades crean una fuente centralizada única de autorizaciones para los productores de multimedios y los llamados "proveedores de contenido" en línea. Con este fin, SESAM utiliza las bases de datos existentes de sus sociedades adheridas; aplica un sistema tarifario adaptado a la naturaleza de las explotaciones del caso (y a fin de crear dichos sistemas, está dispuesta a negociar con las organizaciones que representan a los grupos de usuarios pertinentes); posee los medios apropiados para recaudar y distribuir la remuneración rápidamente y a bajo costo, y tiene también la capacidad de controlar la explotación de las obras y combatir la piratería.

292. Se han creado organizaciones similares de "ventanilla única" en otros países, como CMMV en Alemania y MCCI en Irlanda. La estructura y las actividades de la CMMV, fundada en 1996, difieren en ciertos aspectos de las de la SESAM. Fue creada por nueve sociedades de recaudación que representan a los titulares de derechos de autor y derechos conexos (GEMA, GVL, VG WORT, GÜFA, GWFF, VG BILD-KUNST, VFF, VGF, AGICOA). Según el acuerdo de sociedad de la CMMV, el objetivo de la misma es facilitar las negociaciones entre los productores y usuarios de multimedios, por una parte, y los titulares de derechos, por la otra. En una primera etapa, CMMV funciona como "corredor de información", reenviando las solicitudes de los productores de multimedios a la respectiva sociedad de recaudación de derechos adherida, y devolviendo información acerca del material protegido al productor de multimedios. En una segunda etapa, CMMV podrá – si así lo desean los titulares de derechos – servir como centro de concesión de licencias para los titulares de derechos y las sociedades de recaudación. MCCI reagrupa a no menos de 19 organizaciones de titulares de derechos de Irlanda que representan tanto a autores como a titulares de derecho de autor y derechos conexos.

293. En algunos otros países, las organizaciones de gestión colectiva con un repertorio suficientemente amplio (como la SIAE en Italia, la SGAE en España (con la "Oficina Multimedia" (OM) creada en su marco) o la SPA en Portugal) han asumido cumplir también con las tareas pertinentes a este ámbito; mientras que en otros países, los demás organismos de gestión conjunta han encargado a una de las organizaciones existentes el desempeño como "ventanilla única" (por ejemplo, KOPIOSTO en Finlandia, la cual representa a no menos de 44 organizaciones adheridas de autores y de titulares de derechos conexos). Cabe señalar que las organizaciones que representan a titulares de derechos conexos, como por ejemplo IFPI y sus grupos nacionales, también han desarrollado sistemas similares para la concesión de licencias.

294. El proyecto VERDI, con el apoyo de la Comisión Europea, ha sido lanzado por seis de las organizaciones europeas previamente mencionadas: KOPIOSTO, SESAM, CMMV, MCCI, SIAE y SGAE. KOPIOSTO ha asumido la coordinación del proyecto y se ha confiado su dirección a la Sra. Tarja Koskinen-Olsson, Gerente General de esta organización finlandesa.

295. Desde el principio del proyecto se identificaron tres funciones básicas de las organizaciones de derechos de multimedios:

- en primer lugar, proveer información sobre las fuentes de las cuales los usuarios pueden obtener licencias;
- en segundo lugar, funcionar como intermediario o centro de gestión de derechos, en el cual las licencias son otorgadas por las organizaciones participantes en el sistema; y
- en tercer lugar, otorgar licencias en nombre de los titulares de derechos adheridos o de sus organizaciones.

296. Cuando se comenzó a aplicar el proyecto VERDI, se acordó la necesidad de un enfoque equilibrado de las distintas opciones de concesión de licencias. En los casos en que los titulares de derechos deseen otorgar licencias individuales a los creadores de productos de multimedios, la organización de derechos de multimedios sólo deberá ser capaz de suministrar información de contacto. Se ha tomado en cuenta que el otorgar licencias a través de centros de gestión de derechos de multimedios es, en algunos países, una opción nueva que contiene una combinación de concesión de licencias individuales y gestión conjunta. En un sistema así, los titulares de los derechos pueden, en algunos casos, fijar los precios y demás condiciones de utilización de sus obras en forma individual. Las organizaciones de gestión colectiva pueden formar parte del sistema previsto según el proyecto, y pueden trabajar normalmente con sus propias tarifas y condiciones uniformes.

297. Estos centros de gestión de derechos también pueden cooperar con grupos de "proveedores de contenido", tales como editores, productores o "agencias de imágenes", con el objetivo de crear servicios de provisión directa de contenido. En algunos casos no sólo se conceden las autorizaciones necesarias, sino que se puede también entregar el mismo material protegido, bajo forma electrónica y digitalizada.

298. El objetivo del proyecto VERDI es crear un sistema estructurado sobre la base de la participación voluntaria. Toma en cuenta el hecho de que hay situaciones jurídicas distintas, intereses distintos y exigencias distintas de gestión de derechos; y que de acuerdo con todo ello, es esencial crear un sistema flexible con opciones distintas de gestión de derechos y de concesión de

licencias. Los titulares de derechos pueden decidir libremente si sólo quieren usar el sistema VERDI como corredor de información, y mantener el derecho de conceder licencias en forma individual. También pueden fijar las tasas y condiciones por separado para cada pieza de material protegido, y pueden contratar al sistema VERDI para que, de conformidad con ello, haga de centro de gestión de derechos. Además, si recibe el mandato pertinente de las organizaciones de gestión conjunta, el sistema VERDI también puede conceder licencias de multimedios en base a tarifas y condiciones uniformes, que fijan las organizaciones mencionadas.

299. Conforme con estos fundamentos, el sistema VERDI se ciñe a un enfoque de tres niveles: información, concesión de licencias y "provisión de contenido".

300. Al primer nivel, VERDI ha de funcionar como un "corredor de información" puro. El productor de multimedios toma contacto con el servidor de VERDI, disponible en línea a través de Internet, y plantea su solicitud acerca del material protegido que desearía usar. El servidor transmite la solicitud a la organización pertinente de gestión conjunta de derechos, o a un titular de derechos individual que puede participar en el sistema. La respuesta de la organización o del titular de derechos individual se reenvía entonces al productor de multimedios, una vez más a través del sistema VERDI. Luego de ello, cabe al productor de multimedios tomar contacto con los titulares de derechos o con sus representantes para obtener una licencia.

301. Al segundo nivel, el sistema VERDI puede ofrecer la posibilidad de obtener licencias en forma directa, si los titulares del derecho o sus representantes están dispuestos a contratar al sistema para que lo haga.

302. El tercer nivel del sistema VERDI será la entrega de contenido almacenado en forma digital a los productores de multimedios. Este elemento ya se ha integrado al sistema piloto con algunas bases de datos de contenido previamente aprobado, con fines de prueba dentro del proyecto VERDI.

303. El desarrollo de los diversos elementos del sistema piloto VERDI – que debió tomar en cuenta varios requisitos, entre ellos la necesidad de la adaptación a un entorno multilingüe, flexibilidad y adaptabilidad del sistema,

extensibilidad, seguridad de las transacciones, privacidad de las comunicaciones, facilidad de uso y bajos costos – ya ha alcanzado una etapa en la cual las aplicaciones de trabajo son lo suficientemente avanzadas como para poder trabajar en la red mundial, y en el futuro servir de base para sistemas de gestión de derechos de multimedios.

Concesión de licencias de explotación del derecho de autor y los derechos conexos en la Red Mundial de Información

304. En el pasado, las organizaciones de gestión conjunta trabajaban normalmente como organizaciones nacionales, pudiendo conceder licencias para la utilización de los repertorios que representaban (nacionales e internacionales) en sus propios territorios (con algunas excepciones bien conocidas, tal como BIEM en su primera época de trabajo, o NBC, la organización de derechos de reproducción mecánica de los Países Nórdicos).

305. A este respecto, los primeros cambios de magnitud surgieron de los satélites de radiodifusión directa, muchos de los cuales comenzaron a transmitir programas al territorio de varios países. Independientemente de los debates, que asumen a veces características de guerra de religión, sobre "teorías" encontradas ("teoría de la emisión", "teoría de la comunicación", etcétera), era inevitable reconocer que en el caso de la radiodifusión de este tipo, la comunicación al público (siendo la radiodifusión la comunicación al público por medios inalámbricos) sólo comienza en el país de emisión, y sólo se completa en los países correspondientes a la proyección de la antena del satélite de radiodifusión directa. Es en estos últimos países, en los que se encuentra el público para el que se realiza la comunicación (a disposición del cual se pone el programa para su recepción; la recepción efectiva no es una condición para que se complete el acto de radiodifusión), donde es posible que se haga sentir la incidencia efectiva en la posibilidad de una ulterior explotación de las obras y objetos de derechos conexos, y en los cuales los intereses de ciertos titulares de derechos – en particular, en aquellos casos en los cuales los derechos están divididos por territorio y el titular de los derechos en un país de recepción no es el mismo que el del país de emisión – pueden realmente verse perjudicados. La CISAC tomó esto en cuenta en los llamados principios de Sydney, los cuales están incluidos en la "Adenda [al Contrato Tipo de Representación Recíproca entre Sociedades de Derechos

de Interpretación o Ejecución Pública de la CISAC] acerca de los satélites de radiodifusión directa (DBS)" aprobada en Sydney en 1987, en una sesión del Consejo Administrativo de la CISAC.

306. En el Apartado 1 de la Adenda de Sydney se dice que "...la responsabilidad por la concesión de las licencias necesarias para la radiodifusión de programas recae siempre en la Sociedad del país de origen." En el Apartado 2 se dispone que, con relación al Contrato Tipo de la CISAC, se debe distinguir entre dos situaciones:

- en la primera, la radiodifusión por satélite de radiodifusión directa sólo excede en forma marginal el territorio del país de origen; en este caso, y por analogía con la situación actualmente vigente con respecto a ciertas radiodifusiones terrestres, se puede aplicar el Contrato Tipo sin ningún problema en especial.
- en la segunda situación, la radiodifusión transmitida por un satélite de radiodifusión directa es comunicada a una zona de proyección que abarca varios países: cuando se aplica el Contrato Tipo a una situación tal, se le debe agregar una adenda a elegir entre tres "fórmulas".

307. Las tres fórmulas alternativas incluidas en la Adenda de Sydney son:

- primera fórmula (la "fórmula de aplicación directa del Contrato"): "En cuanto a la radiodifusión directa por satélite, las Sociedades contratantes acuerdan que los derechos conferidos en virtud del Artículo 1 del presente Contrato no se limitan a los territorios en que actúan, sino que son válidos para todos los países dentro de la proyección de la antena del satélite cuyas transmisiones se efectúan desde el o los territorios en los cuales actúa una Sociedad contratante."
- segunda fórmula (la fórmula de "acuerdo previo"): "En cuanto a la radiodifusión directa por satélite, las Sociedades contratantes acuerdan que los derechos conferidos en virtud del Artículo 1 del presente Contrato no se limitan a los territorios en que actúan, sino que son válidos para todos los países dentro de la proyección de la antena del satélite cuyas transmisiones se efectúan desde los territorios en los cuales actúa una Sociedad contratante, a reserva de haber obtenido previamente el acuerdo de la otra Sociedad contratante en cuanto a las condiciones

bajo las cuales se pueden proporcionar las autorizaciones necesarias para tales transmisiones, en la medida en que los territorios en los cuales actúa estén situados dentro de la zona de proyección de la antena del satélite."

- tercera fórmula (la fórmula de "consulta previa"): "En cuanto a la radiodifusión directa por satélite, las Sociedades contratantes acuerdan que los derechos conferidos en virtud del Artículo 1 del presente Contrato no se limitan a los territorios en que actúan, sino que son válidos para todos los países dentro de la proyección de la antena del satélite cuyas transmisiones se efectúan desde los territorios en los cuales actúa una Sociedad contratante, a reserva de haber consultado previamente a la otra Sociedad contratante en cuanto a las condiciones bajo las cuales se pueden proporcionar las autorizaciones necesarias para tales transmisiones, en la medida en que los territorios en los cuales actúa estén situados dentro de la zona de proyección de la antena del satélite."

308. En el Apartado 3 de la Adenda de Sydney se dispone también que, en el caso de la segunda y la tercera fórmulas, el acuerdo previo o la consulta previa deben, necesariamente, incluir los siguientes temas: i) tarifas ("es conveniente llegar a una armonización de las tarifas de manera que se eviten los desequilibrios exagerados; dicha armonización se debe fijar en un nivel que asegure, en todo caso, una remuneración justa para los autores"); ii) titulares de subderechos (tales como subeditores; "las condiciones para una posible participación de los titulares de subderechos se deberán determinar conforme a los términos a ser concertados por acuerdo bilateral entre las Sociedades interesadas"); iii) deducción para fines sociales y/o culturales ("las condiciones bajo las cuales se podría efectuar esta deducción y, de conformidad con la Regla confederal, dentro del límite de un máximo efectivo del 10% aplicado al ingreso distribuible neto, deberán también determinarse conforme a los términos a ser fijados por acuerdo bilateral entre las Sociedades interesadas").

309. En la Adenda de Sydney se mencionan dos objetivos de las sociedades de derechos de interpretación o ejecución, que no son fáciles de reconciliar entre sí pero que revisten igual importancia: el primero es el de ofrecer a los usuarios un sistema de concesión de licencias razonable y practicable; el segundo, tomar debidamente en cuenta los intereses de, y los derechos repre-

sentados por, todas las sociedades interesadas. Cuando las sociedades se enfrentaron al fenómeno Internet, resultó claro que si querían lograr los mismos objetivos – y por cierto que lo querían, ya que ello era inevitable desde el punto de vista de la propia razón de ser de la gestión colectiva – necesitaban un sistema contractual aún más complejo. Esto era así porque lo que se necesitaba era nada menos que licencias globales y mundiales (en el sentido de que las obras transmitidas por Internet se ponen a disposición de todos quienes están conectados a la red mundial, en cualquier parte del planeta).

310. Hasta cierto punto, la Adenda de Sydney fue usada como modelo por aquellas sociedades que propusieron que fuera la sociedad del país en el cual se encuentra el proveedor del servicio y del cual emana la transmisión, la autorizada a otorgar licencias mundiales. Otras sociedades, sin embargo, querían tomar en cuenta algún otro criterio que consideraban reflejaba mejor el verdadero lugar e incidencia de la explotación de obras por Internet. Estas últimas sociedades también pusieron de relieve la posibilidad de un fácil desplazamiento de las utilizaciones. Dadas las posiciones encontradas de las sociedades miembros de la CISAC, no se ha logrado alcanzar un acuerdo general acerca de una enmienda de tipo Sydney al Contrato Tipo. Pero como, sin embargo, se hizo evidente que la falta de un sistema de concesión de licencias lo suficientemente simple para las transmisiones Internet podría llevar a la proliferación de la utilización no autorizada, y a una falta de respeto cada vez mayor por el derecho de autor, cinco sociedades con grandes repertorios han decidido elaborar y aplicar un nuevo modelo de concesión de licencias.

311. Como el nuevo modelo de concesión de licencias (una "enmienda" jurídicamente hablando, a los contratos existentes que se basan en el Contrato Tipo de la CISAC) fue adoptado en el congreso de la CISAC del 2000, en Santiago de Chile, por las cinco sociedades – BMI (Estados Unidos de América), BUMA (Países Bajos), GEMA (Alemania), PRS (Reino Unido) y SACEM (Francia) – y los acuerdos concertados conforme a este modelo han pasado a denominarse "los Acuerdos de Santiago". Dada la complejidad de los problemas prácticos y jurídicos en juego, estos acuerdos se consideran como de carácter experimental, y su primer período de prueba debía caducar a fines de 2001 (con posibilidad, sin embargo, de renovación).

