

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA GESTIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

ANA MARÍA PÉREZ*

La evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación sin duda ha puesto en jaque la estabilidad de los sistemas jurídicos de protección del derecho de autor en el ámbito mundial. Dichos sistemas fueron concebidos con la finalidad de otorgar una protección local a las obras del espíritu divulgadas físicamente dentro de un territorio con fronteras definidas. Internet constituye un entorno desprovisto de fronteras y por consiguiente un espacio sobre el cual es difícil imponer reglas locales.

Esta evolución pone de manifiesto la necesidad de crear un marco legislativo supranacional capaz de reglamentar eficazmente el derecho de autor en el entorno digital. La solución reposa entonces en las manos del legislador, quien tiene el desafío de armonizar los diferentes sistemas a escala internacional. La legislación supranacional debe cumplir principalmente dos objetivos: proteger los derechos de autor en el entorno digital y asegurar su comercialización mundial mediante el otorgamiento de licencias multiterritoriales y multirrepertorio.

El objetivo de este artículo es analizar desde una perspectiva jurídico-económica la gestión de derechos de autor, instrumento que permite el otorgamiento de las licencias descritas. Nuestro análisis nos permitirá evaluar comparativamente las virtudes económicas de dos tipos de gestión de derechos de autor: la gestión individual que puede ser efectuada directamente por el autor y la gestión colectiva, ejercida por las sociedades de gestión colectiva de derechos.

Nuestro análisis se centrará en dos categorías de personas: el titular de derechos, por una parte, quien independientemente del tipo de gestión que haya privilegiado¹ debe tener en cuenta cuatro actividades en el ejercicio de la gestión: la negocia-

* Abogada, Avocat à la Cour Barra de Paris, Lexplana Avocats; LL.M. en análisis económico del derecho, Universidad de Utrecht, Holanda; doctoranda de las universidades de Nantes en Francia y Ludwig-Maximilians-Universität, en Alemania. Site Internet: www.lexplana.com. Correo-e: amperez@lexplana.com. Fecha de recepción: 4 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 22 de julio de 2011.

1. Individual o colectiva.

ción de licencias con los usuarios² potenciales; la autorización de la explotación de la obra; la recaudación de las regalías y el control que debe ser ejercido sobre el usuario para vigilar el cumplimiento del contrato de licencia. El usuario, por otra parte, quien debe desarrollar tres actividades a la hora de explotar las obras del espíritu: determinar quién es el (o los) titular(es) de la obra que se desea explotar; negociar con el (o los) titular(es) de derechos el contenido de la licencia y pagar las regalías correspondientes.

Nuestro análisis abarcará cuatro campos. Primero, abordaremos las divergencias de información en la gestión de derechos y particularmente los costos ligados a la gestión de los derechos de autor (1.). Enseguida trataremos en un segundo punto la naturaleza económica de las sociedades de gestión colectiva (2.). Posteriormente haremos referencia a los riesgos que pueden existir en el ejercicio de la gestión de los derechos de autor (3.), para finalmente analizar las relaciones entre los miembros adherentes de la sociedad de gestión colectiva y la sociedad misma (4).

I. LOS COSTOS TRANSACCIONALES LIGADOS A LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

La determinación entre la gestión colectiva o la gestión individual dependerá en gran medida de los costos involucrados en ella. Para el análisis de los costos ligados a la gestión de derechos de autor haremos recurso a la teoría de los costos transaccionales³, según la cual los costos de transacción corresponden a los costos de negociación. Transponiendo esta teoría a la gestión de derechos de autor, los costos transaccionales corresponden a los costos que pueden intervenir en el proceso de negociación de la licencia.

Estos costos pueden ser clasificados en tres: de búsqueda y de información, de negociación de la licencia y de ejecución del contrato de licencia. Cada parte del contrato de licencia debe asumir un tipo diferente de costo según la actividad que sea desarrollada. La siguiente tabla permite ilustrar estos costos:

2. Debe entenderse por usuario la parte cocontratante en el contrato de licencia.

3. La teoría de los costos transaccionales ha sido desarrollada por el economista Ronald Coase en dos obras particularmente: *The nature of the firm*, *Economica* (1937) y *The problem of the social cost*, 3 *J. Law & Econ.*, 1 (1960). En estos artículos, Coase establece un marco general para analizar la transferencia de derechos de propiedad y la responsabilidad de esta transferencia en términos económicos. La teoría es ilustrada por medio de casos en los cuales una persona causa un daño a otra. Coase analiza entonces las diferentes opciones de negociación para efectuar el resarcimiento del daño sin tener necesidad de acudir a la ley. El análisis es efectuado en términos de costos. Así, los costos transaccionales serán los costos relacionados con la negociación.

