

**Propietat intel·lectual
i entitats de gestió col·lectiva
de drets d'autor:
una perspectiva crítica
del model actual**

Treball de Final de Grau
Facultat de Dret

Ànnia Pons de Ciurana
415.997.25.Q
Tutor: Dr. Josep Solé i Feliu
Grau en Dret, 4t curs
Gener, 2018

ÍNDEX

1. INTRODUCCIÓ	5
2. EVOLUCIÓ HISTÒRICA	8
2.1. Època antiga.....	8
2.2. Edat medieval.....	9
2.3. Invenció de la impremta.....	9
2.4. Revolució Francesa.....	10
2.5. s. XIX i s. XX a Espanya.....	11
3. MARC JURÍDIC ACTUAL	13
3.1. Marc jurídic nacional.....	13
3.2. Marc jurídic europeu.....	16
3.3. Marc jurídic internacional.....	17
4. LA PROPIETAT INTEL·LECTUAL	19
4.1. Dimensions de la propietat intel·lectual.....	19
4.1.1. Propietat intel·lectual en sentit ampli.....	19
4.1.2. Propietat intel·lectual en sentit estricte.....	20
4.1.3. Altres drets de propietat intel·lectual.....	20
4.2. Característiques del dret d'autor.....	23
4.2.1. L'obra: objecte immaterial.....	23
4.2.2. Dret de propietat.....	26
4.2.3. Possessió de l'obra.....	27
4.2.4. Durada dels drets d'autor.....	28
4.2.5. Naturalesa jurídica: moral o patrimonial?.....	29
4.3. El contingut moral dels drets d'autor.....	31
4.4. El contingut patrimonial dels drets d'autor.....	34
4.4.1. Drets patrimonials exclusius.....	34
4.4.2. Drets patrimonials de simple remuneració.....	37
5. LA GESTIÓ DELS DRETS D'AUTOR	44
5.1. La gestió individual.....	44
5.2. La gestió col·lectiva.....	45
5.2.1. Gestió col·lectiva voluntària.....	46
5.2.2. Gestió col·lectiva obligatòria.....	46
5.2.3. Gestió col·lectiva parcial.....	48

6. LES ENTITATS DE GESTIÓ COL·LECTIVA DE DRETS	
D'AUTOR	50
6.1. Concepte i naturalesa jurídica.....	50
6.1.1. Prohibició d'ànim de lucre.....	51
6.1.2. Monopoli de les entitats i Autorització del Ministeri d'Educació, Cultura i Esport.....	54
6.1.3. Estatuts de les entitats.....	66
6.1.4. Legitimació.....	68
6.2. Funcions i obligacions de les entitats.....	73
6.2.1. Obligació d'administrar els drets conferits.....	73
6.2.2. Contracte de gestió.....	73
6.2.3. Llicències pels usuaris i Comissió de Propietat Intel·lectual.....	78
6.2.4. Repartiment de la recaptació.....	84
6.2.5. Els drets sense mandat.....	85
6.2.6. Funció social.....	87
6.2.7. Presentació del balanç i la memòria anual.....	89
6.3. Control i supervisió de les entitats.....	89
7. CONCLUSIONS	92
8. BIBLIOGRAFIA	96
9. JURISPRUDÈNCIA	100

ÍNDIX D'ABREVIATURES

ADEPI	Asociación para el Desarrollo de la Propiedad Intelectual
AGEDI	Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales
AIE	Artistas Intérpretes o Ejecutantes
AISGE	Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión
AP	Audiència Provincial
art.	Article
ASCAP	American Society of Composers, Authors and Publishers (EEUU)
BMI	Broadcast Music, Inc (EEUU)
BOE	Butlletí Oficial de l'Estat
CC	Codi Civil Espanyol
CE	Constitució Espanyola
CEDRO	Centro Español de Derechos Reprográficos
CPI	Comissió de Propietat Intel·lectual
CNMC	Comissió Nacional dels Mercats i la Competència
DAMA	Derechos de Autor de Obras Audiovisuales, Entidad de Gestión
DOUE	Diari Oficial de la Unió Europea (anteriorment DOCE: Diari Oficial de les Comunitats Europees)
ed.	Edició
EGEDA	Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales
<i>et al.</i>	<i>Et alii</i> (i altres)
etc.	Etcètera
GEMA	Societat per a la Protecció dels Drets d'Execució Musical i de Reproducció Mecànica (Alemanya)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (en el mateix lloc)
LEC	Llei d'Enjudiciament Civil
LODA	Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

LPI	Ley de Propiedad Intelectual (Text refós aprovat per Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril)
MP	Magistrat Ponent
núm.	Número
OMPI	Organització Mundial de la Propietat Intel·lectual
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (en l'obra citada)
p.	Pàgina (-es)
PGE	Pressupostos Generals de l'Estat
ROJ	Repertori Oficial de Jurisprudència
SAP	Sentència de l'Audiència Provincial
SESAC	Society of European Stage Authors and Composers (EEUU)
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
S.L.	Societat Limitada
ss.	Següents
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea
STS	Sentència del Tribunal Suprem
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justícia de la Unió Europea
TODA	Tractat de la OMPI sobre Dret d'Autor, de 20 de desembre de 1996
TOIEF	Tractat de la OMPI sobre interpretació o execució i fonogrames, de 20 de desembre de 1996
TS	Tribunal Suprem
UE	Unió Europea
UNESCO	Organització de les Nacions Unides per l'Educació, la Ciència i la Cultura
VEGAP	Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos

1. INTRODUCCIÓ

La cultura és un dels pilars fonamentals de la nostra societat i són els autors, que amb la seva creativitat, enginy i inspiració creen cultura a través de les seves obres: musicals, audiovisuals, sonores, plàstiques, escultòriques, fotogràfiques... Els autors doncs, creen obres, que com veurem són objectes immaterials que reclamen una protecció. La protecció que la nostra societat els hi ha donat és la propietat intel·lectual i més concretament, els drets d'autor.

Tots i totes ens podem declarar consumidors de cultura, usuaris diaris de coneixement i oci en forma de llibres, cançons, obres de teatre, pel·lícules, documentals, exposicions de pintura i escultura... I sovint, paguem per accedir a la cultura, però de quina manera aquells que han creat l'obra artística reben alguna compensació? De quina manera poden fer valdre els seus drets sobre la seva creació? Com poden saber tota la gent que "s'aprofita" de la seva obra i treure'n un profit?

Abans de definir la temàtica d'aquest Treball de Final de Grau vaig llegir un article de l'advocat J. MATAS (especialista gironí en propietat intel·lectual) al diari Punt Avui titulat "*El marquès i el músic que no pot decidir*"¹, que em va cridar molt l'atenció. Explicava, a través de l'exemple de Bach quan va compondre els famosos *Concerts de Brandenburg*, que l'any 1712 el compositor li va regalar al marquès de Brandenburg aquesta partitura i que a partir de llavors, va perdre tots els drets sobre la mateixa: decidir si es podia interpretar, a on, quan i rebre'n una remuneració; decidir si es podia modificar, etc. La partitura havia passat a ser propietat del marquès, una situació injusta i freqüent en aquella època. Tanmateix, amb pas del temps i els nous aires de la Revolució Francesa, la situació va anar canviant, i es reconeixien a l'autor cada vegada més drets, fins avui. Aquí és on vaig començar a sorprendre'm mentre llegia:

"Però heus aquí que a poc a poc i de manera subtil, aquest principi s'està desdibuixant per l'exagerat protagonisme que es dona a les entitats de gestió col·lectiva de drets, com SGAE, CEDRO o VEGAP. A cada reforma de la Llei de propietat intel·lectual aquestes entitats assumeixen més i més funcions en detriment de la capacitat de decidir del propi creador. Encara que un professor universitari no sigui de CEDRO, per exemple, la Llei diu que no pot decidir si els seus articles poden ser utilitzats gratuïtament a qualsevol universitat. Tampoc admet que un escriptor pugui autoritzar que una biblioteca deixi en préstec llibres seus sense pagar un cànon, o que qualsevol autor autoritzi la còpia dels seus textos sense que s'hagi de pagar-ne un altre, cànon que cobren les entitats de gestió i que no reverteixen a la immensa majoria de creadors, autors o artistes perquè no en són socis."

¹ Josep MATAS BALAGUER (2016), "El marquès i la música" *El Punt Avui, Opinió, La Tribuna* (31.10.2016). Recuperat de: <http://www.elpuntavui.cat/opinio/article/8-articles/971937-el-marques-i-la>

A partir d'aquí vaig començar a reflexionar. Els artistes el que volen és crear, interpretar o produir obres d'art. La seva feina no és dedicar-se a gestionar els drets que es deriven de les seves obres per tal de poder treure'n una remuneració que els hi permeti seguir creant, interpretant o produint obres d'art. Llavors qui fa aquesta feina? Són les entitats de gestió col·lectiva dels drets d'autor, a Espanya avui n'hi ha un total de vuit. Com és sabut, aquestes no estan exemptes de crítica per la seva poca transparència i tenen fama d'aprofitar-se tant dels autors que creen les obres com dels usuaris que paguen per explotar-les. Però, d'on ve aquesta mala reputació? I encara més important, està justificada? Aquesta és la pregunta que intentaré respondre'm en el present treball.

Per fer-ho, he dividit aquest treball en dos grans blocs. El bloc preliminar (capítols 2, 3 i 4) serveix per familiaritzar-se amb la matèria objecte d'estudi, clarificar nocions i en definitiva, veure què són la propietat intel·lectual i els drets d'autor. En el capítol 2, esbossaré l'evolució històrica que han seguit els drets d'autor, des de l'època antiga fins a l'actualitat. Veurem com ha estat tractada la figura de l'autor al llarg dels segles, amb períodes de molt de reconeixement i períodes de molta opacitat, que contrasten amb els drets morals o patrimonials que se li reconeixien en cada moment. En el capítol 3, faré un recull del marc jurídic actual on es regula la propietat intel·lectual i els drets d'autor, veient que té tres àmbits: el nacional, l'europeu i l'internacional. En el capítol 4, estudiaré la propietat intel·lectual en si mateixa i es posarà de manifest que és un concepte complex, que té moltes facetes i que abunden diversos corrents doctrinals que pensen de forma diferent. Aquest estudi ens farà notar que els drets d'autor són una de les dimensions que té la propietat intel·lectual i a partir d'aquí, podré examinar-ne les seves característiques i també el seu contingut moral i patrimonial, veient quins drets concrets dels autors s'inclouen en cada faceta.

El segon gran bloc és el nucli dur d'aquest treball (capítols 5 i 6). Ja no tracta d'aspectes generals sobre la propietat intel·lectual i els drets d'autor, sinó que aborda l'objecte de controvèrsia que em vaig proposar analitzar al començar aquest Treball de Final de Grau: la gestió col·lectiva de drets d'autor a càrrec de les entitats espanyoles. En el capítol 5 examinaré els diferents sistemes existents per poder gestionar drets d'autor i apuntaré quin sistema de gestió és el més adequat per segons quin tipus de drets. També sorgirà un dels grans tèmics d'aquest treball: la gestió col·lectiva obligatòria. Seguidament, en el capítol 6 em centraré en les entitats de gestió col·lectiva de drets d'autor i de mica en mica, basant-me en la regulació de la Llei de propietat intel·lectual, analitzaré què són, quina és la seva base jurídica, com es regulen, com actuen, com es legitimen, quines són les seves funcions i obligacions i finalment, com es pot controlar la seva gestió. Tot aquest estudi em servirà per crear-me una opinió fonamentada sobre el règim actual que regula aquestes entitats. Al llarg d'aquest capítol i també en les conclusions, intentaré justificar el meu punt de vista a través de l'anàlisi dels textos legals i també de les lectures doctrinals.

La meva intenció, és que al final d'aquest Treball el lector pugui fer-se una idea global del sistema de funcionament de les entitats de gestió de drets d'autor a l'estat espanyol i que pugui comprendre la base legal dels arguments que el critiquen.

2. EVOLUCIÓ HISTÒRICA

Per entendre com sorgeixen i evolucionen els drets d'autor, tant històricament com normativament, és important delimitar el concepte i contingut d'aquests. L'article 2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, per el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia² (d'ara en endavant, LPI) estableix que “*la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*”. Tal i com veurem més endavant, la propietat intel·lectual en sentit estricte es compon pels drets d'autor, per tant, els drets d'autor engloben drets de naturalesa personal i patrimonial.

Al llarg de la història, la protecció cap als drets d'autor ha anat variant, afavorint en algunes etapes els interessos personals o morals de l'autor per sobre dels patrimonials, i viceversa. És important conèixer el tractament que s'ha fet d'aquests drets en èpoques passades per comprendre com hem arribat a la concepció actual de dret d'autor i, a més, perquè l'estudi històric ens pot ajudar a marcar el camí a seguir per aquests drets en un futur.

És per això que a continuació faré un breu repàs de la història dels drets d'autor i de la propietat intel·lectual, amb la intenció de donar tant sols una visió general de la qüestió i conscient de que passo per alt alguns episodis, ja que no és la finalitat del present treball fer un anàlisi històric.

2.1. Època antiga

A l'Antiguitat Clàssica (Grècia i Roma) no va existir cap disposició normativa que regulés la propietat intel·lectual. Si bé els autors gaudien de reputació, el dret a rebre algun tipus de remuneració per la seva obra era impensable, ja que en aquella època persistia la idea de que l'autor d'una obra no se sent pagat amb diners sinó amb la fama. El discurs de Plató contra el músic que actua per diners, expressa aquesta consciència de la dignitat malmesa de l'home que ven allò més pur del seu esperit.³

A l'esfera jurídica de l'antiga Roma no existia diferenciació entre béns materials i immaterials. Per tant, la creació intel·lectual (*corpus mysticum*) no era una entitat separable de l'exemplar o cos en el que estigués continguda (*corpus mechanicum*). Dit d'una altra manera, la propietat ordinària del suport en el que es contenia l'obra atribuïa

² BOE núm. 97, de 22/04/1996. [BOE-A-1996-8930].

³ Hermenegildo BAYLOS CORROZA (1993), *Tratado de derecho industrial*, Civitas, Madrid, 2ª ed., p. 149 remet a Walter BAPPERT, *Wege zum Urheberrecht*, Frankfurt am Maine, 1962.

la propietat del que aquella contingués.⁴ Així doncs, la protecció dels drets patrimonials de l'autor era nul·la i innecessària segons les conviccions de la societat de l'època.

Pel que fa a la protecció dels drets morals de l'autor, com que el concepte de “la dignitat” estava molt aferrat en la societat del moment, des d'un punt de vista personal i espiritual l'obra pertanyia a l'autor i eren il·lícites la usurpació de la paternitat, la publicació contra el seu consentiment i el plagi de l'obra.

Així doncs, durant l'antiguitat clàssica sí que es reconeixien alguns interessos morals de l'autor si bé es desconeixia totalment l'aspecte patrimonial dels drets d'autor.

2.2. Edat medieval

Durant l'època medieval en quasi tot ens podem remetre al que ja s'ha exposat, perquè no es genera cap avenç important, ans al contrari, es produeix una regressió respecte d'idees ja assimilades a l'Antiguitat.

A causa de la influència del cristianisme, l'autor perd aquell reconeixement personal que se li havia conferit. Predomina la idea de que l'obra d'art no pot aspirar a premis terrenals i, per altra banda, que és un deure pel qui ha rebut de Déu un coneixement, fer-lo públic. Per tant, el coneixement i la obra en la qual es comunica l'artista són un bé que pertany a la comunitat sencera.⁵

2.3. Invenció de la impremta

La invenció de la impremta de J. GUTENBERG l'any 1440 va marcar, sense cap mena de dubte, un gran salt en la història de la humanitat. En l'àmbit dels drets d'autor, l'arribada de la impremta va tenir tal transcendència que la doctrina majoritària parla d'aquest moment com el veritable naixement dels drets d'autor.

El nou invent va causar dos efectes principals: l'accessibilitat a la cultura de manera regular per part d'un nombre molt més gran de persones i l'entrada de les obres dels autors en l'esfera comercial, adquirint aquestes un determinat valor i sent objecte de tràfic.

El segon dels efectes va cridar especialment l'atenció dels poders públics, que van percebre la necessitat de protegir l'explotació econòmica de l'obra i ho van fer mitjançant l'atorgament de privilegis als editors. Aquests privilegis concedien el monopoli per imprimir una obra determinada a un sol impressor, evitant d'aquesta manera el risc que suposaria la competència de la resta d'impressors.

⁴ Javier PLAZA PENADES (1997), *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, València, p. 47.

⁵ Carlos ROGEL VIDE (1984), *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, p. 20.

Posteriorment i molt menys freqüents, també van sorgir els privilegis de l'autor. Un exemple clar n'és el cas de don Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA, que va obtenir un privilegi del monarca de Castella sobre la seva obra "*El Ingenioso Hidalgo de la Mancha*", l'any 1604. Amb aquest privilegi, que tenia una durada de 10 anys, se li concedia una retribució per l'esforç del creador en elaborar la seva obra, es manifestava la preocupació per mantenir en totes les impressions una reproducció fidel i exacta del text original (manifestació primària del que avui en dia és el dret moral de respecte a la integritat a la obra) i establia una taxació en el preu de la obra.⁶

Així doncs, durant els segles XV, XVI i XVII el dret d'autor va adquirir un caràcter principalment patrimonial i en benefici dels interessos de l'editor. El sistema de privilegis només beneficiava indirectament als autors, en la mesura en que els editors els hi pagaven un tant per obtenir els seus manuscrits, poder fer-ne còpies impreses i comercialitzar-los. Per tant, l'autor de l'obra va quedar relegat en un segon pla i els drets morals d'autor quasi van desaparèixer.

2.4. Revolució Francesa

La Revolució Francesa suposa un total trencament amb les pràctiques de l'Antic Règim: el principi d'igualtat dels homes davant la llei acaba amb el sistema de privilegis i confereix una protecció jurídica de l'autor basada en un veritable dret i no pas en una concessió discrecional i gràciosa.

El principi de la lliure contractació deixa a l'autor i l'editor cara a cara per poder pactar lliurement. Però sobretot, la preponderància del dret de propietat sobre la resta de drets, en les Constitucions i Còdis que es redacten seguint el model francès, fa que en les lleis de tots els països es configuri el dret que l'autor té sobre la seva obra com una propietat individual sobre béns materials.⁷

L'esperit d'aquestes reformes es reflexa a l'informe LE CHAPPELLIER, text que anava associat al Decret francès de 13 de gener de 1791.

“La més sagrada, la més legítima, la més personal de totes les propietats és l'obra, producte del talent d'un escriptor, tanmateix, és una propietat de gènere completament diferent a les altres. Quan un autor ha entregat la seva obra al públic, quan aquesta obra està en mans de tots, quan tots els homes instruïts la coneixen, quan s'han apoderat de les bel·leses que conté, sembla que des d'aquest moment l'autor ha associat el públic a la seva propietat, o més bé, que l'ha transmès enterament. Tanmateix, com que és de justícia que els homes que cultiven el pensament obtinguin algun producte del seu treball, és precís que durant la seva vida i alguns anys després de la seva mort ningú pugui, sense el seu consentiment, disposar del producte del seu

⁶ Javier PLAZA PENADES, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*, op. cit., p. 58.

⁷ José María DESANTES-GUANter (1974), *La información como Derecho*, Editora Nacional, Madrid, p. 99

*ingeni; però després del termini fixat la propietat del públic comença, i tots hauran de poder imprimir i publicar les obres que han contribuït a esclarir l'esperit humà”.*⁸

Per tant, es reconeix el dret a la propietat intel·lectual per primer cop en els ordenaments dels estats, si bé la protecció és únicament de caire patrimonial, sense recollir els interessos morals que sí que consten a diferents declaracions com les de LE CHAPPELLIER.

2.5. s. XIX i s. XX a Espanya

A Espanya, la primera norma espanyola que conté una regulació pròpia i general del dret d'autor és la Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847⁹, que tot i el seu títol, aquesta comprenia la protecció a favor d'escriptors, traductors, compositors, pintors i escultors en base als postulats liberals exposats a l'apartat anterior. El títol de la Llei és la prova de l'atenció preferent que rebien les obres literàries en aquella època. La Llei definia la propietat literària com al “*derecho exclusivo que compete a los autores de escritos originales para reproducirlos o autorizar su reproducción por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas, o por cualquier otro semejante*”. Per a que l'autor pogués gaudir dels beneficis de la Llei era necessari haver depositat un exemplar de l'obra a la Biblioteca Nacional i un altre en el Ministeri d'Instrucció Pública.¹⁰

Uns anys més tard es va aprovar la següent llei sobre la matèria, la Ley de 10 de enero de 1879 de Propiedad Intelectual¹¹ (amb Reglament de 1880¹²), que responia a un desig codificador del dret civil espanyol a través de lleis especials, expressat a la redacció del Projecte de Codi Civil de 1851. Aquest desig es va materialitzar en el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil¹³ (d'ara en endavant, CC), aprovat deu anys després de la LPI de 1879. En els arts. 428 i 429 CC es consigna quin és el contingut de la llei especial (persones a les que pertany el dret, forma d'exercici i duració), la naturalesa dominical de la institució i l'aplicació supletòria del propi Codi Civil.¹⁴

⁸ Fragment de l'informe LE CHAPPELLIER de 1791, citat per José María DESANTES-GUANter (1974), *La información como Derecho*, op. cit., p. 99.

⁹ Text íntegre de la “Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847” *Pe. i revista de propiedad intelectual*, nº 2 (mayo-agosto 1999). Recuperat de: <http://www.pei-revista.com/numeros-publicados/numero-2> (última consulta: 08.10.2017).

¹⁰ Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual*, Editorial Tecnos, Madrid, p. 22.

¹¹ Gaceta de Madrid nº 12 de 12 de enero de 1879. [BOE-A-1879-40001].

¹² Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual. Publicat a: BOE nº 250, de 6/09/1880. [BOE-A-1880-6366].

¹³ BOE núm. 206, de 25/07/1889. [BOE-A-1889-4763].

¹⁴ Ramon CASAS VALLÉS (2013), “Comentario arts. 428 i 429 CC” a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Director), *Comentarios al Código Civil: Tomo III*, Tirant lo Blanch, València, p. 3.460 i 3.461.

L'èxit de la LPI de 1879 queda acreditat per la seva llarga vida, ja que va regular aquesta matèria en el nostre país durant cent vuit anys, fins a l'entrada en vigor de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual¹⁵ necessària per actualitzar la normativa amb les noves formes de creació i explotació, les noves tecnologies i el context internacional. La incorporació d'Espanya a la Comunitat Econòmica Europea va ser el fet determinant per a que es promulgés aquesta esperada Llei, que recollia totes les novetats que s'havien produït des de la promulgació de la centenària Llei anterior. La LPI de 1987 constitueix la base de l'actual Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, la LPI actual.

¹⁵ BOE núm. 275, de 17/10/1987. [BOE-A-1987-25628].

3. MARC JURÍDIC ACTUAL

El marc normatiu actual sobre la matèria de propietat intel·lectual i drets d'autor es pot dividir en tres àmbits: nacional, europeu i internacional.

3.1. Marc jurídic nacional

Dins de l'esfera nacional, la Constitució Espanyola¹⁶ (d'ara en endavant, CE) en presideix el marc jurídic, generant una controvèrsia entre diferents sectors de la doctrina sobre la protecció de la propietat intel·lectual que la llei mare confereix.

Per començar a analitzar tal controvèrsia hem de partir de l'art. 20.1.b) CE, que estableix que *“se reconocen y protegen los derechos: a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”*. Aquesta redacció coincideix en essència amb l'art. 10 LPI: *“son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”*, que a continuació realitza una enumeració de les obres específiques que són objecte de propietat intel·lectual. Per tant, existeix un grau d'identitat molt fort entre l'objecte de protecció de la propietat intel·lectual (art. 10 LPI) i l'objecte delimitat per l'art. 20.1.b).

És per això que alguns autors com J. M. DESANTES-GUANTER¹⁷, J. M. RODRÍGUEZ i F. BUENDÍA¹⁸ han afirmat que es podria concloure que el dret d'autor està protegit per l'art. 20.1.b) CE i que per tant és un dret fonamental, ja que es troba en la Secció Primera del Capítol Segon de la CE, relativa als drets fonamentals i les llibertats públiques. Així doncs, seguint aquesta línia i a tenor de l'art 161.1.b) CE, els conflictes sobre propietat intel·lectual serien susceptibles a la interposició d'un recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional. En la mateixa línia, segons l'art. 81 CE, el

¹⁶ BOE núm. 311, de 29/12/1978. [BOE-A-1978-31229].

¹⁷ José María DESANTES-GUANTER (2004), *Derecho a la información: materiales para un sistema de la comunicación*, Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el desarrollo de la comunicación y la sociedad, València, p. 86: *“el apartado b), siempre del párrafo 1, aun cuando lo expresa deficientemente, reconoce el derecho de autor, que es un derecho de doble batiente: la facultad de difusión del autor y las facultades de investigación y recepción del público o sujeto universal sobre la creación del autor”*.

¹⁸ En la seva obra, José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA i Fernando BONDÍA ROMÁN (1997) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (1997)*, Civitas, Madrid, p. 19 afirmen literalment: *“La propiedad intelectual no merece la calificación técnica de propiedad, no constituye una categoría, especie o subespecie del derecho de propiedad, debemos concluir con que el acomodo constitucional de la propiedad intelectual no se encuentra en el artículo 33 CE. Podría no encontrar reconocimiento en ningún otro precepto constitucional, como otros tantos derechos subjetivos. Pero lo tiene en el artículo 20.1.b) porque la propiedad intelectual constituye una de las instituciones jurídicas fundamentales para el progreso y desarrollo de la sociedad en todos sus órdenes (...) y porque, en cuanto derecho de “superior rango” o de mayores garantías, actúa como contrapeso o límite a otros derechos o libertades constitucionalmente reconocidos”*.

desenvolupament normatiu del dret de propietat intel·lectual s'hauria de fer a través d'una llei orgànica i no pas mitjançant una llei ordinària.

A Espanya ni la propietat intel·lectual ha estat mai objecte d'un recurs d'empara davant del TC ni s'ha regulat mai per llei orgànica. Per això hi ha autors com R. BERCOVITZ¹⁹ que miren més enllà dins del text constitucional, cap a l'art. 33 CE sobre la propietat privada i l'herència. En aquest nivell normatiu entren en joc els arts. 428 i 429 CC, amb un redactat vigent i intacte des dels seus inicis, que qualifiquen la propietat intel·lectual com a una modalitat de propietat especial. L'art. 428 CC fa referència als drets econòmics de l'autor d'explotar i disposar de la seva obra i l'art. 429 CC deriva la regulació de la matèria a una llei civil especial (LPI) i fixa un sistema supletori d'aplicació de les regles generals establertes al mateix CC sobre la propietat ordinària. Per això aquest sector de la doctrina conclou que la protecció constitucional del dret d'autor es troba a l'art. 33 CE amb la propietat privada, fora dels drets fonamentals i de la seva protecció específica.

Llavors, com es pot explicar aquesta doble protecció constitucional de la propietat intel·lectual? J. PLAZA²⁰ exposa les diferents maneres d'entendre-ho:

En primer lloc, els partidaris de la protecció de la propietat intel·lectual per part de l'art. 20.1.b) CE consideren que l'art. 33 CE no té res a veure amb la propietat intel·lectual, al no poder-se considerar aquesta com a un tipus de propietat privada.

En segon lloc, els partidaris de la protecció de la propietat intel·lectual a l'empara de l'art. 33 i en relació amb els arts. 428 i 429 CC, entenen que el dret a la creació i producció intel·lectual contemplat a l'art. 20.1.b) és un dret anterior i diferent al dret de propietat intel·lectual. Per tant, en el moment de l'elaboració de l'obra intel·lectual existiria un dret a la creació i producció (art. 20.1.b. CE), però una vegada creada l'obra, naixeria un dret diferent, el de la propietat intel·lectual com a dret de propietat especial (art. 33 CE), que protegiria el destí de l'explotació de la obra ja creada. Una autora que es podria citar en aquesta línia seria M. MADRIÑÁN²¹.

¹⁹ En la seva obra, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador) (2007), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., p. 20 afirma literalment: "En mi opinión, el derecho de autor o la propiedad intelectual es un derecho unitario y, consecuentemente, su reconocimiento constitucional debe ser unitario y no fragmentado. De ahí que entienda, como ya he señalado, que ese reconocimiento se produce en el artículo 33 de la Constitución misma (...) y de acuerdo con los artículos 428 y 429 del Código Civil".

²⁰ Javier PLAZA PENADES, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*, op. cit., p. 30-39.

²¹ Marta MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2015), *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*, Editorial Reus, Madrid, p. 31 i 32: "el artículo 20.1.b) CE lo que protege es la innovación creativa englobando tanto la vertiente defensiva, que impide cualquier tipo de injerencia de los poderes públicos en el proceso creativo, como la positiva, relacionada con la tutela y defensa de la creación original (...) nunca podrían considerarse incluidos los derechos patrimoniales derivados de ellos".

En últim lloc, J. PLAZA²² exposa que la tendència doctrinal moderna va en la direcció de considerar que la protecció constitucional del dret de propietat intel·lectual està dividida en dos. Per una banda, l'art. 20.1.b) CE protegiria els drets morals de l'autor, que són els drets de propietat intel·lectual que protegeixen els interessos personals de l'autor. I d'altra banda, l'art. 33 CE protegiria els drets patrimonials de l'autor que fan referència a l'explotació i la remuneració sobre la seva obra. Aquesta dualitat moral/patrimonial dels drets d'autor és objecte d'un ampli estudi per la doctrina que analitzaré més endavant i veurem quins són els drets morals i patrimonials segons la LPI.

Finalment, l'últim precepte constitucional que fa referència a la matèria és l'art. 149.1.9^a CE que atribueix la competència exclusiva en matèria de legislació sobre propietat intel·lectual a l'Estat. Tanmateix, en aquest punt cal tenir en compte el cas de l'art. 155.1.b) de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, que reconeix al govern autonòmic la competència de l'autorització i la revocació així com de control i supervisió de les entitats de gestió col·lectiva de drets d'autor que actuïn majoritàriament a Catalunya (article declarat constitucional per la STC Ple 28.06.2010²³), si bé tal i com explicaré posteriorment, és una disposició amb una aplicació pràcticament nul·la.

Pel que fa a la normativa concreta del camp de la propietat intel·lectual, tal i com he explicat a l'apartat anterior, tenim la Llei de propietat intel·lectual de 1996 (LPI). La Llei vigent es divideix en quatre llibres: el Llibre Primer (arts. 1 a 104 LPI) es refereix als drets d'autor en sentit estricte i en delimita el seu àmbit subjectiu i objectiu, així com la transmissió dels drets i el pas a domini públic de la obra, per exemple. El Llibre Segon (arts. 105 a 137 LPI) analitza els drets afins o connexos de la propietat intel·lectual, entre els quals s'hi troben els drets d'artistes, intèrprets i executants, productors de fonogrames i obres audiovisuals, entitats de radiodifusió, fotografies, produccions editorials i el dret *sui generis* sobre bases de dades. El Llibre Tercer (arts. 138 a 162 LPI) desenvolupa els procediments per a la protecció dels drets reconeguts a la LPI, les accions contra la seva vulneració, el Registre de la propietat intel·lectual i la regulació de les entitats de gestió de drets d'autor (d'especial importància en aquest treball). Per acabar, el Llibre Quart (arts. 163 a 167 LPI) regula l'àmbit d'aplicació de la Llei, fent especial èmfasi a la matèria internacional.

La LPI de 1996 ha sofert continues modificacions principalment com a conseqüència de la inclusió de la legislació de la Unió Europea al dret intern. Tant en l'anterior LPI de 1987 com en l'actual, s'autoritza al Govern per desenvolupar la Llei per via reglamentària (disposició final única), però a dia d'avui encara no s'ha fet. Tanmateix, l'antiga Llei de 1879 sí que es va desenvolupar amb el Reglament de 1880 i,

²² Javier PLAZA PENADES, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*, op. cit., p. 379.

²³ STC, Ple, 31/2010 de 28.06.2010.

curiosament, aquest text legal que complementava una Llei avui derogada encara segueix en bona part en vigor, perquè conté preceptes de gran importància que no estan recollits en la LPI actual i que continuen sent d'aplicació. Amb paraules de P. BARBERÁN, “*se produce así una curiosidad propia del segundo país con más leyes vigentes del mundo por la que el Reglamento de desarrollo de una Ley es 116 años más antiguo que la propia Ley*”.²⁴

3.2. Marc jurídic europeu

A partir de l'elaboració per part de la Comissió de les Comunitats Europees del Llibre Verd sobre els drets d'autor i el repte de la tecnologia, temes relatius als drets d'autor que exigeixen una actuació immediata, de 7 de juny de 1988²⁵; la UE ha seguit una política d'unificació de la propietat intel·lectual dels estats membres, amb la finalitat de superar els entrebancs que la diversitat legislativa sobre la matèria plantejava a la unitat del mercat interior.²⁶

Per satisfer tal política d'unificació s'han aprovat diverses Directives, avui un total catorze, que estableixen un grau elevat de protecció dels drets de propietat intel·lectual en diverses qüestions i conformen el marc jurídic europeu. Les catorze Directives aprovades estan totes transposades a l'ordenament jurídic espanyol i han actuat com a element decisiu en l'actualització de la nostra legislació. Bàsicament aquestes Directives han fet que la nostra llei es modifiqués per adaptar-se a l'evolució tecnològica, reforçant el sistema de protecció de drets i el sistema de gestió col·lectiva a través de les entitats de gestió. Així doncs, els fonaments de la LPI, tals com els drets morals i patrimonials, la seva transmissió, la duració, etc., no s'han modificat.

