Magíster en Gestión y Políticas Públicas

Estudio de Caso N° 18

LA GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS: INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD

MARVIN FRANCISCO DISCUA SINGH

Esta serie de Estudios de Caso ha sido posible gracias al apoyo proporcionado por la Fundación Andrew W. Mellon de EE.UU.

Octubre 1997

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS FISICAS Y MATEMATICAS
DEPARTAMENTO DE INGENIERIA INDUSTRIAL

Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas
Departamento de Ingeniería Industrial

Av. República 701 • Fono: (562) 678 4067 • Fax: (562) 689 4987
E-mail: mgpp@dii.uchile.cl
Sitio web:http://www.dii.uchile.cl/mgpp/
Casilla 2777 Santiago - Chile

RESUMEN EJECUTIVO

Muchos países de América Latina están compelidos a realizar urgentes procesos de reformas e incrementos en sus estándares legales para la protección de los derechos de autor. En Honduras en los años 90, el gobierno debió promulgar dicha legislación, en respuesta a las exigencias de la política comercial de Estados Unidos que solicitaba su aprobación como condición para que el país continuara recibiendo los beneficios del Sistema Generalizado de Preferencias, SGP.

Esta manera forzada de generar políticas públicas trajo como consecuencia la aprobación de una ley de derechos de autor plagada de vacíos, errores e inconsistencias y que claramente reflejaba la falta de voluntad o desinterés del legislador hondureño para garantizar una efectiva protección a la propiedad intelectual.

El presente trabajo caracteriza y especifica qué se entiende por "políticas sobre propiedad intelectual" y justifica la gestión colectiva como la moderna solución del derecho de autor. Se muestran dos tipos de problemas, uno jurídico y otro económico. El primero es la dificultad para controlar e impedir la piratería de las obras intelectuales a través del sistema legal tradicional del derecho de propiedad. El segundo es la inviabilidad de negociar ese tipo de obras y utilizaciones de manera individual con los muchos usuarios que se benefician de ellos.

INTRODUCCIÓN

La protección de la propiedad intelectual, ampliamente garantizada en los países industrializados, se ha tornado hoy en día en una impostergable política pública para muchos países en desarrollo que aún no cuentan con las suficientes garantías jurídicas para la propiedad intelectual.

Las entidades de gestión colectiva del derecho de autor es uno de los instrumentos que ha demostrado ser efectivo en la protección de dicha propiedad. Sin embargo, su implementación no tiene los mismos efectos en todos los países. En algunos se las acusa de ejercer dominio monopólico en la fijación de tarifas y de constituirse en una única entidad de recaudación y distribución de regalías. En otros, estas sociedades son estructuras organizacionales bastante eficientes en la gestión colectiva de los derechos de autor, ya que han sido capaces de hacer apropiable los beneficios externos que genera la propiedad intelectual al tener características de bien público.

En este trabajo se busca caracterizar y especificar qué se entiende por las políticas sobre propiedad intelectual y los elementos jurídicos y económicos útiles para su diseño y análisis. En el capítulo I se examina el principal problema que enfrentan los creadores frente a obras intelectuales que proveen de una externalidad positiva a un gran número de usuarios. En el segundo capítulo se presenta un panorama general de la protección de la propiedad intelectual en Honduras y se describen algunas acciones relacionadas con la protección de los artistas hondureños.

En el capítulo III se reseñan preguntas y respuestas que han caracterizado las discusiones del debate internacional en torno a la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos. En el cuarto capítulo se describen las directrices fundamentales para modelar una sociedad de gestión colectiva y se plantea, como propuesta, justificar la creación y funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor. El capítulo V contiene las conclusiones.

I EN QUÉ CONSISTE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

"En 1847 dos compositores, Paul Henrion y Víctor Parizot, y un escritor, Ernest Bourget, apoyados por su editor, entablaron una demanda contra el Ambassadeurs un café-concert de la Avenida de los Campos Elíseos de París. Consideraban que existía una contradicción flagrante en que ellos tuvieran que pagar por sus asientos y su comida en el Ambassadeurs, mientras que nadie manifestaba intención de pagarles por las obras que ejecutaba la orquesta. Tomaron la valiente y lógica decisión de no pagar hasta que se les pagase. Los autores ganaron el pleito: el propietario del Ambassadeurs fue condenado a pagar una importante suma de dinero por regalías".[1]

A primera vista cualquier persona puede considerar que fue lógico y razonable el reclamo hecho por los autores y afirmar que se les hizo justicia al reconocérseles el derecho a percibir regalías por la utilización de sus obras. Para los compositores existía una contradicción, ya que por una parte se establecía un precio para los bienes y servicios ofrecidos (asientos y comida), pero por otro no se reconocía que al ejecutar la orquesta una obra musical fuera necesario pagar a sus autores.

La contradicción descrita hablaba de una falta de legislación que reconociera el derecho legítimo de los autores de percibir un pago por la utilización de sus producciones intelectuales por parte de terceros. El hecho que los autores ganaran el pleito habla de un reconocimiento y una declaración de derechos verificada en los tribunales sin que mediara un fundamento jurídico en una ley específica de derecho autoral. Ellos pudieron disfrutar plenamente de su derecho, debido a la capacidad de haber gestionado el pago de regalías en forma individual y sin incurrir en altos costos. "De ese modo, cualquier titular de un derecho puede conservar el control de la difusión de su obra, puede adoptar decisiones personalmente sobre las condiciones económicas de su explotación"[2].

Las políticas sobre propiedad intelectual tienen por objeto proteger a los creadores intelectuales y las obras del intelecto del perjuicio, tanto moral como económico, que puede resultar de su uso indebido por parte de otros agentes económicos. Sin embargo, el principal problema que enfrentan los productores del intelecto es la dificultad o inviabilidad de ejercer y negociar, en forma individual, el cobro de sus respectivos derechos de autor.

"Hay cada vez más casos en que los titulares de derechos no pueden controlar, individualmente, la utilización de sus obras, negociar con los usuarios y recaudar su remunera-

1 *Ver "Estudio y asesoramiento sobre la creación y funcionamiento de organizaciones de administración colectiva", publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, Ginebra, 1991, p. 16.*
2 *OMPI, op. cit, p.3.*

ción"[3]. Este problema se debe a que los bienes intelectuales, dada su fácil difusión y escasa capacidad individual de control, generan externalidades. Este fenómeno se da cuando un agente económico (consumidor o productor) afecta a otro agente económico, de una manera que se refleja en el sistema de precios[4]. Ello se debe a que las producciones intelectuales tienen características de bien público[5].

Es común clasificar las políticas de protección a los creadores intelectuales basándose en una serie de derechos. En las convenciones internacionales y legislaciones modernas de tradición latina se acuerdan los siguientes:[6]

a) Derecho moral de autor[7]

La Carta del Derecho de Autor[8] (sección II.7) expresa que "la obra del espíritu es una emanación de la personalidad del autor y una fuente de derechos económicos". De aquí se derivan las atribuciones del derecho personal, incedible, que emanan del derecho de paternidad. En la sección III.9 dice: "De la naturaleza del derecho de autor se deriva el principio general de que la obra del espíritu no puede ser considerada como una mercancía, cuya venta agota todos los derechos del vendedor. De aquí se desprenden, igualmente en favor del autor, los principios del derecho exclusivo y transmisible bajo todas las formas de explotación de la obra, sean los que fueren el mérito y el destino de ésta". Más adelante expresa: "las diferentes legislaciones nacionales deben consagrar la perpetuidad del derecho moral".

3 *Ibid., p. 4.*

4 *Por ejemplo, una fábrica cualquiera que vierta sus desechos al río puede afectar a una zona agrícola. Otra definición de externalidad es la de un bien para el cual no existe mercado. Volviendo al ejemplo, se puede decir que falta un mercado para comprar/vender la calidad de las aguas del río. Las externalidades pueden ser positivas (investigación y desarrollo; producción de información; programas de vacunación, etc.), o negativas (contaminación, congestión vehicular, etc.). Véase Frank, H. R;, Stiglitz, J. C. y Tirole, J.*

5 *Un bien es público cuando cumple las siguientes condiciones: a) no hay rivalidad en el consumo; es decir, el consumo de un individuo no depende del consumo de otros; o el costo marginal de proveer el bien, una vez producido, a un consumidor más es cero, y b) no excluyente. Es imposible, o extremadamente costoso, evitar que alguien utilice el bien una vez producido. Véase a Frank, H. R;, Stiglitz, J. C. y Tirole, J.*

6 *Existen básicamente dos sistemas legislativos que determinan diferentes situaciones. El sistema del copyright que prevalece en los países anglosajones, no necesariamente vinculado a la personalidad del autor y al derecho moral, y el sistema del droit d'auteur, de tradición francogermánica y adoptado por los países de América Latina, que establece el vínculo permanente entre el creador y su creación bajo el concepto de derechos personalísimos de carácter moral y patrimonial. La referencia a esos dos sistemas explica la existencia en algunas legislaciones de licencias no voluntarias, limitaciones y excepciones. Véase a Santiago, V., "Sociedades de gestión colectiva", 1993.*

7 *El derecho moral fue incorporado en la modificación introducida en 1928 en la Convención de Berna. El artículo 6 bis p. 1 establece que "independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de éstos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación y otra modificación de esta obra o cualquier atentado a la misma".*

8 *Aprobada el 26 de septiembre de 1956 en Hamburgo por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores.*

Conforme a este derecho corresponden al autor una lista de facultades irrenunciables e inalienables[9], entre ellas:

1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
3. Exigir el reconocimiento de su condición de la obra.
4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

b) Derecho patrimonial o de explotación.[10]

Para el autor los derechos pecuniarios implican la posibilidad de que el resultado de su trabajo intelectual le reporte los merecidos beneficios económicos[11]. A través de este derecho se le reconoce el monopolio o exclusividad de utilización de su obra en la producción de bienes o servicios. Dentro del conjunto unitarios de poderes que integran el derecho patrimonial se encuentran las siguientes facultades:

- El derecho de reproducción[12]. Dice relación con la explotación de la obra a través de su fijación (material) "en un medio que permita su comunicación y de la obtención de copias de todo o parte de ella"[13]. Son operaciones de reproducción las grabaciones fonográficas y audiovisuales, en las que el objeto de la fijación de la obra (literaria, dramática, musical, etc.) no son los signos con los que el autor representó las palabras o sonidos expresivos de su creación, sino la ejecución de ésta mediante la actuación de uno o varios intérpretes. Y de la misma naturaleza participa la confección de ejemplares de tales grabaciones (discos, cintas, etc.).
- El derecho de distribución. Se refiere a la utilización económica de la obra mediante su puesta a disposición del público del original o copias de ella a través de venta, alquiler, préstamos o de cualquier otra forma.

