



UNIVERSIDAD
DE CHILE

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Comercial

**LAS EXPLOTACIONES MULTITERRITORIALES Y SIMULTÁNEAS DE OBRAS
INTELECTUALES EN UN CONTEXTO DE FRAGMENTACIÓN DE DERECHOS.**

Soluciones contractuales y normativas

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Nicolás Ignacio Pino Esparza

Profesor guía: Santiago Schuster Vergara

Santiago

2021

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| Resumen..... | 5 |
| Introducción | 6 |
| CAPITULO I. PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL CONTEXTO DE LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS A TRAVÉS DE INTERNET | 8 |
| SECCIÓN 1. CARACTERÍSTICAS DE LA EXPLOTACIÓN DE UNA OBRA INTELLECTUAL EN INTERNET..... | 8 |
| 1.1 Multiterritorialidad, Transfronterización y Fragmentación. | 8 |
| 1.2. La debilitación del Principio de Territorialidad debido a la explotación por Internet | 11 |
| SECCIÓN 2. FRAGMENTACIÓN REGULATORIA..... | 12 |
| 2.1. Conceptualización | 12 |
| 2.2 La fragmentación regulatoria genera inseguridad jurídica debido a las diferencias entre la legislación intelectual de cada país | 13 |
| 2.3. La falta de armonización de los instrumentos internacionales vinculantes..... | 16 |
| 2.4 Estado de fragmentación en la distribución de la competencia judicial | 20 |
| 2.4.1. Criterios de solución | 21 |
| SECCIÓN 3. FRACCIONAMIENTO DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO..... | 24 |
| 3.1. La cotitularidad de derechos sobre la misma obra..... | 24 |
| CAPÍTULO II. RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS DE GESTIÓN DE DERECHOS DERIVADOS DE LA FRAGMENTACIÓN..... | 27 |
| SECCIÓN 1. Soluciones Contractuales..... | 28 |
| 1.1 Acumulación de Derechos sobre Obras: Un catálogo de obras o producciones | 30 |
| 1.1.1. Formas de acumulación de derechos | 31 |
| 1.1.2. La desfragmentación del mercado de derechos..... | 33 |
| 1.2. Agregadores de Contenidos Audiovisuales..... | 35 |
| 1.2.1. La intermediación de los Agregadores de Contenidos en el Mercado de Derechos | 36 |
| 1.2.2. Términos y Condiciones de Agregadores de Contenidos en Spotify..... | 37 |
| 1.2.3. La agregación de contenidos como mecanismo para desfragmentar el mercado de derechos | 39 |

| | |
|---|----|
| 1.3. Los acuerdos de representación..... | 40 |
| 1.3.1 La Gestión Colectiva de los Derechos..... | 41 |
| 1.3.2. Los acuerdos de representación entre entidades de gestión | 42 |
| 1.3.3. Tipos de Acuerdos de Representación..... | 44 |
| 1.4. Soluciones Contractuales en torno a Acuerdos de Representación Recíproca de Primera Generación: | 46 |
| 1.4.1. El modelo Latin Autor | 46 |
| 1.4.2 La opción europea: Acuerdos de Representación de Segunda Generación. | 47 |
| 1.4.3. El modelo LatinAutor y su potencial desfragmentador | 49 |
| 1.4.4. La directiva 2014/26 y el riesgo de la contradicción | 50 |
| 1.5. Operadores de Gestión Independiente..... | 52 |
| 1.5.1. Caracterización | 54 |
| 1.5.2 Limitaciones a la Gestión de Derechos por los Operadores de Gestión Independiente..... | 56 |
| 1.5.3. La Gestión Colectiva Obligatoria por los Operadores de Gestión Independiente en los Derechos de Simple Remuneración | 57 |
| 1.5.3. Prohibición de funcionamiento de los Operadores de Gestión Independiente en Latinoamérica | 60 |
| 1.5.4. El potencial para desfragmentar el mercado de derechos..... | 62 |
| SECCIÓN 2. Soluciones Normativas: Regulación de la Gestión de Derechos | 64 |
| 2.1. Gestión Colectiva Obligatoria..... | 65 |
| 2.1.1. Gestión Colectiva de Derechos..... | 66 |
| 2.1.2. Procedencia de la gestión colectiva obligatoria en los derechos patrimoniales | 67 |
| 2.1.3. Naturaleza Jurídica de la Gestión Colectiva Obligatoria y su compatibilidad con instrumentos internacionales | 69 |
| 2.1.4. La Gestión Colectiva Obligatoria frente a los derechos fundamentales de asociación y propiedad. | 71 |
| 2.1.5 La Directiva Europea 93/83/CEE sobre Gestión Colectiva Obligatoria en la radiodifusión vía satélite y la distribución por cable..... | 73 |
| 2.1.6. Justificación para el establecimiento de la Gestión Colectiva Obligatoria. | 74 |
| 2.1.7. Efectos sobre la Gestión de Derechos..... | 76 |
| 2.1.8. La recomposición del mercado y la limitación de las prerrogativas del titular | 78 |