El present treball no té per objecte l'estudi del dret comparat, si bé inevitablement farà referència a algunes Directives que han condicionat especialment el nostre ordenament jurídic, sobretot en la matèria de gestió dels drets d'autor, objecte d'aquest treball. Alguns exemples són: la Directiva 2001/29/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 22 de maig de 2001, relativa a l'harmonització de determinats aspectes dels drets d'autor i drets afins als drets d'autor en la societat de la informació²⁷; o la Directiva 2014/26/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a la gestió col·lectiva dels drets d'autor i drets afins i a la concessió de llicències multi territorials de drets sobre obres musicals per la seva utilització en línia en el mercat interior.²⁸

²⁴ Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual*, op. cit., p. 24.

²⁵ European Commission, Green Paper on Copyright and the challenge of technology – copyright issues requiring immediate action /*COM/88/172FINAL*/ (June, 7 1988). Text complet: [http://aei.pitt.edu/1209/1/COM_\(88\)_172_final.pdf](http://aei.pitt.edu/1209/1/COM_(88)_172_final.pdf)

²⁶ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador) (2015), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, València, p. 40.

²⁷ DOCE n° L 167 de 22/06/2001 p. 10-19.

²⁸ DOUE n° L 84 de 20/03/2014 p. 72-99.

3.3. Marc jurídic internacional

A mesura que la legislació dels diferents països reconeixia drets als autors sobre les seves obres, es va començar a plantejar el problema de la deficient protecció que aquests drets tenien en l'àmbit internacional.²⁹ És evident que les possibilitats de circulació de les creacions artístiques no contemplen les fronteres territorials. L'obra d'un autor pot reproduir-se en un país però divulgar-se en altres de diferents. Així va començar un repte que encara perdura avui en dia: la regulació jurídica de la propietat intel·lectual i la tecnologia amb la qüestió fonamental de fons de les relacions que presenten un element estranger.³⁰

D'aquesta manera sorgeixen els tractats internacionals sobre propietat intel·lectual, que pretenen normalment un doble efecte: per una banda, establir una protecció mínima dels drets corresponents (aconseguint una mínima uniformitat de les legislacions sobre la matèria) i per altra banda, obligar als estats a aplicar la pròpia legislació als nacionals o residents dels altres estats que són part del tractat (principi d'equiparació d'aquests nacionals o residents d'altres estats amb els propis nacionals).³¹

Així doncs, el tercer nivell normatiu està format per tractats internacionals dels quals Espanya n'és part. Sobre drets d'autor, els tractats més importants són el Conveni de Berna, de 9 de novembre de 1886, per a la protecció de les obres literàries i artístiques³² (última esmena a París, el 28 de setembre de 1979) amb set revisions successives³³ i ratificat per Espanya³⁴; i el Tractat de la OMPI sobre Dret d' Autor, de 20 de desembre de 1996 (TODA o WCT)³⁵ també ratificat per Espanya.³⁶

²⁹ José FORNS (1951), *Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura*, Anuario de Derecho Civil núm. 3. Recuperat de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1951-30098501020 (última consulta: 03.01.2018), p. 999: "El derecho de autor supera la etapa que nos atreveríamos a calificar de economía cerrada, para surgir en el plano internacional, y la generalidad de las leyes nacionales van admitiendo, con mayor o menor timidez o liberalidad, la protección interna de obras y autores extranjeros. Mas al poner en contraste las diversas legislaciones, se echa de ver la utilidad de armonizarlas, con el propósito de buscar puntos de coincidencia en la protección internacional de la propiedad literaria y artística, y especialmente de conseguir que el principio mismo de la protección se universalice".

³⁰ Miguel-Ángel MICHINEL ÁLVAREZ (1998), "La propiedad intelectual en el plano internacional: Ley aplicable al derecho de autor" a Enrique FERNÁNDEZ MASÍÁ *et al.* (1998), *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva Sociedad de la información*, Editorial Comares, Granada, p. 165.

³¹ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, p. 37.

³² N° WIPO Lex: TRT/BERNE/001.

³³ El Conveni va ser adoptat a Berna el 9 novembre de 1886, completat a París el 4 de maig de 1896, revisat a Berlín el 13 de novembre de 1908, completat a Berna el 20 de març de 1914, revisat a Roma el 2 de juny de 1928, revisat a Brussel·les el 26 de juny de 1948, revisat a Estocolm el 14 de juliol de 1967, revisat a París el 24 de juliol de 1971 i finalment esmenat a París el 28 de setembre de 1979.

³⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, revisado en Paris el 24 de julio de 1971. Publicado en: BOE núm. 81, de 4 de abril de 1941. [BOE-A-1974-566].

³⁵ N° WIPO Lex: TRT/WCT/001.

Sobre els drets afins als drets d'autor són importants la Convenció de Roma, de 26 d'octubre de 1961, per a la protecció dels artistes intèrprets o executants, els productors de fonogrames i els organismes de radiodifusió^{37 38} i el Tractat de la OMPI, de 20 de desembre de 1996, sobre interpretació o execució i fonogrames (TOIEF o WPPT)^{39 40}.

Tots aquests tractats són administrats per la Organització Mundial de la Propietat Intel·lectual (OMPI), un organisme de les Nacions Unides autofinançat que compta avui compta amb 191 estats membres. La seva missió és liderar el desenvolupament d'un sistema internacional de propietat intel·lectual equilibrat i eficaç, que permeti la innovació i la creativitat en benefici de tots.⁴¹

El dret d'autor també es contempla a l'art. 27.2 de la Declaració Universal dels Drets Humans⁴², segons el qual *“tota persona té dret a la protecció dels interessos morals i materials derivats de les produccions científiques, literàries o de les que sigui autor”*.

Tenint en compte el que disposa l'art. 10.2 CE, *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Per tant, la interpretació constitucional del dret d'autor a l'estat espanyol s'ha de fer conforme a aquests tractats internacionals que Espanya ha subscrit.

³⁶ Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, hecho en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Publicado en: BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010. [BOE-A-2010-9638].

³⁷ N° WIPO Lex: TRT/ROME/001.

³⁸ Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961. Publicado en: BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 1991. [BOE-A-1991-27489].

³⁹ N° WIPO Lex: TRT/WPPT/001.

⁴⁰ Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, hecho en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Publicado en: BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010. [BOE-A-2010-9639].

⁴¹ Els textos, revisions i Estats que en són part, poden consultar-se a la seva pàgina web: www.wipo.int

⁴² Adoptada i proclamada per l'Assemblea General de les Nacions Unides, resolució 217 A (III), de 10 de desembre de 1948.

4. LA PROPIETAT INTEL·LECTUAL

4.1. Dimensions de la propietat intel·lectual

La paraula propietat intel·lectual conté diverses accepcions. Des d'un punt de vista formal, la propietat intel·lectual actualment és una institució híbrida que inclou drets molt variats i de naturalesa diferent. El Conveni que estableix la Organització Mundial de la Propietat Intel·lectual, de 14 de juliol de 1967⁴³ ⁴⁴, que és l'instrument constitutiu de la OMPI, en el seu article 2 sobre definicions al punt vuitè, delimita quins són els drets relatius a la propietat intel·lectual.

4.1.1. Propietat intel·lectual en sentit ampli

En primer lloc, l'accepció més àmplia de la propietat intel·lectual és la que engloba, a més del contingut de la nostra LPI, tot el que es coneix com a propietat industrial (patents, dissenys industrials, marques, noms i denominacions comercials). Per tant, aquesta concepció àmplia de propietat intel·lectual inclouria tots els drets del precepte esmentat del Conveni d'Estocolm (art. 2.8), que són els relatius:

- a) a les obres literàries, artístiques i científiques,
- b) a les interpretacions dels artistes intèrprets i a les execucions dels artistes executants, als fonogrames i a les emissions de radiodifusió,
- c) a les invencions en tots els camps de l'activitat humana,
- d) al descobriments científics,
- e) als dibuixos i models industrials,
- f) a les marques de fàbrica, de comerç i de servei, així com als nombres i denominacions comercials,
- g) a la protecció contra la competència deslleial, i tots els altres drets relatius a l'activitat intel·lectual en els terrenys industrial, científic, literari i artístic.

Els apartats c), d), e), f) i g) són els que no es troben regulats a la LPI, que només fa referència als drets relatius als apartats a) i b).

Tot i que tant a nivell de la normativa internacional (Conveni d'Estocolm) com a nivell doctrinal (R. BERCOVITZ⁴⁵, A. BERCOVITZ⁴⁶) es coincideixi en afirmar que

⁴³ N° WIPO Lex: TRT/CONVENTION/001.

⁴⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, hecho en Estocolmo, el día 14 de julio de 1967. Publicado en: BOE núm.26, de 30 de enero de 1974. [BOE-A-1974-191].

⁴⁵Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ.-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 19 i 20.

⁴⁶ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2016), "Algunas ideas preliminares sobre la relación entre la Propiedad Intelectual y la Propiedad Industrial", a Juan Pablo APARICIO VAQUERO *et al.*, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, p. 65.

existeix aquesta propietat intel·lectual en sentit ampli, també es poden trobar alguns autors que creuen que la propietat industrial i la propietat intel·lectual pertanyen a dues esferes totalment diferents. Per exemple, P. BARBERÁN diu que *“Pese a que la propiedad intelectual y la industrial podríamos considerarlas como primas hermanas, no forman parte de la misma rama del derecho. La industrial es estudiada por el derecho mercantil, al contemplarse como un bien intangible de la empresa, mientras que la intelectual es materia del derecho civil. Aunque en la práctica todo ello se mezcle, los creadores se encuentran con el hándicap de que los profesionales especializados en una u otra rama suelen ser distintos”*⁴⁷.

4.1.2. Propietat intel·lectual en sentit estricte

Seguint amb la classificació de les diferents dimensions de la propietat intel·lectual, en segon lloc hi trobem la propietat intel·lectual en sentit estricte. Aquesta la formen els drets d'autor, regulats al Llibre I de la LPI, que serien els relatius a l'apartat a) de l'art. 2.8 del Conveni d'Estocolm. Per drets d'autor s'entén un conjunt de normes i principis que regulen els drets morals i patrimonials que la Llei concedeix als autors, pel sol fet de la creació d'una obra literària, artística o científica. Tradicionalment, la doctrina ha accentuat la sinonímia existent dintre les expressions “drets d'autor” i “propietat intel·lectual”. En el present treball em centraré a desenvolupar aspectes concrets d'aquesta dimensió de la propietat intel·lectual ja que l'interès de l'estudi recau sobre l'autor i la gestió dels seus drets.

L'art. 3 LPI assegura que els drets d'autor són independents, compatibles i acumulables amb altres drets: el dret de propietat i altres que tinguin per objecte la cosa material a la que està incorporada la creació intel·lectual; els drets de propietat industrial que puguin existir sobre l'obra i els altres drets de propietat intel·lectual reconeguts al Llibre II LPI.

4.1.3. Altres drets de propietat intel·lectual

En tercer i últim lloc, hi ha els altres drets de propietat intel·lectual que són drets veïns, connexes, derivats o afins als drets d'autor, regulats al Llibre II de la LPI i que es correspondrien amb l'apartat b) de l'art. 2.8 del Conveni d'Estocolm. Tal i com ha posat de relleu la doctrina estrangera, els drets afins inclouen drets molt heterogenis i diversos entre sí, sense que es puguin trobar altres factors comuns entre ells que no siguin el fet de no representar una activitat creadora (excepte potser la dels artistes) i significar una activitat de mediació entra la obra i el públic.⁴⁸ Aquests drets afins als drets d'autor, al no significar una activitat creadora com la que és pròpia dels drets d'autor, porten implícita una activitat empresarial de producció de la obra. Tanmateix, això no vol dir que siguin poc importants o que passin desapercibuts, ja que moltes vegades la

⁴⁷ Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 18.

⁴⁸ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA i Fernando BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 396.

repercussió mediàtica que tenen els artistes, intèrprets i executants supera inclús als mateixos autors. P. BARBERÁN ho il·lustra amb el següent exemple: “*Mucha gente no sabe quién dirigió «El señor de los anillos», o el compositor de su banda sonora, o quizás el autor del libro del que viene la película, y no digamos el nombre de su productor, pero se acordará de su actor o actriz principal. La gente sabe quién es Elvis Presley, pero el famoso intérprete americano no componía sus canciones, sólo las interpretaba, como pasa con la mayor parte de intérpretes musicales; o si no, ¿cuántas personas se quedan sentadas en un cine hasta que finalizan los títulos de crédito?»*”⁴⁹.

Aquests altres drets de la propietat intel·lectual recollits al Llibre II de la LPI són els següents:

Els **drets dels artistes intèrprets o executants** que, segons l’art. 105 LPI i en consonància amb l’art. 3 a) de la Convenció de Roma de 1961, pertanyen “*a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra*” i afegeix que aquests drets també es reconeixen per al director d’escena i el director d’orquestra. Tal i com he apuntat, els drets dels artistes intèrprets o executants tenen un toc distintiu respecte dels altres drets de propietat intel·lectual d’aquest apartat. I és que, mentre que els altres drets de propietat intel·lectual del Llibre II LPI deriven de la producció de l’obra i per tant, protegeixen interessos empresarials i patrimonials; el dret dels artistes tot i no ser un dret d’autor, respon al reconeixement d’una actuació personal creativa. Aquest fet distintiu també fa que, tot i que en els altres drets de propietat intel·lectual no sigui possible apreciar-hi facultats personals o morals perquè tenen caràcter de purs drets patrimonials; sí que és possible apreciar la dualitat moral/patrimonial en els drets dels artistes, assimilant-se també en aquest sentit als drets d’autor.

Els **drets dels productors de fonogrames i gravacions audiovisuals** que, a tenor dels arts. 114 i 120 LPI i en consonància als arts. 3º b) i c) de la Convenció de Roma de 1961, pertanyen a “*la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación* (el fonograma o la gravació audiovisual)”. S’entén per fonograma “*toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos*” i per gravació audiovisual “*las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley*”.

Els **drets de les entitats de radiodifusió** que, tal i com es desprèn dels arts. 126 i 127 LPI, protegeixen les emissions o transmissions efectuades per les entitats de radiodifusió. Per tant, el bé objecte de protecció no és el contingut del que s’emet o es transmet, (que podrà quedar protegit per un dret de propietat intel·lectual o no), sinó el

⁴⁹ Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 201.

“continent” entès com la emissió o transmissió o en sí mateixa.⁵⁰ Els paràgrafs c) i e) de l’art. 20.2 LPI defineixen els conceptes d’emissió⁵¹ i transmissió⁵², respectivament. Pel que fa al concepte d’entitat de radiodifusió no es defineix ni en la LPI, ni en la Convenció de Roma. C. ERDOZAIN diu que “*claramente lo son las entidades u organismos que han obtenido una licencia o concesión administrativa para emitir o radiodifundir imágenes y/o sonidos dentro de un determinado territorio*”⁵³.

La **protecció de meres fotografies**, recollida a l’art. 128 LPI, protegeix tant a la fotografia com la reproducció (fixació) d’imatge obtinguda per procediment anàleg, quan cap d’elles tingui el caràcter d’obra protegida pel Llibre I LPI (art. 10.1.h), concedint el dret exclusiu d’autoritzar la seva reproducció, distribució i comunicació pública en les mateixes condicions reconegudes a la LPI pels autors d’obres fotogràfiques (arts. 18, 19 i 20).

La **protecció de determinades produccions editorials** contempla dos drets afins. El dret contemplat a l’art. 129.1 LPI, sobre tota persona que divulgui lícitament una obra inèdita que estigui en domini públic, que tindrà sobre aquesta els mateixos drets d’exploació que haguessin correspost a l’autor; i el dret contemplat a l’art. 129.2 LPI, sobre els editors d’obres no protegides pel Llibre I LPI, que gaudiran del dret exclusiu d’autoritzar la reproducció, distribució i comunicació pública d’aquestes edicions sempre que puguin ser individualitzades per la seva composició tipogràfica, presentació i altres característiques editorials.

El **dret “sui generis” sobre les bases de dades** compta amb una doble protecció dins de la LPI⁵⁴, ja que les bases de dades poden ser objecte d’un dret d’autor en la mesura que siguin creacions intel·lectuals originals (art. 12 LPI) i, a més, amb independència de que siguin o no creacions originals, de manera compatible amb els drets d’autor, l’art. 133 LPI reconeix al fabricant el dret *sui generis* sobre la base de dades, que “*protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido*”. Quan parlem de bases de dades s’ha de tenir en compte que aquest dret “*sui generis*” que confereix la LPI als autors i fabricants de bases de dades és diferent

⁵⁰ José Carlos ERDOZAIN LÓPEZ (2015), “Otros derechos de Propiedad Intelectual”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 273.

⁵¹ Art. 20.2 c) LPI: “*La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.*”

⁵² Art. 20.2 e) LPI: “*La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.*”

⁵³ José Carlos ERDOZAIN LÓPEZ (2015), “Otros derechos de Propiedad Intelectual”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 273.

⁵⁴ Margarita OROZCO GONZÁLEZ (2015), *Propiedad Intelectual y nuevas tecnologías: problemas prácticos y teóricos*, Civitas, Pamplona, p. 19 i 28.

de la protecció al titular de les dades personals, que és objecte de regulació en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de desembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)⁵⁵ i, més recentment, al Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques en el que respecta al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel que es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades)⁵⁶.

Per concloure aquest apartat cito a M. OROZCO, que resumeix d'una manera molt clara quines són les particularitats d'aquests drets afins als drets d'autor: *“los derechos conexos o afines son intereses de quienes no son autores pero que, aun así, se manifiestan en relación con una creación intelectual. Mediante su protección se valora autónomamente la actividad o iniciativa empresarial de quienes contribuyen decisivamente a la difusión de las obras. Por lo tanto, nos encontramos delante de una cadena de derechos que derivan los unos de los otros, en los que su pieza principal o inicial es la obra (hay excepciones) a partir de la que se obtienen distintos rendimientos o posibilidades”*⁵⁷.

4.2. Característiques del dret d'autor

L'autor i el seu dret mereixen una major protecció que la que es confereix als titulars dels altres drets de propietat intel·lectual, ja que normalment aquests últims recauen sobre béns o serveis que constitueixen el vehicle de difusió de les obres (objecte del dret d'autor).

4.2.1. L'obra: objecte immaterial

La LPI, en el seu art. 10, assenyala que *“son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”* i seguidament enumera una llista d'obres⁵⁸, tot i que deixa la porta oberta ja que utilitza l'expressió *“comprendiéndose entre ellas”* i fa referència a que s'hi podran incloure nous conceptes d'obres que surtin en un futur. Això es pot considerar que és bo i dolent a la vegada, ja que no s'ha de modificar la Llei cada vegada que es produeix un invent de la tècnica que permet noves formes d'obra, però per altra banda, qui decidirà què està dins i què està fora de l'objecte de la LPI en aquells casos dubtosos? P. BARBERÁN analitza aquesta disjuntiva: *“en algunos casos, a través de la normativa posterior a la Ley de 1996 hemos podido, de un modo indubitado, incluir determinadas obras. Así, por ejemplo, las páginas web como consecuencia del*

⁵⁵ BOE núm. 298, de 14/12/1999. [BOE-A-1999-23750].

⁵⁶ DOUE n° L 119 de 4/05/2016 p. 1-88.

⁵⁷ Margarita OROZCO GONZÁLEZ (2015), *Propiedad Intelectual y nuevas tecnologías: problemas prácticos y teóricos*, op. cit., p. 28.

⁵⁸ Alguns exemples de la llista d'obres que enumera l'art. 10 LPI: *llibres, composicions musicals, obres dramàtiques, obres cinematogràfiques, escultures, obres de pintura, plans i maquetes, gràfics i mapes, obres fotogràfiques, programes d'ordinador...*

Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual. Sin embargo, otras han tenido que ser los tribunales los que otorgaran o negaran la protección”⁵⁹. Aquest autor posa exemples curiosos d’obres admeses expressament pels tribunals per ser objecte de protecció pels drets d’autor: una vaixella⁶⁰, un fulletó d’instruccions per a una mampara de bany⁶¹, els anuncis d’ofertes de treball en un diari⁶² o eslògans (com “*Que la fuerza te acompañe*”, “*Busque, compare y si encuentra algo mejor, cómprelo*” o “*Si no se encuentra satisfecho, le devolvemos su dinero*”)⁶³.

Més enllà de què es pot concebre com a obra i què no, la doctrina distingeix dues dimensions dins de la pròpia obra: el *corpus mysticum* i el *corpus mechanicum*, com a dos conceptes autònoms⁶⁴ ⁶⁵. Per entendre com identificar-los podem posar l’exemple d’una improvisació musical. El *corpus mysticum* seria la pròpia improvisació que existeix conforme el músic la va interpretant, però que desapareix al mateix temps si no és que queda enregistrada en aquell moment. Aquest enregistrament, la fixació en un suport, serà el *corpus mechanicum*, que posteriorment permetrà l’explotació de la obra creada per la improvisació musical.

L’art. 56.1 LPI estableix que l’adquirent del suport físic al que s’incorpori l’obra no té, per només aquest títol, cap dret d’explotació sobre l’obra. Aquest article porta implícita una característica essencial del dret d’autor: el dret d’autor recau sobre la obra com a objecte immaterial i no directament sobre el seu suport, per molt dependent que sigui l’obra del suport.

Per tant, seguint amb l’exemple, hem d’entendre que la protecció que dispensen els drets d’autor seria sobre la pròpia improvisació que fa el músic en aquell moment concret, sobre el *corpus mysticum*, sobre l’objecte immaterial.

Pel que fa al *corpus mechanicum*, l’adquirent del suport físic al que s’incorpori una obra no gaudirà de cap dret d’explotació sobre la obra, que pertanyeran a l’autor, a no ser que l’adquirent del suport físic disposi d’un altre títol com el d’autor, coautor, successor *mortis causa* de l’autor o bé que obtingui una cessió de drets. L’art. 3 LPI distingeix els drets que es deriven del suport físic on està incorporada la creació intel·lectual (l’obra) respecte dels drets d’autor sobre l’obra mateixa, que seran independents uns dels altres, però compatibles i acumulables.

⁵⁹ Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 43.

⁶⁰ SAP Guipúscoa, Sec. 2^a, 20.04.2009 (ROJ: SAP SS 331/2009, MP: Yolanda Domeño Nieto).

⁶¹ STS, Sala de lo Civil, 30.01.1996 (ROJ: STS 508/1996; MP: José Almagro Nosete).

⁶² STS, Sala de lo Civil, 13.05.2002 (ROJ: STS 3347/2002; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

⁶³ SAP Madrid, Sec. 14, 03.09.2003 (ROJ: SAP M 9465/2003; MP: Juan Uceda Ojeda).

⁶⁴ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 21 i 65.

⁶⁵ Javier PLAZA PENADES (1997), *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución, op. cit.*, p. 47.

La sentència del Tribunal Suprem, Sala de lo Civil, 20.02.1998⁶⁶ és interessant perquè distingeix entre la propietat d'un esbós d'escultura i el dret d'explotar-lo mitjançant còpies d'aquest. A continuació en faré un comentari per entendre millor la jurisprudència del TS en aquesta matèria.

Comentari de la Sentència del Tribunal Suprem, Sala de lo Civil, 20.02.1998

Fets: L'escultor Sr. Alfonso realitza un esbós de guix fent una escultura amb les figures de don Quijote i Sancho Panza, amb el que guanya un concurs nacional l'any 1915. En base a aquest esbós es construeix un monument a Cervantes a la Plaza España de Madrid. Don Alfonso mor el 20 d'agost de 1932 i l'esbós original de guix queda sota el poder de la seva viuda, que posteriorment el va entregar al seu fill Salvador. Aquest, es va casar amb la Sra. Teresa que va heretar l'esbós quan es va morir el seu espòs. Al seu torn, la Sra. Teresa (demandant) va entregar l'esbós de guix al Sr. Gonzalo (codemandat) l'any 1974. Aquest, va encarregar que es fonés en bronze l'esbós original de guix, fet que va produir la destrucció del guix original, molt deteriorat. L'any 1990, el Sr. Gonzalo cedeix la reproducció en bronze de l'esbós original amb tots els drets a Kenton, S.A. (codemandada) perquè aquesta pogués fabricar i vendre reproduccions (en bronze o marbre) de la mateixa mida que la original.

Procés judicial: En la seva demanda, la Sra. Teresa pretenia una acció reivindicatòria de l'esbós original i una acció per infracció dels drets de propietat intel·lectual. El Jutjat de Primera Instància⁶⁷ va desestimar aquesta demanda al·legant que: *“al caso de autos nos encontramos con que la copia del boceto obtenida en bronce que ha sido objeto de la contratación por parte de los demandados no es la obra originaria realizada por el escultor, que fue en yeso, por lo que tampoco puede ser estimada la demanda en el extremo de declarar a los herederos del escultor don Alfonso propietarios de los derechos de explotación sobre la misma en cualquiera de las formas previstas en la Ley, por lo cual, procede desestimar ambas acciones”*. La demandant va recórrer aquesta sentència en apel·lació⁶⁸ i l'Audiència Provincial va estimar parcialment el recurs. En primer lloc, va confirmar la decisió del Jutjat de Primera Instància de desestimar l'acció reivindicatòria perquè va considerar que com que l'esbós originari es va destruir l'any 1975 i l'actora reclamava l'esbós originari i no pas la còpia en bronze, no se li podia restituir el que no estava reclamant i el que ja no existia. En segon lloc, va estimar l'acció per infracció dels drets de propietat intel·lectual al·legant que *“el demandado don Gonzalo no era titular de los derechos de explotación, que pertenecen a los herederos del escultor, don Alfonso y Kenton, S.A., al adquirir una copia en bronce del soporte al que se incorporó la creación artística no adquirió a la vez los derechos de explotación de dicha obra”*.

⁶⁶ STS, Sala de lo Civil, de 20.02.1998 (ROJ: STS 1157/1998; MP Alfonso Villagómez Rodil).

⁶⁷ Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 35 de Madrid, de 23 de febrer de 1993.

⁶⁸ SAP de Madrid, Secció Vigèsima Primera, d'11 de novembre de 1994.

Recurs de cassació: Tant la demandant com els codemandats van interposar recurs de cassació davant del TS. L'alt Tribunal reproduceix la mateixa decisió que els altres dos òrgans pel que fa a denegar que s'hagi de retornar l'esbós de bronze a la demandant perquè ja no es pot considerar que és l'escultura original *“al no existir el requisito de la identidad entre el objeto detentado por el demandado y el objeto reivindicado en la primitiva pretensión”*. Per altra banda, el TS considera que els demandats han actuat il·lícitament a l'hora d'explotar l'obra perquè exercien uns drets que pertanyien als hereus de la obra original. Considera que el canvi de l'esbós de guix pel de bronze, que va ser una conducta unilateral del Sr. Gonzalo, no pot ser un argument per burlar els legítims drets d'exploració de la obra que pertanyen a la Sra. Teresa, perquè si el canvi no s'hagués produït aquests drets haguessin seguit pertanyent a ella sense cap dubte.

Resolució TS: L'argumentació del TS es fonamenta sobretot amb l'art. 56 LPI que anuncia que l'adquirent de la propietat del suport d'una obra no tindrà per aquest sol títol cap dret d'exploració sobre aquesta. Al final de la sentència el Tribunal es pronuncia: *“admitiendo, pues, esa titularidad “ab initio” posesoria del recurrente (Sr. Gonzalo) sobre el boceto existente, se permite la cesión que hace a la codemandada (Kenton S.A.) en abril de 1990 (...) lo que no obsta a que se invaliden las consecuencias de esa cesión del objeto material cedido -el boceto- si es que las mismas afectan a los derechos de explotación diferenciados por repetido art. 56, ya que la posibilidad de la transmisión de la propiedad del boceto, no puede comprender derecho alguno sobre la explotación de la obra recogida en el mismo”*.

Comentari personal: Aquesta sentència subratlla que els drets d'autor són independents i compatibles amb la propietat i els altres drets que tinguin per objecte la cosa material a la que està incorporada la creació intel·lectual. Per tant, a no ser que els drets d'exploració se cedeixin de forma explícita, encara que l'objecte material de suport de l'obra se cedeixi, aquests drets continuaran pertanyent al seu titular originari. Fins i tot, en un cas com el present en el qual es destrueix el suport material originari de l'obra, es considera que els drets d'exploració sobre aquesta perduren perquè precisament el *corpus mysticum* és separable del *corpus mechanicum*. Que el *corpus mechanicum* s'elimini no implica que el *corpus mysticum* i tots els seus drets també.

4.2.2. Dret de propietat

Aquesta immaterialitat de l'obra no és un obstacle perquè el dret d'autor, que té per objecte l'obra, sigui considerat com un dret de propietat. Així queda reconegut explícitament en el paràgraf 9 de l'Exposició de Motius de la Directiva 2001/29⁶⁹; i

⁶⁹ *“Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. Su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general. Por lo tanto, la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad”*.

igualment en el nostre ordenament, tant en la denominació de propietat intel·lectual, com en els arts. 428 i 429 CC.⁷⁰ Dins del Codi Civil espanyol, aquests articles estan situats al Llibre II “*de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*”, Títol IV “*de algunas propiedades especiales*”, Capítol III “*de la propiedad intelectual*”. Per tant es qualifica la propietat intel·lectual (i per tant, els drets d’autor), com a una propietat de tipus especial.

L’art. 348 CC, sobre les disposicions generals de la propietat, disposa que “*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”. De forma similar també ho estableix l’art. 428 CC, de la propietat intel·lectual, quan diu “*el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad*” i també, l’art. 2 LPI “*atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*”.

Per tant, veiem que la immaterialitat de l’objecte de propietat no és un obstacle per afirmar que quan parlem de drets d’autor estem davant d’un dret de propietat. Serà l’autor de l’obra el que disposarà d’un dret d’exclusiva sobre la mateixa, que li permetrà gaudir-la, explotar-la, prohibir-ne la seva utilització o autoritzar-la. Ho reconeix també l’art. 17 LPI “*corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma*”. Un dret d’exclusiva sobre una propietat consisteix en un dret d’autoritzar i prohibir. R. BERCOVITZ utilitza l’exemple i paral·lelisme del propietari d’un cotxe o d’un apartament, que pot prohibir o autoritzar el seu ús a unes o altres persones, a més de gaudir-lo ell mateix.⁷¹

Tanmateix, la especialitat d’aquest dret de propietat ve donada per la immaterialitat del seu objecte, l’obra. Així com el gaudi del cotxe o de l’apartament en cada moment queda limitat a una persona o, com a màxim, a un número reduït; el gaudi d’una obra, a causa de la seva immaterialitat i ubiqüitat, pot produir-se al mateix temps per un nombre il·limitat de persones, en llocs geogràficament molt distants respecte del lloc de creació, divulgació o del domicili del propi titular.

Aquesta circumstància distintiva del dret d’autor com a dret de propietat, accentuada amb el desenvolupament tecnològic i de les comunicacions dins d’un món tant globalitzat, fa que sigui extremadament important respectar-lo a nivell universal.

4.2.3. Possessió de l’obra

Llavors, si el dret d’autor es qualifica com a un dret de propietat sobre un objecte immaterial, aquesta característica d’immaterialitat de l’obra fa que ens trobem en una contradicció davant d’una institució jurídica molt relacionada amb la propietat:

⁷⁰ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 21.

⁷¹ *Ibid.*, p. 22.

la possessió. Com es pot posseir un bé immaterial? Si una obra pot gaudir-se per una multitud de persones en una multitud de llocs a la vegada, qui posseeix l'obra?

Precisament, l'art. 445 CC ens diu que *“la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión”*. És evident que hi ha una contradicció, que per derivació podria abastar també a la institució de la usucapió –adquisició de la propietat mitjançant una possessió prolongada en el temps, pública, pacífica i ininterrompuda (arts. 1940 i 1941 CC)– i a la tradició – l'entrega de la possessió d'una cosa per part del venedor amb ànims de transmetre'n la seva propietat al comprador– (arts. 609, 1462 i 1464 CC). Referent a aquesta última institució, l'art. 1464 CC es refereix expressament a la possessió de béns incorporals. R. BERCOVITZ diu que encara que no s'exclouï rotundament la vigència d'aquestes institucions amb respecte a les obres com a objecte del dret d'autor, és evident que no podrien aplicar-se a les mateixes si no és reduint els seus efectes a àmbits limitats qualitativament, quantitativament i espacialment (poders o facultats afectades, compatibilitat de les mateixes amb altres, extensió territorial del poder).⁷²

4.2.4. Durada dels drets d'autor

El dret de propietat ordinària o sobre béns materials no té una duració legal, és il·limitat (excepte que desaparegui o es destrueixi la cosa). Tanmateix, el dret d'autor, que ja hem dit que són un tipus de propietat especial sobre un bé immaterial, sí que està subjecte a un mínim temporal fixat per la llei.