9 *Véase a Delgado, P. A., "Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual", 1988.*
10 *La Convención de Berna prevé para el autor los derechos exclusivos para autorizar (o no) las distintas formas de utilización de la obra, tanto en lo que se refiere a su reproducción, como a la representación y ejecución pública.*
11 *Véase "La creación intelectual y el derecho", María V. Huerta. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música, Sadaic.*
12 *El Convenio de Berna en su artículo 9 N° 3 establece: "Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio".*
13 *Véase a Delgado, P. A., op. cit. (artículo 18 de Ley de Propiedad Intelectual, LPI, de España).*

- El derecho de comunicación pública. Concierne a "todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas"[14]. Y cualquier tipo de red que puede ser desde la utilizada por una empresa de distribución de TV cable, hasta la conectada a una antena parabólica con dispositivo decodificador de señales recibidas de un satélite y luego transmitidas a un conjunto de hogares a través de dicha red.

c) Derechos de remuneración

Éstos no son verdaderos derechos de propiedad intelectual ya que carecen de la naturaleza de poder exclusivo o discrecional determinante de la explotación de laÇ_bra. Algunos de ellos tienen su origen en una "licencia legal", otros pueden encuadrarse dentro de la categoría del "sistema de participación" que trata de asegurar al autor la percepción de una retribución equitativa (normalmente proporcional) en los rendimientos que se deriven de la utilización económica de su obra, ejercida tal utilización fuera del alcance de su derecho exclusivo o de monopolio[15].

DISTINCIC \NES RESPECTO AL DERECHO DE PROPIEDAD

Al hablar de políticas públicas sobre propiedad intelectual en preciso hacer algunas caracterizaciones importantes, no sólo respecto a la propiedad común o al derecho real de dominio, sino que al interior de la propiedad intelectual.

La revolución francesa significó el fin del sistema de privilegios de la época medieval. En la ley de 1793, se dispone el reconocimiento de la propiedad literaria y artística como "derecho más legítimo que el de la propiedad de las cosas"[16]. La asimilación al derecho de propiedad trata de acentuar que el derecho del autor sobre su obra es algo que le es propio y no algo que se atribuye externamente, y además implica un régimen en la libertad del pensamiento esencial a la creación.

14 *Ibid., LPI. (art. 20.1). Sin embargo, "no se considerará pública la comunicación (antes descrita) cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que a su vez no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo" (art. 20.1, p.2°).*

15 *Ibid., LPI. (arts. 24 y 90.2 y 3).*

16 *Véase Huerta, V. M. op. cit. que cita sobre esta distinción a Lakanal: "De todas las propiedades, la menos susceptible de objeción y aquella cuyo crecimiento, ni puede lesionar la igualdad republicana ni ensombrecer su libertad, es sin lugar a dudas la de la producción del ingenio".*

La presencia del derecho moral marca la diferencia fundamental entre los derechos intelectuales y el derecho real de dominio. En virtud de él, al enajenarse una obra sólo se transmite el derecho económico, en vista que el derecho moral corresponde exclusivamente al autor con carácter perpetuo[17].

De lo anterior cabe preguntarse si es relevante el derecho moral desde el punto de vista económico. La experiencia más extendida muestra que existen dos sistemas que determinan diferentes situaciones (ver nota Nº 6). Para el sistema del copyright la obra intelectual es considerada una mercancía y, por tanto, el derecho moral no es relevante en la determinación de su precio. En cambio para el sistema del droit d´auteur ocurre lo contrario. Por principio, la obra del espíritu no puede ser considerada como una mercancía.

La presencia del derecho moral se impone como derecho exclusivo del autor. Si bien no es relevante en la determinación del precio de la obra, sí lo es bajo el concepto de derecho personalísimo, lo que implica el derecho a la restitución y resarcimiento en caso de violentarse la paternidad de la misma.

El problema que enfrentan los creadores intelectuales tiene dos dimensiones. Por un lado, las dificultades que implica un ejercicio pleno de cierto tipo de obras y de utilizaciones (derecho de autor), y por el otro, la imposibilidad de obtener, a través de una negociación individual, un pago de todos los usuarios que se benefician de forma gratuita de las producciones artísticas. Estas dificultades tienen un origen común que no es posible resolver a través del sistema legal tradicional del derecho de propiedad; y tampoco a través del sistema de precios que implica el mercado.

La ley ha sido tradicionalmente un importante e indispensable instrumento de política pública. Su principal misión es la de permitir, en primera instancia, un derecho objetivo que puede definirse como aquel mecanismo que establece una clara asignación y df0Imitación de los derechos de las personas con respecto a las cosas materiales, sean bienes muebles o inmuebles, y/o el derecho de autor con respecto a las creaciones o bienes intelectuales.

Es derecho objetivo, derecho de propiedad o derecho real de dominio respecto a las cosas materiales[18], aquél que posee toda persona sobre un fundo, una casa o un automóvil, por ejemplo. Respecto a la propiedad intelectual, es el derecho de autor que tiene todo creador intelectual con respecto a su obra.

17 *Véase Huerta V. M. op. cit.*

18 *Desde la época del derecho romano se reconocen al propietario de un bien tres atributos: jus utendi (derecho de uso que tiene el mismo propietario), jus fruendi (derecho de usufructuar el bien) y el jus abutendi (derecho de enajenar el bien).*

En segunda instancia, como instrumento de política pública, la función de la ley es la de otorgar un derecho subjetivo. Este puede definirse como el derecho que tienen estos mismos propietarios o titulares de derechos objetivos de hacer valer ante los órganos jurisdiccionales la legitimidad del derecho de propiedad y defenderlo contra terceros que también pretendan reclamarlos como suyos.

Es derecho subjetivo la acción reivindicatoria de dominio a la que puede recurrir el propietario de un derecho real de dominio sobre un fundo, una casa o cualquier otro bien, y que se encuentre amenazado por otra persona que también pretenda reclamarlo como de su pertenencia. Respecto a la propiedad intelectual, son todas aquellas acciones que hacen valer en favor del autor o titulares de derechos los correspondientes derechos morales, patrimoniales o de remuneración.

Con respecto al derecho de propiedad o derecho real de dominio, la ley, en términos generales, es suficiente como instrumento de política para garantizarlo plenamente, tanto en el contexto de los derechos objetivos como en el ámbito del derecho procedimental o derecho subjetivo. Una de las condiciones básicas que determinan una efectiva gestión jurídica de este tipo de propiedad es que los bienes en cuestión son absolutamente privados y, por ende, son fácilmente delimitables y/o excluyentes.

Sin embargo, en lo que atañe a la propiedad intelectual este instrumento de política (la ley) es necesario pero no suficiente. Es decir, es necesario porque a través de una ley de propiedad intelectual queda garantizado el derecho de autor como derecho objetivo, en tanto se reconozca el derecho moral y patrimonial al autor, y como derecho subjetivo, en tanto se otorgue el derecho a las acciones correspondientes para reivindicarlo.

No obstante, es insuficiente porque no bastan esas acciones tradicionales del sistema legal y judicial para una gestión jurídica plena del derecho de autor. Es decir, se carecen de medios para hacerlo cumplir en todas partes precisamente porque es imposible delimitarlo. La razón de ello es que los bienes intelectuales, no obstante que son producciones privadas tienen características de bien público. De ahí que los abusos, como la piratería, no pueden detenerse a través de una acción individual, a lo que se agregan problemas de información del autor que no sabe cuándo y dónde se utilizan sus obras.

Esa insuficiencia intrínseca que adolece el sistema legal tradicional respecto a la propiedad intelectual es la que tiene implicancias para las políticas públicas. Ello justifica que el Estado autorice y regule la creación de sociedades de gestión colectiva como un mecanismo adicional para garantizar el ejercicio pleno de dichos derechos.

Junto con ello está el sistema de precios como mecanismo para resolver las relaciones de intercambio, vale decir, el sistema de negociación, transferencia y transformación de los bienes objeto de propiedad. Hemos planteado que el sistema legal tradicional establece una clara delimitación de derechos objetivos y subjetivos; pero no se hace cargo del mecanismo para realizar las negociaciones o transferencias de esos derechos de propiedad, ya que esto se resuelve por el mecanismo de mercado.

Es evidente que cuando se habla de derechos de propiedad común sobre bienes muebles o inmuebles, y por tratarse de bienes absolutamente privados, cualquier tipo de transferencia que el propietario del bien desee voluntariamente efectuar puede realizarse a través del mecanismo de precios. Es decir, los bienes absolutamente privados que se intercambian o negocian reflejan claramente la disposición a pagar del comprador, ya que el beneficio que le produce la compra del bien es la apropiación total. Una vez realizada la compraventa puede excluir a otros del beneficio que produce la transferencia del bien.

Sin embargo, en el caso de la propiedad intelectual, donde las producciones intelectuales tienen características de bien público, se hace imposible o por lo menos no resulta viable que algunos tipos de obras y de utilización se resuelvan de manera eficiente por el sistema de precios. Las características mencionadas generan problemas en los usuarios del bien para revelar su disposición a pagar, y se produce lo que los economista llaman el problema del free rider (o problema del polizón): hay individuos que no pagan, pero que pueden consumir o usufructuar del bien al igual que otros que sí pagan por el beneficio percibido.

Esta situación en la que se producen beneficios externos que no pasan por el sistema de precios se constituye en una falla de mercado. Tratándose de bienes comunes, el modo tradicional de resolver la provisión de un bien con características de bien público es otorgando al Estado esa función económica. Sin embargo, en el caso de la propiedad intelectual se trata de algo que le es propio al autor y por tener características especialísimas, la provisión no puede sustituirla el gobierno.

El Estado lejos de cumplir un rol empresarial en la producción de obras intelectuales, le compete la función de proveer los mecanismos que permitan o hagan viable la corrección de las imperfecciones o fallas que produce la transferencia de cierto tipo de obras y de utilizaciones.

La gestión colectiva es advertida como la mejor solución para hacer efectiva la protección del autor. Aunque siempre se preferirá un ejercicio individual, se aplicará la gestión colectiva en aquellos casos en que es imposible dicho ejercicio.

LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, EL DERECHO DE AUTOR Y EL DERECHO REAL DE DOMINIO

De la distinción de propiedad intelectual entre propiedad industrial y derechos de autor, surge la necesidad de relacionar estas distinciones con el derecho real de dominio en cuanto al tratamiento de la gestión jurídica aplicado a ambos.

Los derechos derivados de la propiedad industrial, al igual que el derecho real de dominio sobre cualquier bien mueble o inmueble, resulta práctico y viable de restringirse como derecho exclusivo a favor de sus respectivos causahabientes[19]. El propietario de una marca, de una patente de invención o de cualquier otro derecho de propiedad industrial, una vez acreditado el registro correspondiente, puede exigirlo como derecho erga omnes,(como derecho exclusivo y excluyente). De igual modo, toda persona que posea un título de propiedad sobre un bien cualquiera que lo acredite como único propietario, puede exigirlo o reivindicar su dominio en caso que un tercero también intente pretenderlo como suyo[20].