| | |
|---|----|
| 2.2 Gestión Colectiva Ampliada o Extendida..... | 80 |
| 2.2.1. Funcionamiento | 82 |
| 2.2.2. Requisitos para que opere la Gestión Colectiva Extendida | 84 |
| 2.2.3. La Gestión Colectiva Ampliada como una solución al problema de la fragmentación..... | 88 |
| Conclusión | 91 |
| Bibliografía..... | 95 |

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda el problema de la fragmentación en la titularidad y normativa del derecho de autor ante explotaciones intelectuales realizadas por Internet, que son multiterritoriales y transfronterizas. Ante esto, se realiza un análisis de las soluciones contractuales y normativas encontradas para solucionar el problema expuesto, ante lo cual se concluye que el ejercicio de los derechos intelectuales es posible en un contexto de fragmentación, al constatarse que existen agentes económicos que basan su modelo de negocios en la explotación de material protegido a través de Internet, disminuyendo los efectos negativos del fenómeno de la fragmentación para poder desempeñar su actividad económica.

INTRODUCCIÓN

Antes de la era digital, el arquetipo de la explotación intelectual ocurría en un territorio, realizada por un mismo usuario, en base a activos de titulares generalmente identificables. La revolución tecnológica alteró esta situación, dado que las características de multiterritorialidad, transfronterización y fragmentación del Internet transformaron la forma en que los activos intelectuales se consumen, lo que supone un desafío ante las explotaciones de obras a través de las redes digitales.

En este contexto tecnológico es posible distinguir fenómenos de fragmentación del derecho de autor, los que ocurren en torno a la titularidad de los derechos y la regulación aplicable a éstos. La cotitularidad de las obras intelectuales, en conjunto con la falta de armonización existente en la normativa de los distintos países entorpece el ejercicio de los derechos, toda vez que la falta de certeza jurídica que propicia este escenario desincentiva el licenciamiento de los objetos protegidos, problema que será estudiado en esta investigación.

El uso de material protegido a través de la Internet incide en problemas para determinar la normativa aplicable al territorio en que ocurre la explotación, así como también la competencia judicial competente ante infracciones intelectuales, lo que dificulta la tutela de los derechos. Esta situación se complejiza por la naturaleza ubicua de las obras intelectuales, que permite su explotación simultánea en diferentes territorios. La cesibilidad del derecho asiste a la conformación del fenómeno de fragmentación en la titularidad, a partir del cual pueden existir múltiples titulares de derechos en distintas latitudes, lo que dificulta el funcionamiento del mercado producto del aumento en los costes de transacción asociados al licenciamiento de la obra, al ser necesaria la autorización de todos los posibles titulares para explotar transfronterizamente el contenido. Estos factores sustentan la hipótesis de que el fraccionamiento del derecho de propiedad intelectual supone un serio problema para los titulares y el funcionamiento del mercado, al contribuir a un estado de inseguridad jurídica que desincentiva el licenciamiento de las obras.