L'art. 26 LPI disposa que *“los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento”*. Si bé la tendència històrica ha estat que aquest termini legal s'anés ampliant a favor dels hereus de l'autor (*post mortem auctoris*), mai ha tingut una duració il·limitada assimilant-se a la propietat ordinària. Això és així perquè, si bé la llei s'assegura que l'autor en vida i els seus hereus més pròxims en el temps gaudeixin del dret d'exclusiva sobre l'explotació de la seva obra; la intenció final és l'enriquiment cultural, promocionar i difondre la cultura fent que l'obra passi a ser de domini públic per ser lliurement explotada. En aquest sentit, l'art. 41 LPI disposa que *“La extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público (...) siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra”*.

En aquest debat, R. BERCOVITZ fa notar que tot i les proteccions que el legislador estableix per tractar de garantir que, en efecte, l'autor i els seus hereus aconseguixin “rendibilitzar” de forma adequada el seu dret, qui d'una o altra forma passen a exercir-lo i a aconseguir rendibilitat en benefici propi són els empresaris, que sense cap dubte, han influït en la prolongació de la duració del dret d'autor per assegurar-se la rendibilitat de les seves inversions en l'obra.⁷³

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, p. 25

Per acabar amb aquest recopilatori de característiques especials del dret d'autor en tant que és propietat intel·lectual, penso que és molt adient citar aquest fragment de M. MADRIÑÁN: *“es cierto y resulta innegable que tanto la naturaleza inmaterial del objeto de la propiedad intelectual, así como el complejo contenido del mismo, la duración temporal de los derechos de autor frente a la perpetuidad de la propiedad ordinaria, o el hecho de que la única forma de adquirir la propiedad sea la creación original de una obra, constituyen particularidades u obstáculos que dificultan en cierta medida admitir lo expuesto sin reparos (que el dret d'autor és un dret de propietat). Ahora bien, la existencia de dichas particularidades no debería servir para admitir lo contrario, sino que simplemente justifican la peculiaridad o especialidad de la propiedad intelectual”*.⁷⁴

4.2.5. Naturalesa jurídica: moral o patrimonial?

L'art. 2 LPI estableix que la propietat intel·lectual està integrada per drets de caràcter personal i patrimonial. Avançant dins del redactat de la LPI, el Capítol III conté una Secció 1^a sobre “dret moral” i una Secció 2^a sobre “drets d'explotació”.

Una part de la doctrina adopta una tesis dualista: interpreta la LPI en el sentit de que existeixen dos drets d'autor diferents, un de patrimonial i un altre de moral, ja que es regulen per règims parcialment diferents dins de la Llei, per exemple, pel que fa a la seva duració i la successió *mortis causa* (arts. 15 i 16 en contraposició als arts. 26 i ss, 42 LPI).

Un altre sector doctrinal, avui el majoritari, adopta una tesis unitària: rebutja la teoria dualista i interpreta l'art. 2 LPI en el sentit de que el dret d'autor és un dret subjectiu unitari, però amb facultats patrimonials i morals. Així ho suggereixen autors com J. RAMS⁷⁵ i C. ROGEL⁷⁶.

Els seguidors de la tesis unitària sovint critiquen que la Llei utilitza massa el terme “propietat intel·lectual” per referir-se als “drets d'autor”. Creuen que la denominació “propietat intel·lectual” porta intrínseques característiques purament

⁷⁴ Marta MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2015), *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*, op. cit., p. 42 i 43.

⁷⁵ Joaquín RAMS ALBESA (1987), *Bienes privativos personalísimos (análisis del artículo 1.346, 5º i 6º del Código civil)*, Separata, Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid, p. 67: *“La académica y en algunos ordenamientos positiva distinción entre derecho moral y derecho patrimonial de autor (...) resulta insuficiente para permitir la construcción de una clara división funcional (...) ya que la dicotomía “derecho moral” versus “derecho patrimonial” no se presenta con la nitidez que sus términos sugieren.”*

⁷⁶ Carlos ROGEL VIDE (1995), *Estudios sobre Propiedad Intelectual*, José María Bosch, Barcelona, p. 48: *“No creemos que pueda seriamente pretenderse que, en la propiedad intelectual, hay dos derechos subjetivos distintos: uno patrimonial y otro no patrimonial. La propiedad intelectual, tal y como ha sido configurada por el ordenamiento jurídico, aparece como una situación de poder única, autónoma, independiente y unitaria. Esto no impide que, dentro de esta unitaria situación de poder, se agrupen facultades de diversa índole.”*

econòmiques i patrimonials ja que la paraula “propietat” va emparellada amb aquests conceptes i es fa difícil que pugui relacionar-se amb elements morals. En paraules de M. GONZÁLEZ: *“la denominación de propiedad intelectual ha sido muy criticada fundamentalmente porque se ha considerado que dicha expresión parece prejuzgar la naturaleza jurídica de la institución como un verdadero derecho de propiedad, que evoca sólo su faceta económica, todo lo cual resulta incompatible con el resto del articulado”*⁷⁷. Els defensors d’aquesta tesis consideren més encertat utilitzar l’expressió “drets d’autor”. L’autora I. ESPÍN al·lega que el fet de que el dret es denomini pel nom del seu subjecte és un avantatge perquè *“se pone de relieve el lado más personal, la vinculación íntima entre el sujeto y la obra, ya que en el aspecto moral es donde reside la nota característica del derecho subjetivo en cuestión”*⁷⁸.

Personalment, no considero que la utilització de la paraula “propietat intel·lectual” a la LPI sigui tant desencertada com aquestes autories afirmen, perquè com hem vist amb l’estudi de les dimensions de la propietat intel·lectual, la propietat intel·lectual no sempre es correspon amb els drets d’autor (propietat intel·lectual en sentit estricte), sinó que va més enllà i dins de la LPI pot referir-se també als afíns, connexos o veïns (altres drets de la propietat intel·lectual). Segurament seria difícil trobar una altra paraula que englobés tots aquests drets que no sigui la de “propietat intel·lectual”. En el present treball, seguiré la tesis majoritària que opta per un enfocament unitari del dret d’autor, entenent que es tracta d’un sol dret amb contingut moral i contingut patrimonial. Penso que és l’opció amb més adeptes avui en dia, la més acceptada i també la que ha seguit la jurisprudència del TS. N’és un bon exemple la STS, Sala de lo Civil, 03.06.1991⁷⁹, que al Fonament de Dret Quart estableix: *“El derecho de autor, que es inescindible y ha de ser contemplado en unicidad, tiene un contenido plural de facultades propias y proyecciones (...) que pueden encuadrarse en dos grupos: a) Uno de contenido patrimonial, derivados de la explotación económica de la obra, y nos lleva a la configuración de derechos previstos y protegidos en el Ordenamiento Jurídico y en la consideración de propiedad especial, b) Otro contenido, de carácter personal, que son las facultades o derechos morales de los autores, como consecuencia de la paternidad de las obras, que por su talento, arte, inspiración e ingenio, ha logrado realizar”*⁸⁰.

⁷⁷ Marisela GONZÁLEZ LÓPEZ (1993), *El derecho moral de autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, Marcial Pons, p. 34 i 35.

⁷⁸ Isabel ESPÍN ALBA (1994), *Contrato de edición literaria*, Editorial Comares, Granada, p. 3.

⁷⁹ STS, Sala de lo Civil, Sec. 1, 03.06.1991 (ROJ: STS 16205/1991; MP: Alfonso Villagómez Rodil).

⁸⁰ Aquesta línia jurisprudencial ha estat ratificada per:

- STS, Sala de lo Civil, Sec. 1, 09.06.1998 (ROJ: STS 3789/1998; MP: Jesús Marina Martínez-Pardo)
- STS, Sala de lo Civil, Sec. 1, 17.07.2008 (ROJ: STS 4940/2008; MP: Juan Antonio Xiol Rios).

4.3. El contingut moral dels drets d'autor

Abans de la LPI de 1987 a Espanya el dret moral d'autor no es reconeixia de forma expressa, si bé amb anterioritat a aquesta Llei, Espanya havia ratificat el Conveni de la Unió de Berna de 1886, que a l'art. 6 bis 1 (introduït per la revisió de Roma de 1928) reconeixia a nivell internacional el dret moral d'autor, incloent les facultats morals per excel·lència: dret a la paternitat i dret a la integritat de la obra.

Avui, el dret moral d'autor apareix regulat a l'art. 14 LPI. Es tracta d'un dret personalíssim, que té com a característiques el ser irrenunciable i inalienable, i, com a finalitat, la de protegir a la persona de l'autor a través de la seva obra. C. ROGEL defineix què s'entén per dret personalíssim: *“De un «derecho personalísimo» se habla cuando el ejercicio y la defensa de una determinada situación de poder sólo puede ser realizada por el propio titular: un derecho es personalísimo cuando su ejercicio no puede ser confiado a otro. El carácter personalísimo encierra una idea de infungibilidad, de imposibilidad de sustitución...”*⁸¹ Aquest caràcter ha portat a debatre si el dret moral és o no un dret de la personalitat. La doctrina està dividida en aquest punt, si bé, en l'actualitat, la posició que compta amb més adeptes és la que descarta que el dret moral sigui un dret de la personalitat^{82 83}. L'argument pot resumir-se així: no hi ha dret moral sense obra. El dret moral no protegeix a totes les persones, sinó només a l'autor, i a través del producte de la seva creació, per això no pot considerar-se un dret de la personalitat.⁸⁴

L'art. 14 enumera les facultats morals de l'autor en una llista tancada. Són les següents:

- a) **Dret de divulgació:** l'autor pot decidir el moment, la forma i si es divulga la seva obra o no. L'art. 4 LPI defineix el concepte de divulgació com l'expressió d'una obra que, amb el consentiment de l'autor, la faci accessible per primera vegada al públic i en qualsevol forma. P. BARBERÁN ho matisa: *“no considero que se pueda hablar de divulgación cuando, simplemente, el autor enseña la obra a alguien de su confianza (...) o cuando se envía a un corrector para que la revise (...). Tampoco cuando el autor presenta la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual o la deposita ante notario. Lo que sí es cierto es que cuando se divulga la obra ya no hay vuelta atrás y el derecho se extingue”*⁸⁵. La duració d'aquest dret moral avarca tota la vida de l'autor, però després de la seva mort també podrà ser exercitat per aquelles persones que hagués designat en testament o, en defecte, pels seus hereus fins un termini de 70 anys (art. 15.2

⁸¹ Carlos ROGEL VIDE (1995), *Estudios sobre Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 48.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Marta MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2015), *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales, op. cit.*, p. 38, 39 i 51.

⁸⁴ María del Pilar CÁMARA ÁGUILA (2015), “El derecho moral de autor”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 125.

⁸⁵ Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 68.

LPI). De fet, és una pràctica habitual que els hereus divulguin obres inèdites d'autors difunts.

- b) Dret de paternitat:** l'autor pot exigir el reconeixement de la seva condició d'autor de la obra. Tanmateix aquest dret inclou poder determinar si la divulgació es fa en nom seu, sota pseudònim o anònimament. Les dues vulneracions més importants del dret de paternitat són el plagi (apropiació de la obra o d'algunes parts d'aquesta) i la utilització incorrecta del dret de cita⁸⁶. La duració d'aquest dret és perpètua (art. 15.1 LPI).

- c) Dret a la integritat:** l'autor pot exigir el respecte a la integritat de l'obra i impedir qualsevol deformació, modificació, alteració o atemptat contra aquesta que suposi un perjudici als seus legítims interessos o detriment a la seva reputació. La duració d'aquest dret també és perpètua⁸⁷ (art. 15.1 LPI).

- d) Dret a la modificació:** l'autor té dret a modificar la seva obra, sempre que respecti els drets adquirits per tercers sobre la mateixa i les exigències de protecció de béns d'interès cultural. S'ha de diferenciar aquesta facultat moral del dret patrimonial de transformació (art. 21 LPI), que desenvoluparé al següent apartat. M. CÁMARA⁸⁸ estableix aquesta distinció. Es refereix al dret de transformació (dret patrimonial) quan les modificacions introduïdes en una obra donen pas a una obra nova, derivada de l'anterior, que es manté intacta; i es refereix al dret a la modificació de la obra (dret moral) quan les modificacions introduïdes no donen pas a una obra nova i diferent que coexisteixi amb la original, romanent llavors una única obra nova, però modificada. La duració d'aquest dret avarca únicament la vida de l'autor.

⁸⁶ L'art. 32 LPI regula les cites, ressenyes i il·lustració amb finalitats educatives o d'investigació científica: "*es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual (...), siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico*". Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual*, op. cit., p. 92; analitzant aquest article conclou que: "*esto significa que se trata de un cortar y pegar; es decir, no es cita cuando captamos la idea de un texto y lo ponemos en otro nuestro, sino que es la inclusión literal de la obra, ya que la LPI no protege las ideas sino su expresión formal*".

⁸⁷ Sobre la perpetuïtat dels drets de paternitat i integritat en els casos en que no hi ha hereus i els hi correspon a les entitats públiques citades a l'art. 16 LPI vetllar per aquests drets en interès general de la cultura; Marta MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2015), *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*, op. cit., p. 59 i 60; defensa que: "*el hecho de que se encomiende la tutela de los derechos morales a ciertas entidades públicas no resulta incompatible con la perpetuidad de aquélla (...) ello no implica en modo alguno que se olviden del autor y se puedan transgredir los derechos de paternidad e integridad de la obra. El autor debe seguir siendo respetado, y su obra, si bien puede ser utilizada por cualquiera una vez sea de dominio público, ello no puede afectar a su integridad*".

⁸⁸ María del Pilar CÁMARA ÁGUILA (2015), "El derecho moral de autor", a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 132.

e) **Dret de retirada o de penediment:** l'autor té el dret de retirar la seva obra del comerç, per haver canviat les seves conviccions intel·lectuals o morals. Aquesta retirada s'haurà de fer amb la prèvia indemnització de danys i perjudicis als titulars dels drets d'explotació, ja que per exemple, la utilització d'aquest dret moral implica un perjudici per l'editor o productor que havia efectuat una inversió en l'obra. Si bé la LPI permet a l'autor desvincular-se del contracte de cessió sobre el que es recolza l'explotació de la seva obra, no comprèn la recuperació de l'objecte material al que s'incorpora l'obra en el cas que fos adquirida per un particular, sense un dret d'explotació. Aquest seria el cas, per exemple, d'usuaris que haguessin comprat un llibre. Encara que l'autor volgués retirar-lo del mercat, podria fer-ho amb els *stocks* de les botigues però no amb les còpies ja venudes. La part final del precepte de la LPI estableix que si posteriorment l'autor decideix reprendre l'explotació de la seva obra, haurà d'oferir els drets preferentment a l'anterior titular i en condicions similars a les originàries. P. BARBERÁN dedueix que *“se intenta evitar con ello un posible fraude en el ejercicio de este derecho consistente en que por motivos que nada tienen que ver con un verdadero cambio de las convicciones morales o intelectuales del autor (...) se decida retirar la obra para seguidamente retomar sus antiguas convicciones y otorgarle la explotación de la obra a un tercero”*⁸⁹. Lògicament la duració d'aquest dret, al referir-se a les conviccions de l'autor, es prolonga només fins a la seva mort.

f) **Dret d'accés:** l'autor té dret a accedir a l'exemplar únic o rar de l'obra, quan estigui en poder d'una altra persona, per poder exercir el dret de divulgació o qualsevol que li correspongui. Tanmateix, l'autor no podrà exigir el desplaçament de l'obra. L'exercici del dret d'accés s'haurà de fer en les condicions que menys incomodin al posseïdor de l'exemplar de l'obra, indemnitzant-lo si fos el cas. Aquest dret moral faculta a l'autor tant per exercir altres facultats morals (divulgació i modificació) com per exercir-ne de patrimonials. L'únic problema que planteja aquest dret és el dubte de si s'extingeix amb la mort de l'autor o si pot ser exercit pels causahavents o per l'autoritat pública. Alguns autors, com J. PLAZA, creuen que *“como derecho personalísimo, se extingue con la muerte, pero el mismo derecho de acceso tienen los herederos o la autoridad pública aunque sólo cuando pretendan divulgar una obra inédita y en virtud de lo dispuesto en los artículos 15.2 y 40 LPI (que son concreción del derecho de acceso a la cultura del artículo 44 de la Constitución)”*⁹⁰.

La vulneració de qualsevol d'aquests drets atorga al seu titular, de manera automàtica, la possibilitat d'exigir una indemnització per danys morals.

⁸⁹ Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 73.

⁹⁰ Javier PLAZA PENADÉS (2009), “Comentario al art. 14 LPI”, a José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (Director), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2ª ed., p. 168.

4.4. El contingut patrimonial dels drets d'autor

La LPI es refereix als drets patrimonials com a drets d'explotació. Dins d'aquests drets podem contemplar-hi dues categories: els drets patrimonials exclusius i els drets patrimonials de simple remuneració.

4.4.1. Drets patrimonials exclusius

L'art. 17 LPI fa referència als drets patrimonials exclusius admetent que tenen un fort lligam amb el vessant moral dels drets d'autor, ja que faculden a l'autor per autoritzar o excloure els usos de la seva obra en qualsevol forma i, en especial, en les quatre modalitats típiques que anuncien els següents articles de la Llei.

a) Dret de Reproducció

L'art. 18 LPI descriu en què consisteix l'activitat de reproducció com a forma d'explotació de l'obra. La reproducció, doncs, és el dret a *“la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*.

L'evolució històrica de mitjans tecnològics per produir exemplars o còpies d'una obra no ha parat d'avançar, des dels gravats, passant per la gravació sonora, fins a les còpies digitals en la memòria d'un ordinador. És per això que el redactat d'aquest article utilitza expressions suficientment àmplies per tal d'abastar qualsevol procediment de reproducció que s'utilitzés en un passat, que existeixi actualment o que pugui inventar-se en un futur. Com que els mitjans tecnològics han evolucionat, també ho han fet les formes de vulnerar aquest dret de reproducció. Tal i com exposa P. BARBERÁN, *“tradicionalmente la vulneración de este derecho consistía en la edición inconsciente, en el fotocopiado de libros o en la inclusión de una canción en otra obra sin autorización. Sin embargo, esto era algo sin una gran trascendencia económica y relativamente fácil de detectar y sofocar. Ahora la tecnología digital e Internet han supuesto que este derecho tenga una importancia extrema, ya que el escaneado de un libro o cualquier digitalización supondrá un necesario y primer paso para la siguiente infracción consistente en subirlo a la red vulnerando el derecho de comunicación pública”*⁹¹.

El dret de reproducció té quatre límits específics, que no necessiten l'autorització de l'autor. Són casos en els que només es permet la reproducció, però sense la explotació de les reproduccions obtingudes: les reproduccions provisionals i la còpia privada (art. 31 LPI), les reproduccions efímeres o provisionals (art. 36.3 LPI) i la reproducció per a finalitats d'investigació o conservació (art. 37.1 LPI).

El dret de reproducció va molt lligat al dret de distribució, ja que si bé la reproducció consisteix en fixar la obra en un mitjà o suport que en permeti la seva

⁹¹ Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 75.

comunicació i multiplicació, no consisteix en que efectivament aquesta es comuniqui o multipliqui posant-se a disposició del públic. La fixació de la obra constitueix el nucli o element bàsic de la reproducció, si posteriorment la obra o les seves còpies es posen a disposició del públic, ja estem parlant del dret de distribució.

b) Dret de Distribució

Segons l'art. 19 LPI, s'entén per distribució *“la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”*.

Aquest article està altament influenciat per la transposició al nostre ordenament de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de novembre de 1992, sobre drets de lloguer i préstec i altres drets afins als drets d'autor en l'àmbit de la propietat intel·lectual⁹². És així perquè el dret de distribució no només existeix quan es comercialitza la obra original o les seves còpies mitjançant un contracte de compra-venda (fórmula tradicional), sinó que també existeix distribució quan es comercialitza amb els nous mitjans que contempla aquesta Directiva: el lloguer, el préstec o altres fórmules anàlogues.

El Text Refós de la LPI 1/1996 va ser reformat per la Llei 23/2006, que va afectar a l'art. 19 LPI, afegint el requisit de la tangibilitat del suport al que s'incorpora a l'obra, com a element característic d'aquest dret d'explotació. Serien formes de distribució el préstec de llibres d'una biblioteca als seus usuaris o la venda de discs en una botiga. Així doncs, la distribució implica necessàriament la incorporació de l'obra o de les seves còpies en un suport físic amb la posada a disposició d'exemplars d'aquesta per a una pluralitat de persones.

Per tant, quan parlem de la distribució per cable (art. 36 LPI) en realitat no és una activitat que constitueixi distribució a efectes de la LPI, sinó que es tracta d'un supòsit de comunicació pública perquè no es posen a disposició del públic exemplars físics de la obra que puguin efectivament subjectar-se o agafar-se.

c) Dret de Comunicació Pública

El concepte de comunicació pública es contraposa amb el de distribució en alguns aspectes. L'art. 20 LPI la defineix com 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”*.

Tradicionalment la comunicació pública s'associava amb aquells actes en els quals hi havia simultaneïtat, temporal i espacial, entre el públic i l'organitzador de l'acte (ex: representació teatral). Tanmateix aquest model ha caducat, ja que avui es pot estar explotant una obra sense simultaneïtat, sinó que pot ser un públic successiu tant en temps com en espai (ex: emissió d'una obra musical per radiodifusió).

⁹² DOCE n° L 346 de 27/11/1992 p. 61-66

L'art. 20.2 LPI preveu les diferents modalitats d'actes de comunicació pública, si bé la llista de l'articulat en cap cas suposa un *numerus clausus*. La llei conté aquesta enumeració per deixar clar en quins actes no hi ha d'haver cap mena de dubte de que es tracta de comunicació pública, però està obert a d'altres que compleixin els requisits d'aquest model d'explotació intangible.

La problemàtica d'aquest precepte passa per determinar on acaba la comunicació privada i on comença la pública. L'art. 20 LPI disposa que *“no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”*. J.M. RODRÍGUEZ entén que el dret de comunicació pública de la LPI no només comprèn els actes públics sinó també alguns actes privats que excedeixen de l'àmbit domèstic i familiar. Segons ell, *“hay que considerar la posibilidad de que determinadas representaciones teatrales, conciertos o proyecciones cinematográficas no se celebren siempre de forma abierta al público (...). Con frecuencia también se celebran de forma privada, aunque colectiva, por rigurosa invitación”* per la qual cosa *“nos podría hacer pensar que la clave de la comunicación pública es la comunicación colectiva, de manera que los actos (privados) colectivos no familiares y los públicos son todos actos de comunicación pública, a los efectos del artículo 20 LPI”*.⁹³

d) Dret de Transformació

A diferència dels altres drets patrimonials exclusius, el concepte de transformació no es defineix a la LPI. L'art. 21 LPI tan sols enumera alguns supòsits en els quals hi ha transformació *“la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación”* i acaba amb una fórmula oberta *“y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”*.

Així doncs, el dret de transformació serà el dret exclusiu que atorgarà l'autor d'una obra per modificar-la o transformar-la. L'autor de la obra derivada o composta resultant d'aquesta transformació gaudirà dels drets de propietat intel·lectual sobre aquesta.

Tal i com afirma G. BERCOVITZ, un tema crucial per a l'explotació del dret de transformació és el de la seva relació amb el dret moral d'integritat (art. 14.1 LPI), que és irrenunciable i inalienable. *“Por definición una transformación es una alteración de la obra original (adaptación), en otros, simplemente se pretenderá tomar o incorporar algunos elementos de la obra original, alterando el resto. (...) A lo que tiene derecho el autor es a que el público no perciba su obra deformada o alterada (...). Pero si se transmite claramente al público que se trata de una obra distinta, de una transformación libre por ejemplo, aunque tome como base la obra anterior, entonces el*

⁹³ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (Director), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 192 i 193.

*derecho moral de integridad tendrá, en consonancia con los intereses que protege, una aplicación mucho más limitada.*⁹⁴

4.4.2. Drets patrimonials de simple remuneració

De manera diferent, els drets patrimonials de simple remuneració no permeten que l'autor realitzi un control sobre la seva obra, ja que són drets amb una intenció purament econòmica. Com a conseqüència, l'autor no pot impedir l'ús de la seva obra, sinó que simplement podrà cobrar determinades quantitats quan aquesta s'utilitzi.

a) Dret de participació

El dret de participació neix a l'ombra del mite de l'artista plàstic miserable i explotat, producte del París bohemi de finals del s. XIX i de l'inici de la especulació en l'art; que va generar una certa indignació i un debat sobre la posició de l'artista que veu enriquir-se a altres que especulen amb les seves obres.⁹⁵

La concepció originària d'aquest dret és el *droit de suite*, encara denominat així en el dret comparat, que faculta a l'autor d'obres d'art gràfiques o plàstiques per obtenir un percentatge sobre el preu de la revenda de la seva obra. D'aquesta manera es fomenta l'art i es protegeix als autors reconeixent-los-hi una certa titularitat moral de l'obra plàstica inclús després d'haver-la venut i podent-se beneficiar de la seva revaloració.

Fa pocs anys, l'art. 24 LPI regulava el dret de participació, però a causa de la transposició de la Directiva 2001/84/CE, aquest article es va derogar i el legislador espanyol va optar per elaborar una llei específica per aquest dret: la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original⁹⁶.

Aquesta nova llei marca els llindars que hauran de complir els professionals del mercat que participin a la revenda d'obres d'art. L'art. 4 de la Llei 3/2008 marca una quantia igual o superior a 1.200 € per a que l'autor pugui percebre un percentatge i l'art. 5 estableix un escalonat decreixent de percentatges pels diferents trams de preu, segons augmenti el preu final de la revenda. Així, per exemple, l'autor haurà de cobrar el 4% dels primers 50.000 € i fins el 0,25% quan excedeixi els 500.000 € (amb tres trams més entremig). Finalment estableix que l'autor en cap cas podrà cobrar més de 12.500 € en concepte d'aquest dret de participació.

⁹⁴ Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ (2015), "El derecho de transformación", a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 96.

⁹⁵ Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ (2015), "El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada", a RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 141.

⁹⁶ BOE núm. 310, de 25/12/2008. [BOE-A-2008-20801].

Finalment, a efectes d'aquest treball, és important destacar que el dret de participació és inalienable i irrenunciable (art. 6 Llei 3/2008), però la seva gestió podrà ser conferida a una entitat de gestió col·lectiva de drets d'autor que farà la funció de recaptar i distribuir els pagaments corresponents (art. 7 Llei 3/2008).

b) Dret de compensació per còpia privada

Tal i com he exposat a l'apartat sobre el dret de reproducció, la còpia privada és un dels límits d'aquest dret patrimonial exclusiu. Això significa que la còpia privada, tot i ser un acte de reproducció, no necessita l'autorització de l'autor. Aquest dret està contemplat tant a l'art. 9.2 del Conveni de Berna⁹⁷ com en l'art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29⁹⁸.

A la legislació nacional, la còpia privada com a límit al dret de reproducció existeix a tenor de l'art. 31.2 LPI, que enumera les circumstàncies que s'han de complir perquè s'entengui que estem davant d'una còpia privada i no d'un acte emparat pel dret de reproducció. Aquestes circumstàncies són: a) que la reproducció es porti a terme per una persona física exclusivament pel seu ús privat; b) que la reproducció es realitzi a partir d'una font lícita; c) que la còpia obtinguda no sigui objecte d'una utilització col·lectiva ni lucrativa, ni de distribució mitjançant un preu.

Però llavors, l'autor no té cap poder sobre les possibles còpies privades que es puguin fer de la seva obra? La resposta ens la dona l'art. 25 LPI, que preveu una compensació equitativa i única pels autors, editors, productors, artistes intèrprets o executants, d'obres divulgades pertanyents a tres modalitats de reproducció diferents: a) en forma de llibres i publicacions que s'assimilin als llibres per via reglamentària; b) fonogrames i altres suports sonors; c) vídeogrames i altres suports audiovisuals; que s'hagin reproduït mitjançant els criteris de la còpia privada (exposats al paràgraf anterior).

I qui és el deutor que ha de satisfer aquesta compensació econòmica als seus creditors (els autors)? A Espanya, el dret de compensació equitativa per còpia privada es va començar a regular amb la LPI de 1987 (Llei anterior a l'actual LPI de 1996). Segons aquesta legislació i també segons la legislació inicial de la LPI actual, qui abonava la compensació de forma directa no era la persona que es beneficiava de la obra copiant-la per fer-ne un ús privat, sinó que la compensació l'havien de pagar els

⁹⁷ Art. 9.2 Conveni de Berna: “*Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*”

⁹⁸ Art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29: “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: (...) b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6.*”

fabricants o importadors d'equips, aparells i suports materials utilitzats per confeccionar o guardar aquestes còpies (fabricants de fotocopiadores, discs verges, gravadores, etc.). Explicat d'una manera planera, aquests fabricants pagaven un import a l'Estat per cada dispositiu que venien, l'Estat recaptava aquest "cànon" i posteriorment repartia la compensació entre els autors. En aquest sistema, les entitats de gestió col·lectiva de drets d'autor actuaven en nom de l'Estat recaptant i repartint la compensació.

Els fabricants no van tardar a qüestionar-se aquest mètode, ja que al·legaven que els equips, aparells i suports que comercialitzaven no només anaven destinats a l'ús privat, sinó que també es venien a professionals i persones jurídiques que els destinaven a un ús empresarial o no personal.

La resposta a aquest debat va arribar de la mà de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Tercera) de 21.10.2010, el cas *Padawan*⁹⁹.

Comentari de la STJUE (Sala Tercera), de 21.10.2010, cas Padawan

Fets: Padawan S.L. és una empresa que comercialitza CD-R, CD-RW, DVD-R i aparells de MP3. L'entitat de gestió col·lectiva de drets d'autor "Sociedad General de Autores y Editores" (SGAE), va demandar-la perquè no li havia pagat el cànon per còpia privada previst a l'art. 25 LPI que es corresponia als exercicis de 2002 a 2004. Tanmateix, Padawan es va oposar al pagament al·legant que l'aplicació del cànon als suports digitals que comercialitzava, sense cap distinció i amb independència de la funció a que es destinessin (ús privat o activitat professional o comercial), era contrària a la Directiva 2001/29, relativa a l'harmonització de determinats aspectes dels drets d'autor i drets afins als drets d'autor en la societat de la informació. El Jutjat de lo Mercantil nº 4 de Barcelona¹⁰⁰ va estimar plenament la reclamació de la SGAE i va condemnar a Padawan al pagament d'una quantitat de 16.759,25 € més interessos legals. Padawan va interposar un recurs d'apel·lació contra aquesta sentència i l'Audiència Provincial de Barcelona va decidir suspendre el procediment i plantejar al Tribunal de Justícia de la UE cinc qüestions prejudicials.

Marc jurídic: Per entendre les respostes donades pel TJUE a les qüestions prejudicials plantejades és imprescindible tenir en ment l'art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29¹⁰¹.

⁹⁹ STJUE (Sala Tercera), 21.10.2010, assumpte C-467/08, *Padawan, S.L. vs. SGAE*.

¹⁰⁰ Sentència del Jutjat de lo Mercantil nº 4 de Barcelona, de 14 de juny de 2007.

¹⁰¹ Vegeu la nota de peu de pàgina núm. 98.

Qüestions prejudicials i resposta del TJUE:

1) El concepte de “**compensació equitativa**” implica una harmonització per tots els Estats membres de la UE?

El TJUE va respondre dient que el concepte de “compensació equitativa”, en el sentit de l’art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29, és un concepte autònom de Dret de la UE, que ha d’interpretar-se de manera uniforme en tots els Estats membres que hagin establert una excepció de còpia privada al dret patrimonial exclusiu de reproducció, amb independència de la facultat dels Estats per determinar la forma, les modalitats de finançament i la quantia d’aquesta compensació equitativa.

2) El sistema utilitzat per cada Estat membre per determinar la compensació equitativa, ha de respectar un **just equilibri** entre els afectats?

El TJUE va respondre dient que la compensació equitativa ha de calcular-se necessàriament sobre la base del criteri del perjudici causat als autors d’obres protegides com a conseqüència de l’establiment de l’excepció de còpia privada. Considera que s’ajusta als requisits del “just equilibri” la previsió de que les persones que disposen d’equips, aparells i suports de reproducció digital i que els posen a disposició d’usuaris privats siguin els deutors del finançament de la compensació equitativa perquè tenen la possibilitat de repercutir la càrrega real de tal finançament sobre els usuaris privats.

3) i 4) En els casos en que un Estat membre opti per un sistema de gravamen o cànon sobre els equips, aparells materials de reproducció digital, aquest **gravamen ha d’anar directament lligat al presumible ús d’aquells equips i materials**, de tal manera que estaria justificada quan anessin destinats a realitzar la còpia privada i no ho estarien en cas contrari? És conforme al concepte de “compensació equitativa” **l’aplicació indiscriminada del referit cànon** a empreses i professionals que clarament adquireixen els aparells i suports de reproducció digital per finalitats alienes a la còpia privada?