La más importante de las características que hace práctico y viable reivindicar el derecho de propiedad de las bienes materiales y de los derechos de propiedad intelectual, particularmente de los bienes de propiedad industrial, es su condición de bien excluyente. Esta condición hace posible evitar que alguien usufructe el bien, una vez producido y reconocido como propiedad del titular del derecho, sin que ello implique altos costos para evitarlo. Adicionalmente, se trata de bienes que no tienen un impacto cultural como lo tienen las obras artísticas. Es decir, los beneficios que producen dichos bienes no necesariamente atraen, en forma espontánea, a un gran número de personas interesado en apropiarse de ellos.

Sin embargo, no es tan clara la condición de bien excluyente cuando se trata de derechos de autor y derechos conexos. Por ejemplo, en los mismos derechos de autor, la reprografía difiere en algunos aspectos de las copias de obras audiovisuales y fonogramas[21].

"Esa diferencia consiste en que mientras la 'grabación en el hogar' (la reproducción de obras audiovisuales y fonogramas en los hogares) constituye un fenómeno mundial, el número de fotocopiadoras personales en todavía relativamente reducido. Por consiguiente, el con-

19 *Esto explica que dentro de la propiedad intelectual, los derechos de propiedad industrial hayan alcanzado un rápido y práctico marco jurídico de protección (inclusive se aplicaba supletoriamente para el registro de derechos autorales). Un ejemplo de lo anterior es Honduras donde hasta antes de la aprobación de la ley autoral (1993), los derechos de autor se tutelaban por la antigua ley de patentes (1919).*

20 *Supone el imperio de un Estado de Derecho donde rige el "principio de legalidad" y donde se consagra constitucionalmente la inviolabilidad del derecho de propiedad.*

21 *La reproducción tiene dos formas: 1) La piratería (la fabricación de ejemplares tan semejantes al original que hasta es dificultoso distinguirlos, ya sea para obras gráficas, audiovisuales o fonográficas), y 2) La reprografía (la fotoduplicación, sin la pretensión de pasar por ejemplar lícito, sino simplemente permitir la lectura de la obra). Véase la publicación "Fotocopiar libros es delito".*

trol de la reproducción de obras por medio de la reprografía puede organizarse con mejor facilidad, y existen muchas más posibilidades de evitar las restricciones al derecho de reproducción como derecho exclusivo de los autores".[22]

No obstante, "también es preciso tener en cuenta que las funciones de la reproducción reprográfica se diferencian de la 'grabación en el hogar'. Mientras ésta 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. Es posible invocar esas consideraciones como fundamento para ciertas limitaciones a los derechos exclusivos de los autores".[23]

El carácter de derecho exclusivo y la condición de bien excluyente es la clave que diferencia al derecho real de dominio (y la propiedad industrial) del derecho de autor. Desde esta perspectiva, se plantea como más práctico y menos costoso reivindicar el dominio de un bien o una obra protegida, en tanto este bien (cosa material o intelectual) esté condicionado por la característica de bien excluyente. Esta condición se observa bien marcada en los bienes absolutamente privados (materiales) y en los derechos de propiedad industrial (intelectuales). Adicionalmente, los bienes que cumplen con la condición de bien excluyente pueden permitirse un enfoque de gestión jurídica similar.

Debido a que no son muchas las personas que se sienten atraídas por dichos bienes, existen muchas más posibilidades de evitar que alguien usufructe indebidamente de los beneficios del bien o el derecho. En este punto se hace viable controlar y negociar individualmente la utilización de la obra. Se supone que los beneficios de evitar los abusos a la propiedad industrial serán lo suficientemente grandes para justificar los costos de la negociación.

Por otra parte, hay situaciones en la que un único productor intelectual causa beneficios a un gran número de personas, como es el caso de los derechos de autor y derechos conexos. Negociar con grandes grupos de usuarios es inherentemente difícil y costoso y todos ellos tienen poderosos incentivos para no pagar por los beneficios externos recibidos.

Una de las situaciones que explica la imposibilidad de ejercer individualmente los derechos de autor es su condición de bien no excluyente, es decir, es imposible y demasiado costoso evitar que alguien usufructe el bien una vez producido.[24]. Debido a que se trata de

22 *OMPI, op. cit., p.100.*
23 *Ibid., p. 101.*
24 *Aquí es práctico pensar en una sola entidad de gestión que administre los derechos de los autores por género de titulares. El argumento económico es aprovechar economías de escala. Véase Tirole.*

obras recreativas y bienes donde predominan consideraciones de interés público, existen menos posibilidades de evitar que los grandes grupos de usuarios atraídos por dichas obras se apropien de los beneficios externos producidos por la creaciones intelectuales. Es precisamente esta condición no excluyente de las obras recreativas la que incentiva el ya comentado problema del polizón.

II LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN HONDURAS

Honduras, como otros países latinoamericanos, no cuenta con una entidad de gestión colectiva capaz de hacer efectiva la recaudación y distribución de regalías proveniente de los derechos de autor, y por consiguiente, convertir dicha entidad en un instrumento de control respecto a la reproducción ilícita de obras jurídicamente protegidas.

En 1993 el gobierno aprobó la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos[25] con la finalidad de otorgar protección jurídica a las obras del intelecto de nacionales residentes en el país y extranjeros.

En materia de propiedad intelectual, las principales leyes se remontaban a 1919, año en se adoptó el sistema internacional de productos y servicios. En ese marco fue dictó la Ley de Patentes y el país suscribió la Convención General Interamericana de Marcas de Fábrica y Protección Comercial. La reforma más reciente a la Ley de Marcas y Patentes data de 1977 después de la primera reforma introducida en 1935 que adicionó el concepto de "derechos de autor".

En la actualidad, el marco regulador de la propiedad intelectual amplía y separa la materia en dos grandes áreas. Por un lado, la propiedad industrial que contempla la regulación de marcas, patentes de invención, diseños industriales, nombres comerciales, denominaciones de origen, indicación geográfica, etc. Por el otro están los derechos de autor y derechos conexos que protegen a los autores de obras literarias, artísticas, didácticas o científicas, así como a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

Con la aprobación de esta ley se respondía a varias exigencias que el contexto cultural y comercial demandaba. Para el país poner en vigencia una Ley de Derechos de Autor implicó reglamentar la norma constitucional postergada por más de una década (artículo 108) que reconoce al autor el derecho exclusivo de su creación intelectual.

De esta manera se crearon las condiciones jurídicas e institucionales para garantizar los compromisos contraídos por el Estado al adherirse y ratificar, en 1989, los tres convenios internacionales más importantes que regulan la materia y que por disposición constitucional (artículo 16) pasaron a formar parte del derecho interno: el Convenio de Berna (protección de las obras literarias y artísticas), el Convenio de Roma (protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y organismos de radiodifusión) y el Convenio de Ginebra (protección de los productores de fonogramas).

25 *Expresión utilizada en aras de concisión y que tradicionalmente comprende los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.*

La aprobación de la mencionada ley también significó satisfacer las exigencias de la política comercial de Estados Unidos. Este condicionaba la ejecución de dicha acción legislativa a la prolongación del Sistema Generalizado de Preferencias (GSP). Este último requerimiento se constituyó en un factor incómodo que impactó negativamente el diseño de las políticas sobre la materia. El resultado fue la promulgación de una ley plagada de vacíos, errores e inconsistencias que poco o nada contribuía a una efectiva protección a la propiedad intelectual.

Los problemas reales observados a la hora de ejecutar la ley impusieron la necesidad de pensar en un rediseño o reforma del instrumento jurídico[26].. Las modificaciones deberían apuntar a resolver la dificultad para controlar e impedir la piratería de las obras y derechos jurídicamente protegidos, y la inviabilidad de negociar, en forma individual, algunos tipos de obras y de utilizaciones.

UNA CUASI PROTECCIÓN AL DERECHO DE AUTOR

Al amparo de la legislación laboral existente (Código del Trabajo) y en el que se inspira el Decreto Nº 123 de 1968 que crea la Ley Protectora de los Artistas Musicales, se organiza y constituye el Sindicato Musical Hondureño y Similares, Simuhs[27]. Esta organización sindical, que agrupaba en su mayoría a artistas intérpretes y ejecutantes, adquiere su personalidad jurídica y una lógica de acción con características bastante sui generis. La categoría de artistas no corresponde exactamente a lo que la ley entiende por trabajadores propiamente tal, como sería el caso que los artistas formaran parte del plantel de trabajadores de una empresa y decidieran, en unión con los demás empleados, constituir un sindicato.

La ley laboral estipula que para constituir un sindicato de trabajadores y/o patronal se requiere por lo menos de la existencia de 30 trabajadores en una relación laboral de carácter permanente, remunerada y subordinada y/o la asociación de cinco empresas (patrones).

De esta manera la organización sindical se ha convertido, básicamente, en instrumento de defensa de intereses gremiales más que de protección intelectual. Por ejemplo, el artículo 1º del mencionado decreto establece que "los artistas musicales extranjeros, para trabajar eventualmente en Honduras, ya sea en forma individual o en conjunto, deberán de previo

26 *En enero de 1995 se presentó en el Congreso Nacional el primer proyecto de reforma de la legislación de propiedad intelectual, debido a los vacíos e inconsistencias observados en la ley. En el proyecto se rescata, entre otros temas, el título referente a la creación y funcionamiento de las sociedades de gestión colectivas de derechos de autor, la tipificación de algunos delitos y sanciones, más otras figuras jurídicas omitidas o simplemente relegadas deliberadamente por el legislador.*

27 *Consta en la Secretaría del Trabajo y Asistencia Social la inscripción del "Sindicato Musical Hondureño" bajo el número 33, folio 33, del tomo I del Libro de Registro de Organizaciones de Trabajadores de fecha 24 de septiembre de 1957. La Ley de Organizaciones Sindicales se emitió el 6 de junio de 1955.*

pagarle al Sindicato Musical más representativo del país un 10% de sus honorarios como 'cuota de paso' y el empresario o arrendatario deberá contratar para el mismo espectáculo artistas musicales del país ....". El artículo 2º establece que en el caso eventual que "el empresario o arrendatario no deseare los servicios de artistas nacionales, se pagará en concepto de cuota de paso un 40% de los honorarios pactados con los artistas extranjeros..."

Los resultados derivados de esta modalidad han sido perversos para la asignación eficiente de recursos. Se aumentaba el precio o las tarifas unitarias por los espectáculos presentados y se limitaba así la asistencia a los mismos. La mayor parte de los efectos distorsionadores proceden del alto grado de poder monopólico otorgado al Simuhs a través del mencionado decreto.