	Actividad	Costos
Autor	Búsqueda de consumidores potenciales	Costos de búsqueda y de información
	Negociación de la licencia	Costos de negociación
	Concesión de autorizaciones para explotar y utilizar la obra	Costos de negociación
	Recolección de las regalías	Costos de ejecución del contrato de licencia
	Vigilancia y control del buen uso de las obras	Costos de ejecución del contrato de licencia
Consumidor	Identificación de los titulares de derechos	Costos de búsqueda y de información
	Negociación de la licencia	Costos de negociación
	Pago de las regalías	Costos de ejecución del contrato de licencia

A continuación abordaremos en detalle cada uno de estos costos:

A. LOS COSTOS DE BÚSQUEDA Y DE INFORMACIÓN

Las obras protegidas por el derecho de autor se comercializan en un mercado de competencia monopolística (Pérez Gómez Tétré, 2007: 3 y ss.). Este mercado implica la existencia de una pluralidad tanto de titulares de derechos como de usuarios. Esta pluralidad de personas puede inducir en error tanto al titular de derechos como al usuario en cuanto a la determinación de la calidad de las partes co-contratantes en el contrato de licencia.

La búsqueda de las partes en el contrato de licencia constituye un primer costo. Al analizar este costo a la luz de la gestión individual llegamos a dos conclusiones: para el titular de derechos es fundamental obtener información concreta en relación a quién puede ser el usuario potencial de su obra con miras a invertir en la campaña publicitaria de comercialización. Esta campaña servirá como señales de mercado enviadas por el titular de derechos a los usuarios potenciales, y de ahí el interés de saber identificarlos. Para el usuario, los costos de búsqueda y de información pueden aumentar sensiblemente cuando existe una pluralidad de titulares de derechos. Esto explica la importancia de tener acceso a las informaciones necesarias para determinar quién es el verdadero titular de derechos. Un ejemplo lo constituyen las obras multimedia en las cuales existen varios titulares de derechos.

En la gestión colectiva los costos de búsqueda y de información se reducen para ambas partes. De hecho, las sociedades de gestión colectiva cumplen un papel indispensable en la centralización de la información. Tanto los titulares de derechos como los usuarios obtienen informaciones concretas a través de la sociedad de gestión colectiva, lo que les permite reducir los costos transaccionales. El titular de derechos no debe preocuparse por efectuar un estudio de mercado que le permita

determinar el tipo de usuario potencial de su obra, porque la sociedad de gestión colectiva divulgará la obra en sus catálogos por tipo.

El usuario, quien ha definido sus preferencias con antelación, solicitará a la sociedad de gestión colectiva una licencia por el tipo de obra que le interesa. Él no deberá preocuparse por determinar quiénes son los verdaderos titulares de derechos, pues la sociedad de gestión colectiva ya ha efectuado esta labor previamente. Esta reducción de costos cobra una gran importancia cuando el usuario desea obtener una licencia por una multiplicidad de obras (Mutoro, Donoso, 2007: 6), toda vez que la sociedad de gestión colectiva está en la capacidad de otorgar licencias globales⁴ por un conjunto de obras.

B. LOS COSTOS DE NEGOCIACIÓN

Los costos de negociación tienen lugar cuando las partes discuten los términos y condiciones del contrato de licencia.

Los costos transaccionales pueden variar según el tipo de contrato. Así, un contrato en el cual las posibilidades de negociación de las cláusulas son mínimas involucrará costos de transacción reducidos, toda vez que la parte co-contratante tiene simplemente la posibilidad de adherir al contrato⁵. Los costos aumentarán para ambas partes en el caso de contratos a la medida o simplemente cuando el contrato permite cierta margen de negociación de las cláusulas.

El tipo de información a la que se tiene acceso constituye un elemento fundamental en la determinación de los costos de negociación. Si la información es pública, los costos transaccionales serán reducidos⁶. Sin embargo, si la información no es pública, como es el caso de los contratos de licencia, los costos de transacción serán más elevados. El costo de negociación adquirirá una relevancia mayor cuando las partes tienen informaciones divergentes. Esta hipótesis puede tener lugar frecuentemente en el caso de la gestión individual, porque el titular de derechos que no es un especialista en la comercialización de las obras puede tener informaciones aproximativas pero no precisas sobre el mercado de la obra. Él puede fijar por su obra un precio que no corresponde a la demanda o, por el contrario, puede encontrarse en una posición desventajosa a la hora de negociar con un usuario bien posicionado en el mercado quien puede obligarlo a aceptar condiciones desventajosas en relación con el precio⁷.

4. Blanket license.

5. Un ejemplo clásico son los contratos estandarizados o los contratos *clickwrap* o *shrinkwrap*.

6. Por ejemplo la persona que compra un CD en una tienda de discos conoce claramente las condiciones del contrato de compra-venta.

7. Puede ser el caso de un titular de derechos que efectúa una gestión individual de sus derechos quien comercializa una obra fonográfica y quien negocia con una estación de radio conocida. Por regla general, la estación de radio goza de una presencia importante en el mercado y gracias a ello tendrá acceso a informaciones más precisas sobre el mercado. Por consiguiente, la estación de radio tendrá una posición de negociación

Dentro del marco de la gestión individual de derechos, las partes deben negociar las condiciones del contrato de licencia de manera individual, es decir, el titular de derechos debe negociar las condiciones del contrato con cada uno de los usuarios potenciales de su obra. Es un costo que se presenta para ambas partes porque el titular de derechos debe negociar con cada uno de los usuarios potenciales y el usuario debe negociar con cada uno de los titulares de derechos. Los costos transaccionales van a multiplicarse según el número de licencias que quiera otorgarse.