El TJUE respon les qüestions prejudicials 3 i 4 conjuntament, considerant que és necessària una vinculació entre l’aplicació del cànon destinat a finançar la compensació equitativa en relació amb els equips, aparells i suports de reproducció digital i el presumible ús d’aquests per realitzar reproduccions privades. Per tant, l’aplicació indiscriminada del cànon per copia privada en relació amb equips, aparells i suports de reproducció digital que no s’hagin posat a disposició d’usuaris privats i que estiguin manifestament reservats a usos diferents a la realització de còpies privades, no resulta conforme amb la Directiva 2001/29.

5) El **sistema adoptat per l’Estat espanyol** d’aplicar el cànon per còpia privada a tots els equips, aparells i materials de reproducció digital de forma indiscriminada podria contrariar la Directiva 2001/29/CE?

El TJUE no respon a aquesta qüestió perquè considera que no li correspon decidir sobre la compatibilitat d’una disposició nacional amb el Dret de la Unió. Aquesta és una competència dels òrgans jurisdiccionals nacionals i en aquest cas de l’Audiència Provincial de Barcelona, que després d’obtenir les precisions sobre l’abast i la

interpretació del Dret de la Unió per via de les qüestions prejudicials, podrà jutjar si el sistema espanyol del cànon per còpia privada és compatible amb la Directiva 2001/29.

Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció 15, 02.03.2011¹⁰².
Una vegada dictada la sentència del TJUE que donava resposta a les quatre qüestions prejudicials plantejades per l'AP de Barcelona, aquesta va dictar sentència ajustant-se al que havia disposat el TJUE en contra de l'aplicació indiscriminada del cànon per còpia privada. D'aquesta manera, va estimar el recurs d'apel·lació interposat per Padawan absolent-la de totes les pretensions exercitades contra ella en la demanda i imposant les costes la SGAE.

El cas Padawan va marcar un impàs per a la regulació de la compensació equitativa per còpia privada. Actualment i després de l'última reforma de la LPI amb la Llei 21/2014, l'art. 25.5 apartat d) LPI diu explícitament que: *“los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción concebidos manifiestamente para uso profesional y que no se hayan puesto de derecho o de hecho a disposición de usuarios privados para la realización de copias privadas, no estarán sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada”*.

A més, l'art. 25.7 LPI recull una llista de les adquisicions concretes d'equips, aparells i suports materials de reproducció que quedaran exceptuades del pagament de la compensació sempre que vagin adjuntades d'un certificat o una justificació.

Un cop resolta la controvèrsia sobre en quins casos es pot aplicar el cànon per compensació equitativa per còpia privada, ens queda un altre tema interessant per tractar: com funciona el sistema de pagament/recaptació del cànon? Com he dit, els deutors d'aquest cànon eren els fabricants o importadors d'equips, aparells i suports materials utilitzats per confeccionar o guardar aquestes còpies. Per tal de poder pagar el cànon, els fabricants i importadors el repercutien en el preu del producte que pagava el comprador final. Tanmateix, amb el cas Padawan això va canviar. El legislador espanyol va reaccionar-hi de manera sobtada i, a través de la Disposición Adicional 10^a del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público¹⁰³ (que posteriorment va ser desenvolupada pel Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado¹⁰⁴); va suprimir la compensació equitativa per còpia privada prevista a l'art. 25 LPI que consistia en el cànon que pagaven els fabricants i importadors.

¹⁰² SAP Barcelona, Sec. 15, 02.03.2011 (ROJ: SAP B 2/2011; MP: Ignacio Sancho Gargallo)

¹⁰³ BOE núm. 315, de 31.12.2011. [BOE-A-2011-20638].

¹⁰⁴ BOE núm. 295, de 08.12.2012 [BOE-A-2012-14904].

En el seu lloc, es va obligar al Govern a establir per via reglamentària un nou procediment de pagament als perceptors de la compensació equitativa amb càrrec als Pressupostos Generals de l'Estat (en endavant, PGE). D'aquesta manera, el deutor passava a ser l'Estat. La quantitat adequada per compensar el perjudici causat als titulars es determinava de forma anual a través d'una Ordre Ministerial d'Educació Cultura i Esport. La primera va ser l'Ordre ECD 2128/2013, de 14 de novembre¹⁰⁵, que determinava la quantia de 5.000.000 € per la compensació equitativa per còpia privada corresponent a l'exercici 2012 amb càrrec als PGE¹⁰⁶. Aquesta quantia era un 95% inferior a la que es recaptava amb anterioritat pel cànon. Per tant, va suposar un notable perjudici pels creadors, però també per les entitats de gestió de drets, que veien com minvava una de les seves fonts d'ingressos que els hi permetia mantenir la seva funció social.¹⁰⁷

El sistema d'abonar la compensació per còpia privada a través d'un càrrec als PGE és inèdit a la UE ja que a tots els Estats Membres els deutors són els importadors i fabricants d'equips, aparells i suports de reproducció (tal i com regulava la LPI abans del RD 1657/2012). Només Finlàndia té el sistema de càrrec de la compensació als PGE i en principi, està pendent de canviar. Aquest sistema, que tenia a l'Estat com a deutor, va ser fortament criticat per la Asociación para el Desarrollo de la Propiedad Intelectual (ADEPI), creada per les entitats espanyoles de gestió col·lectiva de drets de propietat intel·lectual per enfortir el desenvolupament i defensa d'aquests drets i la seva gestió col·lectiva¹⁰⁸.

Amb tot això, el RD 1657/2012 va ser impugnat per tres entitats de gestió de drets d'autor (EGEDA, DAMA i VEGAP) davant del TS, per considerar que era contrari al Dret de la Unió Europea. El TS va suspendre el procediment i va plantejar una qüestió prejudicial davant del TJUE, que no s'havia pronunciat mai abans sobre el sistema de compensació per còpia privada a través d'un càrrec als PGE. Amb la STJUE (Sala Quarta) de 9.06.2016¹⁰⁹ el TJUE va respondre que l'art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE ha d'interpretar-se en el sentit de que s'oposa a un sistema de compensació

¹⁰⁵ BOE núm. 275, de 16.11.2013. [BOE-A-2013-12021].

¹⁰⁶ El mateix van fer dues Ordres Ministerials posteriors:

L'ordre ECD/2166/2014, de 14 de novembre, que determinava la quantia de la compensació equitativa per còpia privada corresponent a l'any 2013 amb càrrec als PGE (BOE núm. 281, de 20.11.2014. [BOE-A-2014-12014]).

L'ordre ECD/2226/2015, de 19 de octubre, que determinava la quantia de la compensació equitativa per còpia privada corresponent a l'any 2014 amb càrrec als PGE (BOE núm. 256, de 26.10.2015. [BOE-A-2015-11491]).

¹⁰⁷ Dades extretes de: Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (2016), "El nuevo régimen de compensación equitativa por copia privada", a Juan Pablo APARICIO VAQUERO *et al.*, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, *op. cit.*, p. 455.

¹⁰⁸ Dades extretes de la pàgina web ADEPI: <http://adepi.net/2017/07/03/espana-recupera-modelo-europeo-compensacion-equitativa-copia-privada-canon-digital/> (consultat el 12.1.2018)

¹⁰⁹ STJUE (Sala Quarta), 9.06.2016, assumpte C-470/14, *EGEDA, DAMA, VEGAP vs. Administración del Estado*.

equitativa per còpia privada que estigui sufragat a càrrec dels PGE perquè no assegura que el cost d'aquesta compensació sigui suportat pels usuaris de còpies privades, ni tampoc assegura un just equilibri entre els interessos dels titulars de drets i els dels usuaris. El TS va dictar la STS, Sala de lo Contencioso, 10.11.2016¹¹⁰ adoptant la resposta del TJUE, donant la raó a les entitats de gestió i anul·lant el RD 1657/2012.

Així doncs, quin és el sistema de compensació per còpia privada vigent avui a Espanya? El passat estiu el Govern va adoptar el Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada¹¹¹. A través d'aquest, podríem dir que Espanya ha recuperat el model de compensació per còpia privada d'abans del RD 1657/2012 perquè torna a existir un cànon i tornen a ser deutors els fabricants o importadors d'equips, aparells i suports materials utilitzats per confeccionar o guardar aquestes còpies (art. 25.3 LPI).

Pel que fa als creditors, són els autors de les obres divulgades susceptibles de ser reproduïdes per còpia privada, els editors, productors, artistes intèrprets o executants, que pertanyen a una de les tres modalitats de reproducció que he esmentat (art. 25.1 LPI). L'art. 25.4 LPI estableix que a través d'una Ordre del Ministeri de la Presidència es determinaran els equips, aparells i suports materials subjectes al pagament de la compensació equitativa, també les quantitats que els deutors hauran d'abonar als creditors i la distribució d'aquesta compensació entre les diferents modalitats de reproducció.

És evident que el dret patrimonial de simple remuneració de còpia privada, juntament amb la compensació equitativa que comporta, és un tema complex i que podria ser objecte d'un estudi molt més profund. Tanmateix, tot i no ser la matèria principal d'anàlisi d'aquest Treball sí que ens serveix per veure que, tal i com passa amb el dret de participació, les entitats de gestió col·lectiva de drets d'autor també tenen un paper molt important en el dret de compensació equitativa per còpia privada (art. 25 LPI apartats 9, 10, 11, 12). A partir d'ara ens endinsarem en el nucli principal d'aquest Treball i veurem què són aquestes entitats i quin paper juguen en la gestió de drets d'autor.

¹¹⁰ STS, Sala de lo Contencioso, Sec. 4, 10.11.2016, (ROJ: STS 4832/2016; MP: Luis María Díez-Picazo Giménez).

¹¹¹ BOE núm. 158, de 4 de julio de 2017. [BOE-A-2017-7718].

5. LA GESTIÓ DELS DRETS D'AUTOR

Un cop estudiades les facultats morals i patrimonials del dret d'autor, veient els drets específics que s'engloben dins de cada una, hem de veure com s'exerciten en la pràctica. Pel que fa als drets morals, al tractar-se de drets personalíssims, de caràcter irrenunciable i inalienable, no podem dir que “s'exercitin o que s'explotin” sinó que tenen la funció de protegir exclusivament a l'autor a través de la seva obra.

Tanmateix, centrant-nos ara amb els drets patrimonials d'autor, en la seva naturalesa de drets d'explotació exclusius, el titular d'una obra té el dret d'escollir la modalitat per exercitar-los: de manera individual, cedint-los a tercers o a través d'un sistema de gestió col·lectiva. Així ho recull l'art. 17 LPI reconeixent a l'autor l'exercici exclusiu dels drets d'explotació de la seva obra en qualsevol forma, en especial, dels drets de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació (arts. 18 a 21 LPI).

Les modalitats d'explotació dels drets patrimonials exclusius són utilitzacions de les obres que han adquirit entitat i autonomia en el tràfic jurídic. Així, l'art. 23 LPI proclama la independència dels drets d'explotació exclusius entre ells mateixos. Com a conseqüència, l'autor té el poder jurídic d'autoritzar o no la cessió de cada dret concret en la modalitat d'explotació que desitgi.

A continuació, veurem quines són aquestes modalitats de gestió dels drets patrimonials de l'autor.

5.1. La gestió individual

Es diu que un dret d'autor és explotat en la seva màxima amplitud quan és el propi titular que l'exercita de manera individual, ja que en aquest cas, manté el control directe sobre la seva obra, negocia les condicions sota les quals aquesta pot ser utilitzada, fixa personalment la retribució deguda i controla amb relativa atenció si els seus drets estan essent respectats o no.¹¹²

La gestió individual dels drets d'autor pot ser exercitada de manera directa pel propi autor o bé de manera indirecta, quan el titular cedeix els seus drets a tercers. Un exemple de gestió individual directa seria quan un fotògraf autoritza directament a una galeria d'art per exposar les seves fotos; i un exemple de gestió individual indirecta seria quan l'escriptor d'una obra celebra un contracte d'edició amb una editorial. En aquest últim cas, la pròpia editorial es converteix en cessionària del dret d'autor i

¹¹² Mónica SAUCEDO RIVADENEYRA (2012), *La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual* (Tesi doctoral, Universitat Complutense de Madrid), p. 27. Recuperat de: <http://eprints.ucm.es/16323/> (última consulta: 13.01.2018).

s'encarrega d'explotar i gestionar els drets que el titular originari li ha transmès sobre aquella obra.

Al llarg del temps, s'han revelat les dificultats per fer valdre individualment certs drets patrimonials d'autor. En efecte, la majoria de les obres i prestacions protegides legalment són susceptibles d'una utilització simultània per una multitud de persones i en llocs tant diferents que pel titular del dret es fa impossible, de manera individual, concedir l'autorització per l'ús o impedir-lo, exigir la compensació econòmica a la que té dret, etc.¹¹³

En aquest context neixen els sistemes de gestió col·lectiva de drets d'autor en mans d'entitats especialitzades. Tanmateix, cal ressaltar que recentment es parla de que l'aplicació cada vegada més estesa de les tecnologies digitals i la utilització d'Internet obre noves possibilitats en el camp de la gestió individual dels drets i que alguns drets que avui són d'inexcusable gestió per part de les entitats de gestió col·lectiva de drets d'autor, en un futur podrien tornar a ser gestionats de manera individual pel seu titular.¹¹⁴

Tot i així, el ressorgiment de la gestió individual és encara difícil i molt llunyà, ja que els sistemes de gestió col·lectiva tenen més força que mai. Els mercats cada vegada són més complexos i estan més especialitzats, de manera que el risc de que un autor es desenvolupi individualment en aquest sector és molt elevat. La posició debilitada de l'autor que gestiona els seus drets per compte seva es contraposa amb la posició de força de les entitats de gestió que representen els interessos de milers d'autors a la vegada.

5.2. La gestió col·lectiva

Tal i com hem vist en l'anàlisi de la gestió individual dels drets d'autor, en alguns casos, els autors precisaran de la organització, la infraestructura tècnica i el material de les entitats de gestió; a través de les quals es realitza la gestió col·lectiva. La regulació genèrica de les entitats de gestió col·lectiva de drets d'autor es troba en els arts. 147 a 157 LPI.

Hi ha una regla general i teòrica que determina que, per una banda, quan s'estigui en presència d'un dret patrimonial exclusiu s'ha de considerar com a forma idònia d'explotació l'exercici individual, ja que ningú millor que el propi titular pot saber sota quines condicions concedir la seva autorització per reproduir, distribuir,

¹¹³ Gloria Esther DELGADO HERNÁNDEZ (2000), "Sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual: entre el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Propiedad Intelectual", a Luis ORTIZ BLANCO y Vera SOPEÑA BLANCO, *Derecho de la Competencia Europeo y Español, curso de iniciación: vol. II*, Universidad Rey Juan Carlos, Sevilla.

¹¹⁴ Mónica SAUCEDO RIVADENEYRA, *La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual*, op. cit., p. 30.

comunicar públicament o transformar l'obra. Aquesta regla, per altra banda, considera que la forma idònia d'explotació dels drets patrimonials de remuneració serà la gestió col·lectiva, ja que es tracta de cobrar els rendiments econòmics d'una obra que s'explota en massa, que s'utilitza en un llarg període de temps i en llocs molt diferents.

Tanmateix aquesta regla general a la pràctica no es compleix del tot, a causa de les dificultats dels autors de gestionar-se individualment els drets patrimonials exclusius, tal com he explicat a l'apartat anterior.

D'aquest difícil compliment de la regla general teòrica en deriva l'existència de dues modalitats de gestió col·lectiva: la voluntària i la obligatòria.

5.2.1. Gestió col·lectiva voluntària

Té lloc en aquells casos en que la LPI permet al titular del dret exercitar-lo de manera individual, però que la seva difícil administració en la pràctica "l'obliga" a recórrer a la gestió col·lectiva. El fonament jurídic de la gestió col·lectiva voluntària es troba a l'art. 152 LPI, d'acord amb el qual: *"las entidades de gestión están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines"*.¹¹⁵

L'encàrrec que efectua el titular d'un dret patrimonial exclusiu, de possible exercici individual, a una entitat de gestió amb la finalitat de que aquesta li administri col·lectivament aquest dret, tot i ser factible, no pot recolzar-se en el mateix fonament ni en les regles de la gestió col·lectiva obligatòria, ja que es concep amb caràcter subsidiari i privilegiat respecte de la manera ordinària d'exercir els drets exclusius, per aconseguir l'eficàcia d'aquells drets de difícil exercici individual.¹¹⁶

5.2.2. Gestió col·lectiva obligatòria.

La LPI en determinats casos obliga a la gestió col·lectiva dels drets per part de les entitats de gestió. En aquests casos es crea la representació col·lectiva obligatòria i irrenunciable a favor de les entitats de gestió, que d'aquesta manera recaptin cànon tot i que sigui en contra de la opinió o de la voluntat de l'autor. En aquests camps, el particular al que se li pretén en teoria protegir-li els seus drets, l'autor, està mancat del poder de disposició. Els drets que originen la seva obra seran objecte de gestió per les entitats encara que ell no pertanyi a aquestes o no comparteixi els seus mètodes, finalitats o criteris de gestió.

Així doncs, la gestió de determinats drets patrimonials ve establerta per imperatiu legal, ja que la LPI diu de manera específica que es tracta de drets que només

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 36.

¹¹⁶ Abel MARTÍN VILLAREJO, "El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de las nuevas tecnologías", a Carlos ROGEL VIDE (Coordinador) (1999), *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, Editorial Reus, Madrid, p. 147.

podran exercitar-se a través d'una entitat de gestió. En la LPI actual (1996) es van introduir *ex novo* supòsits de gestió col·lectiva obligatòria no previstos en la LPI anterior (1987) ni en cap altra. El TS no considera il·legal la introducció de nous supòsits de gestió col·lectiva obligatòria no previstos abans i que suposen una intromissió de gran intensitat en el dret de propietat, introduïda pel govern i sense recolzament legal. La major part d'aquests casos tenen per objecte drets remuneratoris.

Al Llibre I de la LPI, sobre els drets d'autor: L'art. 25.9 LPI, que desenvolupa el dret de l'autor a la compensació equitativa per la còpia privada de la seva obra, estableix que la remuneració es farà efectiva a través de les entitats de gestió. I l'art. 90.7 LPI disposa que la remuneració dels autors d'obres cinematogràfiques i audiovisuals per la compensació equitativa del lloguer de la seva obra i per l'exhibició pública d'aquesta també es farà a través d'aquestes entitats.

També hi ha supòsits de gestió col·lectiva obligatòria en el Llibre II, sobre els altres drets de propietat intel·lectual, per exemple: L'art. 109.3.2º LPI estableix que l'artista intèrpret o executant que hagi cedit a un productor de fonogrames o de gravacions audiovisuals el seu dret de lloguer respecte de la seva obra, conservarà el dret irrenunciable a obtenir una remuneració equitativa pel lloguer d'aquesta i que aquest dret es farà efectiu a través de les entitats de gestió. O també, l'art. 122.2 LPI contempla el dret dels productors de gravacions audiovisuals a una remuneració per a la comunicació pública d'aquestes d'acord amb les tarifes de les entitats de gestió. En el Llibre II hi ha més drets de gestió col·lectiva obligatòria com els dels arts. 108.3 LPI, 108.4 LPI i 116.2 LPI.

Ara bé, a part dels drets remuneratoris, la gestió col·lectiva també és obligada en algun altre dret de naturalesa diferent. Aquesta excepció la trobem a l'art. 20 LPI que regula el dret patrimonial exclusiu de comunicació pública (que en principi per la seva naturalesa hauria de ser de gestió col·lectiva voluntària). En el seu apartat 4.b) estableix que el dret dels titulars de drets d'autor d'autoritzar la retransmissió per cable s'exercirà, exclusivament, a través d'una entitat de gestió. En l'apartat 4.c) matisa aquesta obligació de gestió per part de les entitats obeint a una forma que alguns autors han anomenat la gestió col·lectiva ampliada o estesa i que es tracta d'una solució adoptada en diversos països nòrdics en relació a diversos tipus de drets de propietat intel·lectual.

La gestió col·lectiva ampliada consisteix en l'atorgament voluntari de drets d'autor per part dels seus titulars a una entitat de gestió amb una extensió legal del seu repertori que abasta també les obres dels titulars no adherits a l'entitat. L'objectiu és reduir les infraccions als drets de propietat intel·lectual fent legítimes les utilitzacions, inclús, dels titulars d'obres no representades per una entitat. Per tant, si hi ha una entitat que representa un repertori suficientment ampli de titulars de drets d'autor d'un sector determinat, la seva facultat d'autorització s'amplia i li permet concedir autoritzacions per obres de tots els titulars de drets d'autor d'aquell sector, inclosos els nacionals no

membres de l'entitat i els estrangers. Per a la protecció dels titulars de drets que no siguin membres de l'entitat, l'ideal és que existeixin disposicions especials per mitjà de les quals se'ls garanteixi que rebran la mateixa quantitat en el repartiment de fons recaptats que els socis de la entitat.

Per finalitzar i per deixar constància de que el tema de la gestió col·lectiva no és gens planer, també tenim l'excepció d'un dret patrimonial de simple remuneració que no està regit per l'imperatiu legal de la gestió col·lectiva obligatòria. Aquest és el dret de participació dels artistes plàstics, que serà de gestió col·lectiva voluntària (art. 7.1 de la Llei 3/2008, de 23 de desembre).¹¹⁷

5.2.3. Gestió col·lectiva parcial

La majoria dels experts doctrinals sobre la matèria dels drets d'autor no contemplen ni citen aquesta modalitat dins de la gestió col·lectiva dels drets d'autor. Tanmateix, M. SAUCEDO l'exposa com a una categoria de gestió més en la seva tesis doctoral¹¹⁸, que desenvolupa molt profundament la gestió col·lectiva dels drets d'autor en l'àmbit internacional, i m'ha semblat interessant fer-hi una breu menció en el meu treball.

La doctoranda cita a G. KARNELL¹¹⁹ com a un dels autors que hi fa referència. Segons aquest, en l'administració col·lectiva de drets individuals d'autor existeixen diversos graus de col·lectivització. Són casos en que els titulars de drets no autoritzen a les entitats de gestió a emprendre totes les funcions d'explotació que van implícites d'un determinat dret, sinó només algunes. L'exemple que posa l'autora de la tesis és el que passa amb les obres dramàtiques ja que, per regla general, els titulars d'aquest tipus de drets negocien directament les seves tarifes i conclouen els seus contractes amb els teatres i només encarreguen a les entitats de gestió el cobrament i distribució dels seus drets de remuneració.

L'avantatge d'aquest sistema rau en que l'autor té més autonomia per decidir sobre els seus drets. L'entitat de gestió s'encarrega de la tasca de recaptar els diners que generen els drets explotats, però és l'autor que decideix a quins usuaris li ha de concedir l'entitat de gestió una autorització per poder explotar la seva obra, sota quines condicions i a canvi de quina remuneració.

¹¹⁷ Vegeu el capítol 4.4.2 apartat a), sobre la no regulació del dret de participació a la LPI i la seva regulació en una llei específica.

¹¹⁸ Mónica SAUCEDO RIVADENEYRA, *La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual*, op. cit., p. 46.

¹¹⁹ Mónica SAUCEDO RIVADENEYRA, cita G.KARNELL (2007), "Collective Administration of Copyright and Neighbouring Rights, sub-capítols I-V" a *International Encyclopedia of Comparative Law*, Ulmer, e. y Schrickler, g. edit., vol. xiv, Copyright, p. 3-34.

A la legislació espanyola està materialitzat a l'art. 157.3 LPI, que estableix que les obligacions de les entitats de gestió “no serán de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular”.

Els Estatuts de l'SGAE anomenen a les obres que estan sota aquest règim de col·lectivització parcial de l'art. 157.3 LPI com a “obres de gran dret”.¹²⁰ M. SAUCEDO¹²¹ considera que les entitats, quan gestionen obres subjectes a la gestió col·lectiva parcial, no tenen una legitimació universal¹²² (com sí que passa en la resta de casos), sinó que han d'acreditar la seva legitimació exhibint un document que provi que el titular d'aquella obra de gran dret li ha encomanat la seva administració.

Així doncs, tot i que el sistema de gestió col·lectiva parcial no està gaire estudiat per la doctrina i la LPI hi dedica només un apartat d'un article de manera indirecta; podria ser una via de futur per la gestió de drets d'autor. Seria una manera de retornar la capacitat de decisió a l'autor sobre l'ús de la seva obra. A més, també ajudaria a delimitar les funcions de les entitats de gestió perquè, tal i com veurem a continuació, moltes vegades van més enllà i no actuen tan sols com a unes intermediàries.

¹²⁰ Arts. 12 i 14.1.1 dels Estatuts de l'SGAE.

¹²¹ Mónica SAUCEDO RIVADENEYRA, *La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual*, op. cit., p. 318 i 319.

¹²² Analitzaré la legitimació de les entitats de gestió al capítol 6.1.4 d'aquest Treball.

6. LES ENTITATS DE GESTIÓ COL·LECTIVA DE DRETS D'AUTOR

Un cop vistes les diferents formes de gestió dels drets d'autor, ens centrarem en les persones jurídiques encarregades de la gestió col·lectiva: les entitats de gestió.

6.1. Concepte i naturalesa jurídica

Dins del Llibre III LPI, sobre la protecció dels drets, és on es regula l'estatut especial de les entitats de gestió col·lectiva (Títol IV). En altres ordenaments, com en l'alemany, aquestes entitats es regulen en una Llei diferent de la de propietat intel·lectual; però a Espanya, des de la LPI 22/1987 i també en l'actual, les dues matèries es regulen en un mateix cos legal. De manera que la LPI comprèn la regulació del dret, però també el seu exercici. Alguns autors¹²³ es pregunten per què els preceptes sobre les entitats de gestió estan situats en el Llibre III sobre la protecció dels drets i no pas en el Llibre I on es regula la transmissió de drets (Títol V). Els dubtes són raonables si es considera que les entitats el que fan és gestionar drets que els autors els hi han transmès, de manera directa o indirecta. L'explicació que donen J. M. RODRÍGUEZ i F. BONDÍA és que *“ha prevalecido la idea de que el medio (mandato o transmisión) debe ceder a la causa social o razón de ser de estas entidades: la protección del autor individual o de cada autor individual ante la reproducción y representación masiva de sus obras, de forma simultánea y ubicua, de manera que el control que puedan efectuar estas entidades será siempre más eficaz, pero también por el estatuto privilegiado que van a adquirir las entidades autorizadas por el Ministerio de (Educación y) Cultura: la legitimación procesal especial, cualificada, dispensada de la prueba del poder de sus representados...”*¹²⁴.

Havent analitzat la ubicació de la regulació de les entitats de gestió col·lectiva dins de la LPI, ara ja podem entrar a estudiar-ne el seu contingut. S'inicia amb l'art. 147 LPI, que enumera els requisits que han de complir les entitats de gestió perquè es puguin considerar com a tals, uns requisits que es desenvolupen i es matisen en els articles que el segueixen. Amb caràcter general, de l'art. 147 LPI n'extraïem que les entitats de gestió col·lectiva de drets establertes en el territori espanyol han d'estar legalment constituïdes, autoritzades per l'Administració i no poden tenir ànim de lucre. El seu objecte social ha de ser gestionar, en nom propi o aliè, i per compta i en interès de diversos autors o altres titulars de drets de propietat intel·lectual, els drets d'explotació o altres drets de caràcter patrimonial.

¹²³ Gloria Esther DELGADO HERNÁNDEZ, “Sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual: entre el derecho de la competencia y el derecho de la propiedad intelectual” a Luis ORTIZ BLANCO i Vera SOPENA BLANCO (2000), *Derecho de la Competencia Europeo y Español (curso de iniciación volumen II)*, op. cit., p. 146. També José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA i Fernando BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 540.

¹²⁴ *Ibíd.*

La finalitat de les entitats és garantir una adequada protecció de la propietat intel·lectual.¹²⁵ Tanmateix, tal i com veurem en aquest apartat, l'enorme importància de l'activitat que porten a terme contrasta amb l'escàs interès que el legislador ha mostrat en la seva regulació i el deficient sistema de control que s'exerceix sobre elles.¹²⁶

6.1.1. Prohibició d'ànim de lucre

L'exigència de l'art. 147 LPI de que les entitats no tinguin ànim de lucre, "*estas entidades, a fin de garantizar la protección de la propiedad intelectual, no podrán tener ánimo de lucro*", significa que no poden constituir-se com a societats, ja que aquestes, en el nostre ordenament jurídic vigent, estan caracteritzades pel seu ànim de lucre (arts. 1665 CC i 116 Codi de Comerç¹²⁷). La LPI no fixa quina ha de ser la naturalesa jurídica concreta de les entitats i només dóna la premissa de la prohibició de l'ànim de lucre. A partir d'aquí, es dedueix que aquestes només es podran constituir com a associacions o com a cooperatives. En la pràctica, totes les entitats existents s'han constituït com a associacions, ja que la normativa sobre cooperatives és difícil de combinar amb certes exigències que la LPI imposa a les entitats.

Les entitats de gestió, al tenir naturalesa d'associacions, a part de regir-se per la LPI també s'hauran de regir per la normativa pròpia de les associacions. Així doncs, es beneficiaran de les garanties establertes pel dret fonamental d'associació de l'art. 22 CE; i en consonància, podran estar subjectes a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación¹²⁸ (en endavant, LODA), o bé, com a associacions professionals o empresarials, hauran d'estar subjectes a la Ley 19/1977, de 1 d'abril, sobre regulació del derecho de asociación sindical¹²⁹ i supletòriament, a la Llei Orgánica mencionada. Finalment, la normativa de les associacions també es troba en el marc internacional. L'art. 20.2 de la Declaració Universal dels Drets Humans proclama com a ideal comú pel qual tots els pobles han d'esforçar-se, el dret de tota persona a la llibertat de reunió i d'associació pacífica: "*Ningú podrà ser obligat a pertànyer a una associació*". Aquest principi universal ha de reflectir-se en les constitucions i les lleis fonamentals.

¹²⁵ En aquest sentit, la Recomanació relativa a la condició d'artista, aprovada per la Conferència General de la UNESCO en la XXI reunió (Belgrad, 27 d'octubre de 1980), disposa: "*Los Estados miembros, reconociendo el papel esencial que desempeña el arte en la vida y el desarrollo del ser humano y de la sociedad, tienen el deber de proteger, defender y ayudar a los artistas y a su libertad de creación. (...) Asimismo, deberían asegurar a los artistas la libertad y el derecho a constituir las organizaciones sindicales y profesionales que prefieran y de afiliarse a ellas si lo desean*".

¹²⁶ Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA (2010), "Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico" *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 34 (enero-abril 2010), p. 16. Recuperat de: <http://www.pei-revista.com/contenidos-en-abierto/las-entidades-de-gestion-de-derechos-detail> (última consulta: 13.01.2018).

¹²⁷ Real Decreto de 22 de agosto de 185 por el que se publica el Código de Comercio. Publicat a: BOE núm. 289, de 16/10/1885. [BOE-A-1885-6627].

¹²⁸ BOE núm. 73, de 26/03/2002. [BOE-A-2002-5852].

¹²⁹ BOE núm. 80, de 04/04/1977. [BOE-A-1977-8602].

En virtut de tota aquesta normativa i especialment pel caràcter de dret fonamental de la llibertat d'associació, es dedueix que els titulars dels drets de propietat intel·lectual gaudeixen d'absoluta llibertat per associar-se a una entitat de gestió, a diverses o no associar-se a cap. Tal com estableix l'advocada G. E. DELGADO “*La asociación para la defensa de los intereses colectivos es un derecho, y no puede existir una obligación correlativa de asociarse. Ahora bien, ésta es la situación constitucional y legal, la de hecho es muy distinta*”.¹³⁰

L'última frase d'aquesta cita apunta a un debat obert sobre la compatibilitat entre el dret fonamental d'associació de l'art. 22.1 CE (que no obliga a associar-se) i els principis que inspiren i fonamenten la gestió col·lectiva obligatòria en els termes que he exposat en pàgines anteriors. En aquest sentit, hi ha autors que es mostren molt crítics i que consideren que la gestió col·lectiva obligatòria vulnera el dret fonamental a la llibertat d'associació. I és que, per recordar-ho ràpidament, la gestió col·lectiva obligatòria, cada vegada més estesa, comprèn aquells casos en els que no hi ha necessitat de celebrar un contracte de gestió entre la entitat i els titulars de drets, ja que per imperatiu legal, els titulars es troben desaperats per exercitar individualment els seus drets i veuen com són gestionats per una entitat de gestió col·lectiva.

És per això, que autors com R. M. MATA i A. M^a. JAVATO¹³¹ defensen que la naturalesa jurídica d'associacions no és la més adequada per les entitats de gestió i aposten per configurar-les com a societats civils, societats cooperatives, societats anònimes de capital variable, societats de responsabilitat limitada o agrupacions d'interès econòmic. Afirmen que pel simple fet de que en una estructura societària es realitzin activitats mercantils o es prevegi el repartiment de dividendes no implica necessàriament que l'ànim de lucre sigui obligatori, ja que hi pot haver-hi el pacte estatutari d'assignació de beneficis a finalitats socials, de la mateixa manera que no per dir que s'és associació i que no hi ha un repartiment de dividendes formal, podem afirmar que s'exclou el lucre personal o que s'asseguri la defensa dels interessos generals. I conclouen dient que si l'objectiu pretès és el de garantir una adequada protecció de la propietat intel·lectual, no es justifica, perquè és necessari un sistema d'autorització de l'Administració i perquè només la figura de l'associació, una de les formes més imperfectes, és la única via per obtenir aquesta garantia.