Los subsidios a favor de la organización sindical más los impuestos estatales obligatorios por todo espectáculo extranjero presentado dentro del país, agravado por las pocas o nulas garantías a los derechos de autor de los artistas extranjeros, han ahuyentado los espectáculos con mayor valor cultural agregado, desalentando así el desarrollo cultural y artístico de Honduras[28].

La Ley de Derechos de Autor de 1993 generó expectativas en algunos autores y compositores que se sintieron incentivados a convertirse en precursores de las llamadas sociedades de gestión colectiva[29]. Surgió la Sociedad de Autores y Compositores de Honduras, Saycoh,[30] con características de una sociedad mercantil. Su pretensión fue conseguir que el Estado, a través de la Dirección de Propiedad Intelectual, le otorgara la potestad de gestionar colectivamente los derechos de autor.

La Dirección la inscribió, debido a la obligación de registro que estipulaba la ley, pero no le otorgó la potestad que le compete a las sociedades de gestión por dos razones: no reunían las condiciones que teóricamente informan de la naturaleza de este tipo de organizaciones (instituciones sin fines de lucro, requerimiento que establecía la ley original), y dadas las modificaciones y las inconsistencias sufridas por la ley, no era viable o no procedía jurídica-

28 *Ver diario "El Periódico" y "La Tribuna". El circo "Unión de México de los Hermanos Fuentes Gasca" que cuenta con más de diez espectáculos entre ellos el Circo Chino de Pekín, el Circo Ruso de Moscú, Los Delfines de Miami, el Circo de Hielo de los Picapiedra, etc., en carta del 21 de septiembre de 1994 dirigida al Presidente de la República exponía que debido a la alta tasa de impuestos vigente en Honduras se veía en la necesidad de acortar su estadía en el país. A la vez informó que el Simuhs le había cobrado 500.000 lempiras (equivalente a US$ 500 de acuerdo al tipo de cambio vigente en esa fecha), en contra de su voluntad, a pesar de que se intentó explicar al Simuhs que los artistas circenses nada tienen que ver con los músicos.*

29 *En Argentina amparados en la Ley de Propiedad Intelectual Nº 11.723 (1933), que reglamenta la norma constitucional (art. 17) que reconoce al autor como dueño de su creación. Durante seis décadas, después de numerosas frustraciones y diversos avatares, se logró consolidar Sadaic de la que se dice que no es un sindicato ni una recaudadora de impuestos, sino que una asociación civil, cultural y mutualista que administra los derechos de autor generados en el país o fuera de él.*

30 *En Honduras se encuentra registrada en el Registro de Sociedades Mercantiles la "Sociedad de Autores y Compositores de Honduras", como sociedad de responsabilidad limitada de capital variable.*

mente. Es decir, no se contaba con la normativa procedimental para la autorización de entidades de gestión colectiva, significaba un alto riesgo autorizar la recaudación de regalías a través de mecanismos absolutamente distintos a los establecidos en las leyes autorales y no se contaba con posibilidades reales de control y fiscalización.[31]

PÉRDIDAS POR FALTA DE UNA PROTECCIÓN EFECTIVA

La propiedad intelectual representa una poderosa fuerza económica en el contexto de la economía global. En 1990 en los Estados Unidos las industrias que involucraban a los derechos de autor contribuyeron con US$ 331,5 mil millones al PGB[32]. A la par se observan varios problemas que surgen de una inadecuada protección a los derechos de autor y que pueden clasificarse en dos fuentes de pérdidas. La primera, que adquiere matices de figura delictiva, es la piratería[33]. La segunda son las externalidades no corregidas (ver capítulo I).

En América Latina un indicador disponible del potencial de crecimiento económico para las industrias del copyright es el de las estadísticas sobre las pérdidas que ocasiona el pirateo a la industria de Estados Unidos. En 1992, la Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual, AIPI, un consorcio de las principales industrias relacionadas con los derechos de autor informó que podría documentar pérdidas por alrededor de $ 660 millones debido a la piratería en 16 países de América Central y del Sur para 1991[34].

Una buena política legislativa debería reprimir la piratería por los perjuicios que ella causa a:

1) Los autores y compositores. Daña los derechos patrimoniales a percibir una retribución por sus creaciones y sus derechos morales.
2) Los artistas (intérpretes y ejecutantes), testigos de un delito mediante el cual se comercializa su trabajo intelectual.
3) Los medios de producción (productores, editores y distribuidores). La piratería lesiona gravemente sus derechos a recuperar las altas inversiones realizadas para poner a disposición del público obras de creatividad y esparcimiento.

31 *El riesgo al que se hace referencia es de "abuso monopólico" por parte de una sociedad de esas características, sobre todo si se considera que los autores gozan del monopolio o derecho exclusivo de autorizar el uso de las obras protegidas.*

32 *Es importante mencionar que la industria norteamericana del software ha sido la industria de más rápido crecimiento durante la última década. (Ver Jeffrey D. Steinhardt y Richard E. Neff. Artículo citado).*

33 *La piratería es toda grabación, duplicación o comercialización de copias de casetes u obras audiovisuales sin autorización expresa de su legítimo titular, el productor. De ahí que debiera reprimirse a quien "edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabiente. Véase a Desimoni L. M., "Reproducción ilícita, sanciones penales, doctrina y jurisprudencia".*

34 *Ver a Steinhardt D. J. y a Neff E. R., op. cit.*

4) Los comerciantes enfrentados a la competencia desleal del pirata, quien coloca en el comercio, a más bajo precio (porque viven del trabajo y la inversión ajena) un producto ilegítimo y engañoso en cuanto a su origen y calidad.
5) La creatividad nacional porque el exceso en la reproducción no autorizada desalienta la creación intelectual, la actividad editorial y la producción audiovisual y fonográfica[35].
7) Los consumidores y la fe pública porque se vende un producto falsificado, de mala calidad, muchas veces bajo engaño y sin ninguna garantía [36].
8) Al Estado. La grabación y distribución clandestina de cassettes no tributa. Muchas veces la matriz pirata y los soportes utilizados para el copiado ilegal ingresan de contrabando[37].

La falta de una regulación efectiva tampoco permite corregir las externalidades que producen las obras del intelecto. Existe una apropiabilidad de beneficios externos por parte de grandes usuarios (organismos de radiodifusión, centros comerciales, discotecas, etc.) respecto de obras fonográficas, sin que ello se refleje en el sistema de precios.

Esta lógica de experiencias, individuales y colectivas, plagadas de mecanismos ineficientes y de vacíos o lagunas jurídico-institucionales, acentúan la necesidad de políticas públicas adecuadas. Un aumento de la protección para la propiedad intelectual es clave para asegurar la inversión apropiada de los recursos privados para el bien público.

A partir de las políticas de privatización en el marco de una economía globalizada, las personas naturales y jurídicas que sean titulares de derechos de autor deben contar con mecanismos e instituciones eficientes para hacer valer su derechos plenamente, con una dependencia mínima de la intervención directa y costosa de la autoridad pública.

35 Estudios realizados por Unesco demuestran que los autores, artistas y productores de los países en vías de desarrollo ante la falsificación de sus obras y producciones; la disminución constante de sus ingresos por la competencia desleal del pirata y la impunidad con que se desenvuelve la piratería, se desvían hacia otra actividad y el país pierde la oportunidad de acrecentar su patrimonio cultural.

36 En el caso de la piratería el accionar doloso no presenta duda alguna. El pirata, además de no pagar derechos de autor ni impuestos, no corre ningún riesgo empresarial. Reproduce obras que tienen un éxito asegurado merced a los esfuerzos creadores y financieros de otros. Pese a que ello le permitiría vender a precios menos elevados, generalmente no lo hace para evitar atraer la atención de los perjudicados (autores, productores y editores). En algunos casos, el pirata imita la presentación externa "carátula" del casete original, copiando (falsificando) incluso las marcas registradas del producto legítimo y demás características del envoltorio lícito, engañando al consumidor acerca del origen y calidad del producto y causándole un perjuicio injusto.

37 La Oficina Internacional del Trabajo, OIT, plantea: "Nadie escapa a los perjuicios de la piratería. La compra de un producto pirata ayuda a alguien que delinque, a alguien que engaña, a alguien que vive del trabajo ajeno, a alguien que elude las obligaciones que los demás ciudadanos cumplen. La comprensión de este problema es una cuestión de justicia".

III LA GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE AUTOR EN EL DEBATE INTERNACIONAL

Según un estudio sobre "Administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos" publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, [38] se plantean algunas cuestiones básicas de su administración colectiva.

¿Cuáles son los tipos de obras y de utilización para cuya administración los titulares deberían estar representados por una organización de administración colectiva?

Los derechos de ejecución de las obras musicales "de pequeños derechos". Es decir, el derecho de ejecución pública, el de radiodifusión y el de comunicación al público por otros medios. Las obras musicales "de pequeños derechos" son las que por regla general se administran colectivamente; y las obras musicales "de grandes derechos" son las que en general se administran de forma individual (o, por lo menos, son objeto de licencias otorgadas en forma individual) [39].

En la época en que se fundaron las primeras sociedades de autores musicales, el derecho de ejecución significaba sencillamente el derecho de ejecutar una obra por artistas en presencia de un público. Sin embargo, desde entonces la noción de los "derechos de ejecución" que administran esas sociedades se ha ampliado de manera considerable. Por ejemplo, en el "Contrato tipo de representación recíproca entre sociedades administradoras de derechos de ejecución pública" de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, Cisac, figura la siguiente definición: "Conforme al presente contrato, la expresión 'ejecuciones públicas' comprende todos los sonidos y ejecuciones que se hacen audibles para el público en cualquier lugar dentro del territorio ... La 'ejecución pública' comprende, en particular, las ejecuciones realizadas en vivo, instrumentales o vocales; por medios mecánicos como las grabaciones fonográficas, hilos, cintas y bandas sonoras (magnéticas o de otro tipo), de difusión y transmisión (como las emisiones de radio y televisión, efectuadas directamente o retransmitidas, etc.), así como por cualquier medio de recepción sin hilo (aparatos receptores de radio y televisión, recepción telefónica, etc., y medios e instrumentos similares, etc.)".

Los derechos de reproducción mecánica. Es decir, el derecho a autorizar grabaciones sonoras, fundamentalmente respecto de obras musicales. El más característico y de mayor importancia económica es el que tienen los compositores de obras musicales, y los autores de sus textos, a autorizar su grabación sonora.