En este contexto descrito, en el que existe fragmentación en la regulación del derecho de autor y la titularidad sobre los derechos de la obra, hay actores que son capaces de instalar plataformas de negocios que se basan en la explotación masiva de activos a través de Internet, soslayando o morigerando los efectos negativos del fenómeno fragmentario.

El objetivo de esta investigación jurídica es identificar las soluciones diseñadas por estos actores, con el objetivo de sistematizar las instituciones o mecanismos que permiten combatir el problema de la fragmentación del mercado de derechos, asistiendo a la recomposición de éste mediante soluciones contractuales y soluciones regulatorias, las que se basan en la práctica económica y la experiencia legislativa, respectivamente. En consecuencia, se pretende demostrar que es posible ejercer los derechos intelectuales en un contexto de fragmentación global, pues el sistema jurídico dispone de herramientas suficientes para satisfacer los requerimientos y necesidades del mercado de derechos.

CAPITULO I. PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL CONTEXTO DE LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS A TRAVÉS DE INTERNET

SECCIÓN 1. CARACTERÍSTICAS DE LA EXPLOTACIÓN DE UNA OBRA INTELECTUAL EN INTERNET

1.1 Multiterritorialidad, Transfronterización y Fragmentación.

Internet nace como una red de computadoras conectadas entre sí a escala mundial. Es una forma de comunicación que se destaca especialmente por su naturaleza técnica y compleja para la gestión, mantenimiento y recuperación de la información¹, lo que genera impactos significativos en la forma de comunicarse de los seres humanos², habida consideración de su arquitectura técnica de punto a punto³. Dentro de sus características, una de las más relevantes para esta investigación es el potencial globalizador que posee: Éste favorece que cualquier persona con la capacidad técnica suficiente pueda intercambiar información a lo largo del mundo sin mayores complicaciones⁴. Así, el alcance global de esta forma de comunicación es complejo en la diversidad de áreas que abarca, individuos relacionados, y tipos de información que transitan por ella⁵.

Internet ofrece un alto potencial multiterritorial, porque permite “la posibilidad de tener la experiencia simultánea y/o sucesiva de diferentes territorios, reconstruyendo constantemente el propio”⁶, lo que ocurre a partir de la interconexión que se entrega tanto por los usuarios que participan de la red como por los contenidos que ingresan

¹ García Pérez, *Derechos de autor en Internet*, P. 15.

² García Pérez, P. 15. P. 90

³ García Sanz, «El derecho de autor en Internet». P. 49-52

⁴ Schuster, Santiago, «Responsabilidad legal en las redes digitales y Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea», P. 13; García Pérez, *Derechos de autor en Internet*, P. 53.

⁵ Fariñas Díaz, «El Impacto de las Redes Sociales en la Propiedad Intelectual», P. 152. P. 152

⁶ Haesbaert, «Del mito de la desterritorialización a la multiterritorialidad», P. 34-35.

a ésta, dando lugar a un espacio que permite una comunicación en principio libre de restricciones temporales y espaciales⁷.

A través de estos usos múltiples y paralelos del material que circula por el ciberespacio, con especial referencia al material protegido por el derecho de autor, se estimula la multiterritorialidad por cuanto se permite acceder a contenidos procedentes de distintos países y territorios, cuestión que hace entrar en juego a múltiples legislaciones con respuestas diferentes según sea el territorio aplicable a la explotación de esos contenidos protegidos. Esta circunstancia origina conflictos en torno a la protección de los derechos, tanto en relación con la legislación sustantiva aplicable a cada tipo de explotación, como frente a la jurisdicción competente ante posibles infracciones⁸.