¹³⁰ Gloria Esther DELGADO HERNÁNDEZ, “Sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual: entre el derecho de la competencia y el derecho de la propiedad intelectual” a Luis ORTIZ BLANCO i Vera SOPEÑA BLANCO (2000), *Derecho de la Competencia Europeo y Español (curso de iniciación volumen II)*, op. cit., p. 147.

¹³¹ Ricardo M. MATA Y MARTÍN (Director) Antonio M^a. JAVATO MARTÍN (Coordinador) (2011), *La Propiedad Intelectual en la era digital, límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, La Ley, Madrid, p. 141.

J. MONTERO¹³² també és del parer que la llibertat formal del dret d'associació que es desprèn de les lleis i de la Constitució no és res més que teòrica; i que en el terreny de la realitat, els titulars dels drets d'autor no gaudeixen d'aquesta llibertat d'associació, a no ser que vulguin actuar en contra dels seus propis interessos individuals. Diu que l'interès del titular de drets per figurar com a soci en una entitat de gestió està motivat perquè si no fos soci no podria percebre els drets de simple remuneració (és el cas de la còpia privada) o perquè el risc de no estar identificat en una entitat (en els casos d'autoritzacions genèriques o de repertori) pot provocar que la quantia que li correspongui percebre acabi essent destinada a les activitats culturals, institucionals o d'assistència de l'entitat.

D'altra banda, altres autors creuen que els arguments que posen en dubte la compatibilitat del dret d'associació amb els principis que regeixen la gestió col·lectiva obligatòria són absurds i sense un fonament jurídic seriós. Tal és el cas de J. J. MARÍN¹³³: *“Un sistema de gestión colectiva obligatoria no incide para nada, en cambio, en el derecho fundamental de asociación garantizado por el artículo 22.1 CE, en cuanto que el titular de los derechos de propiedad intelectual cuya administración viene legalmente confiada a las entidades de gestión no se integra de modo automático en la entidad de que se trate ni se adquiere en manera alguna por la simple concurrencia de esa circunstancia, la condición de socio de la entidad. A lo sumo, lo máximo que puede ocurrir es que el titular de tales derechos se vea más motivado para ingresar en la entidad que si se tratara de derechos cuya administración colectiva no fuera obligatoria. Pero esa situación no resulta lesiva para el derecho fundamental de asociación”*.

I en el mateix sentit, A. MARTÍN¹³⁴, que diu: *“un sistema de gestión colectiva obligatoria de determinados derechos de propiedad intelectual, desarrollado por entes asociativos constituidos por sus titulares, no conlleva ningún tipo de injerencia en la libertad de asociación de los titulares de derechos de propiedad. Al contrario, serán los propios titulares quienes, tras cumplir los requisitos contemplados estatutariamente, soliciten libremente su alta como socio o afiliado, optando por participar de forma activa o no en los órganos de gobierno de la asociación.”*

En el document elaborat arrel del Tercer Seminari Regional sobre propietat intel·lectual per jutges i fiscals d'Amèrica Llatina¹³⁵ també es justifica la

¹³² Juan MONTERO AROCA, “Las entidades de gestión y su legitimación colectiva”, a *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información* (1998), Editorial Comares, Granada, p. 88 i 89.

¹³³ Juan José MARÍN LÓPEZ a Rodrigo BERCOTVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador) (1997), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., p. 2071.

¹³⁴ Abel MARTÍN VILLAREJO “Sobre las entidades de gestión de derechos” a *Estudios de Derecho Judicial, Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, CGPJ, Madrid, 2008, p. 77.

¹³⁵ OMPI/PI/JU/LAC/04/23 de 20 d'octubre de 2004. Document preparat per EMILIA ARAGÓN, Consellera Tècnica, Ministeri de Cultura, Madrid; *Tercer Seminari Regional sobre Propietat Intel·lectual per Jutges i Fiscals d'Amèrica Llatina* organitzat per la OMPI, la OEP, la OEPM i amb la col·laboració

constitucionalitat de la forma jurídica d'associació de les entitats de gestió i de l'autorització administrativa necessària per tal de que es pugui constituir l'entitat, argumentant que, *“la autorización (de l'Administració, necessària per constituir-se com a entitat de gestió) no se realiza para que determinadas personas se constituyan en asociación en el caso español –lo que sería inconstitucional al violar el derecho de asociación-, (...), sino para que la persona jurídica ya constituida conforme a la normativa que corresponda en función de la forma jurídica que haya adoptado (associació) pueda gestionar derechos de autor y conexos conforme a lo establecido en la ley reguladora de éstos, es decir, beneficiándose de los “privilegios” y sometiéndose a las obligaciones (de les entitats de gestió col·lectiva de drets d'autor). Coexisten, por tanto, en dicha persona dos status jurídicos: el de asociación (...) y el de entidad de gestión de derechos de autor”*.

Personalment sóc més partidària d'opinar en el mateix sentit que R. M. MATA, A. M^a. JAVATO i J. MONTERO. Penso que la prohibició de l'ànim de lucre no necessàriament ha de comportar que les entitats de gestió agafin la forma jurídica d'associació. Hi podria haver altres alternatives societàries que no impliquessin un lucre. Tanmateix en l'instant en que les entitats del nostre ordenament adopten la forma d'associació i es regeixen per les seves lleis, penso que sí que es vulneren drets fonamentals dels autors, que no haurien de poder ser obligats a pertànyer a una entitat per tal de veure satisfets els seus drets.

Tanmateix, aquesta és només una petita part de la configuració de les entitats. Per entendre com es regeixen i les possibles mancances legals que poden tenir ens fa falta anar més enllà. És per això que a continuació, veurem quina és la situació actual a Espanya en relació a les entitats de gestió col·lectiva, fent especial referència al monopoli que s'ha creat al seu voltant, ocasionat, en part, pel requisit de rebre una autorització del Ministeri de d'Educació, Cultura i Esport, però també, per la prohibició d'ànim de lucre. Al final del següent apartat, doncs, podrem veure com la constitució de les entitats de gestió com a associacions sense ànim de lucre, més enllà d'una possible vulneració d'un dret fonamental dels autors (analitzada en aquest apartat), també ha provocat un monopoli a Espanya que limita el dret de la competència en el sector de la propietat intel·lectual.

6.1.2. Monopoli de les entitats i Autorització del Ministeri d'Educació, Cultura i Esport

De la mateixa manera que les lleis no poden limitar formalment la llibertat d'associació, però que en la realitat veiem que aquest dret fonamental sí que queda afectat quan es tracta de la llibertat dels titulars d'adherir-se o no a les entitats de gestió col·lectiva de drets d'autor; tampoc es pot ordenar a través de la LPI que només

del Ministeri de Cultura d'Espanya, el CGPJ d'Espanya, l'AECE i la SIECA celebrat a Antigua, Guatemala, del 25 al 29 d'octubre de 2004. Recuperat de:
http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=34344 (última consulta: 13.01.2018).

existeixi una sola entitat de gestió per cada sector de drets de propietat intel·lectual, però estem davant d'una altra ficció legal. La pràctica ha vingut demostrant que encara que la LPI no imposi un monopoli de fet d'una entitat de gestió per cada sector, aquesta realitat s'ha acabat produint per culpa dels interessos en joc.

Per explicar-nos aquest monopoli de fet, ens hem de remuntar a l'any 1899¹³⁶, quan l'escriptor SINESIO DELGADO (1859 – 1928) i el compositor RUPERTO CHAPÍ (1854 – 1909), entre d'altres erudits de l'època, van constituir la Sociedad General de Autores de España (SGAE), tot i que la LPI de 1879, vigent en aquell moment, no contenia cap previsió sobre les entitats de gestió. Al crear aquesta societat, els autors pretenien solucionar el problema de la reproducció dels seus originals, per poder posar-los a disposició d'artistes i intèrprets eludint intermediaris i fent-ho des d'una organització auto-governada amb costos reduïts. A mesura que la tecnologia anava avançant, van arribar els discos, la ràdio, les còpies, etc. i la comunicació pública i la reproducció de la música es van fer una realitat. Això va provocar que el que en un principi era una societat per possibilitar l'explotació directa i econòmica de les obres, es va acabar convertint en una societat també per lliurar llicències, fixar tarifes i sobretot, repartir equitativament els drets recaptats.

Unes dècades més tard, l'any 1932 i amb el clima de llibertat i pluralitat derivat de la Constitució Republicana, es van constituir sis societats més, que ja amb la terminologia moderna, es van denominar entitats de gestió.¹³⁷ La dictadura franquista va abolir aquesta pluralitat de societats d'autors i les va dissoldre totes excepte l'SGAE, que va obtenir la categoria d'entitat única en el camp de la gestió dels drets d'autor. Així ho disposava la Ley de 24 de junio de 1941, que segons el seu preàmbul es va dictar “*para simplificar el régimen administrativo que ordenaba las actividades de la*

¹³⁶ Els precedents de les entitats de gestió col·lectiva de drets d'autor i de l'SGAE, extrets de:

- Alicia ARMENGOT VILAPLANA (2003), *La Tutela judicial civil de la propiedad intelectual*, La Ley, Madrid, p. 234.
- Gloria Esther DELGADO HERNÁNDEZ, “Sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual: entre el derecho de la competencia y el derecho de la propiedad intelectual” a Luis ORTIZ BLANCO i Vera SOPEÑA BLANCO (2000), *Derecho de la Competencia Europeo y Español (curso de iniciación volumen II)*, op. cit., p. 145 i 146
- Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), “Las entidades de gestión”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 307 i 308.
- Javier MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ (1996), “Génesis y desarrollo de la gestión colectiva en España de los derechos derivados de la propiedad intelectual” a Cuadernos de derecho judicial, *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, CGPJ, nº 34, Madrid, p. 99 i 100.
- Juan Antonio UREÑA SALCEDO (2011), *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor*, Iustel, Madrid, 1ª ed., p. 44 a 85.

¹³⁷ Les sis noves societats civils de gestió de drets d'autor sorgides durant la república eren: la “Sociedad General de Autores Dramáticos de España”, la “Sociedad Española del Derecho de Reproducción”, la “Sociedad Española de Autores de Variedades”, la “Sociedad de Autores Líricos”, la “Sociedad Española del Derecho de Reproducción” i la Sociedad de Autores Cinematográficos”. Totes elles van funcionar com a societats federades a l'SGAE, que tenia caràcter administratiu com a preceptora dels drets produïts pel repertori de les societats d'autors federades.

*Sociedad General de Autores de España, ciertamente complejo por la heterogeneidad de sus componentes y con frecuencia poco útil la dispersión real de sus entidades filiales, y para dar al funcionamiento de la misma el sentido utilitario y eficiente que las nuevas circunstancias de nuestra pública organización exigen*¹³⁸. A partir d'aquell moment, els estatuts de l'SGAE van ser aprovats per Decret del Ministeri competent, i no per la lliure voluntat dels socis de l'entitat. A més, els titulars dels drets d'autor havien de pertànyer a l'SGAE de forma obligatòria i automàtica (art. 9 dels seus Estatuts¹³⁹). En la pràctica, la jurisprudència mai va tractar a l'SGAE com a una autèntica corporació de dret públic, sinó com a una entitat híbrida, amb finalitats més aviat privades que públiques.¹⁴⁰

La Llei de 24 de juny de 1941 va ser expressament derogada per la LPI de 1987, que d'aquesta manera tornava a tolerar la pluralitat d'entitats de gestió de drets d'autor i alterava substancialment la situació anterior, reconeixent la importància d'aquestes entitats.¹⁴¹ La Disposició transitòria 7^a de la Llei de 1987¹⁴² (no incorporada al text refós de 1996), establia les bases pel trànsit de l'antiga SGAE, monopolista i "pública", al nou règim de les entitats dissenyat per la nova LPI 22/1987. En compliment del mandat d'aquesta Disposició transitòria i per poder continuar existint, l'SGAE va adaptar els seus Estatuts a les exigències imposades per la nova LPI i posteriorment, va modificar el seu nom pel que té actualment: Sociedad General de Autores y Editores (igualment anomenada SGAE). Encara avui, es tracta de l'entitat més poderosa en termes de recaptació i d'àmbit d'actuació, tot i que actualment existeixen un total de vuit entitats de gestió col·lectiva de drets, sorgides i autoritzades pel Ministeri d'Educació, Cultura i Esport, des del 1987¹⁴³:

¹³⁸ Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), "Las entidades de gestión", a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 307 i 308.

¹³⁹ "la integración en la SGAE, como socio natural, de toda persona titular de derechos de autor es automática, exclusiva y obligada, siempre que esos derechos, sea cual fuere su modalidad y su origen, se encuentren dentro del ámbito de la función recaudatoria de la SGAE".

¹⁴⁰ SSTS, Sala 3^a, de 15.6.1983, 15.10.1990 i 11.9.1991.

¹⁴¹ En el Preàmbul de la Llei 22/1987 s'afirma: "es un hecho reconocido por las instituciones de la Comunidad Europea que los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados".

¹⁴² "La Sociedad General de Autores de España deberá acomodar su actuación a lo establecido en la presente Ley y, en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor, adaptará sus Estatutos a lo dispuesto en la misma para constituirse como Entidad de gestión y se integrará en ella su actual patrimonio, con sus derechos y obligaciones."

¹⁴³ Llistat de les entitats de gestió de drets d'autor existents actualment a Espanya extret del MINISTERIO DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE, Àrees de cultura, Propietat Intel·lectual. Gestió col·lectiva. Recuperat el 15 de novembre de 2017 de: <https://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva.html>

Entitats de gestió de drets de propietat intel·lectual d'autors

- a) Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), que agrupa als autors d'obres literàries, musicals, teatrals, coreogràfiques, pantomímiques, cinematogràfiques i altres audiovisuals, així com als editors.¹⁴⁴
- b) Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), que agrupa autors i editors d'obres escrites, ja siguin impreses o susceptibles de ser-ho, amb independència de que siguin divulgades en format analògic o digital, en suport paper, electrònic o qualsevol altre.¹⁴⁵
- c) Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), que agrupa als autors d'obres fotogràfiques, pintors i dibuixants.¹⁴⁶
- d) Derechos de Autor de Obres Audiovisuales, Entidad de Gestión (DAMA), una escissió de l'SGAE que agrupa als directors-realitzadors de les obres audiovisuals, així com als autors literaris que elaboren els arguments, el guió i els diàlegs d'aquestes obres.¹⁴⁷

Entitats de gestió de drets de propietat intel·lectual d'artistes intèrprets o executants

- e) Artistas Intérpretes o Ejecutantes (AIE), que agrupa als artistes executants d'obres musicals, com ho són els músics, cantants, instrumentistes, grups de música, etc.¹⁴⁸
- f) Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE), que agrupa als artistes intèrprets d'obres i gravacions audiovisuals, com ho són els actors, dobladors, directors d'escena, ballarins...¹⁴⁹

Entitats de gestió de drets de propietat intel·lectual de productors

- g) Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), que agrupa als productors de fonogrames.¹⁵⁰
- h) Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), que agrupa als productors d'obres i gravacions audiovisuals.¹⁵¹

¹⁴⁴ Autoritzada l'1 de juny de 1988. Publicat al BOE núm. 134, de 4/6/1988. [BOE-A-1988-13632]

¹⁴⁵ Autoritzada el 30 de juny de 1988. Publicat al BOE núm. 166, de 12/7/1988 [BOE-A-1988-17514].

¹⁴⁶ Autoritzada el 5 de juny de 1990. Publicat al BOE, núm. 141, de 13/6/1990 [BOE-A-1990-13385].

¹⁴⁷ Autoritzada el 5 d'abril de 1999. Publicat al BOE núm. 85, de 9/4/1999 [BOE-A-1999-8150].

¹⁴⁸ Autoritzada el 29 de juny de 1989. Publicat al BOE núm. 171, de 19/7/1989 [BOE-A-1989-17192].

¹⁴⁹ Autoritzada el 30 de novembre de 1990. Publicat al BOE núm. 294, de 8/12/1990 [BOE-A-1990-29752].

¹⁵⁰ Autoritzada el 15 de febrer de 1989. Publicat al BOE núm. 60, 11/3/1989 [BOE-A-1989-5754].

¹⁵¹ Autoritzada el 29 d'octubre de 1990. Publicat al BOE núm. 263, de 2/11/1990 [BOE-A-1990-26642].

L'art. 147 LPI estableix que *“las entidades legalmente constituidas (...) deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de cultura, con objeto de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual. Esta autorización habrá de publicarse en el “Boletín Oficial del Estado”*. Com hem vist, la totalitat de les vuit entitats avui existents, en el seu moment van obtenir la concessió d'una autorització per part del Ministeri, que va ser publicada al BOE. Per tant, aquest és un requisit totalment indispensable perquè una entitat de gestió pugui exercir els drets de propietat intel·lectual que se li confien i pugui operar regint-se per les normes de la LPI, que els hi imposa obligacions i els hi reconeix drets específics.

En el cas de que una entitat no rebi l'autorització del Ministeri, l'entitat legalment constituïda podrà seguir existint (si no es dissol), essent una persona jurídica regular, però no podrà actuar en el tràfic que preveu la LPI per a les entitats de gestió ni podrà gaudir dels drets i potestats que la Llei els hi atribueix. Tanmateix, encara que una entitat no hagi obtingut l'autorització per no complir amb algun dels requisits, és possible que pugui obtenir-la en una segona sol·licitud si el Ministeri considera que ha esmenat les deficiències que van causar la denegació inicial.

Les condicions per obtenir l'autorització del Ministeri es recullen a l'art. 148 LPI. El primer apartat del precepte recull els tres requisits que ha de complir l'entitat que vol obtenir l'autorització:

“a) Que los Estatutos de la entidad solicitante cumplan los requisitos establecidos en este Título.” Aquest primer requisit fa referència a la legalitat dels estatuts i deixa poc marge a l'Administració a l'hora de valorar-ne el seu compliment. El Ministeri s'ha de limitar a fer un control purament formal dels Estatuts, comprovant que inclouen el contingut mínim que estableix l'art. 151 LPI¹⁵² i que les seves previsions no són contràries a la resta de deures i obligacions reconeguts a la LPI. Fixant-nos en la vessant més formal, és important remarcar que en el cas de que la entitat que presenti la sol·licitud davant del Ministeri hagi estat legalment constituïda amb la sola finalitat d'obtenir l'autorització, sense tenir activitat prèvia com a persona jurídica, possiblement presentarà un projecte d'Estatuts redactat per pocs socis, que en el cas que l'entitat rebi l'autorització del Ministeri, passaran a convertir-se en Estatuts provisionals de l'entitat, pendents d'aprovació definitiva per la totalitat dels seus socis. També hi pot haver el cas contrari: que la entitat que presenta la sol·licitud ja estigués legalment constituïda i tingués uns estatuts aprovats segons les seves lleis reguladores, que ja vingués exercint una activitat anterior com a persona jurídica. Segurament aquesta entitat també haurà de presentar a l'Administració un nou projecte d'Estatuts diferent del que ja tenia, per tal de poder-los adaptar a la legalitat de la LPI i a la idoneïtat de futur que busca el Ministeri a l'hora de concedir l'autorització. Aquest va

¹⁵² L'art. 151 LPI, titulat *Estatutos*, llista tots els elements que han de constar en els estatuts de les entitats de gestió. A l'apartat 6.1.3. analitzo aquest precepte amb més detall.

ser el cas de l'SGAE, que l'any 1987 va haver de transformar els seus Estatuts per adaptar-se a la LPI 22/1987 i obtenir així l'autorització de l'Administració.

“b) Que de los datos aportados y de la información practicada se desprenda que la entidad solicitante reúne las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio español.” L'Administració ha de valorar aquest segon requisit un cop analitzades totes les dades aportades per l'entitat. A diferència del primer requisit, aquest no es limita a ser un examen de comprovació de la legalitat, sinó que és un examen d'eficàcia, per tant, el marge de discrecionalitat del Ministeri és major.

“c) Que la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual.” El tercer requisit és el que dóna a l'Administració un marge més gran per a la seva apreciació. El concepte “interessos generals de la protecció de la propietat intel·lectual” és indeterminat, però aquest article sembla suggerir que existeix un interès general identificable. Tanmateix i tal com hem vist, en el marc de la propietat intel·lectual hi ha el mercat dels drets d'autor (i dels altres drets de la propietat intel·lectual) que té per protagonistes els autors, artistes, intèrprets, executants, productors, editors, etc.; i el mercat de la gestió d'aquests drets, que té per protagonistes a les entitats de gestió de drets. Per tant, està clar que les parts interessades són diferents en cada sector i que els seus interessos també seran diferents. D'aquesta manera resulta molt difícil identificar quin podria ser aquest únic interès general que apunta la LPI, de fet, no he trobat cap autor de la doctrina que suggerís de què es podria tractar.

Segurament, a causa de l'àmplia interpretació que pot fer el Ministeri dels requisits b) i c), el legislador va incloure el segon apartat de l'art. 148 LPI, que indica quines circumstàncies són particularment rellevants per considerar si es compleixen aquests dos requisits, tot i que l'enumeració d'aquests criteris de valoració no és massa exhaustiva: *“Para valorar la concurrencia de las condiciones establecidas en los párrafos b) y c) del apartado anterior, se tendrán particularmente en cuenta como criterios de valoración, la capacidad de una gestión viable de los derechos encomendados, la idoneidad de sus estatutos y sus medios materiales para el cumplimiento de sus fines, y la posible efectividad de su gestión en el extranjero, atendándose, especialmente, a las razones imperiosas de interés general que constituyen la protección de la propiedad intelectual”*. En definitiva, la LPI actual insisteix en assegurar la capacitat de gestió tant en l'àmbit nacional com en l'estranger i també en la idoneïtat dels mitjans, d'una forma molt més clara que en les seves versions anteriors. Aquests dos elements fan molt difícil que les entitats de nova creació puguin accedir al privilegiat status d'entitats de gestió dins de la legalitat de la LPI. Això és així perquè resultaria necessari acreditar a priori que es disposa d'una base social d'autors, intèrprets o executants suficient, així com de mitjans materials que permetessin assegurar la gestió. I aconseguir això, a les beceroles de la creació d'una nova persona jurídica és molt costós. Amb paraules de R. M. MATA, aquestes dues exigències *“constituyen un típico requisito económico de acceso a la prestación de servicios de los*

que la Ley abomina y que sólo podrían justificarse mediando argumentos de necesidad y excepcionalidad. Ambos aspectos, igualmente tampoco asegurarán necesariamente la aptitud para una gestión efectiva ya que ésta, como el movimiento, solo se puede demostrar andando.”¹⁵³

Per tant, de la LPI se'n desprèn que la coexistència de diferents entitats de gestió és il·limitada i que podria haver-hi més d'una entitat per cada sector de drets de propietat intel·lectual, però en la pràctica, les complicades i ambigües condicions que imposa la LPI per obtenir l'autorització del Ministeri de Cultura i el poder discrecional que aquest té per concebre-les, basat en judicis tècnics complexos, han fet que s'hagi creat un monopoli de fet, provocant una inexistència de la competència. És més, si ens fixem en les dates de les autoritzacions de les entitats de gestió que hi ha actualment a Espanya, totes són dels anys immediatament posteriors a la LPI 22/1987, això és dels anys 1988 a 1990 (amb l'excepció de DAMA que és de 1999, però que és una escissió de l'SGAE). No deixa de ser curiós que en els últims 27 anys, tenint en compte tots els canvis que hi ha hagut en la nostra societat (tecnològics, econòmics i culturals, principalment) no s'hagi autoritzat a cap entitat nova per gestionar drets de propietat intel·lectual.

Tal i com exposaré més endavant, el corrent doctrinal actual s'inclina per ser molt crític amb el monopoli existent i manifesta una forta voluntat de canviar la situació. Costa trobar veus que vegin amb bons ulls el mandat no escrit que es destil·la de la regulació de la LPI, d'un desig del legislador de que no existeixin diverses entitats concurrents en el territori nacional a propòsit de la gestió d'un mateix dret de propietat intel·lectual. Els autors que no s'estranyen d'aquesta limitació del dret a la competència i del dret d'associació, són sovint autors de corrents doctrinals de fa uns anys enrere. Un exemple n'és J. MOSCOSO DEL PRADO, que diu: *“aunque desde planteamientos exclusivos de economía de mercado y de competencia, pueda pensarse que la concurrencia de varias sociedades en la gestión de los mismos derechos y sobre las mismas explotaciones es conveniente, tal coexistencia acarrearía consecuencias sumamente negativas en cuanto a los titulares de los derechos, que además de ver equiparadas sus creaciones con simples mercancías, se verían inmersos en una lucha de precios a la baja y desigual, dada la importancia de los grandes usuarios y, también, respeto de estos mismos, que carecerían de un referente único a la hora de contratar, dificultando su labor e imposibilitándola en los casos en que precisasen una autorización de explotación rápida, al desaparecer la garantía de las autorizaciones generales para todo el repertorio nacional e internacional”*.¹⁵⁴

¹⁵³ Ricardo M. MATA Y MARTÍN (Director) i Antonio M^a. JAVATO MARTÍN (Coordinador) (2011), *La Propiedad Intelectual en la era digital, límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, op. cit., p. 143.

¹⁵⁴ Javier MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ (1996), “Génesis y desarrollo de la gestión colectiva en España de los derechos derivados de la propiedad intelectual”, op. cit., p. 112 i 113.

També era d'aquest parer A. DELGADO, que argumentava que és aconsellable l'existència de monopolis de fet sobre les diferents classes de drets administrats per tal de garantir uns preus de mercat raonables i perquè les entitats puguin controlar quins usuaris estan utilitzant obres protegides de forma il·legítima: *“respecto a los titulares de los derechos gestionados, la mencionada situación de concurrencia (d'entitats) conduciría a la práctica de “precios” a la baja precisamente por la entidad que tenga un repertorio inferior de obras y prestaciones (...) que tendrá como consecuencia una mayor dificultad par a los titulares de la entidad de repertorio más significativo en lograr un nivel retributivo razonable. Por otra parte, dicha competencia llevará consigo un debilitamiento en la posición de los titulares de esa entidad en el supuesto de infracción de sus derechos por los explotadores de sus obras y prestaciones a gran escala, ya que éstos siempre podrán alegar que el repertorio que han utilizado es el de otra u otras entidades, obligando a la primera a probar lo contrario”*.¹⁵⁵

Aquest autor també considera que el monopoli és favorable per tal de que els usuaris puguin contractar de manera més còmode la utilització d'un únic repertori que sigui el més ampli possible, centralitzat en una sola entitat: *“en relación con los usuarios, la comentada coexistencia es opuesta a la pretensión de contratar de manera cómoda (una sola negociación) y en un solo acto (no más de un contrato). Una forma de contratación de distinta clase supondría un incremento en el coste de adquisición de los derechos –ya que cada entidad tratará de repercutir en el precio de las licencias sus gastos de administración, más elevados por no poder disponer de toda la oferta de obras y prestaciones–. (...) El usuario a gran escala de una determinada clase de obras o prestaciones tendría que contratar con tantas entidades como operen en la gestión de los derechos implicados y pagar tantas remuneraciones como repertorios haya contratado”*.¹⁵⁶

Vistos els arguments d'aquests dos autors que estan a favor d'un monopoli d'entitats de gestió per cada sector de drets de la propietat intel·lectual, hi ha també els arguments oposats. Tal com he dit, la crítica al model espanyol sobre les entitats de gestió la fa la doctrina més actual i jo, personalment, també m'inclino per defensar aquesta corrent que voldria un sistema de gestió de col·lectiva diferent pel nostre país. A continuació exposaré els punts de vista de dos autors que expliquen perquè consideren que el sistema hauria de ser diferent.

R. M. MATA¹⁵⁷ per acabar amb aquest monopoli i incentivar la competència en el sector de la gestió de drets d'autor proposa un canvi en la configuració de la naturalesa

¹⁵⁵ Antonio DELGADO PORRAS (1995), “De las entidades de gestión de derechos reconocidos en la ley. Título IV del Libro III de la LPI” a Manuel ALBALADEJO i Silvia DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tom V, Vol. 4-B*, Edersa, Madrid, p. 860 i 861.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 862.

¹⁵⁷ Ricardo M. MATA Y MARTÍN (Director) Antonio M^a. JAVATO MARTÍN (Coordinador) (2011), *La Propiedad Intelectual en la era digital, límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, op. cit., p. 142.

jurídica de les entitats de gestió, passant d'associacions a societats. Aquest canvi es podria haver fet a tenor dels principis generals que estableix la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio¹⁵⁸, segons la qual, la prestació de serveis no pot sotmetre's a un règim d'autorització excepte en circumstàncies excepcionals i només mitjançant les condicions de no discriminació, necessitat i proporcionalitat. Si s'hagués aplicat aquesta llei en relació a les entitats de gestió, s'hagués pogut establir un panorama obert a l'accés de la gestió dels drets de propietat intel·lectual que podria haver incentivat la competència en aquesta prestació de serveis.

També en aquest sentit, J. M. RODRÍGUEZ i F. BONDÍA posen de manifest la diferència que hi ha entre el contingut de les lleis i la realitat material, fent èmfasi en com la prohibició d'ànim de lucre perjudica a la competència i afavoreix al monopoli, i en com algunes entitats de gestió des d'un inici ja partien d'una posició d'avantatge respecte de les altres¹⁵⁹: *“desde la Ley 22/1987 se produce una aglomeración de hecho, de manera que los sectores profesionales operantes en el mercado, con algunas ausencias, han decidido reunirse en una única entidad de gestión por tipo de derechos gestionados, de forma que la libertad de asociación que respeta en parte la LPI haría posible la competencia o concurrencia entre varias entidades sobre un mismo tipo de derechos (...). En la práctica, no hay competencia probablemente porque se prohíbe el ánimo de lucro a las entidades de gestión, porque las posiciones de partida en algún caso eran de predominio sobre el mercado y, a la larga, porque el temor a la ineficacia desaconseja la fundación de una entidad competidora”*¹⁶⁰.

Com a última cita i en la mateixa línia, **l'Informe de la CNMC sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual (2009)**¹⁶¹ critica fortament la posició monopolista de les entitats de gestió espanyoles i les restriccions a la competència que aquest sistema ocasiona. Personalment, no podria estar més d'acord amb el seu to general, els problemes que posa de manifest sobre el sistema de gestió col·lectiva de la propietat intel·lectual a Espanya i les seves conclusions. És per això, que a continuació citaré i desenvoluparé alguns fragments d'aquest informe que fan referència al monopoli de les entitats i la manca de competència en aquesta matèria a Espanya. Al meu parer, resumeix tot el que he exposat fins ara sobre les deficiències que té el règim jurídic actual de les entitats de gestió i la seva regulació a la LPI:

¹⁵⁸ BOE núm. 283, de 24/11/2009. [BOE-A-2009-18731].

¹⁵⁹ Sense nombrar cap entitat en concret, sembla clar que els autors es refereixen a l'SGAE, que havia gaudit d'una protecció exclusiva durant la dictadura de Francisco Franco i que va sobreviure a la transició adaptant-se a les noves exigències de la LPI 22/1987 però tanmateix, comptant amb l'avantatge d'haver estat l'única entitat de gestió de drets espanyola durant quatre dècades.

¹⁶⁰ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA i Fernando BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 542.

¹⁶¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, de 21.12.2009. Recuperat de: <https://www.cnmc.es/expedientes/e-2008-04> (última consulta: 16.11.2017).