En cuanto a la gestión colectiva, las sociedades de gestión colectiva se especializan por lo general en la gestión de un género o tipo específico de obra⁸. Esta especialización les permite tener acceso a informaciones precisas relativas al mercado en el que se comercializa el tipo específico de obras. La fijación del precio por la obra se simplifica dado que la sociedad de gestión colectiva tiene un verdadero conocimiento de la demanda relacionada con el tipo de obra comercializada. Así, el precio fijado por la obra corresponde frecuentemente con la demanda.

La posibilidad para la sociedad de gestión colectiva de gozar de una posición de negociación fuerte frente a los intermediarios le permite fijar las condiciones en el contrato. Además, las sociedades de gestión colectiva poseen mecanismos que les permiten fijar colectivamente las tarifas de la licencia. Estos mecanismos permiten no solo la reducción de los costos descritos sino la disminución de la competencia entre los miembros adherentes a la sociedad de gestión obteniendo beneficios monopolísticos (Towse y Handke, 2007: 25 y 26).

La sociedad de gestión colectiva negocia las condiciones del contrato de licencia en nombre de todos sus miembros. De esta manera, el titular de derechos miembro de la sociedad de gestión colectiva va solamente a pagar una fracción del costo total (Hollander, 1984: 201) pero va beneficiarse de la percepción colectiva de regalías, como lo veremos más adelante.

C. LOS COSTOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LICENCIA

Los costos de ejecución del contrato pueden variar según el tipo de contrato. Así, un contrato de ejecución inmediata⁹ no genera grandes costos transaccionales. Sin embargo, el contrato de licencia, al no ser un contrato de ejecución inmediata, genera costos de ejecución. Por regla general, este contrato es establecido por escrito, lo que conlleva un costo adicional. Además, en el contrato de licencia el titular de derechos está en la necesidad de controlar y vigilar el buen uso que el usuario

más fuerte que el titular de derechos a la hora de negociar el contrato de licencia. De esta manera, la estación de radio puede tener la posibilidad de imponer sus condiciones contractuales al titular de derechos. Por ejemplo, la estación de radio puede obligar al titular de derechos a conferirle derechos de explotación sobre diversos medios por el precio de un solo medio de comunicación.

8. En el mercado existen sociedades de gestión colectiva especializadas en la administración de obras fonográficas, literarias, audiovisuales, etc.

9. El ejemplo de la compra del CD en una tienda de discos permite ilustrar este caso.

da a la obra para detectar posibles usos indebidos. Esta actividad requiere grandes inversiones en recursos tanto monetarios como humanos. El costo de la puesta en marcha de un mecanismo de vigilancia y de control del buen uso de la obra puede variar substancialmente de un tipo de obra a otro. Así, según el tipo de obra los medios de utilización pueden variar ostensiblemente. Tomando el ejemplo de la obra fonográfica, ésta puede ser utilizada en diversos medios: estaciones de radio, estaciones de *streaming*, sitios públicos, timbres telefónicos, mensajes telefónicos de espera en línea, establecimientos privados que permiten la afluencia de público (consultorios médicos, peluquerías, etc.), entre otros. Para el autor que efectúa una gestión individual de sus derechos resulta casi imposible de vigilar y de contralorar todos los medios en los cuales su obra es utilizada¹⁰.

La percepción de las regalías constituye un costo elevado para el autor que administra individualmente sus derechos. Este costo aumenta a medida que aumenta el número de licencias otorgadas por el titular de derechos. Las sociedades de gestión colectiva tienen la posibilidad de actuar en nombre y representación de todos sus miembros, lo que permite hacer economías de escala. Este mismo principio se aplica no solo a la percepción de las regalías sino al control y a la vigilancia de las obras.

II. LA NATURALEZA ECONÓMICA DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

La gestión colectiva de derechos puede ser efectuada bajo tres tipos de mercados. El primero es establecido por el legislador, quien confiere un monopolio legal a las sociedades de gestión colectiva. Entre los pocos países que han adoptado este mecanismo están Austria¹¹, Italia¹², Holanda¹³ y Dinamarca¹⁴. El segundo mercado es determinado por las leyes del mercado según las cuales es más rentable y benéfico para la sociedad proveer el servicio de gestión de derechos a través de una sola sociedad de gestión colectiva, lo que es la práctica corriente en la mayoría de países. Se trata en este caso de un monopolio natural. La tercera opción es el

10. La dificultad de vigilar y de controlar el uso de la obra se ha visto agravado con la facilidad de comunicación de obras protegidas en Internet.

11. Budensgesetz über Verwertungsgesellschaften, Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich I, n.º 9, 13 Janvier, 2006.