312. El modelo de un "Acuerdo de Santiago" contiene, en primer lugar, varias definiciones:

- proveedor de contenido: "la parte responsable por decidir o aprobar el contenido de la base de datos u otra colección de obras (incluidas las obras musicales) que se está poniendo a disposición (incluso mediante la interpretación o ejecución pública), y que es responsable desde un punto de vista empresarial por la puesta a disposición de las obras (incluso mediante la interpretación o ejecución pública) por Internet o redes similares."
- proveedor de servicio: "la parte que provee la asistencia técnica necesaria para que el contenido, comprendidas las obras musicales, sea accesible por Internet o redes similares."
- explotación en línea: "todo el proceso, o cualquier parte pertinente del mismo, por el cual las obras musicales protegidas, con o sin datos vinculados tales como texto y/o imágenes visuales, son explotadas de la manera siguiente, ocurra esto por descarga o transmisión por caudales:
 - "a) las grabaciones o reproducciones están almacenadas en un medio de almacenamiento informático por uno o más usuarios, y
 - "b) las grabaciones o reproducciones se ponen a disposición de los consumidores (comprendida la interpretación o ejecución pública) por parte de un usuario a través de redes de telecomunicaciones o redes de cables (con o sin un enlace por satélite o radiodifusión por onda radioeléctrica u otra forma de transmisión de datos), y/o
 - "c) una copia de la grabación o reproducción es entregada al consumidor por un medio tal, luego que el consumidor ha accedido al servicio manejado por un usuario que pone a disposición copias de la grabación o reproducción almacenada y, cuando corresponda,
 - "d) el consumidor puede determinar cuáles grabaciones y en qué orden son entregadas ("pull"), o el usuario proporciona a cada consumidor un servicio individual y personalizado que se determina en función de las preferencias que haya dado el consumidor en el pasado ("push") y, cuando corresponda,
 - "e) se puede crear una nueva copia de la copia de la grabación entregada con el equipo de recepción del consumidor";
- radiodifusión en sitios Web o por Internet/transmisión por caudales: "sea... radiodifusión en sitios Web o por Internet, o transmisión por caudales,

de programas originales, o la difusión en línea no simultánea (retransmisión) de los programas tradicionales de radio y televisión terrestres/radioeléctricos, por satélite y por cable, a excepción de los servicios en los cuales se envía un contenido específico a la persona que lo ha pedido";

- música a pedido en línea:
 - "a)descarga (con o sin la posibilidad de escuchar durante la descarga) de obras musicales a pedido y contra pago,
 - "b)descarga (con o sin la posibilidad de escuchar durante la descarga) de obras musicales a pedido sin mediar pago,
 - "c)escucha de obras musicales a pedido, sin descarga, contra pago,
 - "d)escucha de obras musicales a pedido, sin descarga, y sin mediar pago,"
- vídeos en línea a pedido:
 - "a)descarga (con o sin la posibilidad de ver durante la descarga) de videogramas a pedido (por ejemplo, cualesquiera películas cinematográficas, programas de televisión, obras audiovisuales), incluidas las obras musicales y contra pago,
 - "b)descarga (con o sin la posibilidad de ver durante la descarga) de videogramas a pedido (por ejemplo, cualesquiera películas cinematográficas, programas de televisión, obras audiovisuales), incluidas las obras musicales y sin mediar pago,
 - "c)visualización sin descargar videogramas a pedido (por ejemplo, cualesquiera películas cinematográficas, programas de televisión, obras audiovisuales), incluidas las obras musicales y contra pago,
 - "d)visualización sin descargar videogramas a pedido (por ejemplo, cualesquiera películas cinematográficas, programas de televisión, obras audiovisuales), incluidas las obras musicales y sin mediar pago.
- sitio Internet:
 - "desde un punto de vista técnico, un destino en Internet con localizador uniforme de recursos (URL) y que consta de archivos, páginas e hiperenlaces relacionados entre sí;
 - "desde el punto de vista del derecho de autor, la presentación privada, gubernamental o empresarial por parte de un usuario, de un contenido, incluidas las obras musicales;"
- puesta a disposición: "a fin de evitar toda duda, las palabras "puesta a disposición (comprendido a través de interpretación o ejecución pública)" usadas en esta Enmienda no incluirán la interpretación o ejecución

pública a través del uso, en relación con locales públicos (por ejemplo, restaurantes, tiendas, etcétera) de dispositivos tales como la televisión o la radio, o cualquier otro aparato o forma similar de una interpretación o ejecución pública)."

313. Como, según el acuerdo tipo, todos los actos anteriormente definidos se consideran comprendidos entre los "derechos de interpretación o ejecución pública" antes que los derechos relativos a la copia (tales como el derecho de reproducción y/o el derecho de distribución), cabe señalar que de estas definiciones surge un concepto amplio de los "derechos de interpretación o ejecución pública" (y también, en un examen más detallado, el derecho de "comunicación pública"). Según este concepto amplio (el cual se puede basar en el texto del Artículo 8 del WCT, ya que amplía el concepto de "comunicación pública" a la "puesta a disposición" de obras interactiva y en línea), la descarga (por ejemplo, en un formato comprimido) sin la posibilidad de escuchar las grabaciones de interpretaciones o ejecuciones de obras musicales, o de visualizar obras audiovisuales, se considera comprendida asimismo entre los "derechos de interpretación o ejecución". Hay distintas opiniones acerca del carácter jurídico de dichos tipos de descarga; y los titulares de derecho de autor (como los editores) que poseen derechos de reproducción y de distribución, tienden a favorecer el reconocimiento y la aplicación de estos derechos (los cuales, en ciertos países como por ejemplo los Estados Unidos de América, son reconocidos en caso de este tipo de descarga; cosa que permite el WCT, según se declara y reconoce en los Protocolos de la Conferencia Diplomática de 1996). A fin de que los Acuerdos de Santiago – pasado su periodo experimental – puedan seguir siendo aplicables también en el futuro sin conflictos importantes, parecería existir la necesidad, entre otras, de resolver de alguna manera la cuestión de la posible aplicación en paralelo o alternativa de los "derechos de interpretación o ejecución" (en particular, el derecho de comunicación pública) y los derechos relacionados con la copia con respecto a los tipos antes mencionados de descarga.

314. El Acuerdo de Santiago identifica a la sociedad que está autorizada a conceder una licencia mundial de la manera que sigue:

- i) si a) el proveedor de contenido usa el nombre de dominio de nivel superior con el código de país pertinente (por ejemplo, ".fr" si la sociedad

- contratante es SACEM, ".de" si la sociedad contratante es GEMA, etcétera), o si, en el caso de los Estados Unidos de América, un nombre de dominio de nivel superior genérico ".com" o ".net"; y además b) el idioma principal del sitio del proveedor de contenido es el idioma principal del país indicado por el identificador nacional, entonces, la licencia será otorgada por la sociedad que actúa en dicho país;
- ii) en todos los demás casos, la licencia se otorgará al proveedor de contenido de la sociedad del país entre los mencionados en el anterior apartado i), en el cual está registrada la sociedad del proveedor de contenido;
 - iii) pese a toda afirmación en contrario en los párrafos i) y ii) anteriores, si la radicación económica del proveedor de contenido corresponde a uno de los países mencionados en el anterior párrafo i) y es distinta del país indicado en los párrafos i) o ii) anteriores, la sociedad de dicho país puede otorgar una licencia al proveedor de contenido (la radicación económica del proveedor de contenido se considera que está en un país si se cumplen en un mismo país dos cualesquiera de los siguientes criterios: a) el país en el cual está la sede central del proveedor de contenido; b) el país en el cual trabajan la mayoría de los empleados del proveedor de contenido; c) el país que reglamenta la auditoría de las cuentas anuales del proveedor de contenido);
 - iv) sin embargo, si el proveedor de contenido está en un país sin legislación adecuada de derecho de autor y/o sin procedimientos existentes y adecuados para la administración del derecho de autor, las partes deberán consultar entre sí y acordar las medidas adecuadas a tomar en las circunstancias del caso, incluida la concesión de cualquier licencia pertinente a cualquier parte involucrada en el proceso de explotación en línea;
 - v) en el caso de sitios Internet privados y personales, debe otorgar la licencia la sociedad que actúa en el país en el cual está registrada como empresa la proveedora de servicios de acceso y alojamiento, y puede otorgarse sea directamente al proveedor de contenido o (en la medida en que lo permite la ley) al proveedor de servicios de acceso y alojamiento para su beneficio.

315. La licencia que puede otorgarse en base a un acuerdo de Santiago es para la explotación en línea en el mundo entero. Pero esto es posible sólo si existen mecanismos y garantías adecuados para tomar en cuenta los intereses legítimos de las sociedades afiliadas. Parecería que el modelo elaborado coincide con estos requisitos.

316. El acuerdo tipo de Santiago dispone que la sociedad que otorga las licencias exige, a cada una de las partes a las cuales se ha concedido una licencia para una explotación en línea, información acerca de los detalles siguientes con respecto a las obras musicales contenidas en las explotaciones en línea respectivas: los títulos de las obras y los nombres de los titulares de derechos interesados, así como cualquier identificador electrónico de las obras (por ejemplo ISWC o ISAN), si está disponible; además, donde sea relevante y donde esté disponible, el precio bruto cobrado al usuario final y, en relación con las transmisiones de contenido a pedido, el país en el cual el usuario final ha recibido dichas transmisiones. Cada sociedad también debe, al rendir cuenta a la otra sociedad, proveer una lista de los nombres, direcciones y nombres de dominio del sitio Internet de cada una de las partes a quienes ha otorgado licencias desde el período contable previo.

317. Por supuesto que obligaciones de brindar información como éstas, sólo tienen valor y sentido si están asociadas a reglas de distribución adecuadas. El contrato tipo contiene reglas así. En cuanto a la radiodifusión en sitios Web o por Internet/transmisión por caudales, y las transmisiones previa petición de contenido, sin mediar pago, se han de distribuir regalías a los mismos titulares de derechos y de la misma manera que si se tratara de radiodifusión por vía terrestre de radio o televisión en el territorio de la sociedad que concede la licencia, independientemente de la ubicación del radioescucha o televidente final.

318. Con respecto a las regalías por transmisiones previa petición contra pago, se aplican las reglas que siguen entre dos sociedades (en el ejemplo que sigue, las sociedades A y B, desde el punto de vista de la sociedad A):

- a) si la petición fue de un usuario final dentro del territorio de la sociedad A, entonces la suma a distribuir por la sociedad A a la sociedad B ha de realizarse para los mismos titulares de derechos que si se tratara de radiodifusión por vía terrestre de radio o televisión, en el territorio de la sociedad A;
- b) si la petición fue de un usuario final en el territorio de la sociedad B, entonces:
 - i) con respecto a la utilización del repertorio de la sociedad A, la sociedad A deberá pagar las regalías debidas a autores y compositores de la

- sociedad A directamente a dichos autores y compositores, y deberá pagar las regalías debidas a los editores de la sociedad B para beneficio de los subeditores, en la medida en que estos subeditores representen los derechos sobre las obras respectivas del repertorio de A;
- ii) con respecto al uso del repertorio de la sociedad B, la sociedad A debe abonar a la sociedad B las regalías debidas a los autores, compositores y editores de la sociedad B;
- c) si la petición fue de un usuario final en un país que no es ni el territorio de la sociedad A ni de la sociedad B (un "tercer país"), entonces:
- i) con respecto a la utilización del repertorio de la sociedad B, la sociedad A deberá pagar las regalías debidas a autores y compositores de la sociedad B a la sociedad B, y las regalías debidas a los editores de la sociedad B a la sociedad del "tercer país" para beneficio de los subeditores de ese país, en la medida en que estos subeditores representen los derechos sobre las obras respectivas del repertorio de la sociedad B;
- ii) con respecto a la utilización del repertorio de la sociedad A, la sociedad A deberá pagar las regalías debidas a autores y compositores de la sociedad A directamente a los mismos, y las regalías debidas a los editores de la sociedad A a la sociedad del "tercer país" para beneficio de los subeditores de ese país, en la medida en que estos subeditores representen los derechos sobre las obras respectivas del repertorio de A.

319. Las reglas de distribución son por supuesto las mismas si, en el ejemplo del párrafo anterior, las posiciones de la sociedad A y la sociedad B están invertidas y las reglas de distribución se han de aplicar desde el punto de vista de la sociedad B.

320. El contrato tipo de Santiago señala que, independientemente de lo enunciado anteriormente, las partes aceptan que es posible que el sistema actual no permita todavía la puesta en práctica de los pagos para beneficio de los subeditores, y declara que las partes "acordarán arreglos pragmáticos interinos." Se aclara también que "a fin de determinar si un subeditor representa los derechos pertinentes sobre una o varias obras determinadas que pertenecen al repertorio de otra sociedad, la sociedad distribuidora seguirá las instrucciones de dicha otra sociedad, salvo cuando no disponga de tales instrucciones, y salvo cuando el acuerdo de subedición contradiga claramente estas instrucciones" (se agrega, sin embargo, que la aplicación de este

principio está supeditada también a la reserva previamente mencionada acerca del pago en beneficio de los subeditores).

321. En el contrato tipo se declara que "...las partes continuarán examinando las reglas previamente enunciadas a fin de tratar de asegurar que los sistemas y los procedimientos tengan por resultado el que autores, compositores y editores/subeditores reciban el pago por sus regalías de la manera más puntual posible".

322. No hace falta decir que los acuerdos de Santiago –que no sólo han sido concertados por las cinco sociedades previamente mencionadas, sino que otras sociedades también han decidido aplicar el mismo modelo– pueden resolver únicamente cuestiones relativas a la concesión de licencias globales respecto de los derechos que tienen los titulares del derecho de autor. Debe también tomarse en cuenta a los titulares de los derechos conexos.

323. Desde este punto de vista, resulta interesante señalar que con respecto a "la emisión simultánea" (*simulcasting*), los productores de fonogramas también han elaborado un sistema de concesión de licencias globales.

324. Los productores de fonogramas ofrecen a los radiodifusores, a través de sus organismos de concesión conjunta de licencias (grupos nacionales de IFPI), licencias globales para la transmisión de fonogramas por Internet conforme a un sistema de acuerdos anunciado por IFPI en septiembre de 2001. Conforme a este sistema de acuerdos recíprocos, los organismos de radiodifusión tradicionales están habilitados para transmitir sus programas por vía terrestre y simultáneamente por Internet ("simulcasting"), sobre la base de una licencia única de un sello fonográfico reconocido internacionalmente.

Tendencias a la concentración, la regionalización y la mundialización

325. Antes de describir cómo reaccionan las organizaciones de gestión conjunta frente a las tendencias a la concentración, la regionalización y la mundialización en el ámbito de la creación y la diseminación de producciones culturales e informativas, y cómo estas mismas organizaciones tienden a la concentración integradas en dichas tendencias, parece necesario mencionar el hecho de que las formas centralizadas e integradas de la gestión exis-

tieron y existen también por razones que no son las tendencias mencionadas.

326. NCB, la organización conjunta de derechos de reproducción mecánica de los Países Nórdicos, constituye un buen ejemplo de ello. NCB se formó así, como organización conjunta subregional, porque se consideraba que el tamaño relativamente más reducido del repertorio de algunos de los Países Nórdicos no permitiría crear organizaciones viables en cada uno de estos países. Esta es la razón por la cual la NCB no es el resultado de una fusión de organizaciones distintas, sino que se fundó desde el principio como un sistema común.