38 *Ver "Estudio y asesoramiento sobre la creación y funcionamiento de organizaciones de administración colectiva", OMPI, Ginebra, 1991.*

39 *Las obras musicales "de grandes derechos" consisten en obras dramático-musicales. Su utilización se efectúa en un número relativamente pequeño de lugares. En consecuencia, desde el punto de vista práctico y económico, es posible la concesión de licencias directamente por los autores.*

La naturaleza jurídica y la estructura de las organizaciones administradoras de derechos de reproducción mecánica, así como la forma en que obtienen el derecho a otorgar licencias sobre las obras del repertorio nacional e internacional, son similares a las que ya se expusieron respecto de las sociedades administradoras de derechos de ejecución. También existen diversas características similares en los métodos y técnicas utilizados en la administración de ambos grupos de organizaciones. Al mismo tiempo, existen también algunas diferencias importantes.

Una de las ellas se deriva de las disposiciones del propio Convenio de Berna. Mientras que en el caso de los llamados "derechos de ejecución", el Convenio sólo autoriza las licencias no voluntarias excepcionalmente y con ciertas condiciones, tratándose de una sola categoría de derechos (el derecho de radiodifusión y el derecho de retransmisión simultánea y sin modificaciones de la radiodifusión de las obras)[40], 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 señala que "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, en su caso; pero todas las reservas y condiciones de esta naturaleza no tendrán más que un efecto 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".[41]

El derecho de interpretación pública de obras dramáticas y dramático-musicales. La administración colectiva de las obras dramáticas ofrece el ejemplo más típico y más tradicional de administración colectiva parcial: las agencias de representación. Esta modalidad de administración colectiva se desarrolló inicialmente por la Sociedad de Autores y Compositores Dramático SACD, de Francia, y fue la primera que se ocupó de la administración colectiva del derecho de autor de sus miembros.

El derecho de suite relativo a obras de bellas artes. Conforme al párrafo 1 del artículo 14 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 perso-

40 Véase el art. 11 bis. 2) del Convenio.

41 En varios países como Estados Unidos, India, Irlanda, Japón, Rumania y Suiza, se aplican sistemas de licencias no voluntarias siguiendo los lineamientos de las disposiciones citadas del Convenio de Berna. En ellos, 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.

nas o instituciones a las que la legislación nacional confiere derechos, gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a su primera cesión operada por el autor".

Sin embargo, los párrafos 2 y 3 del mismo artículo otorgan una gran 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 su goce está sujeto a reciprocidad. Además el procedimiento de recaudación y el importe se dejan al criterio de la legislación nacional.

Por regla general, el derecho de suite se aplica a las obras de arte originales. Sin embargo, en algunos países comprende también los manuscritos originales. Es bastante poco frecuente que el derecho de suite se extienda a todas las ventas (ocurre en Brasil, Portugal y Uruguay). La gran mayoría de los países sólo aplica este derecho a las ventas en subasta pública y algunos lo hacen también a las ventas realizadas por intermedio de negociantes, ya que el criterio consiste en limitar el alcance del derecho a los casos en que es posible ejercerlo y hacerlo valer con criterio realista.

El derecho de reproducción reprográfica de obras literarias y gráficas. La reprografía fue el primero de los grandes progresos tecnológicos, posteriores a la revisión de 1971 del Convenio de Berna, que originó serios problemas de derecho de autor y frente al cual se comprobó que la administración colectiva de los derechos constituía la mejor solución posible.

Los aparatos reprográficos se ha ido perfeccionando cada vez más durante el último decenio. Son de tamaño más reducido, producen copias de mejor calidad, con mayor rapidez y a menor costo. La reciente aparición de aparatos que realizan copias en colores ha abierto nuevas posibilidades a la reproducción reprográfica de obras protegidas, sin mencionar la combinación de la reprografía con la recuperación de obras almacenadas en ordenadores (la llamada "reproducción electrónica").

En este caso se plantearon algunas cuestiones sobre los derechos mismos que debían reconocerse y su verdadera naturaleza jurídica. De la solución de esos problemas depende en gran medida la determinación de los casos y las condiciones en que la administración colectiva puede aplicarse a esta esfera.

Los llamados "derechos del artículo 12"[42]. Es decir, el derecho de radiodifusión y el derecho de comunicación al público, por otros medios, de fonogramas y de ejecuciones

42 *A veces se hace referencia a los derechos establecidos en el artículo 12 de la Convención de Roma como "derechos del artículo 12", el que señala: "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".*

incluidas en fonogramas. Algunos derechos básicos reconocidos por la Convención de Roma y por las leyes nacionales a los titulares de los llamados derechos conexos pueden ser ejercidos en forma individual sin necesidad de planes especiales de administración colectiva (aunque, por ejemplo, las condiciones de los contratos de empleo de los artistas intérpretes o ejecutantes suelen ser objeto de negociaciones colectivas entre el sindicato que los representa y los empleadores).

Sin embargo, existe una esfera de los derechos conexos en que la administración colectiva resulta indispensable: 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.

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 (una especie de licencia no voluntaria). Sin embargo, los países parte en la Convención tienen libertad para otorgar derechos exclusivos en esta materia. Algunos como Brasil, Costa Rica, Guatemala y el Reino Unido han otorgado a los productores de fonogramas el derecho de autorizar o prohibir la radiodifusión o la ejecución pública de sus fonogramas. En el caso del Reino Unido, se considera que los derecho de los productores de fonogramas forman parte del derecho de autor en una acepción más amplia de esta expresión.

El derecho de comunicación al público por cable de programas radiodifundidos. Existen dos tipos básicos de programas transmitidos por cable. El primero son los programas realizados por los propios organismos que transmiten por cable. El segundo es la transmisión simultánea y sin cambio de programas radiodifundidos y en el que surgen problemas jurídicos y prácticos que, en principio, sólo pueden resolverse por medio de licencias no voluntarias o mediante sistemas especiales de administración colectiva.

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 del Convenio de Berna, conforme al cual "los autores ... gozarán del derecho exclusivo de autorizar ... toda comunicación pública, por hilo ..., de la 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 originalmente la radiodifusión transmite el programa radiodifundido en forma simultánea y sin cambios. En tales casos, sin embargo, conforme al artículo 11 bis, el derecho exclusivo de autorización puede ser sustituido por licencias no voluntarias.

El derecho de reproducción respecto de la grabación en el hogar de obras incluidas en fonogramas y de obras audiovisuales. Los estudios realizados han demostrado que la generalizada realización de reproducciones de grabaciones sonoras en los hogares para fines privados 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.

Las razones en favor de la administración colectiva de los derechos son comunes en algunos aspectos, pero también exhiben diferencias.

En los casos del derecho de ejecución, de los derechos de reproducción reprográfica y de los derechos afectados por la retransmisión simultánea y sin cambios de programas radiodifundidos, la administración colectiva constituye un medio indispensable para el ejercicio de los derechos exclusivos a usar las utilizaciones respectivas y, en cierto modo, representa la condición para el mantenimiento de esos derechos con carácter exclusivo, como única alternativa practica a la concesión de licencias no voluntarias.

La abundancia y las condiciones de la utilización y el número y variedad de las obras empleadas, hacen prácticamente imposible para los usuarios identificar oportunamente a los titulares de derechos, gestionar su autorización, negociar sus remuneraciones y demás condiciones de utilización y pagarles las regalías en forma individual. También es imposible desde el punto de vista práctico, para los titulares de derechos, fiscalizar esas utilizaciones.

El funcionamiento de las entidades de gestión colectiva ha demostrado que ese sistema puede sustituir las licencias no voluntarias, incluso en casos tan complejos como la retransmisión simultánea y sin cambios de programa radiodifundidos, sin crear obstáculos indebidos al acceso a los derechos que los usuarios necesitan y sin perjudicar ningún interés justificado que deba tenerse en cuenta al reglamentar la protección del derecho de autor y los derechos conexos.

Sin embargo, la administración colectiva también resulta necesaria en la mayoría de los casos en que se aplica las licencias no voluntarias o donde sólo se reconoce un mero derecho a remuneración, casos en que está en juego una utilización en gran escala o resulta particularmente difícil controlar las utilizaciones.[43]

43 *En esta situación se encuentran los derechos de reproducción reprográfica, los llamados derechos conexos "del artículo 12" y los derechos afectados por la retransmisión simultánea y sin cambios, por cable, de programas radiodifundidos, en los países en que tales derechos se limitan a una remuneración (aun cuando, como ya se indicó, el ejemplo de otros países indica que la administración colectiva puede ofrecer una alternativa adecuada a las licencias no voluntarias). Otro ejemplo es la gestión colectiva del derecho a remuneración respecto de la "grabación en el hogar".*

Existen algunos derechos exclusivos (los derechos de reproducción mecánica y el derecho de interpretación pública de obras dramáticas y dramático-musicales), como ciertos derechos de remuneración (el derecho de suite), respecto de los cuales la gestión colectiva no parece constituir una necesidad absoluta.

Debe tenerse en cuenta que aunque en ciertos casos la administración colectiva resulta indispensable y en otros facilita el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos, no se justifica que su aplicación se extienda a esferas en las que sus ventajas son insignificantes. Los derechos exclusivos pueden ejercerse en forma más plena si sus titulares lo hacen en forma individual.

¿Conviene que existan diferentes organizaciones de gestión colectiva para administrar diversos derechos y los derechos de diferentes categorías de titulares?

La mayoría de las organizaciones de gestión colectiva más fuertes y antiguas (las sociedades administradoras de derechos de ejecución musical) no sólo representa en sus derechos a los autores, sino también a los editores. Lo mismo ocurre generalmente con las entidades administradoras de derechos de reproducción reprográfica. Los editores son admitidos como miembros de esas organizaciones y en algunos casos desempeñan funciones en sus órganos de dirección.

La alianza entre compositores, letristas y editores musicales es tradicional. Los editores son administradores y patrocinadores de sus compositores y los intereses de unos y otros están la mayor de las veces en armonía. Sin embargo, no debe olvidarse que también los editores son hombres de negocios y no pueden desatender factores como los ingresos y los beneficios. También existe una tendencia cada vez más pronunciada de algunos usuarios (sobre todo en la industria fonográfica y en la televisión) a adquirir el control de empresas editoriales. Por lo tanto, es indiscutible que pueden surgir algunos conflictos de intereses entre los editores y los autores, por ejemplo, al negociarse las cláusulas contractuales que determinan la participación de unos y otros en las reglas de distribución.

Los autores deben estar protegidos contra la posibilidad de que los usuarios económicamente más poderosos abusen de su situación. En varios países rigen normas legales que reglamentan algunas condiciones básicas de los contratos para proteger a los autores. En otros, los editores sólo pueden obtener licencias limitadas para dar a las obras una utilización determinada con precisión y no pueden ingresar como miembros ordinarios en las sociedades de autores.

Sin embargo, no es necesariamente contrario a los intereses de los autores que se admita a los editores como asociados en las organizaciones de gestión colectiva, e incluso que se les permita desempeñar una función activa en sus órganos de dirección. La experiencia muestra que es posible encontrar y aplicar métodos adecuados para evitar el abuso de las posiciones dominantes y que, gracias a ello, los autores y los editores pueden colaborar de manera armoniosa y eficaz en la administración conjunta de sus derechos. Ello parece constituir una importante enseñanza que puede obtenerse del ejemplo de la administración de los derechos de ejecución musical, ratificada igualmente por la experiencia de las entidades de gestión de derechos de reproducción.