La CNMC considera que el poder de mercat del que gaudeixen les entitats i l'escassa pressió competitiva que afronten s'explica per la confluència de tres factors:

- a) **L'existència d'economies d'escala en la gestió de drets de propietat intel·lectual¹⁶²**: són causades quan els usuaris d'un conjunt d'obres de titulars són els mateixos. Llavors, la formació d'una entitat que centralitzi tots els drets i suporti els alts costos lligats a la gestió de drets de propietat intel·lectual (tasques d'autorització, vigilància, defensa enfront d'infraccions, recaptació) permetrà reduir el cost mitjà de gestionar les obres o prestacions d'aquest conjunt de titulars, generant economies d'escala. Per exemple, les llicències d'ús general que concedeixen les entitats de gestió permeten a un usuari utilitzar tot el repertori d'una entitat i intensifiquen aquest problema. Una nova entitat que vulgui entrar a competir en el mercat difícilment podrà afrontar una desavantatge comparativa en termes de cost. L'usuari i fins i tot el titular de drets fàcilment s'acabarà decantant per l'entitat que té un repertori més gran. Tanmateix, a Estats Units existeixen tres entitats de gestió que competeixen en la gestió del dret de comunicació pública d'autors i editors musicals del sector musical: ASCAP, BMI i SESAC. La competència entre elles existeix des de fa dècades, i és important destacar que SESAC agrupa únicament al 5% del mercat. La CNMC considera que *“la competencia requiere reforzar la capacidad de elección y de actuación no sólo de los usuarios sino también de los titulares de los derechos”*.
- b) **Les barreres d'entrada estratègiques¹⁶³**: no pertanyen ni a la naturalesa econòmica de l'activitat de gestió col·lectiva (economies d'escala) ni tampoc es troben a la LPI (barreres d'entrada legals), sinó que han estat creades per les pròpies entitats. Algunes d'aquestes barreres les veurem en els següents apartats del Treball. Els exemples que posa la CNMC són: les clàusules en els acords de representació recíproca amb altres entitats del món, pràctiques contractuals en els contractes de gestió (capítol 6.2.2), l'establiment de les tarifes (capítol 6.2.3) i la falta de transparència respecte dels repertoris efectivament gestionats (6.2.5).
- c) **Les barreres d'entrada legals¹⁶⁴**: són les que fixa la LPI i les que m'he centrat en desenvolupar. Comprenen l'exigència d'una autorització prèvia del Ministeri de Cultura, la prohibició d'ànim de lucre i la gestió col·lectiva obligatòria. *“La Ley de Propiedad Intelectual incorpora una serie de condiciones para operar como entidad de gestión que han contribuido decisivamente a configurar el actual régimen de monopolios y que dificultan*

¹⁶² *Ibid.*, p. 25 a 31.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 40 a 52.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 31 a 40.

la aparición de nuevos operadores que compitan con las entidades ya autorizadas.”

“En primer lugar, la exigencia de una autorización previa condicionada al cumplimiento de requisitos que introducen un elevado grado de incertidumbre, falta de claridad y subjetividad y otorgan al Ministerio de Cultura un elevado margen de discrecionalidad en la concesión de las autorizaciones que afecta al grado de competencia. Este intervencionismo administrativo permite cerrar el paso a otras formas de gestión colectiva distintas a la actualmente existente y que el mercado puede estar demandando.”

Per una banda, sobre els requisits que estableix la LPI per obtenir l'autorització del Ministeri (art. 148 LPI), la CNMC critica especialment els requisits “b) l'entitat ha d'assegurar l'eficax administració dels drets” i “c) l'autorització ha d'afavorir els interessos generals de la protecció de la propietat intel·lectual”. Per una banda, la CNMC considera que s'assemblen més a uns objectius de futur que no pas a uns requisits i que resulten poc clars i subjectius. No queda clara la forma amb la que es pot demostrar que una persona jurídica compleix amb aquests requisits per poder començar a operar com a entitat. La falta de claredat dels requisits i dels criteris de valoració d'aquests, introdueix una incertesa que pot actuar com una barrera d'entrada a de nous operadors.

Per altra banda, el marge de discrecionalitat del Ministeri de Cultura és amplíssim: n'hi ha prou amb que consideri que una entitat potencialment competidora no desenvoluparà la seva activitat amb eficàcia o que la seva entrada no serà favorable als interessos generals de la propietat intel·lectual per a que li denegui la seva autorització i impedeixi la competència amb una actuació administrativa. En definitiva, la CNMC creu que l'obligació d'aquesta autorització del Ministeri a la LPI mostra la desconfiança que el marc legal actual diposita en el mercat com a element organitzador de l'activitat de gestió de drets de propietat intel·lectual. No només s'impedeix que aquesta activitat pugui ser realitzada per entitats amb ànim de lucre i visió comercial, sinó que també estipula que sigui un Ministeri el que organitzi aquesta activitat, en comptes de permetre que el mercat dicti quants operadors hi ha d'haver i si són o no eficaços.

“En segundo lugar, la necesaria constitución como entidades sin ánimo de lucro”.

Segons la CNMC no existeixen raons que justifiquin que una entitat de gestió hagi de ser, de forma obligatòria, una entitat sense ànim de lucre. De nou, posa l'exemple de l'entitat estatunidenca SESAC, que té finalitat lucrativa i porta quasi 80 anys operant. La Comissió recorda que no existeix un concepte legal d'ànim de lucre i que és molt qüestionable que es pugui identificar l'absència d'ànim de lucre amb l'impossibilitat de repartir beneficis en concepte de dividends entre els socis o

accionistes. A més, la CNMC cita la Comunicació de 2004 de la Comissió Europea que sostenia que en l'àmbit de les entitats de gestió, no existeix una relació entre forma jurídica i eficàcia: *“En relación con su estatuto, las sociedades de gestión colectiva pueden ser entidades empresariales, benéficas, con o sin ánimo de lucro. El proceso de consultas demostró que, al parecer, la eficacia de una sociedad de gestión colectiva no depende de su forma jurídica”*.

“En tercer lugar, la Ley de Propiedad Intelectual impone, más allá de lo que obliga la legislación de la Unión Europea, la gestión colectiva obligatoria a través de las entidades de gestión de determinados derechos, impidiendo que la gestión individual se desarrolle libremente y que los titulares aprovechen todas las posibilidades que les brinda el progreso tecnológico.”

Les dues barreres d'entrada legals exposades fins ara constitueixen restriccions a la competència que limiten la pressió competitiva amb altres entitats. La CNMC afegeix una tercera barrera d'entrada: la gestió col·lectiva obligatòria. Com ja he apuntat al capítol 5.2.2, la gestió col·lectiva obligatòria pot constituir un obstacle per a la gestió individual i per tant, segons la CNMC impedeix l'entrada i limita la pressió competitiva exercida pels titulars de drets. En aquest punt, la Comissió no critica que existeixi aquest tipus de gestió, sinó que critica els casos en els que la LPI obliga a la gestió col·lectiva. Hi ha algun cas, com el dret exclusiu d'autoritzar la retransmissió per cable, que la gestió col·lectiva obligatòria ve imposada per la transposició d'una directiva europea (Directiva 93/83/CEE). Tanmateix, la CNMC recorda que la imposició de la obligatorietat en altres casos no obeeix a cap directiva europea. És més, en els casos en els quals una directiva europea imposa la gestió col·lectiva opcional, el legislador espanyol es decanta per imposar la gestió col·lectiva obligatòria. La Comissió considera que la LPI no contempla els motius per imposar la gestió col·lectiva obligatòria en aquests drets, és a dir, que no justifica perquè restringeix la llibertat individual dels titulars.

Com a conclusió sobre les barreres legals que imposa la LPI per a l'entrada de noves entitats de gestió, la CNMC diu: *“Todos estos factores ponen de manifiesto que la Ley de Propiedad Intelectual constituye un marco legal muy restrictivo de la competencia y tendente a reforzar el efecto de las barreras de entrada de naturaleza económica. En este sentido, las reformas introducidas en la Ley de Propiedad Intelectual a raíz de la transposición de la Directiva de Servicios resultan claramente insuficientes y favorecen el mantenimiento de monopolios gestores de derechos de propiedad intelectual”*¹⁶⁵.

Per concloure amb aquest apartat, m'agradaria apuntar que la LPI no dóna un termini concret per tal que el Ministeri resolgui sobre la sol·licitud d'autorització presentada per una entitat, sinó que regula quin és el sentit del silenci de

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 82.

l'Administració. El tercer apartat de l'art. 148 LPI diu que *“la autorización se entenderá concedida, si no se notifica resolución en contrario, en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud”*. Un cop concedida l'autorització, ja sigui per silenci administratiu o per resolució expressa, el Ministeri podrà revocar l'autorització concedida (art. 149 LPI) *“si sobreviniera o se pusiera de manifiesto algún hecho que pudiera haber originado la denegación de la autorización, o si la entidad de gestión incumpliera gravemente las obligaciones establecidas en este Título”*. Per a que la revocació de l'autorització sigui vàlida, haurà d'anar precedida d'un apercibiment del Ministeri perquè l'entitat pugui esmenar o corregir els fets assenyalats, en el termini de tres mesos. Si després d'aquest termini el Ministeri considera que els fets persisteixen, la revocació de l'autorització de l'entitat s'haurà de publicar al BOE.

6.1.3. Estatuts de les entitats

Els estatuts de les associacions són el mitjà a través del qual es manifesta el dret d'autoorganització d'aquestes, emparat per l'art. 22.1 CE. Les entitats de gestió, en tant que es configuren com a associacions, s'autoregulen mitjançant estatuts. El estatuts d'una entitat de gestió han de tenir el contingut mínim que estableix l'art. 151 LEC, però poden anar més enllà i regular altres matèries relatives al funcionament o l'estructura de l'entitat. Les normes que es recullin als estatuts produiran efectes tant en l'esfera interna com externa i serà necessari l'acord dels socis o membres integrants de l'entitat per aprovar-los.

El control de validesa dels estatuts, que com he explicat anteriorment el realitza el Ministeri de Cultura en el moment de concedir l'autorització (art. 148.1.a), és doble: controlen que hi hagi el contingut mínim establert per l'art. 151 LPI, però també controlen que el contingut en concret sigui vàlid.

A continuació faré un estudi del contingut mínim que hi ha d'haver als estatuts de les entitats segons l'art. 151 LPI, acompanyant-lo d'alguns comentaris.

Els apartats 1 i 2 fan referència a la **caracterització de l'entitat**, per tal de que es puguin distingir les unes de les altres: tant els usuaris com els titulars de drets han de saber amb quina entitat han de negociar les llicències d'ús o en quina poden confiar l'administració dels seus drets. Per això la **denominació** de l'entitat ha de ser única i prou diferent per tal que no porti comporti confusions amb la denominació d'altres entitats. També s'han d'especificar el seu **objecte i finalitats**, que tot i que sempre serà la gestió de drets de propietat intel·lectual, els estatuts han d'especificar quins drets concrets s'administraran, és a dir, de quin sector de la propietat intel·lectual. El precepte diu que les entitats també podran realitzar activitats diferents de la gestió de drets, sempre que estiguin vinculades amb l'àmbit cultural de l'entitat i es compleixi el requisit d'absència d'ànim de lucre (art. 147 LPI).

Els apartats 3 a 8 fan referència a les diferents **categories de titulars compresos en la gestió de les entitats**, induint a una certa confusió ja que utilitza la paraula “soci” per descriure moltes situacions que en realitat són diferents: socis titulars de drets, socis administradors, socis no titulars de drets, titulars de drets de crèdit, membres associats o adherits... Fins al punt que no queda clar si hi ha diferència o no entre els titulars de drets i els socis. L’apartat 4 diu que *“los socios deberán ser titulares de derechos de los que haya de gestionar la entidad, y el número de ellos no podrá ser inferior a diez”*. Tanmateix, no tots els titulars de drets que confiïn la gestió d’aquests a una entitat esdevenen socis. Tal i com exposa J. M. RODRÍGUEZ¹⁶⁶ *“los titulares de derechos pueden no ser socios plenos, sino simplemente (socios) adheridos, en el sentido que la SGAE atribuye a este término y que contaminó el texto legal de 1987, sin precisar el grado de intensidad de la relación”*.

En aquest sentit també J. J. MARÍN¹⁶⁷ exposa: *“es evidente que la entidad no puede obligar al titular a ingresar en ella y devenir socio de la misma, ni tampoco condicionar la celebración del contrato de gestión la entrada en la entidad, pues estas conductas conculcarían con toda seguridad el derecho fundamental de asociación en su vertiente negativa, es decir, el derecho a no ser obligado a pertenecer a un grupo privado, amparado por el art. 22.1 CE.”*

Llavors, seran els estatuts de cada entitat els que determinaran si el titular de drets esdevé soci de l’entitat o simplement un membre adherit, materialitzant-se en cada cas concret a través del tipus de contracte de gestió que se celebri entre el titular de drets i l’entitat. Els apartats 5 i 6 estableixen que els estatuts també hauran d’especificar els **drets i deures dels socis**.

Aquesta diferenciació entre els titulars de drets, afavoreix a que les entitats puguin limitar quines persones poden acabar formant part dels **òrgans de govern i representació de l’entitat**, ja que els apartats 7 i 8 disposen que les entitats hauran de plasmar les normes relatives a la convocatòria, constitució i funcionament d’aquests òrgans, així com el procediment d’elecció dels socis administradors. Al final, les entitats acaben tenint màniga ample per restringir els càrrecs només a una part concreta dels socis.

Els apartats 9 a 12 llisten la **part econòmica i comptable** que s’ha d’incloure als estatuts: el patrimoni inicial i els recursos econòmics previstos, les regles dels sistemes de repartiment de la recaptació, el règim de control de la gestió econòmica i financera i una prohibició expressa de que en els supòsits de liquidació de l’entitat en cap cas el patrimoni net resultant podrà ser objecte de repartiment entre els socis.

¹⁶⁶ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (Director) (2009), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 932.

¹⁶⁷ Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), “Las entidades de gestión”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit., P. 313.

Els apartats 13 i 14 es van afegir a la LPI amb la Llei 21/2014 i en la meua opinió, són dos preceptes encaminats a afavorir **la transparència i les bones pràctiques** en les actuacions de les entitats que els últims anys han estat fortament criticades. L'apartat 13 afavoreix el dret a la lliure competència obligant a les entitats a incloure als seus estatuts disposicions per assegurar una gestió lliure d'influències dels usuaris del seu repertori i per evitar una injusta utilització preferencial de les seves obres. J. J. MARÍN diu que possiblement un dels antecedents d'aquesta norma són les Decisions de la Comissió Europea de 2 de juny de 1971 i 4 de desembre de 1981, “*que analizaron, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, la conducta de la sociedad de autores alemana (GEMA) que prohibía que los titulares de los derechos se asociaran económicamente, de modo directo o indirecto, con los usuarios (p. ej., editor de música perteneciente a la entidad de los autores que es socio mayoritario de una productora fonográfica, o a la inversa)*”¹⁶⁸. En el supòsit d'aquest exemple, seria fàcil que l'editor de música incités a la productora d'on és soci majoritari a que es convertís en usuària de les obres gestionades per l'entitat de la que és membre i que ell ha editat, beneficiant-se així d'una forma molt fàcil de la recaptació dels drets que hauria pagat la productora.

L'apartat 14 obliga a les entitats a fixar en els seus estatuts el procediment de **tractament i resolució de les reclamacions i queixes** que poguessin plantejar els seus membres. Sobretot per qüestions sobradament conegudes com a problemàtiques com les relatives a l'adquisició i pèrdua de la condició de soci, el contracte de gestió, la recaptació o el repartiment de drets.

6.1.4. Legitimació

La noció de legitimació té els seus orígens en el dret processal, si bé el caràcter d'aquesta branca del dret ha fet que el concepte s'expandís per altres branques jurídiques. En aquest sentit, L. Díez-Picazo i A. Gullón quan exposen els requisits de l'acte d'exercici dels drets subjectius diuen que el requisit subjectiu més important és la legitimació que la defineixen com “*el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor de una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de la relación existente entre el sujeto que actúa y los bienes o intereses a que su acto afecta*”¹⁶⁹.

La legitimació individual és la que es correspondria amb la legitimació ordinària. És a dir, la que correspon a la persona que compareix al procés judicial afirmant que ella és el titular del dret subjectiu i imputant la obligació del demandant. Durant segles, les relacions jurídiques s'han presentat entre dos subjectes individuals, cadascun amb els seus drets i obligacions. Tanmateix amb la industrialització, es van

¹⁶⁸ Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), “Las entidades de gestión”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual, op. cit.*, P. 314.

¹⁶⁹ Luís Díez-Picazo i Antonio Gullón (2012), *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 12^a ed., p. 412.

començar a crear conflictes dins de les relacions individuals de treball que eren molt iguals entre ells i que per tant, acabaven afectant a diversos treballadors. Per poder donar una resposta jurídica a aquest fenomen, que J. MONTERO ¹⁷⁰ anomena “*masificación de las relaciones jurídicas materiales*” que es multiplicaven arribant així a la “*socialización de la legitimación*”; dels ordenaments jurídics en va néixer la legitimació col·lectiva.

Les entitats de gestió col·lectiva, en la seva tasca de gestionar drets d'autor de titulars, poden trobar-se en processos administratius o judicials, per exemple, per reclamar la remuneració d'usuaris que no han pagat els drets corresponents per gaudir d'una obra. En un cas com aquest l'entitat actua com a demandant però la quantitat que reclama no li pertany a ella, sinó que és d'un tercer titular de drets. Per tant, atenent a l'art. 264.2º LEC semblaria que l'entitat hauria de presentar els documents que acreditessin que el titular dels drets que generen el crèdit reclamat li ha conferit la seva gestió. Tanmateix, no és així. L'art. 150 LPI estableix que les entitats de gestió estan legitimades per actuar en tota classe de procediments administratius o judicials, una vegada autoritzades pel Ministeri i constituïdes legalment com a entitats. Per acreditar aquesta legitimació i, contràriament al que es desprèn de l'art. 264.2º LEC, l'entitat només haurà d'aportar a l'inici del procés una còpia dels seus estatuts i de la certificació acreditativa de la seva autorització administrativa per actuar com a entitat (del Ministeri de Cultura). No es requereix que l'entitat porti una còpia dels documents que acreditin que les persones que estan representant són sòcies o membres de la seva entitat.

A més, la part final de l'art. 150 LPI exposa de forma molt curta en quins motius el demandat podrà fundar la seva oposició contra l'entitat de gestió: “*El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente*”. Diversos autors sostenen que aquest apartat de l'article limita el dret de defensa i que pressuposa, sense motiu, que l'entitat de gestió sempre és actora i no demandada.

En aquest sentit, J. M. RODRÍGUEZ: “*resulta harto chocante que un demandado por infracción de derechos de autor o por incumplimiento de contrato o por reclamación de cantidad no contractual, sólo pueda oponer lo que dice el segundo párrafo del actual artículo 150. Esta interpretación a la que nos lleva el adverbio «solo» es, sin duda, la más literal, y la menos respetuosa con la tutela judicial efectiva*”¹⁷¹. També J. J. MARÍN: “*es dudoso si la limitación de los motivos de oposición del demandado (...) respeta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, atendida la finalidad que persigue la medida. Por otra, la extraordinaria relajación probatoria de la representación por parte de la entidad («únicamente deberá aportar»)*

¹⁷⁰ Juan MONTERO AROCA (1997), *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Editorial Comares, Granada, p. 115.

¹⁷¹ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (Director) (2009), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 928.

no tiene parangón en nuestro ordenamiento jurídico, consagra un privilegio injustificable, desconoce el bajo índice de afiliación de algunas entidades, no soluciona satisfactoriamente los problemas de concurrencia de entidades (...) y se aparta del principio de disponibilidad probatoria establecido por el Tribunal Constitucional”¹⁷².

Així doncs, la càrrega de la prova recau sobre el demandat, que ha de provar que l’entitat actora no representa el titular dels drets que ha explotat.¹⁷³ Però com ho pot fer? Una prova fefaent seria que el titular del dret explotat és representat per una altra entitat. Tanmateix, tal i com hem vist, avui a Espanya això és gairebé impossible perquè no existeix competència en la gestió col·lectiva de drets que pertanyen a una mateixa categoria (excepte entre SGAE i DAMA, que gestionen drets de la mateixa categoria en determinats casos, com en la recaptació del cànon compensatori per còpia privada). D’aquesta manera, el demandat quasi no té cap forma de provar que l’entitat no representa al titular dels drets explotats. Els altres dos motius per poder-se oposar a la demanda que enumera l’art. 150 LPI són provar que el titular de drets va autoritzar a l’entitat o bé que ja s’ha efectuat el pagament de la remuneració corresponent. Aquests dos motius, encaixats dins de l’article titulat “legitimació” sembla que no tenen gaire a veure amb aquesta matèria.

Tot i les discussions que genera aquest article, la jurisprudència del Tribunal Suprem s’ha inclinat per la tesis de la legitimació universal de les entitats. Les considera habilitades per representar en judici a tots els titulars que pertanyin a la categoria de drets que gestioni l’entitat segons els seus estatuts, amb independència de que els titulars li hagin confiat efectivament o no la gestió dels seus drets. Una de les sentències més recents on hi ha aquest debat és la STS, Sala de lo Civil, 12.07.2016¹⁷⁴ que considero interessant d’analitzar i per això en faré un comentari.

Comentari de la STS, Sala de lo Civil, 12.07.2016

Fets: entre els anys 2002 i 2008 l’Ajuntament de Telde, en ocasió de les seves festes patronals, havia organitzat directa o indirectament nombrosos espectacles. La SGAE, a l’empara dels arts. 20 i 150 LPI entenia que es tractaven d’actes de comunicació pública d’obres musicals de propietat intel·lectual, respecte de les quals l’Ajuntament hauria d’haver obtingut l’autorització de l’entitat i haver-li abonat la retribució corresponent. L’Ajuntament demandat es va oposar a aquesta reclamació perquè els actes de comunicació pública ho van ser d’obres dels artistes a qui va

¹⁷² Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), “Las entidades de gestión”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 315.

¹⁷³ Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA (2010), “Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico” *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, op. cit., p. 32: “el artículo 150 TLPI supone una inversión de la carga de la prueba de la legitimación”.

¹⁷⁴ STS, Sala de lo Civil, Secció 1, 12.07.2016 (ROJ: STS 3447/2016; MP: Ignacio Sancho Gargallo).

contractar com a intèrprets, sense que la SGAE hagués acreditat que tingués la gestió exclusiva d'aquelles obres.

Procés judicial: El jutjat de primera instància, després de reconèixer la legitimació de l'SGAE per exercitar aquestes accions, va apreciar que hi havia hagut un ús no consentit dels repertoris de la demandant i va condemnar a l'Ajuntament demandat a cessar amb l'activitat i a obtenir la preceptiva autorització de l'SGAE per poder continuar amb els actes de comunicació pública, però no va fixar cap indemnització a pagar per l'Ajuntament. Aquesta sentència va ser recorreguda per les dues parts. La sentència d'apel·lació va resoldre de manera diferent: va entendre que el fet de que l'Ajuntament de Telde contractés directament a diversos músics i intèrprets que tenien la condició d'autors musicals de les obres que interpretaven, no permetia concloure que s'hagués realitzat una comunicació pública de les obres protegides que permetés a SGAE reclamar una remuneració, perquè l'acte de comunicació pública s'entenia autoritzat pels mateixos titulars de drets quan executaven ells mateixos el seu espectacle. L'Audiència va afegir com a mode de conclusió per desestimar la demanda de l'SGAE que: *“ningún medio de prueba ha propuesto o practicado que permita concluir que el Ayuntamiento haya comunicado públicamente obras protegidas por las que no hubieran pagado los correspondientes derechos de autor quienes las seleccionaron e incluyeron en sus repertorios habituales -bien para su explotación directa, bien para su comunicación pública-, ofrecidos por ellos al Ayuntamiento de Telde que pagó por sus representaciones y conciertos en la legítima creencia de que se trataba de explotación directa de las obras por sus autores o quienes ostentaran derechos de explotación directa sobre ellas -o de que quienes les hacían la oferta de la obra o concierto habían pagado los derechos correspondientes para poder efectuar la comunicación pública de las obras de las que no fueran autores, dada su vinculación profesional al sector de la industria cultural y que el objeto mismo de la prestación que ofertaban al Ayuntamiento era precisamente la representación en directo de dichas obras o piezas musicales”*. Enfront d'aquesta sentència d'apel·lació, SGAE va presentar recurs de cassació davant del TS.

Recurs de cassació: El TS, a tenor del que preveu l'art. 150 LPI i de la jurisprudència de la Sala¹⁷⁵, defensa que s'ha de reconèixer a la SGAE la legitimació per a la reclamació de la remuneració que correspongui pels actes de comunicació pública realitzats en un concert. La jurisprudència afirma que existeix una presumpció *“iuris tantum”* que atribueix legitimació a les entitats de gestió dels drets d'autor, sense necessitat d'acreditar la representació de cada un dels seus membres i associats. Per tant, se'ls hi reconeix una legitimació presumpta nascuda del règim jurídic a la que

¹⁷⁵ “Esta jurisprudencia, que comenzó con la sentencia 880/1999, de 29 de octubre, y se desarrolló y consolidó en numerosas sentencias posteriores (entre ellas Sentencias 954/2001, de 18 de octubre, 1208/2001, de 18 de diciembre, 756/2002, 15 de julio, 851/2002, de 24 de septiembre, 928/2002, de 15 de octubre, 1137/2002, de 2 de diciembre, 40/2003, de 31 de enero, 439/2003 bis, de 10 de mayo, 1191/2006, de 24 de noviembre, 1334/2006, de 12 de diciembre, 428/2007, de 16 de abril y 629/2007, de 8 de junio ...)”

estan sotmeses les entitats. En el cas present, el TS estableix que per enervar aquesta presumpció el que ha de fer l'obligat al pagament de la remuneració (l'Ajuntament) és demostrar que ha estat autoritzat pel titular exclusiu d'aquell dret afectat per l'acte de comunicació. Per una banda, entén que *“en los casos en que son los propios autores o titulares en exclusiva de una concreta obra musical quienes la interpretan y son contratados para ello, debemos entender que están de acuerdo en que se realice el acto de comunicación pública. Se puede entender que son remunerados no sólo por la interpretación sino también por la comunicación de su obra”* i per tant en aquests casos no s'hauria de pagar en concepte de comunicació pública a l'SGAE. Tanmateix el Tribunal diu que *“se aprecia que junto a algunos conciertos de artistas y grupos de música respecto de los que se podría presumir que interpretaron sus propias obras, hay otros en los que habría dudas si interpretaron obras de las que no son titulares exclusivos de derechos de propiedad intelectual, y otros, (...) en que claramente no concurre aquella excepción de autorización del titular exclusivo de los derechos afectados”*.

Resolució TS: La condemna ordena a l'Ajuntament del Telde a que cessi en la realització d'actes de comunicació pública d'obres de l'SGAE mitjançant espectacles mentre no tingui la seva autorització, excepte respecte d'aquelles obres directament interpretades pels seus respectius titulars dels drets d'autor. La sentència no obliga a l'Ajuntament a pagar cap indemnització a l'SGAE per aquells actes de comunicació pública que no eren interpretats directament pel seu autor i que per tant, necessitaven la llicència de l'SGAE. En aquesta sentència, el TS es reafirma en la seva posició jurisprudencial, establerta per primer cop l'any 1999, sobre la legitimació de les entitats de gestió per a la reclamació dels drets de remuneració pels actes de comunicació d'obres. Defensa que s'ha presumir que les obres afectades per la reclamació formen part del seu repertori sempre que els drets sobre l'obra pertanyin a la categoria de drets de propietat intel·lectual reconeguda en els seus Estatuts. Per tant, es presumeix que les entitats estan legitimades per “representar” els titulars d'aquests drets i recaptar-ne les possibles remuneracions en nom seu, sense que hagin de demostrar que són membres o associats a l'entitat. Tot i aquesta continuació en la línia jurisprudencial, aquesta sentència aporta una mica de llum sobre una de les formes d'oposar-se a aquesta presumpció que té el demandat. Exposa que quan són els propis autors o titulars en exclusiva de l'obra, contractats directament, els que la interpretin públicament, s'ha d'entendre que existeix l'autorització de la que parla l'art. 150 LPI. I aquest fet serà prova suficient de tal autorització, sense que sigui estrictament necessari que s'hagi realitzat per escrit.

6.2. Funcions i obligacions de les entitats

6.2.1. Obligació d'administrar els drets conferits

La legitimitat de les entitats, tant controvertida fins i tot en els nostres tribunals, es reforça una mica més amb l'art. 152 LPI, que estableix una obligació legal de les entitats de *“acceptar la administració de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines”*. Aquesta obligació ha d'entendre's de manera restrictiva: les entitats estan obligades a acceptar l'administració dels drets que els hi encomanin sempre que pertanyin a la categoria de drets de propietat intel·lectual que gestionin, però no estan obligades a acceptar més facultats més enllà de l'administració. La part final de l'art. 152 LPI disposa que *“dicho encargo lo desempeñarán con sujeción a sus estatutos y demás normas aplicables al efecto”*.

Per tant, seran els Estatuts de cada entitat que establiran si l'entitat només estarà obligada a administrar els drets que li siguin encomanats (obligació legal); o si va més enllà de la obligació de l'art. 152 LPI i, per exemple, s'obliga també a acceptar les cessions de drets o a acceptar a tothom que confiï la gestió de drets a l'entitat com a membre d'aquesta. A la pràctica i com és lògic, les entitats no desitgen obligar-se a elles mateixes a adquirir més obligacions de les que fixa la llei, per tant, els Estatuts no solen incloure aquestes obligacions “extres”. Per les entitats, sempre és millor tenir a favor seu un marge de discrecionalitat que els hi pugui permetre decidir en quins casos volen acceptar una cessió de drets o en quins casos volen fer membre de l'entitat a un titular de drets. J. M. RODRÍGUEZ, en el seu comentari d'aquest precepte, ho explica així: *“la obligación legal de administrar no obliga, por tanto, a la integración en la entidad de la persona que realiza el encargo de gestión, ni impide a la entidad la expulsión o exclusión de los miembros cuyos derechos administra”*¹⁷⁶.

Sigui per obligació legal o per disposició estatutària, quan un titular de drets en delega la seva gestió a una entitat, s'ha de formalitzar aquest encàrrec. El document que preveu la LPI per fer-ho és el contracte de gestió, que serà objecte d'anàlisi en el següent apartat.

6.2.2. Contracte de gestió

L'art. 153 LPI és el que regula com es constitueix la relació contractual entre el titular de drets i l'entitat de gestió, que es fa mitjançant el contracte de gestió: *“la gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad mediante contrato”*. Per tant, aquest contracte se celebra en l'àmbit de la gestió col·lectiva voluntària, ja que constitueix un acte de llibertat i autonomia privada del titular dels drets, que encarrega la gestió a una entitat quan podria decidir no fer-ho. A continuació

¹⁷⁶ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (Director) (2009), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 935.

faré un anàlisi de la naturalesa jurídica del contracte de gestió, de la seva duració i veurem el seu paper en la relació entre els titulars de drets i les entitats.

a) Naturalesa jurídica

L'art. 153 LPI no especifica la naturalesa del contracte de gestió. Aquesta omisió legal, a la pràctica, ha portat a que els estatuts de les entitats adoptessin solucions contradictòries. El debat rau en si el contracte de gestió té la naturalesa d'un contracte de mandat o d'un contracte de cessió de drets. Tanmateix, a tenor de l'art. 1281 CC¹⁷⁷ i tal i com han vingut dient J. J. MARÍN¹⁷⁸ i J. M. RODRÍGUEZ¹⁷⁹, el *nomen contractual* no és decisiu i no és el problema; el que realment és rellevant és el contingut i el que preval és la verdadera intenció de les parts, per sobre de les paraules.

Dit això, s'ha de descartar que el contracte de gestió sigui un contracte de cessió de drets, per molt que alguns Estatuts d'entitats utilitzin aquesta expressió. Les normes de "transmissió de drets" dels arts. 43 i ss. LPI no regeixen la relació entre el titular de drets i l'entitat. Això és així perquè l'entitat no assumeix una obligació d'explotació del dret cedit (requisit art. 48.1 LPI) ni es compromet a pagar al titular una quantitat proporcional al benefici empresarial obtingut¹⁸⁰ (requisit art. 46.1 LPI). En canvi, l'entitat el que fa és actuar enfront a tercers per compte i en interès dels titulars dels drets (art. 147 LPI) concedint autoritzacions per a la seva explotació, exercitant tasques recaptatòries dels drets configurats a la LPI i, en general, administrant drets la titularitat dels quals la segueix ostentant el titular. Per tant, les entitats no són cessionàries de drets, sinó intermediàries. En paraules de P. MARISCAL: "*Teniendo en cuenta que la mayoría de estos derechos se presentan por la ley como irrenunciables e intransmisibles, resulta patente que, en puridad, no tiene lugar una cesión, siquiera temporal, de derechos a la entidad. Antes bien, se trata (...) de un mandato representativo, por el que el titular de derechos encomienda su gestión a al entidad sin perder en ningún momento la titularidad sobre los mismos*"¹⁸¹.

Així doncs, el contracte de gestió és un contracte de mandat, al que li són aplicables les disposicions del Codi Civil sobre aquest tipus de contracte (arts. 1709¹⁸² a

¹⁷⁷ Art. 1281 CC: "*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.*"

¹⁷⁸ Juan José MARÍN LÓPEZ (2007), "Comentario art. 153 LPI", a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Tecnos, Madrid, 3ª ed., p. 1893.

¹⁷⁹ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (Director) (2009), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 936.

¹⁸⁰ Com veurem, el repartiment dels drets recaptats no és una part proporcional en relació amb el pagament fet per l'usuari a l'entitat.

¹⁸¹ Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA (2010), "Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico" *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, op. cit., p. 25.

¹⁸² Art. 1709 CC: "*Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*".

1739 CC), sempre que no contradiguin el que estableix la LPI. J. J. MARÍN explica perquè no pot entendre's com un contracte d'una altra categoria: *“no es, en cambio, un contrato de transmisión de derechos de propiedad intelectual, ni la entidad es cesionaria de tales derechos, pues en virtud del contrato de gestión no se faculta a la entidad para constituirse en explotadora de los mismos, sino para conceder a terceros usuarios autorizaciones no exclusivas (art. 50.2 LPI); esos terceros usuarios son realmente los cesionarios de los derechos”*¹⁸³.