327. Últimamente han surgido algunos ejemplos nuevos de sistemas conjuntos, en los que la creación de estructuras comunes de gestión de varios países más pequeños de una región o subregión parece ser la única posibilidad viable. La OMPI está desempeñando un papel de importancia en la creación de este tipo de sistemas regionales.

328. El mejor ejemplo de este tipo de proyecto regional de la OMPI es la creación de una estructura integrada de países de la región del Caribe. En junio de 1999 y en base a un estudio de factibilidad de la OMPI, se acordó a grandes rasgos que sería deseable un enfoque regional así. La OMPI preparó a continuación un plan de trabajo, en el cual se recomendó la creación tanto de organizaciones nacionales de gestión colectiva (en los países en que tales organizaciones todavía no existen) como de un centro regional conjunto. Se propuso que el centro regional – llamado CCL (*Caribbean Copyright Link*) – centralice la documentación y la distribución de regalías de las sociedades de autores nacionales de los países involucrados, aplicando cuando fuera necesario normas regionales e internacionales de documentación; y que además, debía estar autorizado para realizar negociaciones regionales e internacionales, así como desarrollar y aplicar políticas regionales con respecto a la legislación, gestión de derechos y desarrollo de mercados para los titulares de derechos regionales. La implementación de este proyecto está avanzando de manera prometedora.

329. La integración y la concentración de las actividades económicas y de otra índole se han convertido en una tendencia cada vez más pronunciada en la

última década. Por lo general, el objetivo es la eliminación de ciertos costos paralelos, volviendo a las actividades más eficientes a base de recursos conjuntos, abriendo nuevas posibilidades para un desarrollo dinámico y, por supuesto, obteniendo una posición de más fuerza en el campo de actividad dado. Las organizaciones de gestión conjunta también parecen seguir esta tendencia. Lo hacen porque existen esperanzas bien fundadas de que, por este medio, se transfiera una parte más grande de la remuneración a los titulares de derechos y – cosa también importante – se haga con mayor prontitud y precisión. Objetivos tales parecerían ser la base de algunas alianzas "más veteranas" a nivel nacional, tales como la de SACEM y SDRM en Francia, BUMA y STEMRA en los Países Bajos; pero últimamente se han formado nuevas alianzas también en otros países, tales como PRS y MCPS en el Reino Unido.

330. Existen también formas regionales, con distintos niveles de integración de ciertas actividades de gestión conjunta, tales como LATINAUTOR Y MIS@ASIA. LATINAUTOR (Organización Iberoamericana de Derecho de Autor), con sede en Montevideo, fue formada por organizaciones de gestión colectiva de América Latina, España (SGAE) y Portugal (SPA). La importante tarea que ha asumido es la incorporación del repertorio musical iberoamericano a una base de datos centralizada, armonizada con (y formando parte de) el CIS (Sistema de información común) de CISAC. LATINAUTOR está también dispuesta a participar en la concesión de licencias de "derechos de reproducción mecánica" y "derechos de interpretación o ejecución". Con sede en Singapur, MIS@ASIA también está adaptada al sistema CIS. Varias sociedades nacionales del Asia participan en el programa (pero por ahora, ninguna de China o del Japón). Al crear y manejar una base de datos adecuada del repertorio de las sociedades participantes, MIS@ASIA resuelve también un problema difícil relativo al ejercicio y la aplicación de los derechos sobre las obras musicales cuyos títulos y letras utilizan caracteres no latinos. El sistema MIS@ASIA logra que estas obras se puedan identificar en todo el mundo, incluido por supuesto Internet; entre otros recursos, a través de versiones en caracteres latinos.

331. Las tendencias a la integración y la centralización en el ámbito del ejercicio conjunto del derecho de autor y los derechos conexos son necesarias también porque las mismas tendencias – en realidad, todavía más fuertes – están presentes entre los "proveedores de contenido" y quienes explotan

dichos derechos. La "industria musical" – editores de música y productores de fonogramas – ha pasado a formar parte de media docena de grandes conglomerados de medios que controlan aproximadamente un 85% del mercado internacional. Además, estas enormes y complejas empresas-imperio han también creado dos alianzas para ofrecer licencias de utilización de música en línea al público de la manera más simple y práctica posible. Este es un público acostumbrado a la "simplicidad" con que se obtienen y disfrutan obras musicales a través de sistemas de "intercambio de música" tales como "Napster". (Este tipo de concentración parece ser indispensable para este fin, pero también parecería que –justamente por el nivel de concentración– también puede ocasionar problemas de competencia y de leyes antimonopolio). Los titulares de derechos cuyas obras y objetos de derechos conexos son explotados por las compañías que forman parte de estos poderosos conglomerados de medios, necesitan obviamente a sus organizaciones de gestión colectiva para lograr las condiciones de concesión de licencias más favorables posibles (pese a que las organizaciones colectivas son, por lo general, monopolios *de facto* o *de jure*, no corresponde realmente – frente a estos enormes grupos de medios – hablar de su posición *dominante*). Sin embargo, también los grandes grupos de medios necesitan la cooperación de las organizaciones de gestión colectiva. Esto, no sólo con el fin de obtener las autorizaciones necesarias, sino también y por lo menos en la misma medida para mejorar su posición en cuanto a "relaciones públicas". En la gran mayoría de los países, el fundamento de la justificación jurídica y política así como de la aceptación social del derecho de autor es que resulta necesario para promover la creatividad humana y reconocer la actividad creativa. Parecería que los "ideólogos" de ciertos recientes movimientos opuestos al derecho de autor basan sus opiniones en la relación menos visible entre la protección del derecho de autor, por una parte, y, por la otra, el disfrute del derecho de autor por los creadores que son personas físicas, cuando el derecho de autor es ejercido por quienes son percibidas como empresas grandes y ricas (no toman en cuenta, por supuesto, la relación por contrato entre estas compañías y dichos creadores, gracias a la cual las personas creativas pueden percibir una remuneración adecuada por su labor). La cooperación armoniosa y mutuamente ventajosa con las organizaciones de gestión colectiva de los creadores, puede por cierto fortalecer la posición de las grandes empresas contra las ideologías a veces bastante extremistas – en esencia, anarquistas – opuestas al derecho de autor.

332. Cabe agregar que estos editores, productores y distribuidores "independientes" que no forman parte de los grandes grupos de medios, así como los titulares de derechos cuyas obras y objetos de derechos conexos ellos explotan, necesitan también sistemas de gestión conjunta. En su caso, se da una situación que típicamente exige la gestión conjunta de derechos: existen numerosas utilizaciones en paralelo en las cuales, desde el punto de vista de los usuarios, son muy importantes los bajos costos de transacción y en las cuales difícilmente sería posible el ejercicio individual de los derechos.

333. La integración y la concentración de las actividades relativas al derecho de autor tienen algunos efectos secundarios que merecen especial atención. Estos efectos secundarios derivan del hecho de que, a causa de las tendencias a la integración, regionalización y mundialización, hay cada vez menos empresas – que cada vez son más grandes – dedicadas a la producción y explotación de obras y objetos de derechos conexos. Estas compañías tienden a pedir autorización en los países en los cuales tienen su sede central, o donde se encuentran los centros de sus actividades pertinentes. La tendencia actual es a que las organizaciones de gestión colectiva de dichos países otorguen las licencias a estas empresas. Esto, sin embargo, modifica el papel de sus organizaciones asociadas en los que son simples "países mercado" (a los cuales se exportan copias o se transmiten los programas).

334. Aunque se han acentuado más con el uso de Internet como canal para la explotación de obras y de objetos de derechos conexos, estas tendencias ya estaban presentes antes, como resultado de algunas de las tendencias a la concentración en las industrias culturales. Así era, por ejemplo, en el ámbito de la producción de fonogramas. Con el advenimiento del disco compacto, las grandes empresas productoras de fonogramas comenzaron a concentrar la fabricación de los mismos en unos pocos países, y desde allí distribuían los ejemplares necesarios a los demás – simples "países mercado". Esto se llama "prensado central" y, en armonía con la centralización de la fabricación de las copias, los productores solicitan – y se les otorgan – "licencias centrales" (sea por parte de la sociedad del país en que se fabrican físicamente las copias, o de la sociedad del país en que se encuentra la sede central o el centro de actividad de la empresa productora de fonogramas). Todo esto ha planteado varios complejos interrogantes en cuanto a las relaciones de las organizaciones de gestión colectiva interesadas. Parecen tener particular im-

portancia para el futuro de la gestión de los "derechos de reproducción mecánica" sobre las obras musicales las situaciones de las organizaciones de los "países mercado" y de los titulares de derechos (como por ejemplo los subeditores) con derechos territoriales en dichos países. Han surgido dos modelos básicos. En ambos modelos ocurre que la remuneración es percibida por la sociedad del país de fabricación. Según el primer modelo, la sociedad distribuye las regalías como si la explotación de las obras se hubiera producido exclusivamente en dicho país; según el segundo, transfiere la remuneración a las sociedades de los países de destino ("países mercado"). Esta cuestión no parece todavía haber sido del todo zanjada. Se puede afirmar que el considerar a ciertos países como simples mercados – sin tomar en cuenta el papel que puedan desempeñar los titulares de derechos locales y sus sociedades en la protección del derecho de autor y su aplicación – no parece ser la política correcta; puede llevar a la marginalización y la eliminación de dichas sociedades o, al menos (cuando se especializan no sólo en la gestión de los "derechos de reproducción mecánica") a un debilitamiento de su posición; esto, a su vez, puede conducir a una disminución del apoyo social y el respeto al derecho de autor o, como mínimo, a aquellos aspectos del mismo que están relacionados con los "derechos de reproducción mecánica".

Capítulo 6

ALGUNAS CUESTIONES GENERALES RELATIVAS A LA GESTIÓN COLECTIVA Y OTROS SISTEMAS DE EJERCICIO CONJUNTO DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

Observaciones preliminares

335. La descripción realizada en los capítulos precedentes de los principales ámbitos de la gestión colectiva y otros sistemas conjuntos de ejercicio del derecho de autor y derechos conexos, y de los cambios en vista de los nuevos avances tecnológicos y económicos, indican que existen diferencias importantes entre las distintas formas, métodos y efectos de tales vías de ejercicio de los derechos. Al encarar algunas cuestiones generales de fondo, se deben tener en cuenta estas diferencias.

336. Parecería suficiente, como indicador de la gran variedad de sistemas de gestión colectiva y otros sistemas de ejercicio conjunto, referirse a los distintos tipos desde algunos puntos de vista básicos.

- 1) Desde el punto de vista del nivel de colectivización:
 - a) representación colectiva, autorización individual, distribución directa (en el caso de los sistemas de gestión de derechos y de la gestión colectiva de los derechos sobre las obras dramáticas);
 - b) plena gestión colectiva, concesión de licencias generales, distribución entre titulares de derechos con ciertas "correcciones" ("derechos de interpretación o ejecución" de obras musicales);
 - c) ejercicio conjunto de los derechos de remuneración, no hay distribución de derechos a título individual (ciertas organizaciones de gestión de los derechos de reproducción reprográfica y de los artistas intérpretes o ejecutantes, respectivamente, siguen este método).

- 2) Desde el punto de vista de la libertad de elección de los titulares de derechos entre las formas individuales y conjuntas de ejercicio de los derechos:
 - a) los titulares de derechos pueden elegir libremente (o por lo menos, no existe la gestión conjunta obligatoria, aun si los titulares de derechos pueden, en la práctica, no tener otra opción);
 - b) la ley condiciona el ejercicio de los derechos a la gestión conjunta (es, por ejemplo, el caso de la "copia privada");
 - c) la ley determina también cuál es la única organización a través de la cual se puede realizar la gestión conjunta de derechos.
- 3) Desde el punto de vista del alcance de los derechos y los titulares de derechos abarcados:
 - a) la organización de gestión conjunta sólo puede realizar la gestión de los derechos de sus miembros;
 - b) dentro del ámbito que marca la ley, la organización se hace también cargo de la gestión de los derechos de los no miembros (gestión conjunta ampliada) pero, en ciertas condiciones, los no miembros pueden optar por no acogerse a dicha gestión;
 - c) gestión conjunta ampliada sin posibilidad de optar por no acogerse a la misma.
- 4) Desde el punto de vista de la libertad que tiene la organización de gestión conjunta para fijar tarifas y otras condiciones de concesión de las licencias:
 - a) negociaciones libres; en caso de litigio, decidirá un tribunal o un organismo arbitral;
 - b) negociaciones entre la organización y los usuarios, pero cualquier acuerdo alcanzado sólo puede ser aplicado si lo aprueba un organismo administrativo de supervisión;
 - c) las tarifas y demás condiciones se determinan por medio de disposiciones jurídicas.

337. Con los ejemplos mencionados en el párrafo precedente, todavía está lejos de verse agotada la "tipología" de la gestión conjunta. Sin embargo, estos ejemplos alcanzan para demostrar que, cuando se hace referencia a la gestión colectiva (u otros sistemas de ejercicio conjunto de derechos), ello puede significar muchas maneras y formas distintas de dicho ejercicio de los derechos. Si, por ejemplo, de entre los muchos tipos de sistemas previamen-

te mencionados se elige una variante (1.a)-(2.a)-(3.a)-(4.a), resulta bastante obvio que lo que surge es en realidad una manera adecuada de ejercer derechos exclusivos. Al mismo tiempo, una variante (1.c)-(2.c)-(3.c)-(4.c) no dista más que un pequeño paso de un sistema de concesión de licencias no voluntarias. En realidad, se precisa bastante benevolencia hasta para considerar que ese pequeño paso existe. Estos sistemas se pueden aceptar, sin dudas serias, tan sólo en aquellos casos en que las normas internacionales y las leyes nacionales no disponen los derechos exclusivos irrestrictos y por ende, se puede considerar como permitida una forma tan restrictiva de ejercer los derechos.

338. Por lo tanto, cuando se intenta en este capítulo dar respuesta a algunas preguntas de fondo y generales acerca de la gestión colectiva y de otros sistemas de ejercicio conjunto de derechos, se toma siempre en cuenta si se trata de un derecho que, conforme a las normas internacionales, está reconocido como un derecho exclusivo; o si, conforme a las mismas normas, se concede como, o se puede reducir a, un simple derecho a la remuneración.

Ambitos en los cuales pueden justificarse la gestión colectiva u otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos

339. En el Capítulo IV se analizaron la gestión colectiva y otros sistemas de ejercicio conjunto del derecho de autor y derechos conexos con respecto a los siguientes derechos y a las siguientes utilizaciones: "derechos de interpretación o ejecución" (o "pequeños derechos", es decir, el derecho de interpretación o ejecución pública, el derecho de radiodifusión y el derecho de comunicación al público por otros medios, y que ahora – en ciertas situaciones, al menos – incluyen también, conforme a la legislación de numerosos países, el derecho de "puesta a disposición" interactiva) de obras musicales, con o sin letra; "derechos de reproducción mecánica" (es decir, el derecho a autorizar la grabación sonora), fundamentalmente de las obras musicales; el derecho de interpretación o ejecución pública de las obras dramáticas o dramático-musicales; el derecho de "suite" sobre las obras de arte; el derecho de reproducción en lo que hace a la reproducción reprográfica de obras literarias y gráficas; los llamados derechos del Artículo 12 (es decir, el derecho de radiodifusión y el derecho de comunicación al público por medios distintos de los fonogramas y de las representaciones incluidas en fonogramas);

el derecho de comunicación al público mediante programas difundidos por cable o por radiodifusión, y el derecho a la reproducción con respecto a la "copia privada" de fonogramas y de obras audiovisuales. Más adelante, en el Capítulo V, se describió y analizó la incidencia de los nuevos avances tecnológicos y económicos, presentándose entre otros algunos ámbitos nuevos que están surgiendo en la gestión colectiva u otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos (tales como la autorización de producciones de multimedios, y el uso de obras y objetos de derechos conexos en Internet).