Sin embargo, la estructura y el funcionamiento de ciertas organizaciones administradoras de derechos de reproducción representan a un tipo especial de "coalición" que sólo desempeñan aquellas tareas de gestión colectiva que en la práctica pueden cumplirse solamente por una organización única (como el control de las utilizaciones o la recaudación de las regalías). La distribución efectiva de las regalías se realiza por las organizaciones afiliadas a tales organizaciones de "coalición", como las sociedades de autores y las organizaciones de editores.

Es oportuno insistir en la importancia que tienen las alianzas como fuente de poder, en particular en la lucha contra la piratería de obras protegidas. En este caso probablemente sería conveniente establecer una alianza entre autores, compositores y sus respectivos productores fonográficos para lograr una efectiva protección, tanto del derecho de autor como de los derechos conexos.

Las formas de administración colectiva del tipo "coalición" predominan en el caso de ciertos derechos, como los derechos conexos "del artículo 12", los derechos afectados por la retransmisión simultánea y sin cambios de programas radiodifundidos y los derechos afectados por la grabación en el hogar. El control de las utilizaciones y la recaudación de las remuneraciones se efectúa por una organización conjunta creada con ese fin, o bien por una de las organizaciones integrantes de la "coalición" que en ese sentido representa a las demás. En ambos casos cada organización afiliada recibe su participación en las sumas recaudadas y la distribuye entre los titulares de derechos o la utiliza para fines comunes de orden social o profesional.

Hasta aquí se han analizado los casos en que la necesidad de una organización conjunta, o de una "coalición" de diversas categorías de titulares de derechos, se deriva de la propia naturaleza de las utilizaciones respectivas. Otro fundamento posible para combinar la admi-

nistración de los derechos consiste en que aunque éstos se refieran a diversas clases de utilizaciones, se aplican a la misma categoría de obras y, por consiguiente, a las mismas categorías de titulares de derechos. Así ocurre, por ejemplo, respecto de los derechos de ejecución y los "derechos de reproducción mecánica" sobre obras musicales que, algunas veces, son administrados por organizaciones independientes, pero muy a menudo lo son por una misma organización. En los casos de otras categorías de obras, es bastante corriente que una misma organización administre todos los derechos de una misma categoría.

En algunos países existen organizaciones de gestión colectiva, por lo general, públicas o semipúblicas, que administran prácticamente todas las categorías de derechos o, por lo menos, muchas de ellas independientemente de que estén o no vinculadas por la naturaleza de las utilizaciones, por las obras respectivas o por la persona de sus titulares.

Desde luego resulta difícil afirmar cuál es la mejor solución, si crear organizaciones separadas para la administración de los diversos derechos que tienen distintos titulares, o encomendar a una misma organización la administración de los diferentes derechos. No obstante, la exposición de los principales tipos de administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos muestra claramente la conveniencia o validez de la primera opción. Existen múltiples organizaciones que administran diferentes derechos, o si sólo administran una categoría de ellos, lo hacen en beneficio de diferentes categorías de titulares. Otro asunto es el de los casos y la medida en que se justifica tal acumulación.

Lo que sí parece el elemento más importante es que todas las categorías de titulares de obras cuyos derechos sólo pueden administrarse en forma colectiva, deberían tener una organización adecuada que los represente. Es más fácil evitar la subordinación de los intereses de ciertas categorías a los intereses de otras, si todas las categorías de titulares de derechos forman sociedades separadas. Al mismo tiempo, esa multiplicidad no excluye las actividades coordinadas cuando existan intereses conjuntos que pueden afirmarse con más éxito mediante una mancomunación de fuerzas.

Sin embargo, también existen argumentos a favor de que se concentre la administración colectiva en una única gran organización. En las condiciones actuales donde surgen nuevas formas de utilización a raíz de nuevas tecnologías, parece más sencillo que una sola entidad gestione los diferentes derechos vinculados entre sí. Es verdad que en las organizaciones que reúnen todos los tipos de derechos, o varios de ellos, la conciliación de los conflictos internos exige mucho más cuidado y tacto, pero la experiencia de ciertas sociedades tradicionales indica que es posible encontrar métodos y garantías adecuados para resolver ese problema.

Al mismo tiempo las organizaciones generales de derecho de autor tienen mejores posibilidades de negociación con los usuarios y de incidencia en la formulación de políticas en materia de derecho de autor. Esas organizaciones representan una fuerza más importante y concentrada en las batallas legislativas y pueden ofrecer una alternativa de mayor atractivo cuando la administración colectiva se ve enfrentada a las licencias no voluntarias.

Sólo es posible resolver país por país y caso por caso cuál de las soluciones enumeradas es la mejor[44]. No obstante, en aquellos casos en que aparezca como más conveniente que se concentre la gestión colectiva en una única gran organización, debiera considerarse el establecimiento de un marco regulador que asegure la debida protección de los derechos, tanto de los autores como de los usuarios.

¿Conviene que exista en cada país una sola organización de administración colectiva o varias para una misma categoría de derechos?

En la gran mayoría de los casos, cierta categoría de derechos se gestionan por una única entidad colectiva[45]. En lo que respecta a determinadas categorías de derechos, muchas de las ventajas fundamentales de la administración colectiva sólo puede alcanzarse mediante una única organización (la facilidad y la seguridad jurídica de la concesión de licencias de utilización, la posibilidad de autorización para emplear todo el repertorio mundial en una única licencia, la reducción considerable de los gastos administrativos, etc.). Por consiguiente, parece conveniente evitar las organizaciones paralelas y crear una única entidad para cada categoría de derechos.

Sin embargo, en aras de la eficiencia es perfectamente válido pensar en la viabilidad que existan dos o más entidades de gestión para cada categoría de derechos en la que se compita por la calidad y el precio en el servicio. Esta posibilidad supondría la creación de un mercado para la gestión colectiva donde existan los suficientes incentivos para que se genere una oferta y una demanda por el servicio.

Otra cuestión es la ausencia de organizaciones, lo que puede crear una situación de monopolio a favor de las existentes. Según ciertas opiniones, podrían existir argumentos serios para crear sociedades competitivas en las que se eliminaría cualquier posición monopólica sin necesidad de recurrir a una compleja legislación. No obstante, parecería que debido a la

44 *Por ejemplo, en algunos países en desarrollo que se encuentran en la etapa de creación de su infraestructura de derecho de autor y no están en condiciones de disponer de varias organizaciones para la gestión colectiva, puede parecer adecuada una organización global y centralizada.*

45 *Las excepciones a esta regla son escasas, pero existen, y es el caso de los Estados Unidos donde hay tres organizaciones colectivas (Ascap, BMI y Sesac) que se ocupan de los derechos de ejecución. OMPI, op. cit.*

propia naturaleza exclusiva del derecho de autor y los derechos conexos, ciertas formas de mercado, de competencia y de monopolio tienen un carácter extraño y no podrían aplicarse directamente.

¿Conviene que la administración del derecho de autor y los derechos conexos esté a cargo de organizaciones públicas o privadas?

Esta pregunta no puede responderse con carácter general, ya que depende de las condiciones políticas, económicas, culturales, sociales y jurídicas en que deba organizarse la administración colectiva. También la tradición constituye un factor importante.

En países con economías de mercado predominan las organizaciones privadas, si bien algunas tienen carácter semioficial, otras funcionan con participación estatal y otras actúan bajo una fiscalización bastante estrecha de las autoridades públicas. En países con economías planificadas son mayoritarias las instituciones públicas, pero algunas tienen carácter más bien "mixto" con órganos de dirección en los que predominan los autores. En los países en desarrollo se encuentran tanto sociedades privadas como instituciones públicas[46].

Quienes sostienen que para los países en donde la infraestructura de derecho de autor se encuentra en etapas de desarrollo relativamente iniciales, las entidades de derecho público constituyen la fórmula más adecuada, suelen referirse a las condiciones especiales que imperan en ellos. A veces, el número de autores es relativamente pequeño y carece de ingresos suficientes para asumir los gastos iniciales necesarios para la fundación de una organización de gestión colectiva. Por lo tanto, la contribución estatal es imprescindible. Además, es bastante corriente que los usuarios más importantes (como las emisoras nacionales de radio y televisión) también sean instituciones públicas con fuerte apoyo estatal, frente a las cuales una entidad pública de administración colectiva puede tener mejores posibilidades de negociar e imponer el pago de regalías adecuadas que una organización privada.

En general las organizaciones privadas parecen ajustarse mejor a la naturaleza de los derechos que se trata de administrar (derechos privados de particulares) así como al objetivo mismo de la administración colectiva de esos derechos.

En la práctica, ni el elemento privado ni el público son exclusivos en la gran mayoría de los casos. La actividad de las asociaciones privadas está fiscalizada por autoridades públicas o tienen con bastante frecuencia características semipúblicas. Y la naturaleza pública de una entidad no significa por fuerza que los titulares de derechos no puedan tomar parte, e incluso desempeñar una función decisiva, en la gestión colectiva de sus derechos.

46 Cabe destacar que las organizaciones públicas tienden a ser frecuentes en Africa.

A este respecto parecen existir dos posibilidades aceptables. La primera y fundamental es la administración colectiva de los derechos por organizaciones privadas, y la segunda, justificada bajo ciertas condiciones y en determinados países, es la administración colectiva por una institución pública, pero con garantías adecuadas para que los titulares de derechos puedan influir sobre la forma en que se administran sus derechos.

IV DIRECTRICES FUNDAMENTALES PARA MODELAR UNA SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA

LA GESTIÓN COLECTIVA Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR[47]

El trato nacional como fundamento de la gestión colectiva

Es imposible para un autor administrar individualmente sus derechos por todo el mundo, cada vez que se utilice una de sus obras. De ahí que la base de la gestión colectiva es la misma que subyace en el Convenio de Berna: el principio del trato nacional, ya que es evidente que los países no pueden igualar perfecta y absolutamente sus legislaciones y diferentes niveles de protección.

Dichas discrepancias se mantienen hasta el día de hoy. Las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT (hoy llamada Organización Mundial de Comercio, OMC) sobre aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual, conocido como acuerdo ADPIC o TRIPS, (firmado en Marruecos el 15 de abril de 1994) añadió poco a las reglas en materia de derecho de autor, excepto en lo que concierne a la aplicación de los derechos ante los tribunales u otras autoridades judiciales y administrativas (enforcement).

No obstante, si el trato nacional permite a los países conservar su autonomía legislativa dentro de los límites establecidos en acuerdos como el convenio de Berna y el ADPIC, al mismo tiempo son esas diferencias las que causan problemas.