12. Ley italiana del 22 de abril 1941, n.º 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, artículo 180 [1] sobre las entidades de derechos público para la cooperación y el ejercicio del derecho de autor, confiere a la Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE) el monopolio legal de la gestión colectiva.

13. El legislador holandés confirió el monopolio de la gestión colectiva de derechos a las entidades BUMA, Reprorecht, De Thuis kopie, SENA y Leenrecht (SÉNAT, 1997: 37).

14. El legislador danés no nomina explícitamente las entidades investidas del monopolio sino que se limita a enunciar un marco jurídico en los siguientes términos: es investido de un monopolio legal el organismo designado para administrar los derechos de ejecución de obras musicales así como aquellos investidos con la facultad de administrar derechos que son obligatoriamente administrados colectivamente (SÉNAT, 1997: 20).

mercado competitivo según el cual las diferentes sociedades de gestión colectiva están en competencia, como ocurre en Estados Unidos.

Las siguientes líneas serán dedicadas particularmente al monopolio natural dado que es la opción que se presenta más frecuentemente en el ejercicio de la administración de los derechos de autor en el ámbito mundial.

A. LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS COMO MONOPOLIOS NATURALES

El monopolio natural tiene lugar cuando económicamente es más rentable que una sola entidad provea un bien o un servicio determinado a la sociedad. Son las condiciones del mercado las que conllevan naturalmente a la creación del monopolio. Es el caso de las sociedades de gestión colectiva, que en el desarrollo de las actividades de otorgamiento de licencias, de control de la buena utilización de la obra, de la percepción y de la repartición de regalías pueden ser más rentables actuando solas en el mercado que compitiendo con otras sociedades de gestión colectiva. Estas sociedades gozan de una posición dominante en el mercado, lo que les permite actuar como única entidad capaz de otorgar licencias y de administrar los derechos (Kretschmer, 2002: 26).

La gestión de derechos de autor es una actividad que implica una gran sectorización. Como ya lo hemos evocado, es la razón por la cual es frecuente contar con la presencia en el mercado de varias sociedades de gestión colectiva especializadas en sectores culturales diferentes¹⁵ y en obras diferentes¹⁶. La especialización obliga a determinar el mercado sobre el cual la gestión va a ser desarrollada. Este mercado de nicho implica la existencia de una oferta y de una demanda especializada que puede ser puntual dentro de un mismo sector según el género. Por ejemplo, un

15. Algunos de estos sectores son: la música, la literatura, las obras multimedia y los videos, la fotografía, los diseños y modelos industriales, las artes plásticas, la reproducción mecánica de obras y los fonogramas, entre otros.

16. Las sociedades de gestión colectiva pueden clasificarse según el tipo de obra que administran. En Europa esta sectorización es bien definida; tomaremos el ejemplo de Francia y de Alemania para ilustrar esta sectorización. Algunas de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor que existen en Francia en el sector de la industria fonográfica son: la SCPP, *Société Civile des Producteurs Phonographiques*; la SPPE, *Société des Producteurs de Phonogrammes en France*; la SACEM, *Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique* y la SDRM, *Société pour l'administration du Droit de Reproduction Mécanique des auteurs*. En el sector del diseño y de las artes gráficas se encuentran la SPADEM, *Société de la Propriété Artistique et des Dessins et Modèles* y la ADAGP, *Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques*. En el sector de las artes dramáticas están la SACD, *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques* y en el sector de las obras multimedia la SCAM, *Société Civile des Auteurs Multimédia*. En Alemania existe una sectorización similar: algunas de las sociedades de gestión colectiva en el sector fonográfico son la GEMA, *Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrecht* y VG Musik-Edition. En el sector audiovisual algunas de las sociedades de gestión son: VFF, *Verwertungsgesellschaft der Film- und Fernsehproduzenten*; GWFF, *Gesellschaft zur Wahrnehmung von Film- und Fernsehrechten*; VGF, *Verwertungsgesellschaft für Nutzungsrechte an Filmwerken mbH*, GÜFA, *Gesellschaft zur Übernahme und Wahrnehmung von Filmaufführungsrechten mb* y en el sector de las artes plásticas GVL, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten*; BILD-KUNST, *Verwertungsgesellschaft Bildkunst*.

mercado especializado en el sector de la música puede estar dividido en varios géneros musicales¹⁷. Teniendo en cuenta la división por géneros, la talla del mercado es aún más reducida (Pollaud-Dulian, 2005: 685). De ahí el interés de tener únicamente una sociedad de gestión colectiva para administrar los derechos. En contraposición, la instauración de un sistema competitivo de gestión de derechos por género implicaría una multiplicación de costos de gestión.

Como todo monopolio, el monopolio natural puede conllevar a un abuso de posición dominante. Por esta razón resulta indispensable instituir organismos estatales de control, que vigilen particularmente la fijación de las condiciones de utilización y del precio fijado por la obra (Varian, 2003: 431), la negación del otorgamiento de licencias sobre ciertos usos sin justificación y la discriminación sin razón de los usuarios pertenecientes a una misma categoría (Ficsor, 2002: 144).