340. A la gestión colectiva y otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos subyacen algunas razones en común, aunque éstos sí difieren en otros aspectos en los casos previamente mencionados.

341. En los casos de los "derechos de interpretación o ejecución", los derechos de reproducción reprográfica y los derechos de retransmisión simultánea y sin modificaciones de programas de radiodifusión, la gestión conjunta es un medio indispensable para el ejercicio de los derechos exclusivos; la gestión conjunta es la condición para conservar al menos algunos elementos de la naturaleza exclusiva de los derechos en cuestión, como única alternativa viable a las licencias no voluntarias. El número y las circunstancias de las utilidades, y el número y la variedad de las obras y objetos de derechos conexos que se utilizan, hacen que sea prácticamente imposible para los usuarios identificar oportunamente a los titulares de derechos, solicitar su autorización, negociar la remuneración y otras condiciones, y pagar la remuneración – todo ello, en forma individual. También a los titulares les resulta imposible, o al menos muy poco práctico, controlar todas estas utilidades.

342. El funcionamiento de las organizaciones de gestión conjunta ha demostrado, más allá de cualquier duda, que un sistema tal puede reemplazar a las licencias no voluntarias – aun en casos tan complejos como la retransmisión simultánea y sin modificaciones de programas de radiodifusión – sin crear ningún obstáculo injustificado al acceso a los derechos que necesitan los usuarios, y sin perjuicio de ninguno de los intereses que se deben tomar en cuenta en la reglamentación del derecho de autor y los derechos conexos.

343. La gestión colectiva y algún otro sistema de ejercicio conjunto de los derechos son, sin embargo, necesarios también en la mayoría de los casos en

los cuales se reconocen los simples derechos de remuneración, es decir, aquellos casos que involucran la utilización masiva, o en los cuales es especialmente difícil controlar la utilización. Es bajo estas condiciones que se hace la gestión de los derechos de reproducción reprográfica, los llamados "derechos del Artículo 12", y los derechos con respecto a la retransmisión simultánea y sin modificaciones de programas de radiodifusión, en aquellos países en los cuales dichos derechos están reducidos a un derecho de remuneración (aunque, como se indicó anteriormente, los ejemplos de otros países muestran que la gestión conjunta puede ser una alternativa adecuada a las licencias no voluntarias). Un ejemplo adicional lo constituye la gestión conjunta del derecho de remuneración con respecto a la "copia privada".

344. Existen ciertos derechos exclusivos (tales como los "derechos de reproducción mecánica" y los derechos de interpretación o ejecución pública sobre las obras dramáticas y dramático-musicales), así como ciertos derechos de remuneración (tal como el derecho de "*suite*") con respecto a los cuales la gestión conjunta no parece ser una necesidad absoluta (la experiencia muestra que dichos derechos se pueden ejercer, aunque con ciertas dificultades, en forma individual); pero una gestión tal puede facilitar el ejercicio de estos derechos, y parece convenir a los intereses tanto de los titulares de derechos como de los usuarios.

345. Pueden existir algunos ejemplos de gestión conjunta de derechos (tales como las negociaciones sobre acuerdos colectivos con usuarios, y la recaudación conjunta de honorarios), y efectivamente existen en ciertos casos, aun cuando los derechos en cuestión podrían ejercerse con plenitud y con relativa facilidad, por sus titulares, a título individual. En estos casos, parece ser decisivo el criterio (que por supuesto está siempre presente, en mayor o menor medida, en lo que hace a la gestión conjunta) de que tanto los autores como los demás titulares de derechos están en una posición de mayor poder frente a los usuarios si se mantienen unidos. Aunar fuerzas en las negociaciones con los usuarios puede, sin embargo, acarrear algunas consecuencias en el ámbito de la aplicación de las leyes *anti-trust*, tema que se analiza más adelante.

346. Debe también tomarse en cuenta que, aunque la gestión conjunta es indispensable en ciertos casos y, en otros, facilita el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos, no se justifica hacer extensiva su aplicación a

ámbitos en los cuales carece de ventajas significativas. En estos ámbitos, los derechos exclusivos pueden prevalecer en toda su plenitud si se ejercen en forma individual por los titulares de los derechos; cuando este ejercicio es viable, es aconsejable conservarlo en la medida de lo posible. Desde este punto de vista, sin embargo, parece también necesario tomar en cuenta lo dicho antes en el párrafo 40.

¿Una organización o varias organizaciones para la gestión de derechos distintos y para diferentes categorías de titulares de derechos?

347. La descripción de los principales tipos de gestión conjunta de derecho de autor y derechos conexos del Capítulo IV podría sugerir que la primera opción del título sería la apropiada. Hay distintas organizaciones que gestionan derechos diferentes o que, aunque realizan la gestión de una única categoría de derechos, lo hacen para beneficio de titulares de distintas categorías. Parecería, sin embargo, valer la pena analizar hasta qué punto se justifica dicho sistema acumulativo de gestión de derechos.

348. La mayoría de las organizaciones de gestión colectiva más poderosas y veteranas – las sociedades de derechos de "interpretación o ejecución" – representan no sólo los derechos de autores sino que también los de editores; lo mismo es cierto, por lo general, con respecto a las organizaciones de derechos de reproducción reprográfica. Se admite a los editores como miembros de dichas organizaciones, y éstos a veces desempeñan un papel decisivo en sus órganos de gobierno.

349. La alianza entre compositores y letristas, por una parte, y editores de música por la otra, es tradicional. No se debe olvidar que cuando, en 1847, Henrion, Parizot y Bourget iniciaron la famosa demanda judicial mencionada en el anterior párrafo 28, gozaron del pleno apoyo de su editor, Jules Colombier, y que sin él sus posibilidades de ganar hubieran sido minúsculas. Los editores son los gerentes y patrocinadores de sus compositores, y los intereses de ambos por lo general coinciden. Por lo tanto, resultó muy comprensible que hubiesen aunado fuerzas e intentado hacer valer sus derechos y representar sus intereses en el marco de las mismas sociedades.

350. Pero sin embargo, no se debe olvidar que los editores son también empresarios; no pueden dejar de lado factores tales como ingresos y ganancias. Como se viera anteriormente, existe también una tendencia creciente de los editores de música a comprar a los productores de fonogramas o a fusionar con éstos y, junto con sus productores de fonogramas asociados, a constituir enormes conglomerados de medios. Esto hace más posible el surgimiento de conflictos de intereses entre editores y autores (por ejemplo, al negociar las cláusulas de un contrato, o al fijar la participación de autores y editores en las reglas de distribución; pero también en algunos aspectos más amplios de un sistema de gestión colectiva, como por ejemplo las cuestiones relacionadas con el nivel de gastos, incluida la posibilidad de efectuar deducciones para fines culturales y sociales).

351. Los autores (así como los artistas intérpretes o ejecutantes) pueden necesitar ser protegidos como interlocutores eventualmente más débiles en las relaciones contractuales con quienes explotan sus derechos. En varios países, el derecho escrito incluye algunas reglas contractuales básicas (que también pueden abarcar la cuestión de la transferibilidad de los derechos o su no transferibilidad) de protección de los autores que no pueden ser omitidas de ningún contrato. Existen países en los cuales los editores sólo pueden obtener licencias restringidas para una explotación de las obras definida con precisión. Además, en algunos países no se admite a los editores como miembros ordinarios de las sociedades de autores. Otra cosa es que, en las relaciones internacionales, sean las sociedades de autores las que aplican y realizan la gestión de algunos de los derechos de editores y subeditores.

352. No necesariamente corre contra los intereses de los autores el que se admita como miembros a los editores y que incluso se les permita desempeñar un papel activo en los órganos de gobierno de las organizaciones de gestión colectiva. La experiencia demuestra que se pueden encontrar y aplicar métodos adecuados para evitar el abuso de las posiciones de fuerza; como resultado, autores y editores pueden trabajar juntos en forma armoniosa y eficiente en la gestión conjunta de sus derechos. Se puede extraer esta conclusión del ejemplo de la gestión de los "derechos de interpretación o ejecución", que ha sido también confirmada por la experiencia de las organizaciones de derechos de reproducción.

353. La estructura y el funcionamiento de las organizaciones de derechos de reproducción son distintas ya que, por regla general, se establecen normalmente como un tipo especial de "coalición". Las actividades de tales organizaciones de "coalición" consisten en la realización de las tareas (como supervisión de utilizaciones y recaudación de remuneración) que sólo pueden ser cumplidas por una organización única, por lo general según el modelo de centro de gestión de derechos; la distribución efectiva de la remuneración por lo general la realizan las organizaciones adheridas a estas "coaliciones", tales como sociedades de autores y organizaciones de editores.

354. Las formas tipo "coalición" de la gestión conjunta predominan claramente en el caso de ciertos derechos, tales como los llamados "derechos del Artículo 12" (en particular, cuando se realizan juntas las gestiones de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas), los derechos respecto de la retransmisión simultánea y sin modificaciones de programas de radiodifusión, y los derechos respecto de la "copia privada". Tal como se analizó anteriormente, se han formado también algunas organizaciones de "coalición" (en ciertos casos, bastante complejas) con el fin de conceder licencias para las producciones de multimedios y el uso en línea de distintas categorías de obras y objetos de derechos conexos. El control de la utilización y la recaudación de la remuneración son realizados sea por una organización conjunta establecida a tal efecto, o por una de las organizaciones miembros de la "coalición", la cual – a este respecto – representa a las demás. En ambos casos, cada una de las organizaciones miembro recibe su parte de la remuneración percibida (parte a veces acordada por medio de negociaciones difíciles e intensas), y luego la distribuye a título individual entre los titulares; o, cuando corresponda bajo el sistema dado, la utiliza para propósitos comunes (sociales, profesionales o culturales generales).

355. Se han analizado hasta ahora los casos en los que de la propia naturaleza de las utilizaciones en cuestión surge la necesidad de una organización conjunta o de una "coalición" de distintas categorías de titulares de derechos. Otra base posible para la combinación de las gestiones de distintos derechos se da cuando, aunque los derechos correspondan a distintos tipos de utilización, conciernen a la misma categoría de obras y, por lo tanto, a las mismas categorías de titulares de derechos. Es el caso, por ejemplo, de los "derechos de interpretación o ejecución" y los "derechos de reproducción

mecánica" sobre las obras musicales, cuya gestión realizan a veces organizaciones distintas pero, muy frecuentemente, una única organización (como se vio anteriormente, hay una tendencia a que estas sociedades sumen sus fuerzas en estrechas alianzas cuando se habían creado sociedades separadas para estas dos categorías de derechos). En el caso de otras categorías de obras y objetos de derechos conexos, es también bastante frecuente que la misma organización realice la gestión de todos los derechos sobre la categoría de obras de que se trate. Además, y a fin de cumplir con los requisitos de una concesión de licencias rápida y simplificada para producciones de multimedios y utilizaciones en Internet, están surgiendo algunas macrocoaliciones aún más complejas, en las cuales pueden trabajar juntas organizaciones de gestión colectiva y centros de gestión de derechos basándose en una estructura de información común al sistema.

356. En algunos países existen todavía organizaciones de gestión colectiva – por lo general, públicas o semipúblicas – que realizan la gestión de prácticamente todas las categorías de derechos o al menos muchos de ellos, independientemente de si están o no vinculados por la naturaleza de las utilizaciones, por las obras en cuestión o por los titulares de derechos.

357. Resulta difícil dar respuestas de aplicación general a la pregunta de cuál solución es mejor: crear organizaciones separadas para la gestión de distintos derechos pertenecientes a titulares diferentes, o confiar a una organización global la gestión de todos estos derechos.

358. El criterio que parece ser más importante en este caso es que todas las categorías de titulares de derechos para quienes la gestión de derechos sólo se puede realizar en forma conjunta, tengan una organización apropiada que los represente. Es más fácil evitar la subordinación de los intereses de ciertos grupos a los de otros si cada grupo de titulares de derechos forma una organización separada. Simultáneamente, la existencia de organizaciones paralelas no excluye su actuación coordinada cuando tienen intereses comunes que pueden defender mejor aunando fuerzas.

359. Sin embargo, pueden existir argumentos de peso a favor de la concentración de la gestión colectiva en una gran organización que represente a distintas categorías de derechos y de titulares de derechos. En las circunstan-

cias actuales, cuando surgen permanentemente más formas nuevas de explotación por medio de tecnologías nuevas, parecería más fácil la gestión de los distintos derechos interconectados por medio de una sola organización. Es cierto que en las organizaciones en que se unen varios tipos de derechos o todos, se necesita mucho más cuidado y tacto para reconciliar los conflictos internos; pero la experiencia de varias organizaciones demuestra que se pueden hallar métodos y garantías adecuados para manejar este problema. Al mismo tiempo, las organizaciones integrales pueden tener una mejor posición y más probabilidades de éxito cuando negocian con los usuarios, y también en el ámbito de la representación de los intereses de los titulares de derechos ante las autoridades de gobierno a cargo de la política de propiedad intelectual, así como ante órganos legislativos.

360. Por las razones antes mencionadas, sólo puede afirmarse que la cuestión de cuál de las soluciones esbozadas puede ser la mejor, sólo puede decidirse país por país y caso por caso. Por ejemplo, puede depender en gran medida de criterios tales como el tamaño del país y de su industria cultural, o del nivel de su desarrollo económico global. Por ejemplo, parecería bastante obvio que, en aquellos países en desarrollo (en particular, en los menos desarrollados) que están en la etapa de crear su infraestructura de derecho de autor y que mal pueden permitirse tener varias organizaciones de gestión colectiva, parecería ser más adecuada una organización centralizada y general.

¿Una organización, o varias organizaciones para la gestión de los mismos derechos para la misma categoría de titulares de derechos?

361. Como lo indica la descripción de los principales campos de la gestión conjunta en los capítulos anteriores, en la enorme mayoría de los casos, la gestión de una categoría determinada de derechos (por sí solos, o junto a otros derechos) está a cargo de una única organización de gestión conjunta. Son muy raras las excepciones a esta regla.

362. Muchas de las principales ventajas de la gestión conjunta (concesión de licencias fácil y jurídicamente segura, posibilidad de autorizar la explotación de todo el repertorio mundial con una única licencia, una baja significativa de los costos de transacción) sólo se pueden lograr por medio de una organización única. Por lo tanto, parece deseable evitar el paralelismo y crear una

sola organización para cada categoría de derechos y para cada categoría de titulares de derechos.

363. Otra cosa es que la falta de organizaciones alternativas puede crear una situación de monopolio *de facto* de las organizaciones en cuestión (o hasta una situación de monopolio *de jure*, cuando es la misma ley la que crea esta situación). Es por esta razón que también se pueden plantear algunos argumentos valederos para la creación de sociedades en competencia. Sin embargo, parecería que por la propia naturaleza del derecho de autor y los derechos conexos, no se pueden aplicar directamente a este ámbito ciertas categorías como "mercado", "competencia" y "monopolio". (A continuación se analizan las maneras y los medios para la solución de los posibles problemas planteados por una situación de monopolio, *de facto* o *de jure*, de las organizaciones de gestión conjunta).

364. Conforme a los argumentos explorados previamente, existen leyes nacionales (por ejemplo, las de Suiza y Hungría) que disponen explícitamente que sólo una organización podrá estar autorizada a realizar la gestión del mismo derecho para la misma categoría de titulares de derechos.

Organizaciones de gestión de derechos – ¿públicas o privadas?