El trato nacional y el desarrollo de la cultura nacional y del comercio internacional

El efecto básico del trato nacional es ofrecer nuevas posibilidades a los autores y asegurar el fomento de las industrias nacionales del derecho de autor, como por ejemplo la fonográfica, la de la edición, etc. Si solamente las obras nacionales pudieran ser protegidas por la legislación nacional y se distribuyesen obras extranjeras sin protección, a un precio muy debajo del de obras nacionales (no incluirían el "salario" del autor, es decir el derecho de autor, ni tampoco los ingresos de los titulares de derechos conexos), sería imposible desarrollar un mercado razonable para obras, creadores e industrias nacionales.

Esta observación se todavía más pertinente si se consideran las famosas autopistas electrónicas, llamadas también "infraestructura global de la información" que no respetan las

47 *Ver Ziegler Jean-Alexis (Francia) en el tema: "La gestión colectiva y la protección internacional del derecho de autor". Primera parte. Libro del X Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales del autor, del artista y el productor. 29 de noviembre al 2 de diciembre de 1995. Quito, Ecuador.*

fronteras de cada Estado. Con satélites, fibra óptica y otros medios de comunicación sería cada vez más difícil restringir el comercio a mercados meramente nacionales. El crecimiento de los mercados regionales, como el Pacto Andino, el Mercosur o el NAFTA, son pruebas de la regionalización del comercio internacional, un fenómeno que se observa también en el campo del derecho de autor.

ASPECTOS BÁSICOS EN LA ESTRUCTURA DE UNA SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA

La organización y funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva

En el origen de una sociedad de gestión se encuentra la manifestación de voluntad de dos o más titulares de derecho que resuelven formarla y cederle fiduciariamente o encomendarle, bajo la forma de un mandato, su repertorio de obras o producciones, sea que se trate de derechos de autor o derechos conexos. Esta circunstancia particular de la fundación de la sociedad de gestión anuncia las peculiaridades de esta organización sui generis que se presenta en el ámbito de la propiedad intelectual.

Por una parte, la gestión colectiva se manifiesta como una verdadera prolongación de las prerrogativas del titular del derecho. Por la otra, es el punto de partida de una serie de vínculos entre el autor o el titular del derecho y la entidad que le servirá de herramienta para ejercerlo.

En la relación Sociedad-Autor (o Socio), éste último es al mismo tiempo dueño y cliente de su sociedad. A pesar que la sociedad de gestión es una institución formada "por" los autores (o titulares de derechos) nacionales, la persona jurídica de la sociedad de gestión no se confunde con cada uno de los que de forma individual representan un repertorio específico y formulan demandas. Son los destinatarios fundamentales de las tareas de la sociedad y quienes juzgan más directamente el ejercicio de la administración de derechos. Más aun, resuelven la designación de sus autoridades y con ello la dirección de su gestión.

Así como el autor crea la sociedad y la gobierna a través de las autoridades que él mismo elige, al mismo tiempo le entrega la gestión de sus derechos. Se genera un vínculo similar al de una empresa y su clientela, a través de prestaciones que no sólo se limitan en este caso a intervenir en nombre de los autores en el mercado de derechos, sino también a la concesión de otras prestaciones de carácter social y cultural.

Una vez fundada la sociedad la primera cuestión a resolver es establecer de qué manera se irán incorporando otros autores y titulares. En algunas legislaciones, en particular en aque-

llas que confieren determinadas prerrogativas a las entidades de gestión (como la muy especial de actuar con legitimación activa ante las autoridades administrativas y judiciales) se establece como obligación el aceptar la administración de las obras o producciones de todo titular de derechos.

Es evidente que la sociedad de gestión incorporará la mayor cantidad de titulares para explotar economías de escala, pero es también efectivo que en la experiencia más extendida sólo se creará una sociedad de gestión por categoría de derechos. En consecuencia, dado su especial estatuto legal, es preciso cautelar y asegurar legislativamente que la sociedad de gestión brindará atención a todos los titulares.

Las sociedades de gestión, de acuerdo a la experiencia más extendida, son sociedades civiles que no persiguen fines de lucro. La organización de la entidad por lo general se estructura sobre la base de una asamblea de socios que elige un directorio o consejo de administración, el que designa los cargos ejecutivos.

Sin embargo, en muchas sociedades de gestión la aceptación del encargo de la administración del repertorio no siempre va acompañada de la adquisición de derechos políticos necesarios para participar en las asambleas de socios, como tampoco para elegir y ser elegido como miembro del cuerpo directivo de la entidad. Ello se explica si se considera que una entidad de gestión no tiene la connotación de una asociación de carácter gremial o sindical, sino que está constituida para administrar y cautelar intereses económicos de los titulares de derechos, de carácter individual y privados, de donde se concluye que las responsabilidades de quienes forman la asamblea de socios pueden repercutir de forma gravitante en los patrimonios de cada uno de los autores o titulares de derechos.

Dentro de las disposiciones especiales de fiscalización sobre gestión colectiva suele designarse a un órgano de la administración pública como encargado de la supervigilancia de las entidades autorizadas. En Argentina la fiscalización pública a la Sadaic es "por medio de auditores designados por las secretarías de Estado de Justicia y de Promoción y Asistencia a la Comunidad" (art. 2°, ley 17.648); en Chile es el Ministerio de Educación; en Colombia, la Dirección Nacional del Derecho de Autor; en España, el Ministerio de Cultura y en México, la Dirección General del Derecho de Autor.

La fiscalización estatal no concluye con los actos de control inicial y externos. En algunas legislaciones comprende también la intervención de la administración en el funcionamiento de la entidad de gestión a través de auditores que verifiquen sus resultados. En los casos de Chile y España, se obliga a las entidades autorizadas a someter el balance y la documentación

contable a verificación por parte de auditores externos nombrados por la propia asamblea de socios.

Otra modalidad es la obligación de entregar periódicamente cierta información que permita al órgano encargado de la fiscalización verificar el cumplimiento de las funciones propias de la entidad y de los requisitos que hicieron posible su autorización de funcionamiento.

Por último, diversas leyes prevén como método de control el cumplimiento de determinadas medidas de publicidad, como inscribir algunos documentos en un registro especial, o publicar cierta información en el órgano oficial del Estado. La medida más importante de publicidad dice relación con los estatutos de la entidad de gestión y sus modificaciones.

EL SISTEMA DE LEGISLACIÓN HONDUREÑO EN LA CREACIÓN DE SOCIEDADES DE GESTIÓN

Si en Honduras se llegaran a aprobar las reformas a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, la organización de una entidad de gestión colectiva se regiría, entre otros, de acuerdo a los siguientes preceptos:

art. 134.- Los titulares del derecho de autor y derechos conexos podrán formar asociaciones de gestión colectiva, sin ánimo de lucro con personalidad jurídica [...]

art. 136.- [...] las sociedades no podrán funcionar con menos de 25 socios, quienes deberán pertenecer a la misma actividad. Sólo podrán constituirse una sociedad por género de titulares.

art. 137.- Las sociedades representarán por mandato legal a nacionales, extranjeros, domiciliados o no en el país, cuyas obras se ejecuten, representen, publiquen o utilicen en cualquier forma en la república de Honduras, ... teniendo al efecto representación ante los tribunales judiciales y dependencias administrativas por el simple hecho de la afiliación o representación entre sociedades nacionales o extranjeras.

art. 138.- Las tarifas o aranceles para la cobranza periódica de los derechos de ejecución o de representación pública serán preparadas por la sociedad, teniendo en cuenta, entre otras, la categorías de los establecimientos, su capacidad económica, el volumen o valor de sus ventas o de sus entradas al respectivo espectáculo, la finalidad o la duración del mismo y las demás circunstancias pertinentes.

art. 139.- La sociedad podrá celebrar contratos con los usuarios y con las organizaciones que los representen para la ejecución y representación pública de sus obras. Las tarifas o retribuciones concertadas en dichos contratos no podrán ser menores que las que fueron aprobadas para la respectiva sociedad por el órgano regulador.

art. 140.- Las sociedades deberán suministrar a sus asociados y representados, la información periódica completa y detallada sobre todas las actividades de la organización que puedan interesar al ejercicio de sus derechos. Similar información debe ser enviada a las entidades extranjeras con las cuales mantengan contratos de representación para el territorio nacional.

art. 141.- Las entidades de gestión colectiva quedan facultadas para recaudar y distribuir las remuneraciones correspondientes a la utilización de las obras cuya administración se les haya confiado, en los términos de la presente ley y de sus estatutos, a cuyos efectos están obligadas;

1.) A contratar con quien los solicite, salvo motivo justificado, la concesión de licencias de uso de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración;
2.) A establecer las tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio. No obstante, quedan siempre a salvo aquellas clases de utilizaciones singulares de una o varias obras de cualquier clase que requieran la autorización individualizadas de su titular.

art. 142.- En los estatutos de las entidades de gestión colectiva se hará constar:

1. La denominación de la entidad;
2. El objeto o fines, con indicación de los derechos administrados;
3. Las clases de derechos comprendidos en la gestión y la participación de cada categoría de titulares en la dirección o administración de la entidad;
4. Las condiciones para la adquisición y pérdida de la calidad de asociado;
5. Los derechos de los asociados y representados;
6. Los deberes de los asociados y representados y su régimen disciplinario;
7. Los órganos de gobierno y sus respectivas competencias;
8. El procedimiento para la elección de las autoridades;
9. El patrimonio inicial y los recursos económicos previstos;
10. Las reglas para la aprobación de las normas de recaudación y distribución;
11. El régimen de control y fiscalización de la gestión económica y financiera de la entidad;
12. La oportunidad de presentación del balance y la memoria de las actividades realizadas anualmente, así como el procedimiento para la verificación del balance y su documentación, y;
13. El destino del patrimonio de la entidad en caso de disolución.

art. 143.- El reparto de los derechos recaudados se efectuará equitativamente entre los titulares de los derechos administrados, con arreglo a un sistema predeterminado y aprobado, conforme lo dispongan los estatutos, de manera justa y aplicando el principio de la distribución en forma proporcional a la utilización de las obras, interpretaciones o producciones según los casos.

art. 144.- Las entidades de gestión están obligadas a notificar al órgano regulador, los nombramientos y cambios de sus administradores y apoderados, las tarifas generales y sus modificaciones, los contratos celebrados con una asociación de usuarios y los concertados con entidades extranjeras de la misma naturaleza y todos los que correspondan a esta ley.

art. 145.- Las autoridades municipales, de gobernación y de seguridad pública, solamente permitirán la realización de espectáculos y audiciones públicas, mediante la previa constatación de haberse obtenido la autorización de los titulares de los derechos y de las sociedades de gestión en su caso, y el pago de la remuneración fijada en los aranceles correspondientes.