En resum, el contracte de gestió és un contracte de mandat en virtut del qual, per encàrrec del titular de drets, s'obliga a l'entitat a concedir autoritzacions no exclusives a tercers usuaris sobre els drets del titular. Aquestes autoritzacions comportaran que els tercers puguin explotar les obres o les prestacions i que les entitats puguin recaptar les remuneracions dels drets que es corresponguin, per repartir-les posteriorment entre els seus associats (conforme la LPI i els Estatuts).

b) Durada

L'art. 153 LPI disposa dues restriccions pel contracte de gestió: *“cuya duración no podrá ser superior a tres años renovables por períodos de un año, ni podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura”*. El primer límit, sobre la duració del contracte, s'entén que els tres anys es poden anar prorrogant indefinidament per períodes d'un any, excepte que el titular de drets s'hi oposi mitjançant un preavis. Pel que fa al segon límit, significa que el titular pot confiar a l'entitat de gestió únicament alguns dels seus drets patrimonials, reservant-se els altres per si mateix.

c) Parts del contracte

Com hem vist amb l'anàlisi de l'art. 152 LPI, el titular de drets que voluntàriament celebra un contracte de gestió amb l'entitat adquireix automàticament la condició d'administrat, però no necessàriament n'esdevé soci. Ho veiem també en l'estudi del contingut dels Estatuts de les entitats (art. 151 apartats 3 i 4) que distingia entre “titulars de drets” i “socis”. Si bé per ser soci era un requisit ser també titular de drets, ser un titular de drets no implicava convertir-se en soci de l'entitat.

Així doncs podem concloure que és “administrat” el titular de drets de propietat intel·lectual que confia la seva gestió a una entitat amb la que celebra el contracte de gestió. I és “soci” el titular de drets que, a més d'encarregar a l'entitat la gestió dels seus drets, entra a formar part d'aquesta a través d'un contracte que convencionalment es podria anomenar contracte d'ingrés a la entitat de gestió.

Aquesta distinció no suposaria cap problema si la LPI dediqués més preceptes a definir l'*status* jurídic dels administrats, tal i com ha fet amb el dels socis. En la meua

¹⁸³ Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), “Las entidades de gestión”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 316.

opinió, la LPI es dedica massa a remetre la regulació de la categoria de “titulars de drets”, als Estatuts de les entitats per a que estableixin “*las clases de titulares de derechos*”, “*las distintas categorías*” a “*efectos de su participación en la administración de la entidad*” (art. 151.3 LPI). A causa d’aquest silenci de la LPI, es formen situacions molt diverses en els Estatuts de les entitats, que creen categories de titulars de drets amb noms ben diversos i que poden induir a la confusió. Analitzar els Estatuts de totes les entitats per mirar com afronten aquest tema sobrepassaria l’àmbit d’estudi d’aquest treball, per tant, ens centrarem en el cas de l’SGAE i farem una breu comparació amb alguns preceptes d’Estatuts d’altres entitats.

A l’art. 14.1 dels Estatuts de l’SGAE, que regula el contracte de gestió, diu: “*El contrato de gestión tendrá absoluta autonomía respecto de la relación de asociado que pueda vincular a su otorgante con la Sociedad*”. Per tant, deixa entreveure la diferència que ja hem vist entre administrat i soci, perquè admet diferents “relacions d’associat”. Tanmateix, li dóna el nom “d’associat” a tots els titulars que celebrin un contracte de gestió amb l’entitat. La pregunta aquí és: podem entendre que una persona “associada” és un “soci”? Només avançaré que a SGAE li va bé jugar amb aquesta distinció.

Seguint amb els Estatuts de l’SGAE, al seu art. 15.1, diu: “*son miembros de la Sociedad las personas, naturales o jurídicas, titulares de alguno de los derechos objeto de gestión de aquélla y que le hayan confiado su administración conforme a lo dispuesto de estos Estatutos*”. En aquest article, l’SGAE utilitza la paraula “membre” per referir-se al que a l’art. 14 dels Estatuts ho anomenava “associat”; i al que a la LPI es diferencia entre dues categories: “administrat” i “soci”. Finalment, l’art. 15.3 dels Estatuts de l’SGAE diu: “*Los miembros se dividen en miembros estatutarios o socios y miembros no estatutarios o no socios*”. Per tant, semblava que “associat” era sinònim de “soci” i de “membre”, però finalment veiem que hi ha “membres socis” i “membres no socis”... Tot i així, tots ells són associats. Per acabar-ho de complicar, no queda clar que tots els “membres socis” de l’SGAE gaudeixin de tots els drets, com per exemple, que tots tinguin dret a vot (art. 16.2 Estatuts SGAE, sobre els drets dels socis: “*Los socios con derecho a voto tienen derecho a ser convocados en tiempo y forma, a las reuniones de la Asamblea General, así como a asistir y participar en ellas*”).

Es complica encara més la qüestió si es comparen els mots utilitzats per altres entitats per definir el mateix i es comparen entre si. N’anomenaré alguns casos per sobre per veure fins on pot arribar aquest tripijoc. CEDRO¹⁸⁴ parla de “*miembros adheridos*” i “*miembros asociados*”, mai parla de socis. Per tant, utilitza “*miembro asociado*” com a sinònim de soci i “*miembro adherido*” com a sinònim d’administrat. AIE¹⁸⁵ parla de “*afiliados adheridos*” i “*afiliados asociados*” i aquests darrers els divideix en “*socios*” i “*socios activos*”.

¹⁸⁴ Arts. 7 i 9 Estatuts CEDRO.

¹⁸⁵ Art. 8 Estatuts AIE. Per mi, la confusió arriba a un punt àlgid quan diu: “*Las referencias genéricas a los términos “socio”, “socios”, “asociado” o “asociados”, efectuadas en los presentes Estatutos, se entenderán realizadas, conjunta e indistintamente, a los afiliados asociados*”.

Més enllà de les parts del contracte, en l'àmbit del propi contracte les confusions amb el llenguatge no s'aturen i cal fer-hi referència. Per exemple, en els Estatuts de CEDRO¹⁸⁶ s'utilitza la terminologia “contracte d'adhesió” per referir-se al que en realitat la LPI titula contracte de gestió. Aquest contracte hauria de ser el resultat de les negociacions entre el titular de drets i l'entitat, com en qualsevol altre contracte, però a la pràctica les entitats en predisposen el seu contingut unilateralment i el titular es limita adherir-s'hi com si es tractés d'un formulari estàndard. Per tant, la denominació que li dona CEDRO al contracte, reflecteix el que passa en la realitat. La doctrina¹⁸⁷ ha titllat aquesta denominació (contracte d'adhesió) d'inconstitucional, ja que és contrària a l'art. 22.1 CE (sobre la llibertat d'associació) perquè imposa la pertinença obligatòria a l'entitat del titular que li hagi confiat l'administració dels seus drets. També aniria en contra de l'art. 2.3 LODA en la seva vessant negativa: “*Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida*”.

En la mateixa línia, la doctrina creu que si realment estem davant d'un contracte d'adhesió, els contractes de gestió haurien de ser considerats com a condicions generals de la contractació i se'ls hi hauria d'aplicar la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación¹⁸⁸. I, anant més enllà, també es discuteix si se'ls hi podria aplicar la Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹⁸⁹, en matèria de clàusules abusives. Aquesta última, només es podria aplicar als contractes de gestió si s'entengués que els titulars de drets són consumidors o usuaris en el sentit legal del terme.

Amb tot aquest batibull de terminologia i distincions de diferents categories de persones que tenen relació amb l'entitat, puc concloure que a les entitats de gestió els hi interessa crear aquesta confusió. Volen tenir tants titulars de drets com sigui possible, que aparentment estiguin vinculats a l'entitat i que a vistes de tercers comptin com a membres, associats, administrats o el nom que sigui. Tanmateix, no els hi interessa que, tot i estar com a membres de l'entitat, tots ells tinguin el dret d'arribar a la categoria de socis administradors, en posicions de govern de l'entitat, amb dret a vot. Per això quan un titular sol·licita que se li administrin els seus drets, per imperatiu legal de la LPI esdevé un administrat de l'entitat (a través del contracte de gestió), però els Estatuts de la majoria d'entitats els hi confereixen la condició de “membre” o “associat” (a través del que realment és un contracte d'adhesió). Aparentment, pot semblar que aquesta condició de “membre” i el “contracte d'adhesió” el vinculin més amb l'entitat perquè entra a formar part d'aquesta, però en realitat no serà un soci amb dret a vot ni dret a accedir als càrrecs d'administració de l'entitat, etc. Serà un “administrat” que ha fet un

¹⁸⁶ Art. 8 Estatuts CEDRO.

¹⁸⁷ Juan José MARÍN LÓPEZ (2007), “Comentario art. 153 LPI”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 1892.

¹⁸⁸ BOE núm. 89, de 14/04/1998. [BOE-A-1998-8789].

¹⁸⁹ BOE núm. 287, de 30/11/2007. [BOE-A-2007-20555]

“contracte de gestió” tot i no haver negociat res de res sobre el contingut contractual. P. MARISCAL també opina en la mateixa línia: *“lo cierto es que la oscuridad en torno al concepto y condición del socio y del administrado no es casual, ya que en la práctica la celebración del contrato de gestión supone la adquisición en ese mismo acto de la condición de asociado, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los Estatutos, quedando el estatuto del mero administrado reservado para los adquirentes derivativos de derechos”*¹⁹⁰.

Per tant, ens trobem en una situació curiosa: encara que legalment es faci constar la diferència entre el contracte de gestió pels administrats i el contracte d'integració a la societat pels socis; el titular de drets, quan contracta amb l'entitat, esdevé soci de la mateixa sense ni saber-ho (tot i que un soci amb pocs drets).

6.2.3. Llicències pels usuaris i Comissió de Propietat Intel·lectual

Les entitats de gestió estan involucrades en altres situacions conflictives relacionades amb contractes, ja que els problemes no s'acaben amb el contracte de gestió que vincula a l'entitat amb l'autor, sinó que van més enllà: existeix un conflicte històric entre les entitats gestió de drets i els explotadors d'aquests drets (denominats comunament com a “usuaris”). El nucli de la disputa ve determinat per la incapacitat de les parts per arribar a un acord sobre la remuneració i les altres condicions que haurien de regir els contractes en virtut dels quals els explotadors accedeixen a l'ús de les obres i/o prestacions gestionades per les entitats de gestió.

En els últims anys, les disputes sovint han arribat als Tribunals i el que s'hi al·legava per cada una de les parts era molt similar en tots els casos. Per una banda, els explotadors dels drets gestionats per les entitats de gestió al·legaven que hi havia un abús de la posició de domini per part de l'entitat ja que a falta d'un acord per fixar el preu de la remuneració, imposava el preu unilateralment. Així, aquests usuaris portaven les seves denúncies davant de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (CNMC) o davant de jutjats de lo mercantil invocant la normativa defensora del dret a la lliure competència. Per altra banda, les entitats de gestió s'emparaven en la LPI, que els hi permetia en última instància i en el cas de que fallés la negociació amb els usuaris, aplicar les tarifes generals que com a entitat havien imposat.

Davant de tants litigis sobre aquesta qüestió i potser per influència de l'informe de la CNMC de desembre de 2009¹⁹¹, que apostava per una transformació absoluta del

¹⁹⁰ Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA (2010), “Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico” *Pe. i. revista de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 26.

¹⁹¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 101, Recomendación Séptima: “Establecer normativamente los criterios a los cuales las entidades de gestión tengan que ajustarse para determinar las tarifas por uso de

disseny legal de la conformació de preus en els mercats de la gestió col·lectiva; fa tres anys es va adoptar la Llei 21/2014 que reformava alguns preceptes de la LPI i entre ells, els arts. 157.1 i 2 i 158 LPI que estableixen les bases per a la conformació de preus en els mercats de gestió col·lectiva.

Tanmateix, abans d'entrar en l'estudi del nou sistema de conformació de preus és necessari definir-ne un dels seus principals actors: la Comissió de Propietat Intel·lectual (en endavant, CPI). És un òrgan col·legiat d'àmbit nacional adscrit al Ministeri d'Educació, Cultura i Esport, que actua per mitjà de dues Seccions. La Secció Primera¹⁹² exerceix funcions de mediació i arbitratge sobre matèries directament relacionades amb la gestió col·lectiva i també determinació de tarifes i control sobre aquestes. La Secció Segona es dedica a la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual i lluita en contra de la seva vulneració pels responsables de serveis de la societat de la informació. Jo em centraré en les funcions de la Secció Primera, sense entrar en l'estudi de la Secció Segona, que va més enllà del camp d'anàlisi del present treball.

Ara sí, com funciona actualment el sistema de conformació de preus en el mercat de la gestió col·lectiva després de la reforma de 2014? J. F. RODRÍGUEZ¹⁹³ elabora un esquema molt útil per entendre l'estructura de la nova regulació de la LPI, que a continuació desenvoluparé.¹⁹⁴

a) Pla previ

La finalitat d'aquest pla previ és que el primer pla tingui èxit, obligant a les entitats a complir uns requisits formals i materials rigorosos.

Art. 157.1. b. LPI - Criteris materials per la conformació de tarifes generals.

La LPI continua obligant a les entitats a *“establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio”* i afegeix de forma expressa quines característiques han de complir aquestes tarifes generals: *“El importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre*

su repertorio de derechos exclusivos y/o de remuneración, y a los cuales se atenderá también la Comisión reguladora en caso de ser necesaria su intervención.”

¹⁹² Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. «BOE» núm. 273, de 14.11.2015. [BOE-A-2015-12301].

¹⁹³ Juan F. RODRÍGUEZ MEJÍAS (2016), “La profilaxis del abuso de la posición de dominio en la LPI. La reforma operada por la Ley 21/2014 sobre el diseño legal de conformación de precios en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual”, a Juan Pablo APARICIO VAQUERO *et al.*, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, *op. cit.*, p. 765 a 804.

¹⁹⁴ També se segueix una estructura semblant a: Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), “Las entidades de gestión”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, p. 327 a 329.

ambas partes”. A més, disposa set criteris dirigits a condicionar el contingut d’aquestes tarifes que seran revisats, actualitzats i desenvolupats reglamentàriament per una ordre ministerial i successives resolucions de la CPI amb la participació dels informes de la CNMC.

Art. 157.1. d, e, f. LPI - Obligació de transparència sobre les tarifes generals.

La LPI obliga a les entitats de gestió a facilitar a l’usuari l’accés a qualsevol informació rellevant sobre les tarifes generals de l’entitat. Entre altres mesures, obliga a difondre aquesta informació a la seva pàgina Web, a participar en la creació i manteniment d’una finestra única on-line de facturació i pagament, en la qual els usuaris puguin conèixer de forma actualitzada el cost que han de satisfer a les entitats com a resultat de l’aplicació de les tarifes generals a l’activitat que duen a terme i puguin realitzar el pagament corresponent. I també obliga a les entitats a informar als usuaris del seu repertori sobre les condicions comercials atorgades a altres usuaris que portin a terme activitats econòmiques similars, per tal que també se’n puguin beneficiar.

Art. 157.1. g, h, k. LPI - Obligació de transparència amb els membres de les entitats de gestió.

La LPI estableix obligacions de transparència de les entitats respecte dels titulars dels drets que gestionen, en relació amb la seva activitat gestora: les condicions dels contractes que l’entitat subscriu amb els usuaris, la informació sobre la utilització de les seves obres, dels drets i les modalitats que s’han explotat sobre les seves obres, la procedència de les remuneracions, un pressupost anual de recaptació...

b) Primer pla

Art. 157.1. a, c. LPI - Negociació i contractació amb els usuaris

De manera inicial i prioritària la LPI obliga a les entitats *“a negociar y contratar, bajo remuneración, en condiciones equitativas y no discriminatorias con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, actuando bajo los principios de buena fe y transparencia”*. J. F. RODRÍGUEZ¹⁹⁵ considera que l’expressió *“concesión de autorizaciones”* no casa amb el concepte de negociació perquè una concessió sempre serà unilateral i unidireccional, per tant no té res a veure amb la idea de bilateralitat i del consens de voluntats que es pretén amb la negociació.

¹⁹⁵ Juan F. RODRÍGUEZ MEJÍAS (2016), “La profilaxis del abuso de la posición de dominio en la LPI. La reforma operada por la Ley 21/2014 sobre el diseño legal de conformación de precios en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual”, a Juan Pablo APARICIO VAQUERO *et al.*, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, *op. cit.*, p. 777: *“creo que la expresión «concesión de autorizaciones» es desafortunada ya que utiliza un sustantivo, «concesión», cuyo significado «otorgar, hacer merced o gracia» es ajeno a la idea de bilateralidad, de consenso de voluntades precedida de la negociación.*

Art. 158 bis 1. LPI - Mediació (voluntària) i Art. 158 bis 2.a.- Arbitratge (voluntari)

A falta d'un acord obtingut autònomament entre les parts a través de la negociació, la LPI disposa que les parts es podran sotmetre a una mediació o arbitratge davant de la CPI. Les parts poden recórrer a aquests dos sistemes quan no s'arribi a un acord en la fixació del preu de la remuneració (conflictes tarifaris), però també hi poden recórrer per qualsevol altre motiu relacionat amb el mercat de la gestió col·lectiva.

El que sí que és indispensable és que la mediació o l'arbitratge sigui acceptat per totes les parts, per tant l'aspecte de la voluntarietat és molt important i sovint pot ser una barrera. Tal i com estableix J. F. RODRÍGUEZ *“Si el mutuo sometimiento voluntario (a la mediación o arbitraje) no concurre el conflicto tarifario, el conflicto sobre el precio gestionado colectivamente está, en principio, condenado a dirimirse ante la jurisdicción ordinaria y/o ante las autoridades defensoras de la libre competencia, que son un marco no idóneo para solucionar un desencuentro de voluntades en la conformación de las condiciones de un contrato (...), ya que los tribunales pueden condenar o no a indemnizar por usos pretéritos pero no pueden (...) configurar las condiciones económicas de la relación contractual sobre cuya cuantía las partes no se ponen de acuerdo, lo que tiene especial relevancia para el futuro de la relación negocial”*¹⁹⁶.

Per evitar que la mediació i l'arbitratge estiguin condemnats a fracassar a causa de que alguna de les parts es negui a utilitzar aquests instruments que brinda la LPI (com passava amb la LPI de 1987), la vigent LPI va introduir una nova funció de la CPI que és la “determinació de les tarifes generals”, per tal de forçar que els conflictes per falta d'acord sobre la determinació del preu es decideixin essencialment a la CPI i no pas per una imposició de l'entitat de gestió exercint un abús de poder.

Art. 158 bis 3. LPI - Establiment de tarifes generals per drets de gestió col·lectiva obligatòria (no voluntari).

De forma subsidiària a la negociació i a la mediació o arbitratge hi ha la determinació de l'import de les tarifes generals. La novetat que estableix aquest article és la intervenció de la CPI per quantificar aquestes tarifes. La diferència més rellevant respecte de l'estadi anterior (mediació o arbitratge) és la voluntarietat. En aquesta fase no és necessari que les dues parts vulguin que hi intervingui la CPI, sinó que la petició d'una de les parts acreditant que després de 6 mesos de negociació no hi ha acord és suficient.

Hi ha altres diferències respecte de la mediació i l'arbitratge. La funció d'establiment de tarifes no es refereix a la fixació del preu de qualsevol dret de propietat intel·lectual que puguin gestionar les entitats (com sí que és possible en l'àmbit de la mediació o l'arbitratge), sinó que es limita únicament *“para la explotación de los*

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 780.

derechos de gestión colectiva obligatoria, y para los derechos de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación”.

Així, per exemple, ens podem trobar en casos com el següent: Una radio vol emetre un fonograma d'una obra musical. L'emissora de radio estarà obligada a remunerar pels drets de comunicació pública i de reproducció al productor del fonograma, a l'artista intèrpret i al compositor de l'obra. En el cas de que l'entitat de gestió que gestiona aquests drets i l'emissora de ràdio no es possessin d'acord ni per negociació, ni mediació ni arbitratge per determinar el preu de la remuneració, la CPI només podria intervenir per determinar les tarifes generals dels drets de gestió col·lectiva obligatòria. En el present cas ho serien els de la remuneració per comunicació pública del productor del fonograma i de l'artista. I per extensió, tal i com diu l'article, la CPI també podria intervenir en establir tarifes pels drets de gestió col·lectiva voluntària de la mateixa categoria de titulars que concorren amb els anteriors, per tant serien pels drets de reproducció instrumental del productor de fonogrames. Tanmateix, en cap cas la CPI no podria intervenir en l'establiment de tarifes pels drets que afecten al compositor de l'obra musical perquè la gestió dels seus drets és voluntària.

A través d'aquest exemple es veu d'un forma molt clara que la restricció de l'àmbit objectiu d'actuació de la CPI per l'establiment de les tarifes que pretén aquest article no té gaire sentit i no acaba amb l'abús de posició de domini de les entitats de gestió. En paraules de J. F. RODRÍGUEZ: *“para la prevención del abuso de dominio de la que disfrutaban las entidades de gestión, no resulta un dato relevante si el derecho gestionado colectivamente lo es por imperativo legal o por voluntad de sus titulares, lo decisivo, a efectos de la regulación del mercado, es que ese derecho al gestionarse colectivamente confiere a la entidad de gestión una posición de dominio como oferente del mismo en su mercado y, si eso ocurre, con independencia de que la gestión sea obligatoria o voluntaria, resulta justificada la intervención de la CPI en la función que determina el art. 158 bis.3 LPI”*¹⁹⁷.

Per tant, tot i la última reforma d'aquests preceptes de la LPI, que tenien la intenció d'acabar amb l'abús de poder de les entitats en el moment de fixar els preus de les tarifes, aquestes encara gaudeixen d'una posició de domini en alguns àmbits com el de la gestió col·lectiva voluntària. En aquest àmbit, les entitats, sense estar sotmeses a la CPI poden acabar dictant les tarifes que més els hi convinguin sense que els usuaris tinguin cap mecanisme útil per oposar-s'hi. Realment, trobo inexplicable que la reforma es fes mantenint aquesta exclusió d'àmbit objectiu de l'art. 158 bis. 3 LPI, quan l'art.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 785.

157.1 LPI (pla previ) en tot moment té en compte els preus que es puguin derivar de tots els drets de propietat intel·lectual gestionats per les entitats, de tot el seu repertori.¹⁹⁸

c) Segon pla

Art. 157.2. LPI - Consignació o pagament sota reserva per obtenir autorització.

Aquest precepte s'ha considerat ineficaç ja que a la pràctica no s'utilitza. L'art. 157.2 LPI faculta als usuaris perquè puguin explotar les obres quan encara no s'ha arribat a un acord en la negociació, a canvi de consignar judicialment la quantia exigida per l'entitat d'acord amb les tarifes generals. Tanmateix, els usuaris no s'acullen a aquesta consignació perquè degut a que l'obra és un objecte immaterial, les entitats de gestió no ostenten una tutela possessòria efectiva sobre els béns que gestionen. Per tant, quin usuari voldria pagar per utilitzar un bé si de fet el pot utilitzar sense pagar cap contraprestació mentre duren les negociacions?

Art. 158 bis 2.b. LPI - Fixació de l'import de les tarifes als efectes de l'art. 157.2.

En la mateixa línia que l'anterior, aquest article també s'ha considerat ineficaç. Regula l'establiment substitutori de tarifes generals per la CPI: quan les parts se sotmeten voluntàriament a l'arbitratge, permet que la CPI fixi quantitats substitutòries de les tarifes generals sota els criteris de l'art. 157.1.b) LPI. Tanmateix aquest procediment és inútil perquè les parts sempre preferiran anar pel procediment de l'art. 158 bis.3 LPI d'establiment de les tarifes generals per part de la CPI, ja que en aquest últim no és necessari el consentiment de l'altra part i la determinació del preu serà definitiva, contràriament a les tarifes substitutòries de les tarifes generals fixades en el procediment d'arbitratge, que serà necessari el consentiment de les dues parts, tindran valor de laude arbitral i es podran revisar davant de l'ordre jurisdiccional civil. L'única zona on no se solapen aquests dos preceptes és amb les tarifes generals sobre els drets de gestió col·lectiva voluntària que no concorrin amb un dret de remuneració (àmbit objectiu exclòs de l'art. 158 bis.3. LPI). Tanmateix, aquesta circumstància en comptes de justificar la utilitat de que perduri l'art. 158 bis.2.b LPI, reforça els arguments per criticar la inútil limitació objectiva que fa l'art. 158 bis.3 LPI en contra dels drets de gestió col·lectiva voluntària.

d) Pla final

Art. 158 bis 4. LPI- Control de la CPI sobre qualsevol tarifa general.

La LPI faculta a la CPI per controlar que les tarifes generals establertes per les entitats de gestió de drets compleixen els criteris que estableix l'art. 157.1.b) LPI. En el cas de que apreciés algun incompliment l'haurà de denunciar davant de la CNMC.

¹⁹⁸ Art. 157.1.b) LPI: “A establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio...”

6.2.4. Repartiment de la recaptació

L'art. 154 LPI regula com s'ha d'efectuar el repartiment de la recaptació de drets que fa l'entitat. Aquest article va ser ampliat amb l'última reforma de la LPI, la Llei 21/2014. Disposa que el repartiment ha de fer-se "equitativament" i de manera "proporcional a la utilització de les obres". Tot i que l'article es va ampliar, segueix sense definir el mecanisme concret de repartiment i deixa que cada entitat ho reguli al seus Estatuts amb un sistema que "exclogui l'arbitrarietat". J. J. MARÍN es mostra dubtós sobre la transparència d'aquest sistema: *"La práctica estatutaria en este sentido es bastante flexible, con la tolerancia de la Administración, pues en realidad no es en los estatutos donde se contienen las normas de reparto, sino en reglamentos internos que de ordinario escapan al control administrativo. El alto tecnicismo de las normas de reparto exige regulaciones detalladas impropias de los estatutos"*¹⁹⁹.

L'apartat segon de l'article 154 LPI disposa que per poder garantir que es compleixen els principis d'equitat i proporcionalitat, cada entitat haurà d'establir *"los métodos y medios adecuados para obtener información pormenorizada sobre el grado de utilización de las obras y prestaciones por parte de los usuarios en su actividad"*. En aquest punt, veiem que les entitats adopten mètodes i mitjans diversos per aconseguir aquesta informació. P. MARISCAL²⁰⁰ posa un exemple pràctic d'aquesta diversitat, comparant el sistema de repartiment de DAMA amb el de SGAE: *"DAMA realiza el reparto de sus derechos mediante un sistema basado en el uso real y efectivo de las obras, atendiendo al tiempo real de proyección de las mismas, de tal manera que lo recaudado por cada una llega directamente a su titular tras aplicarle la tasa de descuento por gastos de administración"*. En canvi, altres entitats com SGAE²⁰¹ *"para determinados derechos reparten las cantidades recaudadas calculando el uso de las obras mediante muestreos y estadísticas que no han de corresponderse necesariamente con el uso real de las mismas"*.

El titular de drets ostenta enfront de la entitat el dret de que es practiqui el pagament i el repartiment de la recaptació de forma diligent. En el cas de que hagués de reclamar el pagament d'alguna quantitat, ho podrà dins un termini que prescriurà als cinc anys (art. 154.3 i 4 LPI). Un cop transcorregut aquest termini, en el cas de que hi hagi quantitats recaptades i no reclamades pel seu titular, l'apartat 5 de l'article regula

¹⁹⁹ Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), "Las entidades de gestión", a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 319.

²⁰⁰ Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA (2010), "Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico" *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, op. cit., p. 25.

²⁰¹ Art. 84.3 Estatuts de SGAE: *"los sistemas de reparto podrán prever un procedimiento estadístico o de muestreo, con los índices correctores que se consideren oportunos, cuando, por la extensión generalizada de la autorización concedida al usuario, la posterior determinación individualizada de tales utilizaciones sea muy difícil, no revista garantías de exactitud o certeza o resulte económicamente desaconsejable por su coste"*.

en què podran ser destinats els diners, que en cap cas contempla que s'ho quedi la pròpia entitat per enriquir-se.

6.2.5. Els drets sense mandat

A l'apartat 5 d'aquest treball sobre la gestió dels drets hem vist que cada titular de drets és lliure per decidir si els gestiona directament (gestió individual) o si en confia la seva administració a una entitat (gestió col·lectiva voluntària) mitjançant un contracte de gestió. Com vèiem, el titular sempre és lliure per decidir, excepte en els casos que la LPI obliga a la gestió col·lectiva dels drets per part de les entitats encara que vagi en contra de la voluntat de l'autor (gestió col·lectiva obligatòria).

L'art. 153 LPI, sobre el contracte de gestió, acaba dient: *“Ello sin perjuicio de los derechos contemplados en la presente ley cuya gestión deba ejercerse exclusivamente a través de las entidades de gestión”*. Està fent una referència als drets sotmesos a la gestió col·lectiva obligatòria, la gestió dels quals no s'encarrega a través d'un contracte de gestió.

Per explicar-se la relació que hi ha entre el titular de drets i l'entitat quan no hi ha un mandat exprés d'un cap a l'altre de gestionar drets, la doctrina ha entès que hi ha una ficció legal: *“Simplemente se considera que los derechos del titular que no ha celebrado contrato de gestión alguno son gestionados por la entidad que gestione los derechos de la misma categoría (...). Una ficción legal consistente en estimar que el titular ha celebrado un contrato con la entidad a los únicos fines del ejercicio del derecho de que se trate”*.²⁰² Per tant, si hi ha una ficció legal per la qual s'estableix un vincle contractual entre el titular de drets i l'entitat de gestió, significaria que existeix una obligació de l'entitat de recaptar els drets remuneratoris, però també de repartir-los al seu titular legítim. Com és d'esperar, no hi ha problemes amb la recaptació per part de l'entitat als usuaris que exploten els drets. El conflicte neix perquè com que el titular de drets no és membre de l'entitat, que acabi rebent la remuneració que li pertoca dependrà de l'esforç que faci l'entitat per localitzar-lo.

L'art. 154.4 LPI disposa quines mesures hauran d'adoptar les entitats per localitzar i identificar als titulars de drets. En primer lloc, per facilitar la localització dels titulars que ja són membres de l'entitat haurà de verificar que el seu registre de membres i d'obres protegides està actualitzat. En segon lloc i pel que ens interessa que aquí analitzem, per localitzar aquells titulars que no són membres de l'entitat haurà d'efectuar *“la puesta a disposición de los miembros, de otras entidades de gestión y del público de un listado de obras y prestaciones cuyos titulares de derechos no hayan sido identificados o localizados, conjuntamente con cualquier otra información pertinente disponible que pueda contribuir a identificar o localizar al titular del derecho”*.

²⁰² Juan José MARÍN LÓPEZ (2007), “Comentario art. 153 LPI”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 1912.

Tanmateix, el que passa a la pràctica és que molts titulars no s'acaben localitzant ni identificant. Aquests, desconeixen que hi ha entitats que recaptin drets remuneratoris per l'ús que fan els usuaris de les seves pròpies obres. Al no saber-ho, no ho reclamen i si se n'arriben a assabentar, potser ja ha transcorregut el termini de prescripció per poder reclamar-los; que, com hem vist és de cinc anys (art. 154.4 LPI).

Com hem vist fins ara, el problema dels drets sense mandat té el seu protagonisme en els supòsits de la gestió col·lectiva obligatòria. Tanmateix, la recaptació efectuada per part d'una entitat, per l'ús de drets d'un titular que no ha signat cap contracte de gestió amb aquesta, també pot ocórrer en alguns supòsits de gestió col·lectiva voluntària. Si bé la majoria d'autors escriuen sobre els drets sense mandat en relació a la gestió col·lectiva obligatòria, aquesta qüestió tant particular sobre la gestió col·lectiva voluntària l'aborda P. MARISCAL²⁰³.

Aquesta autora explica que l'origen d'aquesta problemàtica es troba a l'art. 150 LPI sobre la legitimació de les entitats, que ja hem vist que era universal²⁰⁴. P. MARISCAL, com també J. J. MARÍN²⁰⁵ creuen que aquesta legitimació universal, que provoca la inversió de la càrrega de la prova, no només abasta a als processos judicials i administratius, sinó que també és aplicable en l'esfera extrajudicial. D'aquesta manera, en el moment en que una entitat de gestió vulgui recaptar drets d'un usuari, no haurà de provar res més que els drets dels quals fa ús l'usuari són part de l'objecte de gestió de l'entitat (pertanyen a la categoria de drets de la propietat intel·lectual que gestiona l'entitat segons els seus Estatuts). Tal i com fa P. MARISCAL, ho explicaré amb un exemple i prendrem l'SGAE com a entitat protagonista, que vol cobrar uns drets de comunicació pública a un local on hi posen obres musicals. En casos com els de l'SGAE, el seu repertori és tant ampli que l'entitat en té prou en provar que en un local s'hi comuniquen obres musicals. Llavors, serà l'usuari que haurà de provar que les obres concretes que està explotant no són objecte de gestió per l'SGAE: bé perquè siguin obres no protegides o bé perquè el titular dels drets no hagi encarregat la gestió de l'obra a l'SGAE i hagi autoritzat directament a l'usuari.