365. ¿Son las organizaciones públicas o las privadas las más apropiadas para realizar la gestión del derecho de autor y los derechos conexos? Es difícil responder a esta pregunta en términos generales. Depende mucho de las circunstancias políticas, económicas, culturales, sociales y jurídicas en las cuales se ha de crear el sistema de administración. Además, y al igual que en muchos otros ámbitos, también aquí la tradición constituye un factor importante.

366. En los países de economía de mercado predominan las organizaciones privadas (aunque algunas de ellas tienen un carácter semigubernamental, otras trabajan con participación del gobierno, y algunas funcionan en el marco de una supervisión bastante estrecha de las autoridades públicas). En los países de economía planificada, las instituciones públicas constituían la mayoría, pero algunas de ellas revestían carácter "mixto", con órganos de gobierno dominados por los autores. En los países en desarrollo existen tanto

sociedades privadas como instituciones públicas. Es sobre todo en el África donde las organizaciones públicas son bastante frecuentes.

367. Las razones por las cuales las entidades de derecho público parecerían ser más adecuadas para los países en desarrollo – al menos en aquellos en los cuales la infraestructura de derecho de autor está todavía en una etapa relativamente temprana de su desarrollo – radican en las condiciones particulares de dichos países. El número de titulares de derechos es todavía, por lo general, relativamente pequeño; y éstos no cuentan con ingresos suficientes para sufragar los gastos iniciales necesarios para establecer una organización de gestión conjunta. Por lo tanto, se hace necesaria la contribución del gobierno. Además, es bastante frecuente que algunos usuarios importantes (por ejemplo, los organismos nacionales de radiodifusión) sean también instituciones públicas con un fuerte apoyo del gobierno; frente a éstas, una organización de gestión pública tendrá probablemente mejores posibilidades de negociar e imponer el cumplimiento del pago de una remuneración adecuada que una organización privada.

368. Sin embargo, en otros países, las organizaciones privadas parecen estar mejor adecuadas a la naturaleza de los derechos cuya gestión deben realizar – por lo general, derechos privados – así como al propósito mismo de la gestión conjunta.

369. Al mismo tiempo se debe señalar que, en la gran mayoría de los casos, ni el elemento privado ni el público son exclusivos. Las actividades de las sociedades privadas son supervisadas por autoridades públicas, o tienen incluso características semipúblicas. Al mismo tiempo, la naturaleza pública de una organización no significa necesariamente que los titulares de derechos no puedan tomar parte, o incluso desempeñar un papel decisivo en la gestión conjunta de sus derechos.

370. Parecen existir dos alternativas aceptables a este respecto. La primera alternativa básica es la gestión conjunta de derechos por organizaciones privadas; mientras que la segunda alternativa, que puede justificarse dadas las condiciones específicas de ciertos países, es la gestión conjunta a cargo de una organización pública, pero con las garantías adecuadas a los titulares de derechos de que podrán influir en la administración de sus derechos.

Gestión conjunta obligatoria

371. En el Capítulo IV se hace referencia a algunos casos en los cuales el ejercicio de ciertos derechos se ha supeditado a la gestión conjunta; son ejemplos la gestión del derecho de "suite", los derechos de reproducción reprográfica, los derechos sobre la "copia privada", y los derechos respecto de la retransmisión por cable de los programas radiodifundidos.

372. La gestión conjunta se utiliza a menudo para ejercer derechos. En algunos casos es la única alternativa practicable a las licencias no voluntarias; y por lo general, es la única manera en que se pueden ejercer los derechos de remuneración. Con todo, no se puede negar que un derecho exclusivo no puede prevalecer con la misma plenitud a través del ejercicio conjunto de los derechos, y en particular por medio de la gestión colectiva, que cuando es ejercido en forma individual por los mismos titulares de derechos. Una disposición que imponga la gestión conjunta obligatoria de un derecho ha de considerarse como una *condición* bajo la cual se puede ejercer el derecho, como una especie de restricción, aunque menos limitante que una licencia no voluntaria (esto, por supuesto, sólo es así si el sistema se reglamenta y aplica de forma adecuada, y no se convierte en una forma oculta de la concesión de licencias no voluntarias).

373. Es por las razones antedichas que se debe evitar, siempre que sea posible, imponer la gestión conjunta obligatoria como condición para el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos, debiéndose mantener la posibilidad del ejercicio individual de los derechos.

374. El Convenio de Berna dispone cuáles son los casos en los cuales corresponde a la legislación de los países de la Unión de Berna determinar las "condiciones" bajo las cuales se pueden ejercer ciertos derechos (véase el Artículo 11.bis.2) y el Artículo 13.1)). Por lo general, las disposiciones pertinentes se consideran como una base legal posible para la introducción de licencias no voluntarias porque definen el límite inferior de las condiciones posibles; y eso porque disponen que dichas condiciones no deberán, en caso alguno, perjudicar los derechos de los autores a percibir una remuneración equitativa. Eso no significa, sin embargo, que se pueda considerar a las licencias no voluntarias como las únicas "condiciones" posibles mencionadas en

dichas disposiciones; es posible que también rijan otras condiciones – restricciones prácticas – para el ejercicio de los derechos exclusivos. Una de estas condiciones parece ser la obligatoriedad de la gestión conjunta de los derechos. Como el Convenio determina de forma taxativa la posibilidad de disponer tales condiciones, basándose en el principio del *a contrario*, parecería que, por lo general, la gestión conjunta obligatoria sólo se puede imponer en los mismos casos que las licencias no voluntarias.

375. Lo dicho en el párrafo precedente no debe interpretarse en el sentido de que la gestión conjunta obligatoria sólo se puede introducir en casos en los cuales el texto del Convenio de Berna utiliza la expresión "determinar las condiciones" bajo las cuales se pueden ejercer los derechos. La gestión conjunta también se permite en los casos en los cuales se determina que un derecho es un simple derecho de remuneración (como ocurre con el derecho de "suite" o los llamados "derechos del Artículo 12" de los artistas intérpretes o ejecutantes de fonogramas), o cuando la restricción de un derecho exclusivo a un simple derecho de remuneración se permite en base a alguna otra fórmula (como en el caso del Artículo 9.2) relativo al derecho de reproducción).

376. Constituye un nuevo ámbito de la gestión colectiva el ejercicio de los "derechos residuales", es decir, los derechos de remuneración previstos (por lo general, para autores y artistas intérpretes o ejecutantes) para el caso de la transferencia de ciertos derechos exclusivos (como por ejemplo, en el caso del derecho de alquiler según la Directiva de la Comunidad Europea sobre derechos de arrendamiento y préstamo).

377. Cabe afirmar, en general, que la gestión conjunta obligatoria se justifica en una situación en la cual el ejercicio individual de los derechos sería imposible o extremadamente inviable.

Gestión conjunta para titulares de derechos que no han otorgado a la organización poder para representarlos

378. Uno de los elementos más importantes de los sistemas de gestión colectiva plenamente desarrollados, lo constituye la posibilidad de que las organizaciones de gestión colectiva puedan conceder licencias generales a los

usuarios para la utilización de todo el repertorio mundial afectado por el derecho cuya gestión así se realiza. En realidad, si no se pudieran aplicar las licencias generales, las ventajas de la gestión colectiva quedarían muy limitadas o, en algunos casos, hasta desaparecerían.

379. Sin embargo, aun donde el sistema de acuerdos bilaterales está bastante desarrollado (como en el caso de los "derechos de interpretación o ejecución" de obras musicales), el repertorio de obras con respecto a las cuales se ha conferido explícitamente un poder para la gestión de sus derechos exclusivos a una organización de gestión colectiva no constituye, prácticamente nunca, un repertorio mundial completo (ya que, en algunos países, no hay organizaciones interlocutoras adecuadas con las cuales establecer acuerdos de representación recíproca, o porque ciertos autores no asignan sus obras al sistema colectivo).

380. En muchos casos, todo el sistema de gestión colectiva se vería socavado si no se permitiera a las organizaciones de gestión colectiva otorgar licencias generales y éstas se vieran obligadas a identificar, para cada obra y para cada titular, su verdadero repertorio; y aun peor, si tuvieran que demostrar el fundamento legal por el cual están autorizadas a la gestión de los derechos con respecto a obras determinadas y titulares de derechos determinados. Por lo tanto, si hay una organización que representa un repertorio suficientemente amplio de obras (obras que están disponibles para la gestión colectiva bajo condiciones legales y prácticas razonables), con respecto a las cuales sólo se puede hacer la gestión de un cierto derecho en forma colectiva, entonces deberá garantizarse a una organización tal la posibilidad de otorgar licencias generales.

381. Existen dos técnicas legales básicas para asegurar el funcionamiento de los sistemas de licencias generales.

382. La primera de estas técnicas legales contiene los siguientes elementos: la ley reconoce la legalidad de autorizar el uso de las obras que no pertenecen al repertorio de la organización (sea a través de legislación que rige las actividades de tales organizaciones, o a través de la jurisprudencia) con ciertas garantías, como por ejemplo supervisión adecuada de las actividades de la organización. La organización debe garantizar que los titulares a título

individual no reclamarán cosa alguna a los usuarios a quienes se otorgan licencias generales o, si de todos modos lo hacen, que dichas reclamaciones serán resueltas por la organización, y que a todo usuario se lo indemnizará por cualquier perjuicio o gasto que le ocasionen las reclamaciones individuales de posibles titulares de derechos. La organización deberá también garantizar que dará un trato razonable a los titulares de derechos que no han delegado sus derechos a la gestión colectiva, tomando en cuenta la naturaleza del derecho que se les otorga (esto también significa que los titulares de derechos "disidentes" no deberán plantear reclamaciones injustificadas).

383. Una técnica legal así hace necesaria la existencia de una presunción legal en el sentido de que la organización está autorizada para la gestión del derecho en cuestión respecto de cada una de las obras abarcadas por la licencia general, y a representar a titulares de derechos en actuaciones judiciales.

384. La otra técnica legal para asegurar las condiciones para las licencias generales es el llamado sistema de gestión colectiva ampliada. Como se analizó previamente, la esencia de un sistema de esa índole consiste en que, si hay una organización autorizada para la gestión de un cierto derecho para un gran número de titulares de derechos y, por lo tanto, esta organización es lo suficientemente representativa en dicho campo, el efecto de una gestión colectiva tal es extendido por ley a los derechos de aquellos titulares de derechos que no han confiado la gestión de los mismos a la organización.

385. En un sistema de gestión colectiva ampliada deberán existir disposiciones especiales para la protección de los derechos de los titulares de derechos que no sean miembros de la organización. Estos deberán tener la posibilidad de reclamar una remuneración individual y/o de "optar por excluirse" (es decir, declarar que no desean ser representados por la organización). Por supuesto que en el caso de "optar por excluirse" de un sistema conjunto, se debe dar un plazo razonable a la organización para que pueda excluir de su repertorio a las obras u objetos de derechos conexos en cuestión.

Supervisión gubernamental de la creación y el funcionamiento de las organizaciones de gestión conjunta

386. Como se analizó en los capítulos precedentes, la abrumadora mayoría de las organizaciones de gestión conjunta están en una situación de monopolio *de facto* e incluso *de jure*, y la misma es – en términos prácticos – una condición necesaria para el funcionamiento correcto de los sistemas de gestión colectiva. Este tipo de situación de monopolio existe, por lo general, de cara tanto a los titulares de derechos como a los usuarios. Sin las garantías del caso, es posible que se abuse de una situación de monopolio de esta naturaleza. En este subcapítulo se analizan las garantías que parecen ser necesarias para la creación y el funcionamiento de las organizaciones de gestión conjunta, y para su relación con los titulares de derechos. Las garantías que probablemente se necesitan con respecto a la relación de tales organizaciones con los usuarios, se analizan en el subcapítulo siguiente.

387. Aunque en algunos casos los titulares de derechos tienen una posibilidad teórica de elegir entre el ejercicio individual y la gestión conjunta de sus derechos, es raro que en la práctica sea posible ejercer estas opciones libremente. El hecho es que, en los ámbitos típicos de la gestión conjunta, los titulares de derechos no tienen por lo general opción viable alguna salvo el confiar la gestión de sus derechos a una organización que esté en una situación de monopolio, *de facto* o *de jure*, en el país de que se trate.

388. Si la organización dada no trabaja correctamente, es posible que una situación de esta naturaleza lleve a descuidar los derechos de los titulares de derechos, o a negarlos o restringirlos en la práctica. Por lo tanto, y dadas las circunstancias actuales en que cada vez más derechos están sujetos a la gestión conjunta, parecería justificado introducir y aplicar disposiciones jurídicas adecuadas para asegurar el funcionamiento correcto de los sistemas de gestión conjunta. En realidad, parecería que esto es obligación de los países que son parte en el Convenio de Berna, la Convención de Roma, el Acuerdo sobre los ADPIC y los "Tratados Internet" de la OMPI (así como están obligados a tomar las medidas adecuadas contra otras posibles violaciones de derechos que se supone deben proteger de conformidad con estos instrumentos).

389. Algunos países han legislado acerca de las condiciones para la creación y el funcionamiento de las organizaciones de gestión conjunta hace relativamente mucho tiempo (por ejemplo, la República Federal de Alemania, en 1965). Más tarde se tornó más común la inclusión de disposiciones específicas y bastante detalladas acerca de la gestión conjunta de derechos en las legislaciones nacionales (por ejemplo, la ley francesa de 3 de julio de 1985, o la Ley de Propiedad Intelectual de España, de 11 de noviembre de 1987). En algunos otros países, en los cuales existen organizaciones privadas, las disposiciones generales de la legislación civil y la legislación administrativa siguen rigiendo para la supervisión de tales organizaciones.

390. Por lo general, las disposiciones especiales acerca de la gestión conjunta del derecho de autor y los derechos conexos condicionan la creación de una organización de gestión conjunta a la aprobación por una autoridad competente (por ejemplo, el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Justicia o la Oficina de Patentes). Existen algunos países donde basta con el simple registro. En Francia, corresponde a los tribunales pronunciarse sobre el registro de sociedades si el Ministerio responsable de los asuntos culturales (ante el cual se deben presentar los proyectos de estatutos y otros reglamentos generales de estas organizaciones) dictamina que hay razones serias y reales para oponerse a la creación de la organización, y decide entonces presentar el caso a los tribunales. Al decidir sobre la aprobación de la creación de una organización de gestión conjunta, se toman en cuenta factores tales como la eficacia de los estatutos de la organización para asegurar una gestión correcta, la confiabilidad de las personas autorizadas a representar a la organización; la disponibilidad del repertorio y de los medios económicos necesarios, etcétera.

391. Una verificación previa a la aprobación de la creación de una organización de gestión conjunta, no es de por sí garantía suficiente del funcionamiento adecuado del sistema administrativo de la gestión. Por lo tanto, aunque las autoridades competentes no deban interferir innecesariamente con la gestión de hecho de los derechos, deben supervisar periódicamente algunos elementos clave de los sistemas de gestión conjunta. Controlar, por ejemplo, si sus actividades se corresponden en la realidad con los estatutos aprobados; si las reglas de recaudación y de distribución de honorarios son correctas; si los costos administrativos de la gestión son razonables; y si la distri-

bución y transferencia de la remuneración se producen, en los hechos, según lo dispuesto. Varias leyes nacionales disponen que las organizaciones de gestión conjunta deben emplear supervisores independientes de sus finanzas. Parecería ser consecuencia de los ámbitos cada vez más amplios y de la importancia creciente de la gestión conjunta, que en algunos países se establezcan comisiones u otros organismos permanentes para el control de las actividades de las organizaciones de gestión conjunta y para informar a los legisladores o a las autoridades de gobierno. Hace poco, por ejemplo, se creo una comisión como ésta en Francia.