La sociedad de gestión colectiva se encuentra en una posición de fuerza para representar a sus miembros adherentes en la negociación de las tarifas y en las discusiones de *lobbying*. Ella constituye una central de información en la que tanto autores como usuarios pueden apoyarse.

B. COMPETENCIA ENTRE SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

En mayo de 2005, la Comisión Europea emitió una recomendación relativa a la gestión transfronteriza del derecho de autor y de los derechos conexos al derecho de autor en el campo de los servicios lícitos de música en línea¹⁸. Esta recomendación está centrada en la promoción de la competencia entre las diferentes sociedades de gestión colectiva en el suelo europeo para la administración de obras fonográficas diseminadas en línea. Ella es el fruto de una serie de iniciativas europeas de armonización legislativa del marco jurídico aplicable a la protección del derecho de autor en redes digitales.

Otros instrumentos que han sido utilizados por la Unión Europea para armonizar el marco jurídico aplicable a la gestión colectiva del derecho de autor son: el reporte sobre un marco legislativo comunitario para las sociedades de gestión colectiva de derechos¹⁹, que dio origen a la resolución del parlamento sobre el mismo tema en 2004²⁰, seguida por la comunicación²¹ y la recomendación²² de la

17. Algunos géneros musicales por citar algunos pueden ser la música: clásica, el hip hop, el jazz, la salsa, etc.

18. Recomendación de la Comisión Europea 2005/737/CE, del 18 mayo 2005, gaceta oficial L 276 del 21 de octubre 2005.

19. Parlamento Europeo, Comisión jurídica y del mercado interno, Raina Mercedes Echerer (ponente), *Rapport sur un cadre communautaire pour les sociétés de gestion collective du droit d'auteur*, (2002/2274(INI)).

20. Résolution du Parlement européen du 13 mars 2007 sur la recommandation de la Commission du 18 octobre relative a la gestion colectiva transfronteriza de los derechos de autor y de los derechos vecinos al derecho de autor en el dominio de los servicios lícitos de música en línea (2005/737/CE) (2006/2008(INI)).

21. Comunicación de la Comisión Europea sobre gestión del derecho de autor y de los derechos conexos al derecho de autor en el mercado interno, del 6 abril de 2004, Com[2004]261 final.

Comisión Europea sobre la misma cuestión. Las siguientes líneas serán dedicadas al análisis de las ventajas y de los inconvenientes del establecimiento del mercado de libre competencia entre sociedades de gestión colectiva.

1. Ventajas de la competencia entre sociedades de gestión colectiva

En un mercado competitivo, las sociedades de gestión colectiva deben proponer servicios competitivos con la finalidad de atraer la mayor cantidad de titulares de derechos y de usuarios. La sociedad de gestión colectiva debe esforzarse por ofrecer un servicio completo a un precio competitivo. Para el titular de derechos el costo de la adhesión y la tasa de repartición de las regalías serán elementos indispensables en la selección de la sociedad de gestión colectiva. El usuario, por su parte, se concentrará en el precio de la licencia y en el contenido del repertorio para efectuar su selección.

Otra de las ventajas que conlleva la competencia entre sociedades de gestión colectiva es la necesidad de transparencia frente al titular de derechos y al usuario.

2. Inconvenientes de la competencia entre sociedades de gestión colectiva

Una vez que el poder del mercado se concentra en manos de apenas un puñado de sociedades de gestión colectiva existe el riesgo de creación de mercados oligopolísticos. El tamaño de la sociedad de gestión colectiva va a jugar un papel importante en la creación de este mercado oligopolístico. Así, aquellas sociedades de gestión de gran talla son económicamente estables y tienen la capacidad de atraer tanto a los titulares de derechos como a los consumidores. Ellas poseen repertorios consistentes, sistemas de control y vigilancia eficaces, etc., lo que les permite gozar de una posición ventajosa en relación con las sociedades de gestión colectiva de talla menor. Una sociedad de gestión colectiva dedicada principalmente al mercado local estará en desventaja frente a una sociedad de gestión colectiva importante que incluya no solo el repertorio local sino repertorios extranjeros²³. Tanto los titulares de derecho como los usuarios privilegiarán la sociedad de talla mayor, que tiene mayor potencial para administrar la obra²⁴.

El autor de una obra del espíritu se verá forzado a adherir como miembro de varias sociedades de gestión colectiva para garantizar la obtención de beneficios económicos. De esta manera, ciertas porciones de los repertorios serán comunes a varias de las sociedades de gestión colectiva. La explotación de la obra será en este caso ineficiente y comportará un aumento de los costos derivados de la gestión.

22. Recomendación de la Comisión Europea relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y de los derechos vecinos al derecho de autor en el dominio de los servicios lícitos de música en línea, (2005/737/CE) JOCE 21 de octubre de 2005.

23. A través de los acuerdos de reciprocidad entre sociedades de gestión colectiva.

24. El repertorio actúa como un elemento incitador tanto para el autor en adherir a la sociedad de gestión colectiva como para el usuario para tener acceso a un catálogo extenso de obras.