²⁰³ Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA (2010), "Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico" *Pe. i. revista de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 31 a 33.

²⁰⁴ Habilidades per representar en judici a tots els titulars que pertanyin a la categoria de drets que gestioni l'entitat segons els seus estatuts, amb independència de que els titulars hagin confiat efectivament o no la gestió dels seus drets.

²⁰⁵ Juan José MARÍN LÓPEZ (2007), "Comentario art. 150 LPI", a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 1839: "Que el precepto se refiera a la legitimación de las entidades en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales no quiere decir que la intervención de las entidades de gestión fuera de cualquier proceso judicial o administrativo deba regirse por reglas distintas a las contenidas en el artículo 150 TRLPI. Así, si una entidad está legitimada para ejercitar judicialmente una pretensión de cobro de determinados derechos de autor confiados a su gestión, lo estará aún antes y en la misma medida para requerir extrajudicialmente su pago y para obligar con ello al deudor a su abono efectivo".

Però on està el problema en relació amb els drets sense mandat? Doncs bé, a causa d'aquesta legitimació universal que també opera en l'esfera extrajudicial i seguint amb l'exemple, quan l'SGAE dóna una llicència al local perquè pugui comunicar obres musicals en públic, es presumeix que qualsevol obra musical que comuniqui estarà integrada dins de la llicència, encara que hi hagi obres que no estiguin dins el repertori de l'SGAE i que estiguin en el repertori d'una altra entitat de gestió (DAMA, per exemple)²⁰⁶. Llavors, si el local comunica públicament una obra d'un autor que ha signat el contracte de gestió amb DAMA i no amb SGAE, com cobra els seus drets si qui els ha recaptat és SGAE? Repetint el que disposa l'art. 154.4 LPI, l'SGAE hauria d'adoptar recursos per identificar aquest autor, però com hem vist, és perfectament possible que hi hagi autors que no acabi localitzant. Llavors, igual que en el cas de la gestió col·lectiva obligatòria, si l'autor se n'assabentés, ho podria reclamar a l'SGAE (dins del termini legal per reclamar-ho). Però quan no se n'assabenta o quan li ha passat el termini ja no podrà obtenir la remuneració que li pertoca. Així és com neixen els drets sense mandat en el supòsit de la gestió col·lectiva voluntària.

Per concloure amb aquest apartat i a mode de resum, veiem que en els dos casos l'entitat administra drets la gestió dels quals no se li ha encomanat. En el cas de la gestió col·lectiva obligatòria perquè ve imposada per llei i en el segon cas perquè és conseqüència de la legitimació universal de les entitats. En ambdós casos també veiem que el titular de drets es troba en una posició de desavantatge respecte de la entitat, perquè no forma part d'aquesta i difícilment pot arribar a tenir coneixement de la recaptació que l'entitat fa en nom seu. P. MARISCAL acaba l'anàlisi dels drets sense mandat fent aquesta reflexió: *“En este sentido, las entidades deberían emplear la mayor diligencia en identificar y localizar a los titulares para poder liquidarles lo que les corresponde. En caso contrario, las entidades estarían percibiendo un lucro muy probablemente incompatible con el artículo 147 TRLPI”*²⁰⁷.

6.2.6. Funció social

Com hem vist amb l'anàlisi de l'art. 147 LPI, les entitats no poden tenir ànim de lucre, la seva funció és la gestió de drets de propietat intel·lectual i la seva finalitat és la protecció de la propietat intel·lectual. D'aquesta manera, tal i com estableix l'art. 149.9

²⁰⁶ Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA (2010), “Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico” *Pe. i. revista de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 33: “SGAE –y otras entidades– introducen en el contrato de licencia las llamadas «cláusulas de salvaguarda» o en sentido más coloquial «cláusulas paraguas», que implican que una vez obtenida la licencia de la entidad correspondiente el usuario podrá hacer uso de los derechos que en la misma se le confieren sobre cualquier obra, aunque no se encuentre dentro del repertorio de la entidad”.

²⁰⁷ Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA (2010), “Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico” *Pe. i. revista de propiedad intelectual, op. cit.*, p. 33.

LPI²⁰⁸, les quantitats que recapten han de ser destinades a la retribució dels titulars dels drets gestionats i també al cost de la pròpia gestió de l'entitat. Tanmateix, aquest article preveu un tercer destí pels diners recaptats per les entitats, que va més enllà de la funció de gestió de drets: la funció social. L'art. 155 LPI, que regula la funció social que han de desenvolupar les entitats, va ser fortament modificat amb la Llei 21/2014. Aquest precepte, es considera que és una reminiscència del caràcter mutualista i cooperatiu amb el que van néixer algunes entitats²⁰⁹.

En primer lloc, l'art. 155 LPI obliga a les entitats a fomentar la promoció d'activitats o serveis de caràcter assistencial pel seus membres. Segons J. J. MARÍN en aquesta primera funció social, les entitats fonamentalment realitzen activitats *ad intra*, que serien activitats pensades per atendre les necessitats dels seus membres: *“en esta faceta, las entidades actúan como una suerte de seguridad social privada, complementaria de la pública o, en algún caso excepcional, sustitutiva de ésta cuando la hubiere. Las sociedades de autores siempre han asumido a lo largo de su historia este papel de solidaridad interna de los socios y de cobertura de sus necesidades vitales”*²¹⁰.

En segon lloc, l'art. 155 LPI obliga a les entitats a la realització d'activitats de formació i promoció d'autors i artistes, intèrprets i executants. Seguint amb el mateix discurs de J. J. MARÍN, aquestes activitats suposarien una projecció *ad extra* de les entitats, pensades per atendre a un públic molt més extens que no es limita només als seus membres: *“se superpone incluso con la más general actividad de promoción de la cultura que el artículo 44 de la Constitución atribuye a los poderes públicos y que permite conceptualizar a estas entidades como grupos que, sin mutar su naturaleza jurídico-privada, realizan funciones públicas de promoción de la cultura”*²¹¹.

En tercer lloc i com a novetat, s'ha afegit a la LPI la obligació de fomentar l'oferta digital de les obres i prestacions protegides del seu repertori.

Per tal de portar a terme totes aquestes funcions socials, les entitats poden constituir noves persones jurídiques sense ànim de lucre o, excepcionalment i de manera justificada amb ànim de lucre. En ambdós casos l'entitat estarà obligada a comunicar-ho a l'Administració competent, però en el cas de que la nova persona jurídica sigui amb ànim de lucre l'entitat necessitarà una autorització expressa de l'Administració.

²⁰⁸ Art. 149.9 LPI: *“En ningún caso podrán utilizar los derechos recaudados y los rendimientos derivados de los mismos para fines distintos de su reparto a los titulares de derechos, salvo para deducir o compensar sus descuentos de gestión y el importe destinado a financiar las actividades y servicios previstos en el artículo 155 de conformidad con las decisiones adoptadas en la Asamblea general de la entidad de gestión.”*

²⁰⁹ Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), “Las entidades de gestión”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 324.

²¹⁰ Juan José MARÍN LÓPEZ (2007), “Comentario art. 155 LPI”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 1935.

²¹¹ *Ibid.*, p. 1936.

6.2.7. Presentació del balanç i la memòria anual

La darrera obligació que tenen les entitats de gestió fa referència a la matèria de la comptabilitat i l'auditoria. L'art. 156 LPI és el que la desenvolupa i, igual que altres preceptes que hem anat veient, també va ser profundament modificat i ampliat amb la Llei 21/2014. Com hem anat veient, aquesta reforma de la LPI pretenia incrementar l'eficiència de les entitats de gestió, però sobretot la seva transparència. En aquest últim matís és on té la seva importància l'art. 156 LPI.

L'obligació principal de les entitats és la presentació dels comptes anuals, que s'hauran d'ajustar al Pla de Comptabilitat de les entitats no lucratives, aprovat pel Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos²¹².

A més, les entitats hauran d'elaborar una memòria dels comptes anuals amb l'objectiu de completar, ampliar i comentar la informació dels comptes, incloent-hi unes dades mínimes que fixa l'art. 156.2 LPI en forma de llista. Per posar alguns exemples serien: els imports totals de facturació i recaptació i l'import total repartit, desglossats per drets i modalitats d'explotació. També les quanties pendents d'assignació en el repartiment i les quanties assignades a no membres de l'entitat en els casos de la gestió col·lectiva obligatòria, etc.

Els comptes anuals es formularan en els tres primers mesos següents al tancament de cada exercici (art. 156.4). Aquests comptes hauran de sotmetre's a una auditoria feta per auditors nomenats per l'Assemblea General de l'entitat per un període no inferior a tres anys ni superior a deu (art. 156.3). Un cop passada l'auditoria s'hauran d'aprovar els comptes en Assemblea General i posteriorment, l'aprovació es dipositarà en el Registre Mercantil amb una còpia de l'informe dels auditors (art. 156.5).

6.3. Control i supervisió de les entitats

A causa del monopoli que tenen les entitats en els diferents sectors de la propietat intel·lectual, l'àmplia pluralitat de titulars de drets afectats per les seves funcions, la gran quantitat d'usuaris que n'explota el seu repertori i en conjunt, tots els interessos involucrats en aquest mercat, la LPI confereix a l'Administració un conjunt de facultats per a controlar que les entitats compleixin amb les seves obligacions. L'art. 157 bis LPI estableix les bases de les facultats de supervisió de les Administracions: *“podrán realizar las actividades de inspección y control que consideren convenientes, recabando, cuando resulte necesario, la colaboración de otras entidades públicas o privadas”*.

²¹² «BOE» núm. 283, de 24/11/2011. [BOE-A-2011-18458].

Les competències de les Administracions Públiques en aquesta matèria es podrien emmarcar en tres categories. La primera té a veure amb el control sobre les modificacions dels Estatuts de les entitats. Com ja hem vist, l'art. 148.1.a) LPI estableix que abans d'atorgar una autorització per operar com a entitat, l'Administració ha d'analitzar el contingut dels estatuts per corroborar que compleixen amb els requisits establerts per l'art. 151 LPI. Doncs bé, d'aquest control inicial en deriva la facultat de l'Administració per controlar-ne les modificacions posteriors, que sempre hauran de comptar amb l'aprovació de l'Administració, sigui per la via del silenci administratiu sense oposició o sigui per l'aprovació explícita.

La segona facultat de control de l'Administració és la de l'art. 157.1.j) LPI, que obliga a les entitats a notificar informacions importants de forma diligent: *“los documentos que contengan la información completa sobre los nombramientos y ceses de sus administradores y apoderados, los modelos de contratos de gestión y sus modificaciones, las tarifas generales y sus modificaciones, junto con los principios, criterios y metodología utilizados para su cálculo, los contratos generales celebrados con asociaciones de usuarios y los concertados con organizaciones nacionales y extranjeras de gestión colectiva, así como los documentos mencionados en el artículo 156 (comptabilitat i auditoria)”*.

Finalment, la tercera facultat de l'Administració s'ha afegit amb la reforma de la LPI a través de la Llei 21/2014 i tracta sobre un règim sancionador de les entitats de gestió que incorrin en responsabilitat administrativa per les infraccions que cometin en l'exercici de les seves funcions. J. J. MARÍN²¹³ es mostra crític amb aquesta reforma perquè considera que les sancions haurien de recaure sobre els propis administradors responsables de la infracció i no pas sobre les entitats de gestió, per tal de que fossin realment efectives.

L'art. 159.2 LPI estableix que *“las funciones de inspección, vigilancia y control de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora, corresponderán a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio desarrolle principalmente su actividad ordinaria”*. Tal i com explicava a l'apartat del Marc Jurídic Nacional del present treball, el reconeixement d'aquesta competència de les Comunitats Autònomes es basa amb l'art. 149.1.9ª CE en el sentit de la interpretació de la STC, Ple, 13.10.1997²¹⁴, que va considerar contrari a la CE atribuir a l'Estat algunes competències d'execució en matèria de propietat intel·lectual. És per això que les autoritats catalanes van poder aprovar l'art. 155.1.b) de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya que reconeix al govern català la funció de control i supervisió de les entitats que actuessin majoritàriament Catalunya. Aquest article del text autonòmic va ser novament declarat constitucional per la STC, Ple, 28.06.2010²¹⁵.

²¹³ Juan José MARÍN LÓPEZ (2015), “Las entidades de gestión”, a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual, op. cit.*, p. 326.

²¹⁴ STC, Ple, 196/1997 de 03.10.1997.

²¹⁵ STC, Ple, 31/2010 de 28.06.2010.

Per això, el nou redactat de l'art. 159.2 LPI delimita quan es considerarà que una entitat de gestió actua principalment en l'àmbit d'una Comunitat Autònoma: *“cuando su domicilio social y el domicilio fiscal de al menos el 50 por ciento de sus socios se encuentren en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, y el principal ámbito de recaudación de la remuneración de los derechos confiados a su gestión se circunscriba a dicho territorio. Se entenderá por principal ámbito de recaudación aquel de donde proceda más del 60 por ciento de ésta, siendo revisable bienalmente el cumplimiento de esta condición”*. La conseqüència de tot això, és que a la pràctica no hi ha cap Comunitat Autònoma que pugui exercir control sobre una entitat, perquè no hi ha cap entitat que tingui el seu àmbit d'actuació tant limitat a una sola Comunitat Autònoma. Per tant, totes aquestes funcions de controlar i sancionar a les entitats de gestió acabaran corresponent al Ministeri d'Educació, Cultura i Esport (art. 159.3 LPI).

7. CONCLUSIONS

Per finalitzar aquest treball aportaré algunes conclusions sobre la matèria que he analitzat: el funcionament de les entitats de gestió de drets d'autor a l'estat espanyol i la seva relació tant amb el titular de drets (sigui autor, artista, intèrpret, productor, editor, etc.) com amb els explotadors de drets (usuaris). En aquestes conclusions també matisaré el meu punt de vista personal, ja que després de tot l'estudi considero que he pogut formular-me una opinió fonamentada al respecte.

En primer lloc, m'he adonat que el camp de la propietat intel·lectual i els drets d'autor és molt complex. El problema comença amb la terminologia i en definir fins on avarca la propietat intel·lectual i quines matèries hi estan incloses i quines no. Hem vist com la legislació internacional discrepa de la pròpia LPI espanyola i que els diferents sectors de la doctrina també estan dividits. Tanmateix, si en alguna cosa s'acaben posant d'acord tots els ordenaments jurídics i tota la doctrina és en que els drets d'autor són una categoria dins de la propietat intel·lectual. I també, que aquests drets d'autor tenen facultats morals i facultats patrimonials. Alguns entenen que són dues categories ben independents, però d'altres i jo mateixa entenem que la faceta moral i la patrimonial dels drets d'autor es complementen i van agafades de la mà per crear tot el conjunt de drets d'autor.

En segon lloc i ja dins de l'àmbit concret d'estudi del present treball, he pogut veure que la gestió d'aquests drets d'autor té una gran rellevància a causa de que el número d'interessos en joc és enorme. La llista de qui té interessos en l'assumpte és extensa: els titulars de drets (siguin els propis autors, hereus o cessionaris), els usuaris que exploten els drets, les entitats de gestió, els socis administradors de les entitats, l'Administració Pública, les empreses d'editors i productors que inverteixen en les obres... I tot i així, encara que hi hagi tants actors interessats, penso que la regulació de les entitats, que són les encarregades de tota aquesta gestió, no és prou acurada. A continuació resumiré els punts crítics que he pogut extreure d'aquest treball:

a) La LPI posa barreres legals per a la creació de noves entitats de gestió. D'aquesta manera, la Llei afavoreix que existeixi un monopoli d'una sola entitat de gestió per cada sector de drets de la propietat intel·lectual, fet que atempta greument contra el dret a la lliure competència. Això provoca que les entitats existents no trobin competidores en el seu terreny, de manera que poden actuar moltes vegades imposant el seu criteri, provocant que els perjudicats finals siguin els usuaris i els titulars de drets d'autor.

La primera barrera legal que imposa la LPI és la **preceptiva Autorització del Ministeri de Cultura**. Els requisits que imposa la LPI per a que el Ministeri atorgui aquesta autorització, a part de ser poc clars i subjectius, són inabastables per una persona jurídica que acabi de néixer i que pretengui convertir-se en entitat de gestió.

Aquesta falta de claredat no només dels requisits, sinó també dels criteris de valoració d'aquests, provoca una incertesa que actua com una barrera d'entrada de noves possibles entitats. A tot això s'hi suma que el marge de discrecionalitat del Ministeri, per decidir quina entitat desenvoluparà la seva activitat amb eficàcia o si la seva constitució com a entitat de gestió afavorirà als interessos generals de la propietat intel·lectual, és amplíssim.

La segona barrera legal és la **prohibició d'ànim de lucre de les entitats**, que ha provocat que hagin adoptat la figura jurídica d'associacions. El règim jurídic d'aquestes no és el més adequat per les funcions que han de realitzar les entitats, perquè al tenir forma d'associacions, ningú pot veure's obligat a ser-ne soci ja que seria inconstitucional, aniria en contra de la llibertat d'associació (que en la seva vessant negativa, també inclou el dret a no associar-se). Tanmateix, a la pràctica, els titulars de drets acaben veient-se obligats a pertànyer a una entitat perquè necessiten que se'ls hi gestionin els seus drets i perquè així s'asseguren que reben la remuneració que l'entitat recapta en nom seu. El problema s'agreuja pel fet de que només hi ha una sola entitat per cada sector de drets de la propietat intel·lectual, per tant, els titulars de drets no poden escollir. Considero que la forma jurídica d'una associació no és la més adequada, en canvi, seria més recomanable que es configuressin com a societats o fins i tot com a cooperatives. Pel simple fet de que en una estructura societària es realitzin activitats mercantils, no implica necessàriament que l'ànim de lucre sigui obligatori (hi pot haver un pacte estatutari d'assignació de beneficis a finalitats socials); i de la mateixa manera, en una associació on no hi ha un repartiment de beneficis formal, tampoc es garanteix que s'exclouï el lucre personal o que s'asseguri la defensa dels interessos generals. I és que tal i com establia la Comunicació de 2004 de la Comissió Europea, no existeix una relació entre la forma jurídica d'una entitat de gestió i la seva eficàcia.

De l'informe de la CNMC de 2009, que analitza la gestió col·lectiva dels drets d'autor a Espanya per part de les entitats de gestió, se'n desprèn que el marc legal actual no confia amb el mercat com a un element organitzador de l'activitat de gestió d'aquests drets. A través de la obligatòria autorització del Ministeri i de la prohibició de l'ànim de lucre s'impedeix que sigui el dret a la lliure competència el que dicti quantes entitats hi ha d'haver i si són o no eficaces. En lloc d'això es manté un control administratiu constant, molt discrecional i que fa 27 anys que no permet l'entrada d'una nova entitat de gestió de drets d'autor a l'estat espanyol.²¹⁶

b) La LPI deriva la regulació concreta de moltes matèries als **Estatuts** de cada entitat en comptes d'establir uns criteris uniformes per totes, fet que provoca discordances importants i s'atempta contra drets dels titulars i usuaris. Algunes d'aquestes matèries que es regulen directament als Estatuts són la delimitació del concepte de soci, d'administrat i els seus drets; així com qui són els òrgans de govern i els administradors de l'entitat. També el contingut del contracte de gestió, que moltes

²¹⁶ Amb l'única excepció de DAMA, una escissió de l'SGAE autoritzada l'any 1999.

vegades s'acaba convertint en un contracte d'adhesió en el qual no hi ha negociació entre l'entitat i el titular de drets, sinó que aquest últim simplement signa el que ha preestablert l'entitat. Un altre exemple de regulació unilateral de les entitats a través dels seus Estatuts o encara pitjor, a través de reglaments interns que no reben cap control per part de l'Administració, són les regles de repartiment de la recaptació. La LPI fixa quins són els tres àmbits on s'ha de destinar aquest repartiment: remuneració als titulars de drets, despeses de gestió de la pròpia entitat i funció social. Tanmateix, no es concreta ben bé què signifiquen les despeses de gestió de l'entitat, què es queden els administradors d'aquestes i on van realment els diners que no s'acaben repartint entre els seus membres. Tot això ho controlen les entitats.

c) La **legitimació universal** de la que gaudeixen les entitats de gestió, tant judicialment com extrajudicial, provoca situacions d'avantatge d'aquestes respecte dels usuaris o explotadors de drets, però també respecte dels titulars de drets. En un conflicte, els usuaris només poden provar la falta de legitimació de l'entitat si tenen una prova de que el titular de drets de l'obra que exploten els hi ha donat l'autorització directament a ells i els hi ha notificat que no ha conferit la gestió dels seus drets a aquella entitat. Respecte dels titulars de drets, la legitimació universal els perjudica en el sentit de que les entitats poden recaptar remuneracions de drets en nom seu sense que se n'assabentin i per tant, sense que els acabin reclamant ni rebent la remuneració que, en representació dels titulars, ha cobrat l'entitat de gestió.

d) La **conformació de preus de les llicències d'explotació** que atorguen les entitats a favor dels usuaris ha millorat amb l'última reforma de la LPI (Llei 21/2014). El control de la CPI en totes les fases (negociació, mediació, arbitratge i establiment de tarifes generals) i els criteris que dicta la LPI que han de complir les entitats quan elaboren els seves tarifes generals són avenços molt positius. Tanmateix, considero que encara no s'ha aconseguit eliminar l'abús de poder de les entitats en el moment de fixar els preus de les tarifes, ja que encara estan en una posició de domini quan es tracta de fixar el preu dels drets de la gestió col·lectiva voluntària (que no tenen cap vincle amb un dret de remuneració).

e) L'últim punt crític va dedicat als casos de **drets sense mandat derivats de la gestió col·lectiva obligatòria**. Personalment, la gestió col·lectiva obligatòria és una mandat legal que em costa d'entendre perquè considero que va en contra de la lliure capacitat de decisió i el principi d'autonomia privada (art. 1.255 CC²¹⁷) que tenen els titulars de drets sobre com administrar-los. Tanmateix, puc entendre que sigui necessària per facilitar la tasca de recaptació en els drets patrimonials de simple remuneració. Les entitats recapten quanties sobre tots els drets que pertanyen al seu sector de la propietat intel·lectual, ja que seria molt difícil identificar quins autors són part del seu repertori i quins no i recaptar pels drets d'uns i no d'altres. Tot i així, si es

²¹⁷ Art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

fa aquesta concessió a les entitats, deixant-los-hi recaptar més drets dels que a la pràctica se'ls hi han conferit, haurien d'estar molt i molt regulats els mecanismes que aquestes han de fer servir per identificar i pagar als autors que no són membres de l'entitat i de qui s'estan recaptant drets.

Un altre assumpte controvertit sobre la gestió col·lectiva obligatòria és en el camp de la lliure competència. Com hem vist, la LPI posa barreres legals que atempten contra aquest dret. Precisament, la tercera barrera legal és l'establiment de supòsits de gestió col·lectiva obligatòria per part de la LPI, que van més enllà dels mínims a que obliguen les Directives europees. Hem vist com en els casos en que una directiva europea imposa la gestió col·lectiva opcional, el legislador espanyol s'acaba decantant per imposar la gestió col·lectiva obligatòria sense cap justificació. D'aquesta manera es restringeix la llibertat individual dels titulars de dret sistemàticament.

En general, el que he notat al llarg del present treball és que la regulació de la LPI és necessària però no suficient. Potser caldria que es desenvolupés aquesta Llei per via reglamentària, tal i com preveu que es pot fer. D'aquesta manera, no es deixarien tantes matèries a la lliure regulació dels Estatuts o dels reglaments interns de les entitats i no passaria tant sovint que el mandat legal difereix de la pràctica material. Com he dit, és una matèria en la que hi ha tants interessos en joc que em fa pensar que hi ha sectors poderosos a qui ja els hi està bé tal i com van les coses. No trobo lògic que al segle XXI hi hagi un monopoli d'entitats de gestió, que hi hagi recaptacions de drets que no arribin als seus titulars i que els autors no puguin decidir lliurement com volen gestionar els seus drets.

L'avenç de les noves tecnologies ens hauria d'ajudar a elaborar nous camins per a la gestió dels drets d'autor. Estaria bé que els titulars poguessin gestionar més fàcilment i de forma individual els seus drets, de manera que no sentissin la necessitat d'acudir sempre a la gestió de les entitats per a tots els drets que ostenten. El model de gestió col·lectiva parcial podria ser una primera via per començar a retornar a l'autor l'autonomia per decidir sobre els drets de les seves obres. Estic d'acord en que la funció de les entitats és molt important, no obstant, no haurien d'assumir funcions que anessin en contra de la capacitat de decidir dels titulars de drets.

Un altre camí que podria aportar llum en aquesta matèria seria l'adopció d'una regulació europea que harmonitzés tots els règims jurídics dels diferents Estats membres, anant més enllà de les directives que s'han adoptat fins al dia d'avui. Penso que una normativa europea uniforme per a tots els Estats garantiria la consecució d'una major seguretat jurídica pels autors, contribuiria a assolir una major competència entre les entitats de gestió i, al capdavant, ajudaria a acabar amb aquest model espanyol que sembla més aviat la rèmor d'una altra època.

8. BIBLIOGRAFIA

A) MONOGRAFIES

Juan Pablo APARICIO VAQUERO *et al.* (2016), *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid.

Alicia ARMENGOT VILAPLANA (2003), *La Tutela judicial civil de la propiedad intelectual*, La Ley, Madrid.

Pascual BARBERÁN MOLINA (2010), *Manual práctico de propiedad intelectual*, Editorial Tecnos, Madrid

Hermenegildo BAYLOS CORROZA (1993), *Tratado de derecho industrial*, Civitas, Madrid, 2ª ed.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador) (1997), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2ª ed.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador) (2007), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Tecnos, Madrid, 3ª ed.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Director) (2013), *Comentarios al Código Civil: Tomo III*, Tirant lo Blanch, València.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador) (2015), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, València.

Gloria Esther DELGADO HERNÁNDEZ (2000), “Sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual: entre el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Propiedad Intelectual”, a Luis ORTIZ BLANCO y Vera SOPEÑA BLANCO, *Derecho de la Competencia Europeo y Español, curso de iniciación: vol. II*, Universidad Rey Juan Carlos, Sevilla.

Antonio DELGADO PORRAS (1995), “De las entidades de gestión de derechos reconocidos en la ley. Título IV del Libro III de la LPI” a Manuel ALBALADEJO i Sílvia DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tom V, Vol. 4-B*, Edersa, Madrid.

José María DESANTES-GUANTER (1974), *La información como Derecho*, Editora Nacional, Madrid.

José María DESANTES-GUANTER (2004), *Derecho a la información: materiales para un sistema de la comunicación*, Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el desarrollo de la comunicación y la sociedad, València.

Luís Díez-PICAZO i Antonio GULLÓN BALLESTEROS (2012), *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 12ª ed.

José FORNS (1951), *Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura*, Anuario de Derecho Civil núm. 3. Recuperat de:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1951-30098501020 (última consulta: 03.01.2018).

Marisela GONZÁLEZ LÓPEZ (1993), *El derecho moral de autor en la ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid.

Marta MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2015), *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*, Editorial Reus, Madrid.

Abel MARTÍN VILLAREJO, “El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de las nuevas tecnologías”, a Carlos ROGEL VIDE (Coord) (1999), *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, Editorial Reus, Madrid.

Abel MARTÍN VILLAREJO “Sobre las entidades de gestión de derechos” a *Estudios de Derecho Judicial, Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, CGPJ, Madrid, 2008.

Ricardo M. MATA Y MARTÍN (Director) Antonio M^a. JAVATO MARTÍN (Coordinador) (2011), *La Propiedad Intelectual en la era digital, límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, La Ley, Madrid.

Miguel-Ángel MICHINEL ÁLVAREZ (1998), “La propiedad intelectual en el plano internacional: Ley aplicable al derecho de autor” a Enrique FERNÁNDEZ MASÍÁ *et al.* (1998), *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Editorial Comares, Granada.

Juan MONTERO AROCA, “Las entidades de gestión y su legitimación colectiva”, a *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información* (1998), Editorial Comares, Granada.

Javier MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ (1996), “Génesis y desarrollo de la gestión colectiva en España de los derechos derivados de la propiedad intelectual” a Cuadernos de derecho judicial, *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, CGPJ, nº 34, Madrid.

Margarita OROZCO GONZÁLEZ (2015), *Propiedad Intelectual y nuevas tecnologías: problemas prácticos y teóricos*, Civitas, Pamplona.

Javier PLAZA PENADES (1997), *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, València.

Joaquín RAMS ALBESA (1987), *Bienes privativos personalísimos (análisis del artículo 1.346, 5º i 6º del Código civil)*, Separata, Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid.

Carlos ROGEL VIDE (1984), *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid.

Carlos ROGEL VIDE (1995), *Estudios sobre Propiedad Intelectual*, José María Bosch, Barcelona.

José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA i Fernando BONDÍA ROMÁN (1997), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (1997)*, Civitas, Madrid.

José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (Director) (2009), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2ª ed.

Mónica SAUCEDO RIVADENEYRA (2012), *La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual* (Tesi doctoral, Universitat Complutense de Madrid). Recuperat de: <http://eprints.ucm.es/16323/> (última consulta: 13.01.2018).

Juan Antonio UREÑA SALCEDO (2011), *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor*, Iustel, Madrid, 1ª ed.

B) REVISTES, INFORMES i SEMINARIS

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, de 21.12.2009. Recuperat de: <https://www.cnmc.es/expedientes/e-2008-04> (última consulta: 16.11.2017)

Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA (2010), “Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico” *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 34 (enero-abril 2010). Recuperat de: <http://www.pei-revista.com/contenidos-en-abierto/las-entidades-de-gestion-de-derechos-detail> (última consulta: 13.01.2018).

Josep MATAS BALAGUER (2016), “El marquès i la música” *El Punt Avui, Opinió, La Tribuna* (31.10.2016). Recuperat de: <http://www.elpuntavui.cat/opinio/article/8-articles/971937-el-marques-i-la-musica.html> (última consulta: 07.01.2018). Versió completa de l'article al bloc de Josep MATAS BALAGUER. Recuperat de: <https://www.legalment.net/2016/06/19/el-marques-i-el-music-que-no-pot-decidir/> (última consulta: 07.01.2018).

OMPI/PI/JU/LAC/04/23 de 20 d'octubre de 2004. Document preparat per EMILIA ARAGÓN, Consellera Tècnica, Ministeri de Cultura, Madrid; *Tercer Seminari Regional sobre Propietat Intel·lectual per Judges i Fiscals d'Amèrica Llatina* organitzat per la OMPI, la OEP, la OEPM i amb la col·laboració del Ministeri de Cultura d'Espanya, el CGPJ d'Espanya, l'AECI i la SIECA celebrat a Antigua, Guatemala, del 25 al 29 d'octubre de 2004. Recuperat de: http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=34344 (última consulta: 13.01.2018).

Text íntegre de la “Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847” *Pe. i revista de propiedad intelectual*, nº 2 (mayo-agosto 1999). Recuperat de: <http://www.pei-revista.com/numeros-publicados/numero-2> (última consulta: 08.10.2017)

9. JURISPRUDÈNCIA

Tribunal de Justícia de la Unió Europea

- STJUE (Sala Tercera), 21.10.2010, assumpte C-467/08, *Padawan, S.L. vs. SGAE*.
- STJUE (Sala Quarta), 9.06.2016, assumpte C-470/14, *EGEDA, DAMA, VEGAP vs. Administración del Estado*.

Tribunal Constitucional

- STC, Ple, 196/1997 de 03.10.1997.
- STC, Ple, 31/2010 de 28.06.2010.

Tribunal Suprem

- STS, Sala de lo Civil, Sec. 1, 03.06.1991 (ROJ: STS 16205/1991; MP: Alfonso Villagómez Rodil).
- STS, Sala de lo Civil, 30.01.1996 (ROJ: STS 508/1996; MP: José Almagro Nosete).
- STS, Sala de lo Civil, de 20.02.1998 (ROJ: STS 1157/1998; MP Alfonso Villagómez Rodil).
- STS, Sala de lo Civil, Sec. 1, 09.06.1998 (Roj: STS 3789/1998; MP: Jesús Marina Martínez-Pardo).
- STS, Sala de lo Civil, 13.05.2002 (ROJ: STS 3347/2002; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).
- STS, Sala de lo Civil, Sec. 1, 17.07.2008 (Roj: STS 4940/2008; MP: Juan Antonio Xiol Rios).
- STS, Sala de lo Civil, Sec. 1, 12.07.2016 (ROJ: STS 3447/2016; MP: Ignacio Sancho Gargallo).
- STS, Sala de lo Contencioso, Sec. 4, 10.11.2016, (ROJ: STS 4832/2016; MP: Luis María Díez-Picazo Giménez).

Audiències Provincials:

- SAP Madrid, Sec. 14, 03.09.2003 (ROJ: SAP M 9465/2003; MP: Juan Uceda Ojeda).
- SAP Guipúscoa, Sec. 2ª, 20.04.2009 (ROJ: SAP SS 331/2009, MP: Yolanda Domeño Nieto).
- SAP Barcelona, Sec. 15, 02.03.2011 (ROJ: SAP B 2/2011; MP: Ignacio Sancho Gargallo).