392. La supervisión de la creación y el funcionamiento de las organizaciones de gestión conjunta puede garantizar, entre otras cosas, las siguientes: disponibilidad del sistema para todos los titulares de derechos que lo necesitan; condiciones de afiliación razonables; un papel adecuado para los titulares de derechos, o los organismos que los representan, en decisiones importantes que pueden tener que ver con la gestión de sus derechos; sistemas correctos de control, recaudación y distribución, que no discriminan de manera alguna entre titulares de derechos, miembros o no miembros, nacionales o extranjeros; disponibilidad de información concreta y detallada para los titulares de derechos y las organizaciones interlocutoras extranjeras acerca de ciertos datos básicos de la gestión de sus derechos o de su repertorio, respectivamente.

393. Si una organización de gestión conjunta deja de cumplir las condiciones establecidas cuando se le otorgó autorización para funcionar, la autoridad competente deberá aplicar contra la misma las medidas adecuadas y, como último recurso, retirarle la autorización. Las leyes nacionales que incluyen disposiciones especiales acerca de las organizaciones de gestión conjunta contienen, por lo general, disposiciones al efecto. El papel de las autoridades supervisoras se parece aquí al que tienen con respecto a la aprobación de la creación de las organizaciones.

394. En aquellos países en los cuales son organizaciones públicas las que se ocupan de la gestión conjunta de derechos, la creación de tales organizaciones presupone, obviamente, la aprobación de leyes pertinentes las cuales, por lo general, disponen también las condiciones y la supervisión del funcionamiento de tales organizaciones. Todo lo que se ha dicho con respecto al propósito de la supervisión, y las condiciones necesarias para el

funcionamiento de organizaciones privadas, se aplica *mutatis mutandis* a los aspectos pertinentes de la supervisión y el funcionamiento de organizaciones públicas.

Supervisión del gobierno para evitar los posibles abusos de una situación de monopolio, de facto o de jure, de las organizaciones de gestión conjunta

395. Se deduce, del concepto mismo de los derechos exclusivos, que los titulares de tales derechos tienen libertad de decidir la utilización de sus obras y, entre otras cosas, son libres de fijar la remuneración de cada utilización y las condiciones de su pago. Por lo general, no hay razón ni fundamento jurídico para la restricción de este derecho. Las leyes de la oferta y la demanda pueden conciliar los conflictos posibles; a los titulares de derechos les conviene que sus obras se utilicen lo más amplia y frecuentemente posible; si fijan tarifas y condiciones injustificadas, es posible que los usuarios no cierren contratos con ellos sino con otra persona.

396. Cuando la gestión de derechos exclusivos se realiza en forma conjunta, se supone en general que esta forma de ejercer derechos no afecta de manera fundamental la naturaleza exclusiva de los derechos. Esto es así porque, al fin y al cabo, también en casos como éstos puede predominar la ley de la oferta y la demanda. Si se fijan tarifas y condiciones injustificadas, no podrá asegurarse el número óptimo de utilizaciones; por lo tanto, la organización se ve en general constreñida a no fijar tarifas y condiciones así.

397. Sin embargo, sí existe en algunos casos la posibilidad de que una organización de gestión conjunta que se encuentra en una situación de monopolio, *de facto* o *de jure*, pueda abusar de esta situación. Al menos en teoría, existen tres casos principales de abusos de esta naturaleza. El primer caso es la denegación de la licencia para ciertas utilizaciones sin mediar razón válida. El segundo caso es una discriminación injustificada entre usuarios de la misma categoría. El tercer caso de abusos posibles consiste en fijar, de modo arbitrario, tarifas y otras condiciones para la concesión de licencias. En los primeros dos casos, el abuso puede quedar bastante claro; en el tercero, es difícil determinar cuáles tarifas y condiciones pueden derivar del ejercicio normal y razonable de los derechos exclusivos, y cuáles pueden considerarse como arbitrarias.

398. Aunque resulta difícil definir qué son una tarifa o una licencia razonables, se han elaborado algunos principios y prácticas generales con respecto a distintas categorías de derechos cuya gestión es conjunta. Existen, por ejemplo, dos formas básicas de tarifas. La primera consiste en un porcentaje de los ingresos obtenidos por el uso de las obras o los objetos de derechos conexos; se aplica, por lo general, cuando las utilizaciones están vinculadas a las actividades principales de los usuarios, como en el caso de las funciones teatrales, conciertos, publicación de obras protegidas, etcétera. La segunda consiste en un pago global (que es más típico de las utilizaciones que no corresponden a las actividades principales del usuario, sino que son más bien de naturaleza secundaria). En cuanto a las tarifas expresadas como porcentajes, la práctica internacional ha engendrado algunas normas de aceptación bastante general (como la "regla del 10%", la cual sin embargo no puede considerarse como aplicable en todos los casos; en el caso de los "*grands droits*", el porcentaje es superior). Las sumas globales se establecen sobre la base de numerosos factores específicos que varían de país a país; pero también aquí hay algunos principios de cálculo generalmente aceptados (aunque en ciertos campos – como en el de la reproducción reprográfica – haya una diversidad de métodos más importante).

399. Parece evidente que si una tarifa o condición corresponde a las normas generalmente aceptadas en el ámbito internacional, o no difiere de dichas normas en medida importante, a duras penas se puede alegar que, al aplicar una tarifa o condición tal, existe abuso de la situación de monopolio *de facto* o *de jure*. Sin embargo, si en cierto país las tarifas son más elevadas que en otros países, ello no indica en sí que se haya abusado de la situación de monopolio de la organización de gestión conjunta de que se trate. Se deben sopesar a fondo todas las circunstancias del caso; resulta bastante posible que, en el país en cuestión, las tarifas disten de ser excesivamente elevadas si se toman debidamente en cuenta el valor del repertorio, el nivel de protección del derecho de autor y/o los derechos conexos, los servicios ofrecidos por las organizaciones de derechos conjuntos a usuarios y titulares de derechos, y la situación económica y la estructura de los ingresos del país en cuestión.

400. La supervisión de las tarifas y otras condiciones de concesión de licencias de las organizaciones de gestión conjunta se lleva a cabo, por lo general, de una de las maneras siguientes: en primer lugar, a través de la conciliación

de las eventuales controversias por los tribunales civiles ordinarios; en segundo lugar, a través de procedimientos ante tribunales especiales u otros organismos de arbitraje, creados con estos propósitos; y en tercer lugar, a través de la aprobación de las tarifas y demás condiciones de concesión de licencias por una autoridad administrativa.

401. De estas tres formas principales de supervisión, es evidente que la primera es la más adecuada al carácter exclusivo de los derechos bajo gestión. El argumento habitual en contra de esta solución consiste en que los trámites judiciales suelen ser prolongados, y no corresponden a los intereses específicos que pone en juego la gestión conjunta de derechos. Los tribunales especiales (sobre todo, en países con tradición de derecho consuetudinario) o los organismos de conciliación y arbitraje se crean, en general, para que la solución de estas controversias sea más rápida y rentable. Sin embargo, dependiendo de las condiciones concretas – políticas, económicas y jurídicas – puede también resultar aceptable la aprobación por parte de una autoridad administrativa.

402. A este respecto, deben tomarse en cuenta dos principios básicos. El primero es que, también cuando un tribunal o una autoridad administrativa sean competentes para decidir en esta materia, se deben garantizar las condiciones para una decisión imparcial y sin favoritismos (mediante una composición adecuada del organismo competente, la posibilidad de apelación ante los tribunales, etcétera). El segundo principio es que, en el caso de la gestión conjunta de derechos exclusivos, la interferencia en las tarifas y otras condiciones de concesión de licencias debería restringirse a aquellos casos en los cuales haya un peligro real de abuso de una situación de monopolio, y sólo en la medida necesaria para impedir o eliminar tal abuso. Este segundo principio – como obligación de los países parte en el Convenio – deriva del propio Convenio de Berna y, para más precisión, de que aunque en la Conferencia de Revisión de Estocolmo de 1967 se convino (y así consta en el informe acerca de las deliberaciones sobre el Artículo 17 del Convenio) en que los países miembros de la Unión de Berna podrían mantener tribunales de derecho de autor en esta esfera, se aclaró también que dichos tribunales tan sólo podían servir para adoptar medidas contra los eventuales abusos de los monopolios. (Cabe señalar que esta disposición – junto con su "historial de versiones", el cual refleja que ésta es la interpretación correcta de la misma – ha sido incluida por referencia tanto en el Acuerdo sobre los ADPIC como en el WCT).

Control de las utilizaciones y recaudación de la remuneración

403. Existen tres principios en esta materia que deben aplicarse y que pueden tener importancia desde el punto de vista del cumplimiento de las normas internacionales existentes.

404. El primer principio es que la supervisión de las utilizaciones y la recaudación de la remuneración deben ser lo más completas que resulte posible, siempre que el costo de estas actividades pueda mantenerse dentro de límites razonables. Es ésta una condición indispensable para asegurar que los titulares de derechos disfruten de los mismos, y para que perciban una remuneración lo más ajustada posible a la utilización real de sus obras. Por consiguiente no es admisible, por ejemplo, que se renuncie a supervisar las utilizaciones y recaudar la remuneración en ciertos ámbitos en los cuales se podría realizar la gestión de estas actividades a costos razonables, justamente con el fin de disminuir el nivel general de costos y aumentar la remuneración de otras categorías de utilización.

405. El segundo principio es que debe aplicarse también a este respecto la igualdad de trato de todos los titulares de derechos. El alcance y la intensidad de las actividades de supervisión y de recaudación deben fijarse de tal modo que no perjudiquen los intereses de determinadas categorías de titulares de derechos.

406. Por último, el tercer principio consiste en que deben facilitarse, por medio de medidas legislativas y administrativas adecuadas, la supervisión de las utilizaciones y la recaudación de remuneración por las organizaciones de gestión conjunta. Debe establecerse la máxima cooperación por parte de los usuarios en esos ámbitos con carácter obligatorio, y debe contarse con medidas coercitivas y sanciones contra los usuarios que pongan obstáculos indebidos a las actividades de las organizaciones de gestión colectiva.

Costos de gestión

407. ¿Qué costos de gestión se justifican? Poco se puede responder a esta pregunta, salvo que sólo se podrán deducir costos justificados, razonables e indispensables de la remuneración recaudada por las organizaciones de gestión conjunta.

408. A este respecto, cabe formular dos observaciones adicionales. En primer lugar, debe destacarse que no necesariamente todos los costos que puedan surgir como resultado de las actividades de una organización de gestión conjunta pueden considerarse correspondientes a la gestión conjunta de derechos en sí misma, ya que la organización puede también desarrollar otras actividades (como la promoción activa, como una agencia, de su propio repertorio o de parte del mismo; los costos de tales actividades sólo pueden cubrirse mediante deducciones con fines culturales, allí donde tales deducciones estén autorizadas y en la proporción en que se las permita, o con recursos distintos de la remuneración recaudada para los titulares de derechos).

409. La otra observación es que el principio del tratamiento igualitario de los titulares de derechos también se debe aplicar a las deducciones por concepto de costos. Este principio consta de dos elementos. El primero es que, en lo que hace a los titulares de derechos cuyas obras u objetos de derechos conexos se utilicen de la misma forma y cuyos costos de gestión de los derechos pertinentes sean por ende los mismos, se deberá deducir el mismo porcentaje por costos de gestión. El segundo elemento es que si, en los casos de ciertas categorías de utilizaciones, los costos de gestión son más altos, entonces y como regla general se deberán deducir los costos mayores de la remuneración de los titulares respectivos, sin cargar en forma injustificada con estos costos elevados a otras categorías de titulares de derechos.

Falta de distribución de ciertas sumas recaudadas para determinados titulares de derechos a título individual

410. Tanto los derechos exclusivos como los eventuales derechos de remuneración se han de conceder, conforme al Convenio de Berna, la Convención de Roma, el Acuerdo sobre los ADPIC y los "Tratados Internet" de la OMPI, como derechos de determinados titulares a título individual. Por lo tanto, el principio fundamental no puede ser otro sino que la remuneración recaudada por las organizaciones de gestión conjunta deberá distribuirse en forma individual entre los titulares cuyas obras u objetos de derechos conexos se hayan utilizado.

411. El hecho de que en algunos casos no se puedan identificar plenamente las distintas utilidades con precisión absoluta, no es fundamento suficiente para no distribuir la remuneración entre los titulares de manera individual. La experiencia de la gestión conjunta de derechos en diversas esferas indica a las claras que siempre es posible encontrar alguna base que permita aplicar, por lo menos, una "justicia rudimentaria" bastante razonable en la distribución. En todos los casos analizados anteriormente, existen tales bases para realizar la distribución. Y desde luego que una "justicia rudimentaria" es mucho mejor, desde el punto de vista de los titulares de derechos, que no tener justicia alguna. (Otra cosa es que se necesite crear en estos sistemas un fondo de reserva para poder pagar ciertas reclamaciones que hayan quedado fuera de la distribución, siempre que se planteen dentro de un plazo razonable).

412. Existe un caso en que puede considerarse justificado que las remuneraciones recaudadas no se distribuyan y se utilicen para fines colectivos: cuando la suma recaudada es extremadamente baja, y los costos de su distribución no puedan cubrirse con una parte razonable de la misma.

Uso de fondos percibidos por cuenta de los titulares de derechos con fines que no sean sufragar los costos efectivos y la distribución

413. Ya que tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración cuya gestión realizan organizaciones de gestión conjunta pertenecen a titulares en forma individual, resulta que no se deberá usar parte alguna de la remuneración percibida por tales organizaciones – sin el permiso de los titulares de derechos – para fines que no sean sufragar los costos efectivos de la gestión y distribuir el remanente entre los titulares en cuestión.

414. Este permiso se puede otorgar de distintas maneras: individualmente, caso por caso (lo que en la práctica no es característico), mediante la aceptación de las condiciones de afiliación a la organización (cosa bastante corriente), por decisión de los organismos que representan a titulares de derechos (lo que también es bastante frecuente), o en el marco de acuerdos de representación recíproca entre organizaciones de gestión conjunta (práctica bastante corriente).

415. Los propósitos para los cuales se permite usar un cierto porcentaje de los montos recaudados y que no consisten en sufragar los costos efectivos y distribuir la remuneración a los distintos titulares suelen ser propósitos culturales y sociales. Las deducciones para tales fines son bastante corrientes en el caso de las organizaciones "tradicionales" de gestión colectiva. Por propósitos culturales se entiende, principalmente, el uso de sumas determinadas para la promoción de la creatividad (por medio de premios, concursos, becas, etcétera), mientras que los propósitos sociales implican por lo general transferir el dinero a fondos de seguro de salud o de pensiones.

416. Las organizaciones de gestión colectiva suelen recalcar que se les debería permitir usar un cierto porcentaje de la remuneración recaudada para tales fines, ya que esto corresponde a la intención de los titulares de derechos, y que los titulares de derechos deben tener libertad para disponer del ingreso generado por sus derechos. Cada uno es libre, por supuesto, de disponer de su remuneración como desee. Pero este uso debe estar basado en decisiones de los titulares de derechos pertinentes, y otorgado sea directamente o a través de los organismos competentes de sus organizaciones de gestión colectiva (siendo este último por lo general el caso en la relación con organizaciones extranjeras).

417. En este caso se debe respetar plenamente el principio jurídico fundamental de *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (es decir, nadie puede transferir más derechos de los que él mismo tiene). Esto significa, por ejemplo, que la asamblea de una organización de gestión colectiva compuesta en esencia de titulares de derechos que son ciudadanos del país en cuestión, no debe considerarse habilitada para ejercer su generosidad (tanto sea con fines sociales como culturales) usando también la remuneración de los titulares de derechos extranjeros sin la autorización de los organismos competentes de las organizaciones de gestión colectiva de estos últimos.