En cuanto sistema de comunicación, Internet es por naturaleza transfronterizo⁹, puesto que su infraestructura se localiza físicamente en distintas latitudes geográficas, a través de cables, conmutadores y routers; mientras que, al mismo tiempo, permite conectar usuarios de diferentes naciones entre sí, en un ambiente heterogéneo que se denomina “nube”¹⁰. Las fronteras nacionales son traspasadas por el fenómeno transmisor tanto en la distribución de su infraestructura como en la interconexión que ofrece a los usuarios, dado que éstos, teóricamente, pueden conectarse a la red desde cualquier lugar del mundo¹¹. En consecuencia, las obras intelectuales que circulan a través de Internet están sometidas a una multiplicidad de explotaciones transfronterizas, en tanto el contenido originado en un punto geográfico del planeta puede ser explotado en la mayoría del orbe, lo que levanta dudas sobre el licenciamiento y ejercicio de los derechos por parte de sus titulares, así como de las responsabilidades en la que puedan incurrir sus usuarios.

En este orden de cosas, también se afirma que el funcionamiento de Internet es por naturaleza, fragmentado, dado que opera a partir de la interconexión de un sinfín

⁷ Castells, «El impacto de Internet en la sociedad», P. 132-145.

⁸ García Sanz, «El derecho de autor en Internet», P. 182-184; Woolcott y Flórez, «La paradoja del derecho de autor en el entorno de la industria musical frente a las nuevas tecnologías», P. 14.

⁹ Korff, «La primacía del derecho en Internet y en el resto del mundo digital», P. 6-7.

¹⁰ Korff, P. 8.

¹¹ García Sanz, «El derecho de autor en Internet», P. 56.

de ordenadores que se comunican entre sí en forma descentralizada e independiente¹². Existe una amplia gama de proveedores de distintos servicios de Internet¹³, los que conjunta e interdependientemente dan origen a la Red como la conocemos, permitiendo el intercambio de información. A éstos se suman la alta cantidad de usuarios que navegan en línea – creadores y consumidores de contenido -, para dar lugar a una multiplicidad de agentes que entre sí constituyen Internet.

En el uso ordinario del lenguaje, el concepto de fragmentación es una conjugación de la palabra fragmento, que hace referencia a una “parte pequeña de alguna cosa quebrada o dividida”¹⁴. Esta fragmentación – de orden funcional, pues se da en torno a la manera en la que se construye y opera Internet – también se presenta territorialmente, dado que el contenido, al estar disponible en forma descentralizada para un amplio espacio geográfico – debido a la ausencia de fronteras naturales en la red¹⁵ -, puede ser explotado también en forma geográficamente fragmentada, en la medida que varios usuarios pueden reproducir contenidos en forma independiente y territorialmente desconcentrada, en varias latitudes de forma simultánea, amén de las características de intangibilidad y ubicuidad que poseen los derechos de propiedad intelectual¹⁶.

En este contexto, las características de transfronterización, multiterritorialidad, y fragmentación de Internet plantean obstáculos a la protección de los derechos de autores y titulares de prestaciones conexas, sembrando dudas tanto en relación con el derecho sustantivo aplicable a cada explotación, como respecto a la jurisdicción competente ante infracciones.

¹² Sanz, «A, B, C de Internet», P. 3-8.

¹³ Algunos de ellos son los Anfitriones o Host; los Proveedores de Servicios de Internet; y la Red de Operadores Informáticos. Para más información ver “Schuster, Santiago, «Responsabilidad legal en las redes digitales y Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea»”.

¹⁴ ASALE y RAE, «fragmentación | Diccionario de la lengua española».

¹⁵ Marín Peidro, «Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet», P. 207.

¹⁶ Areán, «La Propiedad Intelectual».

1.2. La debilitación del Principio de Territorialidad debido a la explotación por Internet

La naturaleza multiterritorial, fragmentaria y transfronteriza¹⁷ de la explotación por Internet conflictúa directamente con uno de los elementos de aplicación del derecho en general y del derecho de autor en particular, el cual es el principio de territorialidad. Así, la idea de soberanía territorial languidece ante las características especiales de Internet ya enunciadas, las que cuestionan su vigencia.