V CONCLUSIONES

Hablar de políticas públicas sobre propiedad intelectual implica no sólo promulgar leyes y reglamentos sobre la materia, sino que también autorizar y regular la creación de nuevas instituciones capaces de impedir los abusos y capturar los beneficios externos que producen los bienes intelectuales.

Honduras a pesar de que cuenta con una legislación de propiedad intelectual, no establece o define claramente los derechos de autor y derechos conexos. Tampoco otorga garantías suficientes para ejecutarlos y transferirlos en forma eficiente.

Del análisis realizado en el presente estudio es posible destacar algunos aspectos básicos para una efectiva protección a la propiedad intelectual:

a) La propiedad intelectual de las obras artísticas, literarias o científicas, por tener características de bien público, presenta un doble problema para su protección plena. En primer lugar, se hace inviable controlar e impedir los abusos (piratería) que recaen sobre las creaciones intelectuales a través de un sistema legal como el utilizado para las cosas materiales. En segundo término, para algunos tipos de obras y utilizaciones se produce lo que los economistas llaman la conducta del free rider (o problema del polizón).

b) Para que un enfoque de derechos de propiedad intelectual funcione correctamente, es decir, para que proporcione una aproximación al nivel eficiente de explotación, deben satisfacerse algunas condiciones fundamentales como:[48]

- Los derechos de propiedad intelectual deben ser claramente definidos, ejecutables y transferibles.
- Debe haber un mecanismo razonablemente eficiente para las partes interesadas con el fin de que se reúnan y negocien la manera en que se usarán algunos tipos de obras y de utilizaciones.
- Debe haber un conjunto completo de mercados, de manera que los propietarios (autores o titulares de obras y producciones) puedan capturar todos los valores sociales asociados con la utilización de sus creaciones intelectuales.

c) La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos se justifica cuando en la práctica tales derechos, por el número y circunstancias relativas a las utilizaciones, no pueden ejercerse ni negociarse de manera individual; o cuando desde el punto de

48 *Ver Coase R. H. (1994). La empresa, el mercado y la ley. Alianza Editorial.*

vista económico ello sea desventajoso. Siempre que sea posible la administración colectiva debe aplicarse en sustitución del régimen de licencias no voluntarias. No es conveniente extender la administración colectiva a derechos que pueden gestionarse en forma individual.

d) Debería respetarse la libertad de asociación de los derechohabientes en lo relativo a su elección entre el ejercicio o negociación individual, o la administración colectiva de sus derechos. La gestión colectiva no debería ser obligatoria para los derechos exclusivos que, según el Convenio de Berna y la Convención de Roma, no deben limitarse a un simple derecho a remuneración.

e) La gestión colectiva plena se basa en derechos exclusivos y comprende la negociación de las remuneraciones que han de pagarse y otras condiciones para las utilizaciones, la autorización de las utilizaciones, su supervisión, la defensa de los derechos, la recaudación de las regalías y su distribución entre los titulares de derechos.

f) Depende de las condiciones y tradiciones políticas, económicas y jurídicas de los países la existencia de una única entidad general de gestión colectiva o de sociedades separadas para los diversos derechos y las diferentes categorías de titulares. Las ventajas de las entidades separadas consisten en que mediante ellas los titulares de determinados derechos pueden defender de modo más directo y completo sus intereses particulares. La ventaja de una organización general reside en que puede resolver más fácilmente los problemas derivados de nuevas formas de utilización y hacer valer con mayor eficacia los intereses generales de los titulares de derechos. Si existen ambas es preciso que haya una estrecha colaboración y, a veces, se tomen medidas conjuntas mediante "coaliciones" especiales. En el caso de una organización general, deberán existir garantías que impidan la desatención de los intereses de ciertas categorías de titulares de derechos.[49]

g) Entre las razones para una gestión colectiva están el hecho que las modernas tecnologías produzcan una diversidad de explotaciones, lo que hace que el autor no pueda controlar individualmente el uso de su obra, y el usuario no pueda obtener la licencia del autor.

49 El contenido de las conclusiones de los incisos c), d), e), y f), está basado en los consejos y reflexiones planteados en el "Estudio y asesoramiento sobre la creación de sociedades de gestión colectiva, publicado por la OMPI, Ginebra, 1991.

h) Las entidades de gestión se caracterizan por ser corporaciones de derecho privado sin fines de lucro, de carácter único por género de derechos administrados, obligadas legalmente a aceptar la administración de derechos y a conceder licencias de uso de repertorio, dotadas de legitimación activa para representar a sus asociados y fiscalizadas externamente por el Estado y auditorías independientes.

i) Los derechos administrados colectivamente se dividen en dos áreas: los derechos de comunicación pública y reproducción de obras musicales, derechos de representación de obras dramáticas, ***droit de suite*** (derecho de seguimiento) de obras plásticas y derechos de reprografía de obras literarias, en lo que concierne a los derechos de autor. La segunda área está formada por los derechos de comunicación pública de fonogramas y derechos de comunicación pública de películas y videogramas, respecto a los derechos conexos.

j) Entre los requisitos para la gestión colectiva del "pequeño derecho" están los socios, el repertorio de obras y/o fonogramas, recursos humanos y materiales y la autorización legal. Los socios abarcan a los autores y compositores y a los editores. En los derechos conexos comprende a los artistas, intérpretes y ejecutantes, así como a los productores de fonogramas.

k) Es importante la acción fiscalizadora del Estado para dar transparencia a la gestión colectiva y contribuir a evitar conflictos que pudieran suscitarse entre administradores y administrados por una falta de conocimiento de las complejas actividades de administración y reparto. Más aún, debe considerarse que estas entidades son depositarias de la fe pública, en particular respecto de aquellas que otorgan licencias de amplísimos repertorios, por lo que deben garantizar el uso legítimo de los mismos a aquellos usuarios que requieran su empleo.

BIBLIOGRAFÍA

1 Cámara Argentina del Libro (1994). Fotocopiar libros es delito. Buenos Aires, Argentina.

2 COASE R. H. (1994). La empresa, el mercado y la ley. Alianza Editorial.

3 Convenios sobre derechos de autor y derechos conexos. Berna, Roma y Ginebra.

4 DELGADO, P. ANTONIO (1988). Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual. Madrid.

5 DIARIO EL MERCURIO, Santiago, Chile, 7 de enero de 1996.

6 DIARIOS EL PERIÓDICO Y LA TRIBUNA. TEGUCIGALPA, HONDURAS. 21 de septiembre de 1994.

7 DOMÍNGUEZ, M. JOSÉ M. Provisión y producción de servicios colectivos: principales aspectos teóricos y metodológicos. Universidad de Málaga.

8 FRANK, H. ROBERT (1992). Microeconomía y conducta. Mac Graw Hill, Madrid.

9 HUERTA, M. V., Comunicación personal. Sadaic. Julio 1996.

10 INSTITUTO DE DERECHO DE AUTOR. Sadaic. Reproducción ilícita, sanciones penales, doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires.

11 LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE HONDURAS, Decreto 141-93.

12 LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE CHILE, N° 17.336.

13 MARIZCURRENA, O. MARTÍN. (1993). La gestión colectiva de los derechos conexos y sus relaciones con la gestión colectiva de los derechos de autor. Curso sobre derecho de autor y derechos conexos, organizado por la OMPI en cooperación con el gobierno de la República del Paraguay y con la asistencia de la Suisa, San Bernardino.

14 MARIZCURRENA, O. MARTÍN (1996). Gestión colectiva parcial gran derecho. Modos de administración mixta. Los problemas de recaudación. Curso regional de la OMPI para países de América Latina sobre las nuevas tendencias en la protección internacional del derecho de autor y de los derechos conexos, en cooperación con la Oficina Nacional de Derecho de Autor de la República Dominicana y con la Sociedad General de Autores y Editores de España, SGAE, Santo Domingo.

15. MARIZCURRENA, O. MARTÍN (1996). El panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en América Latina. Estructuras de gestión supranacionales (latinoautor). Curso regional de la OMPI para países de América Latina, Santo Domingo.

16. MUÑOZ, OSCAR (ED). Después de las privatizaciones hacia un Estado regulador. Ed. Cieplan, Santiago, 1993.

17. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OMPI, (1991). Administración colectiva de derechos de autor y derechos conexos. Ginebra.

18. RODRÍGUEZ, M. LEANDRO (1996). Las licencias en la gestión colectiva completa "pequeño derecho". Estructura y condiciones económicas (tarifa/aranceles), Curso regional de la OMPI para países de América Latina, Santo Domingo.

19. SANTIAGO, VANISA (1996). Concurrencia de distintas sociedades en una misma gestión: experiencia en América Latina. Curso regional de la OMPI para países de América Latina, Santo Domingo.

20. SANTIAGO, VANISA. (1993). Sociedades de gestión colectiva, seminar on copyright for Central American countries and the Caribbean basin, organizado por la OMPI y el Instituto Internacional de la Oficina del copyright de los Estados Unidos, Washington, D.C.

21. SCHUSTER, SANTIAGO (1993). La fiscalización estatal de la gestión colectiva de los derechos intelectuales. Curso sobre derecho de autor y derechos conexos, organizado por la OMPI en cooperación con el gobierno de la República del Paraguay y con la asistencia de la Suisa, San Bernardino.

22. SCHUSTER, SANTIAGO (1996). Las sociedades de gestión y las normas sobre la libre competencia. El control de las tarifas. Curso regional de la OMPI para países de América Latina, Santo Domingo.

23. SCHUSTER, SANTIAGO (1996). Los administrados. Sus relaciones con sus sociedades. Posibles formas de coordinación de sociedades de diferentes categorías de titulares frente a los usuarios de explotación de multimedia. Curso regional de la OMPI para países de América Latina, Santo Domingo.

24. STEINHARDT, D. JEFFREY Y NEFF E. RICHARD (1994) Authors´ rights in Latin America. The quarterly of economics and finance, vol. 34, special issue, summer, pages 117-149.

25. STIGLITZ, J. C. (1992). La economía del sector público. Nueva York, W. Norton, A Bosch, Barcelona.

26. TIROLE, J. (1988). The theory of industrial organization. Cambridge, Mass: MIT press.

27. UCHTENHAGEN, ULRICH (1994). Gestión colectiva: virtudes y errores. II Congreso Iberoamericano de derecho de autor y derechos conexos. III, 803-817. Lisboa.

28. UCHTENHAGEN, ULRICH (1996). Documentación y reparto en las sociedades de gestión de derecho de autor y derechos conexos. Curso regional de la OMPI para países de América Latina, Santo Domingo.

29. ZIEGLER, JEAN-ALEXIS (1995). La gestión colectiva y la protección internacional del derecho de autor. Libro del X Congreso internacional sobre la protección de los derechos intelectuales del autor, del artista y el productor. Tema VI, 192-204. Ecuador.