418. Se debe también tomar en cuenta que resulta bastante raro que los titulares de derechos puedan tomar parte directamente en la decisión acerca de la aplicación de una parte de su remuneración con fines culturales y/o sociales. En la mayoría de los casos, su aceptación de tal práctica es más bien indirecta. Tampoco se debe olvidar que está bastante restringida la libertad de los titulares de derechos que quizá discrepen con estas deducciones (y a

duras penas puede afirmarse que todos los titulares de derechos son por igual altruistas y están influidos por la idea del llamado principio de solidaridad entre autores, artistas intérpretes o ejecutantes, etcétera). Cuando se adhieren a una organización de gestión colectiva, o cuando en base a la legislación escrita vigente se los considera miembros de la misma, dichas deducciones simplemente forman parte de un todo que deben aceptar o rechazar como tal. Resulta difícil hablar de un verdadero libre albedrío en el caso, por ejemplo, de los titulares extranjeros de derechos en cuyo nombre aceptan estas deducciones sus organizaciones de gestión colectiva. Por lo tanto, aunque pueda aceptarse la deducción de un cierto porcentaje, el mismo debe ser bastante bajo (normalmente, no más del 10%); de lo contrario, pueden surgir dudas serias sobre la legalidad de esta práctica.

419. Cabe señalar que en el ámbito de los así llamados "derechos del Artículo 12", pueden tomarse en cuenta consideraciones un poco distintas. Uno de los fines reconocidos de estos derechos es el compensar las pérdidas sufridas por los artistas intérpretes o ejecutantes por la disminución de oportunidades de empleo resultante de la utilización generalizada de interpretaciones o ejecuciones incluidas en fonogramas. Es por esta razón que los planteos sociales pueden, en este caso, resultar más decisivos que en el caso de los derechos de los autores; y por lo tanto, puede justificarse la aplicación con fines sociales de un porcentaje relativamente más elevado de las sumas recaudadas.

420. Asimismo pueden surgir consideraciones especiales en el caso de las organizaciones de gestión colectiva de los países en desarrollo. Puede parecerles apropiado, a sus organizaciones interlocutoras del extranjero, permitir un nivel aún más elevado de deducciones con fines culturales y sociales, a fin de ayudar a estas organizaciones a crear un sistema de gestión y una infraestructura de derecho de autor adecuados, y también para incentivar la creatividad.

421. Del anterior análisis se deduce que las leyes nacionales están limitadas en cuanto a lo que pueden disponer acerca de tales deducciones. Conforme a las normas internacionales – el Convenio de Berna, la Convención de Roma, el Acuerdo sobre los ADPIC y los "Tratados Internet" de la OMPI – no hay obstáculo alguno a la inclusión de disposiciones relativas a los titulares *nacio-*

nales de derechos. Aunque esto no resulta demasiado "elegante", disposiciones como éstas también pueden establecer un nivel de protección más bajo que el que exigirían las normas internacionales. Estas disposiciones, sin embargo, no son aplicables a los titulares *extranjeros* de derechos ya que, para protegerlos, se aplica a ellos por lo menos el nivel mínimo prescrito por las normas internacionales pertinentes.

422. Existen dos posibles bases sobre las cuales una disposición contenida en una ley nacional respecto de las deducciones para fines culturales y/o sociales de la remuneración adeudada a titulares extranjeros de derechos, puede seguir siendo aceptable desde el punto de vista de las normas internacionales antedichas. La primera de estas bases posibles es que, en cuanto a los titulares extranjeros de derechos, las deducciones no se consideran automáticas. Las disposiciones pertinentes sólo obligan a las organizaciones nacionales de gestión colectiva a intentar alcanzar acuerdos con sus interlocutores extranjeros respecto de dichas deducciones (de lo cual se deduce que, sin un acuerdo tal, no pueden realizarse deducciones de la remuneración adeudada a los titulares extranjeros de derechos). La otra base posible es considerar a una deducción obligatoria de esta naturaleza como una especie de impuesto o gravamen conforme a las leyes fiscales, que puede imponerse a la remuneración de los titulares de derechos (tanto nacionales como extranjeros). En este caso se deben tomar en cuenta los acuerdos sobre imposición internacionales, regionales y bilaterales (incluidos los acuerdos para evitar la doble imposición).

423. Algunas sociedades de derechos de interpretación o ejecución pertenecientes a la CISAC, han intentado últimamente eliminar de los contratos bilaterales entre sociedades la posibilidad de una deducción de la remuneración adeudada a sus miembros con fines culturales o sociales; o por lo menos, reducirlas a un nivel muy inferior al 10% que permite el Contrato Tipo CISAC. Aunque esto es jurídicamente posible, y aunque constituya un deseo legítimo de tales sociedades el obtener una remuneración lo más elevada posible y con la menor deducción posible, no puede esto de por sí justificar una fuerte reducción de las deducciones para fines culturales y sociales. Si las sumas devengadas por estas deducciones se usan en armonía con los fines de las mismas, esto podría contribuir a un fortalecimiento significativo de la situación de "relaciones públicas" del derecho de autor en el país en cues-

tión. Por medio de los subsidios para la promoción de la creatividad, los premios para el reconocimiento de los logros creativos de mayor destaque, y/ o el apoyo financiero a jóvenes talentosos o autores que lo necesitan, se puede facilitar la percepción de que el derecho de autor trabaja a favor de las nobles causas a las cuales supuestamente sirve.

424. Sin embargo, más importante aún que el efecto directo de "relaciones públicas" es que, por medio de todo esto, la comunidad de los creadores del país respaldará con mayor firmeza a la organización de gestión colectiva y a todo el sistema de derecho de autor. Si la comunidad está dispuesta a luchar por sus propios intereses y derechos – y así, por una protección del derecho de autor eficiente y de alto nivel en general – será más fácil obtener el apoyo del gobierno y de la legislatura para la creación de las condiciones legales y prácticas para dicha protección. Esto resulta especialmente indispensable en países que son "importadores netos" de producciones culturales y de información, ya que obviamente resulta más difícil obtener apoyo político y social para un sistema fuerte de derecho de autor si el funcionamiento de las organizaciones nacionales de gestión colectiva beneficia en forma exclusiva o casi exclusiva a los titulares extranjeros de derechos, sin resultado aparente alguno, dentro del país, correspondiente a los objetivos "publicitados" del derecho de autor, es decir, el reconocimiento y la promoción de las actividades creativas.

425. Existe un caso con respecto al cual parecen ser deseables algunas consideraciones específicas, y es el del derecho a regalías por "copia privada". Algunas leyes nacionales restringen la parte que ha de ser distribuida a los distintos titulares, para lo cual disponen que las sociedades de recaudación reserven un cierto porcentaje para fines comunes, por lo general de naturaleza cultural. Se plantean a veces preguntas acerca de si tales disposiciones legislativas son compatibles con la obligación de proveer al menos un derecho de remuneración con respecto a la "copia privada" generalizada, que perjudica injustificadamente los legítimos intereses de los autores conforme al Artículo 9.2) del Convenio de Berna, y con el principio del trato nacional. Sin embargo, como se señalara previamente, la deducción de un porcentaje razonable de dichas regalías por "copia privada" se puede justificar sobre la base de que los equipos y materiales gravados por regalías, no siempre se utilizan para copiar obras protegidas u objetos de derechos conexos.

El principio de la no discriminación contra quienes no son miembros

426. ¿Está permitida dicha discriminación? Obviamente, la respuesta a esta pregunta es negativa. Es así, entre otras razones, porque el otorgamiento del trato nacional a extranjeros que deben estar protegidos en virtud del Convenio de Berna, la Convención de Roma, el Acuerdo sobre los ADPIC y los "Tratados Internet" de la OMPI (aunque, en lo que hace a los derechos conexos bajo el Acuerdo sobre los ADPIC y el WPPT, es un trato nacional bastante limitado) es – con algunas excepciones definidas en forma estricta – obligación básica de todos los países parte de estos instrumentos. Sin embargo, parece necesario agregar dos observaciones a esta respuesta.

427. La primera observación se refiere al alcance de los elementos de la gestión conjunta a los que deben aplicarse los principios de igualdad de trato de afiliados y no afiliados, en particular extranjeros. Resulta obvio que la remuneración se debe distribuir entre los no afiliados y los extranjeros en la misma forma que a quienes son afiliados y nacionales. Además de esto, la igualdad de trato también debe respetarse plenamente, entre otros, en los campos del control de las utilizaciones, la recaudación de la remuneración y la deducción de costos, como se analizó previamente. Sin embargo, en cuanto al uso de la remuneración para fines que no sean sufragar costos y distribuir el remanente a los titulares de derechos, el principio de igualdad de trato no debe aplicarse con criterio formalista. Estas deducciones sólo se permiten si los no afiliados y los extranjeros las aprueban, directa o indirectamente (por medio de sus representantes). Por supuesto que también supondría un grave conflicto con el principio de igualdad de trato, pretender introducir deducciones más elevadas de la remuneración de los no afiliados y los extranjeros que de los afiliados y nacionales.

428. La otra observación se refiere a lo previamente mencionado desde otro punto de vista – el de las deducciones con fines culturales y/o sociales. Si existe un fundamento jurídico adecuado para tales deducciones – es decir, si están debidamente autorizadas por autores extranjeros, o (y este es el caso más típico) por las organizaciones que los representan; o si, en el caso de las regalías por "copia privada", las deducciones no superan lo razonable (tomando en cuenta que los equipos y materiales sobre los cuales se imponen las regalías, se usan también para grabar o copiar materiales que no están

protegidos) – entonces no necesariamente se contradicen los principios de la no discriminación y el trato nacional si las sumas obtenidas por tales deducciones se usan tan sólo o fundamentalmente para fines nacionales. (Depende en gran medida del contenido del acuerdo por el cual se autorizan estas deducciones; pero por lo general, las disposiciones pertinentes de tales acuerdos, como mínimo, se refieren a fines nacionales).

Funciones distintas a las de la gestión conjunta de derechos

429. Existen algunas organizaciones de gestión conjunta que también asumen actividades distintas de la gestión de derechos propiamente dicha; por ejemplo, actividades de agencia para la promoción del repertorio nacional, y ciertas otras actividades culturales de carácter general.

430. Por lo general, el cumplimiento de estas otras funciones no entra en conflicto con los intereses especiales que supone la gestión conjunta de derechos. Es importante observar, sin embargo, que los costos de tales actividades no deben gravar – directa o indirectamente – la remuneración recaudada para los titulares de derechos en el marco de la gestión conjunta. Por ejemplo, los costos de la promoción del uso de ciertas obras mediante actividades de agencia de representación, se deben cubrir sea con las comisiones a pagar por los titulares de derechos directamente interesados en tal actividad, o con fondos de algún otro origen (por ejemplo, un fondo en fideicomiso o un subsidio estatal); y no con la remuneración recaudada por la utilización de obras u objetos de derechos conexos con respecto a los cuales se realiza la gestión conjunta de algunos derechos.

431. Debe añadirse, sin embargo, que no se justifica una interpretación demasiado restrictiva del alcance de las actividades relacionadas directamente con la gestión conjunta de derechos. A estas actividades corresponden no sólo la supervisión efectiva de las utilidades, la recaudación y distribución de las remuneraciones y la imposición coercitiva de derechos, sino también, por ejemplo, los servicios jurídicos que presta la organización a los titulares de derechos, las actividades de enseñanza y de relaciones públicas que fomentan la comprensión y el respeto de los derechos objeto de la gestión conjunta, etcétera.

432. Sobre la base de la descripción y el análisis de las formas "tradicionales" y nuevas de la gestión colectiva y otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos, cabe proponer las siguientes conclusiones acerca de la creación y el funcionamiento de los sistemas de gestión conjunta:

(1) La gestión colectiva o los demás sistemas de gestión conjunta del derecho de autor y los derechos conexos se justifican cuando el ejercicio en forma individual de tales derechos – por el número y demás circunstancias relativas a las utilizaciones – resulta imposible, o por lo menos muy poco viable. Debe optarse, siempre que sea posible, por la gestión conjunta de los derechos en lugar de las licencias no voluntarias.

(2) La función de la gestión conjunta no parece estar en retirada, por el contrario, parece estar avanzando en el entorno digital y conectado en red. Existen algunos ámbitos nuevos en los cuales la gestión conjunta puede tener, y seguramente tendrá, una función importante; tales son la concesión de licencias a las "producciones de multimedios" (que se crean a menudo partiendo de muchas obras ya existentes y de contribuciones de distintas categorías) y la autorización para las utilizaciones en línea e interactivas.

(3) Existen diferencias importantes entre la gestión colectiva propiamente dicha y los demás sistemas de ejercicio conjunto de derechos. El término "gestión colectiva" se aplica a aquellas formas de ejercicio conjunto de los derechos en las cuales algunos aspectos del sistema son verdaderamente "colectivos" (por ejemplo, tarifas, condiciones de concesión de licencias y reglas de distribución); cuando detrás del sistema hay un verdadero colectivo, la gestión se lleva a cabo en nombre de dicho colectivo, y la organización

también atiende a ciertos objetivos colectivos más allá de las tareas de mera gestión de derechos (cosa típica de la gestión de derechos de autores y artistas intérpretes o ejecutantes). El otro sistema básico de ejercicio conjunto de derechos es la simple "gestión de derechos" la cual, en su forma más desarrollada, carece de elementos colectivos; se trata simplemente de ofrecer a los usuarios una fuente única en la cual obtener autorizaciones y pagar por las mismas; la remuneración puede ser – y a menudo lo es – tratada en forma individual. En lugar de una verdadera "distribución", la remuneración (tras descontar los costos de gestión) se transfiere simplemente a cada titular de derechos por cuenta del cual se ha recaudado. Este sistema es típico, por lo general, de los derechos cuyos titulares son personas jurídicas. (La expresión "ejercicio conjunto" o "gestión conjunta" es un término genérico que abarca tanto la gestión colectiva como la gestión de derechos, pero que se extiende también a algunos otros sistemas específicos que no resultan fáciles de encajar en ninguna de estas dos categorías básicas; son ejemplos las alianzas o "coaliciones" de organizaciones de distintos tipos, las "organizaciones de ventanilla única", o la combinación de organismos de recaudación estatales con organizaciones privadas que se ocupan de las demás tareas de gestión).

(4) Debería respetarse la libertad de asociación de los titulares de derechos en cuanto a su elección entre el ejercicio de sus derechos a título individual, o la gestión colectiva de sus derechos. La gestión conjunta no debería ser obligatoria para los derechos exclusivos que, según las normas internacionales de protección del derecho de autor y los derechos conexos, no deben restringirse a un simple derecho de remuneración y en cuyo caso es posible el ejercicio a título individual.

(5) En el entorno digital en red, los titulares de derechos tienen mayor libertad de elección entre ejercer sus derechos en forma individual y la gestión conjunta de los derechos, ya que pueden ejercer sus derechos directamente por la red mundial de la información (aunque usando medidas tecnológicas de protección y sistemas electrónicos de información sobre la gestión de derechos). Sin embargo, esto no significa que necesariamente convenga a los intereses de los titulares de derechos el hacer uso de esta oportunidad. Las razones por las cuales, en ciertos ámbitos – como el ejercicio de los "derechos de ejecución e interpretación" – la gestión colectiva es la mejor solu-

ción en el mundo analógico, existen también en el entorno digital. En principio, resulta posible para algunos autores y artistas intérpretes o ejecutantes excepcionalmente conocidos y populares optar por la vía individual. Sin embargo, la experiencia demuestra que – por lo menos en el caso de las formas "tradicionales" de la gestión colectiva – este tipo de "disidencia" y de repudio al principio de la solidaridad puede dar resultados opuestos a los buscados y resultar contraproducente no sólo para la comunidad de creadores sino, a la larga, también para dichos "individualistas".