Además, solo las grandes sociedades de gestión colectiva estarán en medida de invertir frecuentemente en procesos que permitan mejorar su sistema de administración. Esto constituye una desventaja competitiva para las sociedades de gestión colectiva que al tener recursos modestos no pueden competir en este caso.

Vista en su conjunto, la competencia entre sociedades de gestión colectiva implica un aumento de los costos transaccionales ligados a la gestión colectiva en general.

III. LOS RIESGOS INHERENTES A LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Los aspectos contractuales ligados a la gestión colectiva de derechos implican el desarrollo de una relación de confianza entre las partes. La construcción de esta relación de confianza puede variar de un tipo de gestión de derechos al otro según la evaluación de los riesgos jurídicos que pueden ser enfrentados por cada parte, que tiene en mente un resultado determinado de la negociación. El interés de disminuir los riesgos permitirá obtener ese resultado deseado. Así, cada una de las partes tendrá la tendencia a escoger el tipo de gestión que comporta el menor riesgo²⁵.

Clasificaremos los riesgos según la etapa en la que aparecen. Analizaremos de esta manera los riesgos presentes en las etapas de negociación y de ejecución del contrato de licencia.

Durante la etapa de negociación las partes deben llegar a un acuerdo en cuanto a la extensión de la licencia. Es posible que las partes posean informaciones divergentes sobre el mercado en el que se comercializa la obra y por consiguiente tengan divergencias en cuanto a la delimitación de la extensión de la licencia y al valor que puede ser solicitado por la obra. Si el usuario es un intermediario, por ejemplo una estación de radio, es posible que posea informaciones más precisas sobre el mercado que el titular de derechos. Por consiguiente, el intermediario puede gozar de una posición de negociación fuerte que le permita negociar el precio de la obra por debajo del mejor nivel de maximización de beneficios. En los casos en los que el usuario no es un intermediario, puede verse confrontado a la imposición de un precio que no corresponde a la curva de demanda por la obra. De hecho, el titular de derechos acude a un proceso de “descubrimiento” del precio por medio de un sistema de ensayo y de error (Von Hayek, 1968) para fijar el precio de su obra.

Además, el usuario debe determinar quién es el titular de derechos de la obra, que puede verse confrontado al riesgo de establecer relaciones contractuales con una persona que no es la verdadera titular de derechos y efectuar un pago indebido.

Durante la etapa de ejecución del contrato de licencia, el titular de derechos puede hacer frente al riesgo de no tener los medios suficientes para proceder a la

25. Ver más en detalle Pérez Gómez Tétré (2008: 75-87).

recolección de las regalías por cada licencia que ha sido otorgada y no poder pagar los honorarios de representación jurídica en caso de iniciar un procedimiento judicial. Estas actividades requieren inversiones en la identificación del deudor, la determinación de las acciones judiciales a emprender, la recolección de las pruebas, etc. Además, el ejercicio de la vigilancia y del control del cumplimiento del contrato de licencia es una tarea exigente que implica, entre otros, inversiones muy altas.

El usuario puede ser responsable de la violación de los derechos de autor cuando tiene acceso a obras en formato digital y hace una copia de ellas. El usuario está técnicamente en capacidad de representar la obra sin necesidad de tener una licencia autorizando la representación. Puede incluso violar de manera no intencional los derechos de autor, lo que constituye un riesgo²⁶.

En teoría económica existen cuatro mecanismos para reducir el riesgo: el desplazamiento del riesgo a un mercado de capitales, la obtención de una póliza de seguros, la diversificación y la inversión en información adicional. Solo los dos últimos mecanismos son aplicables a nuestro caso. Por una parte, la diversificación puede ser efectuada mediante la selección del medio en el que va a ser comunicada la obra al público²⁷ y los tipos de representación²⁸. Por otra parte, tanto los titulares de derechos como los usuarios pueden obtener información adicional sobre el mercado a través de las sociedades de gestión colectiva. La inversión en información adicional se efectúa mediante la adhesión del titular de derechos a la sociedad de gestión colectiva y mediante la negociación que de las licencias efectúa el usuario.

En general, la especialización propia a las sociedades de gestión colectiva les permite tener un conocimiento profundo del mercado del tipo de obras que administran. Por esta razón, resulta menos riesgoso tanto para el titular de derechos como para el usuario acudir a una sociedad de gestión colectiva para administrar los derechos y obtener las licencias. Asimismo, la sociedad de gestión colectiva dispone de todos los medios económicos para efectuar un control y una vigilancia eficaz del cumplimiento del contrato. En caso de incumplimiento del contrato, la sociedad de gestión colectiva cuenta con el apoyo de un equipo de abogados especializados en la materia. Si la causa del incumplimiento del contrato es el no pago, puede suceder que el titular de derechos perciba el valor de las regalías a tiempo, toda vez que la sociedad de gestión colectiva dispone de fondos que le permite generalizar los pagos a sus miembros, mientras inicia los trámites legales correspondientes para obtener el pago del deudor moroso. Esto es posible gracias a que la sociedad de gestión colectiva ha otorgado licencias a una pluralidad de usuarios y ha otorgado licencias globales, lo que permite a las obras del titular de derechos ser objeto de

26. Esta teoría ha sido desarrollada por Ariel Katz en su artículo *The potential demise of another natural monopoly: rethinking the collective administration of performing rights*, *Journal of competition law and economics*, 1 (3) 2005.