Este principio, ampliamente reconocido en múltiples normativas nacionales e internacionales¹⁸, implica que los derechos de los autores y titulares de prestaciones conexas – y su protección– se definen con arreglo a las fronteras territoriales del país respecto del cual se reclama la protección. De esta forma, el contenido de los derechos intelectuales depende de la legislación interna de cada Estado, de suerte que ésta solo puede sancionar actos que hayan acaecido en el territorio en el cual es soberano¹⁹, lo que a su vez implica que el contenido de las prerrogativas que recibirán los autores puede ser distinto según el país en el que se esté²⁰, así como también las infracciones en que pueden incurrir los usuarios.

La explotación intelectual a través de Internet difumina las fronteras nacionales de cada país, lo que incide en dificultades para determinar el tiempo y lugar exacto en el cual ocurren los hechos que constituyen infracción a los derechos de autores y titulares de prestaciones conexas²¹, así como también en la identificación de los usuarios que las cometen²², las que se suman a los cuestionamientos planteados respecto al derecho aplicable y la jurisdicción competente.

En consecuencia, se ha reconocido que la naturaleza nacional de la protección intelectual en cada país se ha convertido en un obstáculo importante para el desarrollo

¹⁷ Almonacid Lamelas y Sancliment Casadejús, «El impacto de las TIC en la configuración clásica del derecho. Especial referencia al principio de territorialidad», P. 22-23.

¹⁸ Oficina Internacional de la OMPI, «La Protección Internacional del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos», P. 2.

¹⁹ De Miguel Asensio, «Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital», P. 351.

²⁰ De Miguel Asensio, P. 351-352; García Pérez, *Derechos de autor en Internet*, P. 351-352.

²¹ Almonacid Lamelas y Sancliment Casadejús, «El impacto de las TIC en la configuración clásica del derecho. Especial referencia al principio de territorialidad», P. 22-23.

²² Schuster, Santiago, «Responsabilidad legal en las redes digitales y Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea», P. 9.

de actividades en línea de carácter transfronterizo²³, debido a la entrada en vigencia de múltiples ordenamientos jurídicos ante una explotación intelectual a través de Internet²⁴: “(...) En el seno de la Unión (Europea) coexisten 27 – tras la retirada del Reino Unido – sistemas de tutela mediante derechos de exclusiva de alcance nacional, lo que, obviamente, plantea dificultades específicas con respecto a la utilización transfronteriza de las obras en el seno de la Unión y la protección de contenidos frente a eventuales infracciones en línea”²⁵.

Algunas de las dificultades que esta circunstancia genera para el funcionamiento del mercado de derechos son: Altos costos de transacción, debido a la cantidad de licencias a obtener para realizar explotaciones multiterritoriales – hasta 27 en el caso de la Unión Europea²⁶-; la fragmentación territorial de la autorización, que puede ser ocasionada por el titular del derecho; y las posibles paralizaciones que la falta de una licencia puede significar para el funcionamiento del mercado de derechos, entre otras.

SECCIÓN 2. FRAGMENTACIÓN REGULATORIA

2.1. Conceptualización

En términos regulatorios, la fragmentación puede ser entendida como la falta de unidad entre las distintas legislaciones nacionales y el sistema internacional de propiedad intelectual²⁷. Se considera que ésta ocasiona conflictos normativos, al originar situaciones en las cuales se pueden aplicar diversas reglas internacionales²⁸, producto de la entrada en vigor de distintos ordenamientos jurídicos, lo que redundará en la colisión de obligaciones de los Estados en ciertos casos.

Así, la fragmentación regulatoria puede implicar la existencia de conflictos y antinomias en la aplicación e interpretación del derecho²⁹, lo que se asocia a

²³ De Miguel Asensio, «Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital», P. 350.

²⁴ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor, P. 5.

²⁵ De Miguel Asensio, «Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital», P. 355.

²⁶ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor, P. 5.

²⁷ Duque Aragón, «La fragmentación del sistema internacional de propiedad intelectual», P. 34-35.

²⁸ do Amaral Júnior, «El “diálogo” de las fuentes», P. 77-78.

²⁹ Turégano Mansilla, «Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica Transnational», P. 10.

inseguridad jurídica por cuanto producto de este fenómeno una misma situación puede dar lugar a diversas soluciones concurrentes y excluyentes entre sí.