(6) La tecnología digital e Internet plantean ambos desafíos serios, y proponen oportunidades nuevas y prometedoras a las organizaciones de gestión colectiva "tradicionales" (tales como las sociedades de "derechos de interpretación y ejecución" con condiciones de concesión de licencias, sistemas tarifarios y reglas de distribución "colectivizados"). Por una parte, las posibilidades nuevas de concesión de licencias en forma individual y las nuevas opciones alternativas de ejercicio conjunto de derechos pueden, en principio, poner en tela de juicio su monopolio hasta en los campos en los cuales su sistema solía constituir la única opción posible o viable. Pero por otra parte, basándose en la misma tecnología que les puede crear estos problemas, pueden racionalizar su funcionamiento y tornarse más atractivas tanto para los titulares de derechos como para los usuarios. Como resultado de estos distintos efectos, las organizaciones de gestión colectiva "tradicionales" pueden salir de este período de evolución fortalecidas y con un sistema de gestión mejor y más eficiente.

(7) La gestión colectiva plena se basa en derechos exclusivos, e incluye la negociación de la remuneración por las utilidades así como otras condiciones de las mismas; concesión de licencias de utilización; control de utilidades; imposición coercitiva de derechos; recaudación de remuneraciones, y distribución a los titulares de derechos. También es posible la gestión colectiva parcial de derechos exclusivos. Por ejemplo, los titulares de derechos otorgan la autorización directamente según un acuerdo global negociado colectivamente con los usuarios; y la organización de gestión colectiva recauda y distribuye la remuneración. Como se mencionó previamente, existen otras formas de gestión conjunta de derechos, tales como la "gestión de derechos", cuyo sistema es más simple; están ausentes algunos elementos (tales como la negociación colectiva y otros aspectos colectivos).

(8) La gestión conjunta de un derecho de remuneración – sea un derecho que fue exclusivo en su origen, y luego limitado a un derecho de remuneración (como es el caso de la "copia privada"), o un derecho previsto directamente como un simple derecho de remuneración (como ocurre con el derecho de "suite") – es necesariamente una forma parcial de la gestión (ya que la autorización de las utilidades no es otorgada por la organización de gestión conjunta). Incluso en el caso de un derecho de remuneración, parece más adecuado (al menos, en ciertos casos en los cuales resulta viable) no reglamentar por ley todos los aspectos del ejercicio del derecho. Se puede lograr un sistema más flexible si, en lugar de dicha reglamentación, se asigna una función también a las organizaciones de gestión colectiva, amén de la recaudación y la distribución de la remuneración. Esta función puede estar en las negociaciones acerca de la remuneración a pagar por las utilidades y otras condiciones de las mismas, así como sobre la distribución de la remuneración recaudada entre los diversos grupos a quienes corresponde una participación en la misma.

(9) Depende de las condiciones y tradiciones políticas, económicas y jurídicas de los países interesados si lo más adecuado para ellos es una única organización general de gestión conjunta, o varias organizaciones para los diversos derechos y los titulares de diferentes categorías. La ventaja de las organizaciones separadas consiste en que permiten tomar en cuenta, de un modo más directo y completo, los intereses particulares de las distintas categorías de titulares de derechos. La ventaja de una organización general reside en que puede resolver con mayor facilidad los problemas derivados de las nuevas formas de utilización y hacer valer con mayor eficacia los intereses generales de los titulares de derechos. Si existen organizaciones separadas, es preciso que haya una estrecha colaboración entre las mismas y, a veces, que lleven a cabo actividades conjuntas mediante "coaliciones" especiales; en cambio, en el caso de una organización general, se necesitan garantías que impidan la desatención de los intereses de determinadas categorías de titulares de derechos.

(10) A causa del fenómeno de los "multimedios" – tanto bajo la forma de producciones fuera de línea, como por la manera en que las distintas categorías de obras y objetos de derechos conexos son usadas juntas en la red mundial digital – existe una necesidad cada vez mayor de crear "coaliciones"

de organizaciones de gestión conjunta que ofrezcan una fuente conjunta de autorizaciones ("sistemas de ventanilla única"), o establecer una cooperación aún más general, que se puede también extender a los distintos titulares que se suman a la "coalición". Esto es posible tanto a través de la simple inclusión de su información de concesión de licencias, o también autorizando a la "coalición" a actuar como agente para la concesión de autorizaciones por su cuenta, conforme a las condiciones de concesión de licencias y tarifas dictadas por los individuos. Esto no significa que se deban fusionar todas las fuentes de concesión de licencias en una "coalición" de esta naturaleza. Las sociedades de gestión colectiva "tradicionales" (como las sociedades de autores) seguramente podrán conservar su autonomía.

(11) Por lo general, debería haber, en cada país, una única organización para la misma categoría de derechos de la misma categoría de titulares de derechos. La existencia de dos o más organizaciones en el mismo ámbito puede reducir o incluso eliminar las ventajas de la gestión conjunta de los derechos.

(12) Depende también de las condiciones y tradiciones políticas, económicas y jurídicas de los países interesados si lo más adecuado para ellos son las organizaciones públicas o privadas. En general, resultan preferibles las organizaciones privadas. Las condiciones de algunos países (en particular, los países en desarrollo que todavía no han logrado establecer plenamente sus infraestructuras de derecho de autor) pueden determinar, sin embargo, que sea preferible la creación de organizaciones públicas para proteger los intereses de los titulares de derechos. En el caso de las organizaciones públicas, se necesitarán formas de organización y garantías adecuadas para que los titulares de derechos interesados puedan participar en la dirección de la gestión de sus derechos.

(13) La utilización de las licencias generales otorgadas por organizaciones de gestión conjunta debidamente establecidas y suficientemente representativas, debería verse facilitada por una presunción legal de que tales organizaciones están facultadas para autorizar la utilización de todas las obras abarcadas en esas licencias y de que representan a todos los titulares de derechos respectivos. A la vez, estas organizaciones de gestión conjunta deberán dar a sus licenciatarios garantías adecuadas contra las reclamacio-

nes individuales de los titulares de derechos que no estén representados por la organización, pero cuyas obras también estén cubiertas por una licencia general.

(14) La otra forma posible de resolver el problema de quienes no son miembros es el sistema de gestión conjunta ampliada. La esencia de un sistema tal consiste en que, si hay una organización autorizada para la gestión de un cierto derecho por un gran número de titulares de derechos y, por lo tanto, esta organización es lo suficientemente representativa en el ámbito dado, el efecto de una gestión conjunta tal es ampliado por ley hasta alcanzar los derechos de aquellos titulares que no han confiado la gestión de sus derechos a la organización. En un sistema de gestión conjunta ampliada deberán existir disposiciones para la protección de los derechos de los titulares de derechos que no estén afiliados a una organización de gestión conjunta. Deberán tener la posibilidad de "optar por excluirse" (es decir, declarar – dentro de un plazo razonable – que no desean ser representados por la organización) y/o de reclamar una remuneración individual. A menos que existan estas posibilidades, y que se las pueda aplicar en la práctica sin dificultades injustificadas, se deberá considerar a un sistema de gestión conjunta ampliada como una forma de la gestión conjunta obligatoria, cabiendo aplicarle por lo tanto el anterior punto 4).

(15) La supervisión gubernamental de la creación y el funcionamiento de las organizaciones de gestión conjunta parece deseable. Una supervisión tal puede garantizar, entre otras cosas, que sólo puedan funcionar aquellas organizaciones que pueden proveer las condiciones jurídicas, profesionales y materiales necesarias para una gestión de derechos a la vez adecuada y eficiente; que el sistema de gestión conjunta se ponga a disposición de todos los titulares de derechos que lo necesitan; que las condiciones para la afiliación a las organizaciones sean razonables y, en general, que se respeten plenamente los principios fundamentales de la gestión conjunta correcta (por ejemplo, el principio de trato igualitario a los titulares de derechos).

(16) Las decisiones sobre los métodos y las normas de recaudación y distribución de las remuneraciones, y sobre otros aspectos generales importantes de la gestión conjunta, deberían adoptarlas los titulares de derechos interesados o los organismos que les representen conforme a los estatutos de su organización.

(17) Los titulares de derechos cuya gestión está a cargo de una organización de gestión conjunta, deberán tener a su disposición información periódica y con un nivel de detalle suficiente acerca de las actividades de la organización que puedan afectar al ejercicio de sus derechos. Dicha información debe también estar a disposición de las organizaciones extranjeras de gestión conjunta que tengan una relación de representación recíproca con la organización pertinente.

(18) La supervisión e intervención gubernamentales en la fijación y aplicación de tarifas y otras condiciones de concesión de licencias que aplican las organizaciones de gestión conjunta que se encuentran *de facto* o *de jure* en posición de monopolio respecto de los usuarios, sólo se justifica si dicha supervisión y/o intervención resulta indispensable para evitar abusos de tal situación, y en la medida en que así sea.

(19) No deberá considerarse a un cierto nivel de tarifas (por ejemplo, un nivel más elevado que el de otros países) como fundamento suficiente de por sí para presumir la existencia de abuso. A este respecto debe tomarse en cuenta que las tarifas deberán corresponder a la naturaleza exclusiva de los derechos, y han de representar una remuneración adecuada a los titulares de derechos la cual puede, en algunos países, estar asegurada de forma mucho más plena que en otros; y también deberán tomarse en cuenta el valor real del repertorio y el servicio ofrecidos por una organización de gestión conjunta, así como las condiciones económicas y sociales del país en cuestión.

(20) De conformidad con la evolución general de la economía, y también en respuesta a las nuevas formas de explotación de obras y objetos de derechos conexos en el entorno digital y conectado en red, existe una tendencia creciente hacia la concentración y la integración en las industrias de la cultura y la información. En ciertos ámbitos, unos pocos conglomerados de medios logran controlar la abrumadora mayoría de los mercados mundiales. Dada esta situación, las organizaciones de gestión conjunta, y en particular las sociedades de gestión colectiva, pueden desempeñar una función más importante tanto para los titulares de derechos como para dichos conglomerados de medios. Los titulares de derechos cuyas obras y objetos de derechos conexos explotan las compañías que forman parte de estos poderosos grupos de medios, necesitan obviamente a sus organizaciones de gestión colec-

tiva para lograr las condiciones más favorables posibles de concesión de licencias. Los grupos de medios también necesitan la cooperación de las organizaciones de gestión colectiva. Esto, no sólo con el fin de obtener las autorizaciones necesarias, que también para mejorar su posición en cuanto a "relaciones públicas". En la gran mayoría de los países, la justificación jurídica y política y la aceptación social del derecho de autor se basan en la idea de que este derecho resulta necesario para promover la creatividad humana y reconocer la actividad creativa. Algunos movimientos contra el derecho de autor basan sus opiniones e ideas en la relación, menos visible, entre la protección del derecho de autor y el goce del derecho de autor por los creadores humanos individuales cuando el derecho de autor lo ejercen empresas consideradas como grandes y ricas. La cooperación, armoniosa y ventajosa para ambas partes, con las organizaciones de gestión colectiva de los creadores, puede por cierto fortalecer la posición de las grandes empresas de medios contra las "ideologías", a veces bastante extremistas, que se oponen al derecho de autor.

(21) En parte como respuesta a las tendencias antes mencionadas, y en parte para crear estructuras más eficientes, existen también tendencias a la integración, la concentración y la regionalización – tanto horizontales como verticales – en el ámbito de la gestión conjunta del derecho de autor y los derechos conexos. El grueso de la concesión de licencias para la explotación mundial o regional tiende a concentrarse en manos de unas pocas organizaciones (por ejemplo, en el caso de la autorización para el uso en línea de obras y objetos de derechos conexos por Internet, de grandes "proveedores de contenido" o de "prensado central" de fonogramas). Aunque esto parece inevitable y potencialmente ventajoso para todo el sistema de gestión conjunta de derechos, resulta importante prestar atención a la situación que podría darse como resultado de esta evolución para las organizaciones de gestión conjunta, y en particular para las sociedades de gestión colectiva, de los países que tienden a convertirse en simples "países mercado". Se deben elaborar y aplicar soluciones contractuales adecuadas, multilaterales y bilaterales, que aseguren el goce de los derechos por los titulares de derechos, la supervivencia y la viabilidad de las organizaciones de gestión colectiva y, por este medio, la conservación y el fortalecimiento del apoyo político y el respeto social por el derecho de autor y los derechos conexos en estos "países mercado". Esto resulta especialmente indispensable en el caso de los países en desarrollo.

22) Las actividades de las organizaciones de gestión conjunta en materia de control de utilidades y recaudación de regalías deberían verse facilitadas por medidas legislativas y administrativas adecuadas. Debe establecerse la máxima cooperación por parte de los usuarios – incluidas la solicitud de licencias y de provisión de programas – con carácter obligatorio, y deberán aplicarse medidas coercitivas y sanciones contra los usuarios que creen obstáculos indebidos a tales actividades de las organizaciones de gestión conjunta.

(23) Ninguna remuneración recaudada por una organización de gestión conjunta ha de utilizarse con fines que no sean el sufragar los costos efectivos de gestión y distribuir la remuneración a los titulares de derechos, salvo cuando los titulares de derechos en cuestión (incluidos los extranjeros), o los organismos que los representen conforme a los estatutos de sus organizaciones de gestión colectiva, autoricen dicho uso de la remuneración (por ejemplo, con fines culturales o sociales). Se deberá sin embargo tomar en cuenta que autorizar deducciones para fines culturales y sociales puede sentar una base favorable para el funcionamiento eficiente de las organizaciones de gestión conjunta, así como para un apoyo político y un respeto social suficientes del derecho de autor y los derechos conexos (en particular, en los países en desarrollo y otros "importadores netos").

(24) La remuneración que las organizaciones de gestión conjunta recauden – previo descuento de los gastos efectivos de gestión y de otras posibles deducciones que los titulares de derechos hayan autorizado conforme al punto precedente – deberá distribuirse individualmente entre los titulares en la forma más proporcional posible a la utilización efectiva de sus obras y objetos de derechos conexos. Sólo cabe apartarse de la distribución individual cuando el monto de la remuneración sea tan reducido que su distribución no pueda efectuarse a un costo razonable.

(25) Los titulares extranjeros de derechos representados por una organización de gestión conjunta deberán disfrutar en todos los aspectos (como el control de las utilidades, la recaudación de la remuneración, las deducciones de los gastos y, en especial, la distribución de la remuneración) exactamente del mismo trato que los titulares de derechos que sean miembros de la organización y ciudadanos del país en cuestión.

(26) Las organizaciones de gestión conjunta pueden desempeñar otras tareas distintas de la gestión de derechos propiamente dicha, pero los gastos de tales actividades no deben cargarse a la remuneración recaudada en el marco de la gestión conjunta de derechos.

Para mayor información, sírvase contactar a la
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual:

Dirección:
34, chemin des Colombettes
C.P. 18
CH-1211 Ginebra 20
Suiza

Teléfono:
+41 22 338 91 11

Telefacsimil:
+41 22 733 54 28

Correo electrónico:
wipo.mail@wipo.int

o a la Oficina de Coordinación en Nueva York:

Dirección:
2, United Nations Plaza
Suite 2525
Nueva York, N.Y. 10017
Estados Unidos de América

Teléfono:
+1 212 963 6813

Telefacsimil:
+1 212 963 4801

Correo electrónico:
wipo@un.org

Visite el sitio Web de la OMPI:
<http://www.OMPI.int>

y haga sus pedidos a la librería electrónica de la OMPI:
<http://www.OMPI.int/ebookshop>