27. Por ejemplo, radio, televisión, cable, presentaciones en vivo, etc.

28. Representación en público o mecánica.

varios contratos de licencia. Así, la obra del autor corresponde solo a una fracción del valor que la sociedad de gestión colectiva recupera por la licencia global.

La sociedad de gestión colectiva puede fijar colectivamente el precio por la obra mediante la determinación de un porcentaje de los ingresos obtenidos a partir de la utilización de la obra objeto de la licencia o la fijación de una tarifa de abono por la utilización de la obra (Ficsor, 2002: 145).

IV. LAS RELACIONES ENTRE LOS MIEMBROS ADHERENTES Y LA SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS

La naturaleza de las relaciones entre los miembros adherentes y las sociedades de gestión colectiva pueden ser explicadas por dos hipótesis. Por una parte, la teoría de la cesión de derechos según la cual al momento de adherir, el titular de derechos hace un aporte de derechos a la sociedad de gestión que se encarga de efectuar la administración (Lucas y Lucas, 2006, n.º 806). Esta cesión puede estar revestida de un carácter fiduciario (Caron, 2006, n.º 473). Por otra parte, la teoría del mandato según la cual el titular de derechos otorga a la sociedad colectiva de gestión un mandato. Mediante su adhesión, el titular de derechos confía la gestión de todo o parte de sus derechos a la sociedad de gestión colectiva sobre uno o varios objetos de derecho de autor o de derechos conexos al derecho de autor (Pollaud-Dulian, 2005, n.º 1169).

La sociedad de derechos adquiere la calidad de mandatario o agente y el titular de derechos la calidad de mandante. El análisis económico del derecho estudia el control que el mandante puede efectuar sobre el mandatario²⁹ en tres niveles: la vigilancia de las actividades desarrolladas por el mandatario, las asimetrías en la información entre las partes y la divergencia entre los intereses y las metas de cada una de las partes.

El mandante no puede controlar cada una de las actividades desarrolladas por el mandatario pero puede observar los resultados producidos por él. Esto produce una asimetría en las informaciones que posee cada una de las partes, toda vez que el mandatario tiene informaciones más precisas sobre su gestión que el mandante. Gracias a las informaciones que están en su posesión, el mandatario puede desarrollar un comportamiento oportunista y utilizar esta información en su beneficio y en detrimento del mandante. Este comportamiento comporta un problema de riesgo moral que muestra las divergencias entre los intereses y metas de las partes. Así, para el mandante, quien se encuentra menos informado, resulta muy difícil incitar al mandatario a tomar las decisiones que le benefician.

El titular de derechos no se encuentra en la capacidad de vigilar y controlar efectivamente las gestiones desarrolladas por la sociedad de gestión colectiva. Como consecuencia, el titular de derechos no puede determinar a un bajo costo si la socie-

29. Problema del *principal-agent*.

dad de gestión colectiva adoptó las mejores soluciones en términos de efectividad o no (Rochelandet, 2000: 178). En realidad, los intereses y metas perseguidas por cada una de las partes son muy divergentes. Los dirigentes de las sociedades de gestión colectiva buscan aumentar la reputación, el poder de negociación, la capacidad de tomar decisiones y el número de miembros adherentes a la sociedad, así como aumentar su remuneración personal (Bing, 2001: 206). Los titulares de derechos, por su parte, se interesan en obtener los mayores beneficios posibles de la explotación de su obra en aras de recuperar un máximo de regalías.

La divergencia de intereses y metas aumenta cuando se tiene en cuenta que la sociedad de gestión colectiva ha establecido una relación de mandato con cada uno de sus miembros adherentes. Bajo esta perspectiva, cada miembro adherente busca su beneficio personal y no necesariamente el beneficio de la comunidad de miembros, como podría ser el caso en una sociedad comercial, en la cual los socios persiguen metas y tienen intereses muy similares.

CONCLUSIÓN

Existe una tendencia general a privilegiar la gestión colectiva a la gestión individual dado que las sociedades de gestión colectiva gozan de infraestructuras sólidas que les permite asumir fácilmente los costos derivados de su actividad y desarrollar una gestión de derechos más eficaz (Gervais, 2006: 17).

El titular de derechos que administra individualmente sus derechos debe enfrentar todos los costos de manera individual, es decir, no está en la capacidad de agruparlos. Las negociaciones debe efectuarlas individualmente con cada uno de los usuarios potenciales de su obra. Esto implica tanto costos como riesgos jurídicos elevados para el titular de derechos.

Las sociedades de gestión colectiva, por el contrario, gracias a las economías de escala pueden reducir substancialmente ciertos costos ligados a la gestión de los derechos de autor beneficiando así no solo al titular de derechos sino a la sociedad en general.

La especialización del mercado en el que son comercializadas las obras protegidas por el derecho de autor genera una especialización de la que son objeto las sociedades de gestión colectiva. Esta especialización obliga de manera natural a concentrar la gestión en una sola sociedad de gestión colectiva por sector, creando así un monopolio natural.

El conocimiento del mercado en el que son comercializadas las obras protegidas por el derecho de autor permite a las sociedades de gestión colectiva apoyarse en informaciones fidedignas permitiendo así una reducción de los riesgos jurídicos potenciales derivados de la gestión colectiva de derechos de autor.

Así, por las razones evocadas, tanto el titular de derechos como los usuarios de obras protegidas por el derecho de autor pueden verse beneficiados por la gestión colectiva de derechos de autor. Sin embargo, incluso si el recurso a la gestión

colectiva puede ser percibido como una buena solución no es la solución perfecta dada la dificultad que tienen los titulares de derechos para controlar las decisiones tomadas por el cuerpo directivo de cada sociedad de gestión colectiva y el trabajo desarrollado por su personal.

BIBLIOGRAFÍA

- BING, F. (2001). *Die Verwertung von Urheberrechten. Eine ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Lizenzvergabe durch Verwertungsgesellschaften*. ZV Zeitungs Verlag Service GmbH.
- CARON, CH. (2006). *Droit d'auteur et droits voisins*. Litec: Ed. Lexis-Nexis.
- FICSOR, M. (2002). *Collective management of copyright and related rights*. Geneva: Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.
- COASE, R. (1937). *The nature of the firm*. *Economica*.
- COASE, R. (1960). *The problem of the social cost*, 3 J. Law & Econ., 1.
- Comisión Europea, Comunicación de la Comisión Europea sobre gestión del derecho de autor y de los derechos conexos al derecho de autor en el mercado interno, del 6 abril 2004, Com[2004]261 final. Gervais, D. (2006). *Collective management of copyright and related rights*, Kluwer Law International.
- Comisión Europea, Recomendación de la Comisión Europea relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y de los derechos vecinos al derecho de autor en el dominio de los servicios lícitos de música en línea, (2005/737/CE) JOCE 21 octubre 2005.
- ECHERER, R. M. (ponente) (2002). Parlamento Europeo, Comisión jurídica y del mercado interno, *Rapport sur un cadre communautaire pour les sociétés de gestion collective du droit d'auteur*, (2002/2274(INI)).
- HOLLANDER, A. (1984). *Market structure and performance in intellectual property*. North Holland: International Journal of Industrial Organization 2.
- KATZ, ARIEL (2005). "The potential demise of another natural monopoly: rethinking the collective administration of performing rights", en *Journal of competition law and economics*, 1 (3).
- KRETSCHMER, M. (2002). *The failure of property rules in collective administration: rethinking copyright societies as regulatory instruments*, EIPR, 24/3.
- LUCAS, A., y H. J. LUCAS (2006). *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*. 3^{ème} édition. Litec : Lexis Nexis.
- MUTORO, M.; L. DONOSO, et al. (2007). *Collective right management in the digital environment, Copyright in the information society*. Group paper. Stockholm University, Department of law.
- Parlamento Europeo, Résolution du Parlement européen du 13 mars 2007 sur la recommandation de la Commission du 18 octobre, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derecho de autor y de los derechos vecinos al derecho

- de autor en el dominio de los servicios lícitos de música en línea (2005/737/CE) (2006/2008(INI)).
- PÉREZ GÓMEZ TÉTREL, A. M. (2007). “El análisis económico del derecho de autor y del copyright, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado”, en *Revista La Propiedad Inmaterial*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, Números 10 – 11, 2006 – 2007.
- PÉREZ GÓMEZ TÉTREL, A. M. (2008). “Considering the Risk Dimension in the Administration of Copyright” (August, 28 2008), en *Review of Economic Research on Copyright Issues*, vol. 5, n.º 1.
- POLLAUD-DULIAN, F. (2005). *Le droit d’auteur*. Economica.
- ROCHELANDET. F. (2000). “Are copyright collecting societies efficient organizations? An evaluation of collective administration of copyright in Europe”, en GORDON, W. y WATT, R., *The economics of copyright. Development in research and analysis*. Cheltenham: Edward Elgar.
- SÉNAT FRANÇAIS (1997). “La gestion collective des droits d’auteur et des droits voisins”, en *Étude de législation comparée*, n.º 30, 1.º de noviembre.
- TOWSE, R., y C. HANDKE (2007). *Análisis económico de las sociedades de derechos de autor*. Madrid: Ediciones Autor - Dataautor.
- VARIAN, H. (2003). *Intermediate microeconomics, a modern approach*, 6.ª ed. W. W. Norton Company.
- VON HAYEK, FRIEDERICH AUGUST (1968). *Der Wettbewer als Entdeckungsverfahren*, communication rendu à l’Institut für Weltwirtschaft à l’Université de Kiel le 5 juillet 1968, Kieler Vorträge gehalten im Institut für Weltwirtschaft and der Universität Kiel, Neue Folge 56, Kiel.