En las explotaciones transfronterizas de material protegido a través de Internet existe fragmentación normativa, puesto que las características de estos usos implican que no hay certeza del estatuto jurídico asociado a la explotación del contenido, lo que es producto de una serie de factores, como disonancias en el contenido de la normativa entre cada país; falta de armonía en los instrumentos internacionales vinculantes en la materia; y posibles dificultades para radicar la competencia judicial ante infracciones.

2.2 La fragmentación regulatoria genera inseguridad jurídica debido a las diferencias entre la legislación intelectual de cada país

Como se indicó, el principio de territorialidad implica que los derechos intelectuales reconocidos a sus titulares dependen de la legislación interna del país en que se reclame la protección³⁰. A la vez, las características de Internet implican que la explotación intelectual se da en un ambiente globalizado en el que hay dispersión geográfica de los usuarios y explotaciones realizadas³¹.

En este contexto, la protección territorial de los activos dificulta su tutela por parte de los titulares debido a la falta de homogeneidad normativa, la que se traduce en la posibilidad de discrepancias en el derecho aplicable y los titulares de este entre distintos países³², cuestión que es fruto de la fragmentación regulatoria ante la explotación transfronteriza de los derechos intelectuales³³.

Como indica el profesor De Miguel Asensio: “Consecuencia de la independencia de los sistemas nacionales es que el contenido de la propiedad intelectual – los derechos de carácter patrimonial que la integran, así como los límites y excepciones a los mismos – sobre una misma creación varía según los países (...). La independencia de los sistemas nacionales determina también que quien tiene atribuida en un

³⁰ Sabido Rodríguez, «La protección de los derechos de autor y las nuevas tecnologías», P. 56.

³¹ Sabido Rodríguez, P. 51.

³² Sabido Rodríguez, P. 43.

³³ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor, P. 5.

determinado momento la titularidad de algunos de esos derechos sobre una misma creación pueda variar según los países”³⁴.

La falta de homogeneidad entre distintas legislaciones trasluce la existente fragmentación del derecho de autor, en tanto su contenido varía en cada país. Esto tiene su raíz en la naturaleza territorial de los derechos de autor nacionales y la falta de armonización internacional, elementos que inciden en inconsistencias entre la normativa de los distintos estados, lo que a su vez repercute negativamente en el funcionamiento del mercado de derechos.

Así lo reconoció la Comisión Europea en su Comunicación al Parlamento el año 2015, en que indicó la necesidad de propender a una mayor armonización de la normativa en la Unión Europea en los aspectos asociados a la territorialidad del derecho de autor, con el objetivo de adaptar la normativa existente a las nuevas realidades comerciales vigentes, dominadas por Internet ³⁵. La Comisión se expresa en los siguientes términos: “(...) Los derechos de autor siguen siendo territoriales. Esto significa que, en lugar de existir un único título de derechos de autor válido simultáneamente en toda la UE, existen 28 títulos nacionales distintos. El uso de una obra en todos los Estados miembros exige la concesión de una licencia, o de varias, que cubran cada territorio nacional”³⁶.

Por su parte, la seguridad jurídica se basa en la certeza que brinda un sistema jurídico y los operadores de éste³⁷, en términos de que exista claridad respecto del contenido del derecho, previsibilidad en torno a las consecuencias de las conductas que se adoptan, y confianza en el orden jurídico³⁸. La fragmentación regulatoria descrita origina inseguridad jurídica, la que se debe a varios factores:

³⁴ De Miguel Asensio, «Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital», P. 351.

³⁵ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor, P. 3.

³⁶ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, P. 2.

³⁷ Arrázola Jaramillo, «El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho», P. 23.

³⁸ Arrázola Jaramillo, P. 7.

- La diversidad existente en la legislación intelectual y organización judicial de los distintos países³⁹, ya que dificulta la tutela transfronteriza.
- La dificultad de acceso al mismo contenido desde diferentes latitudes, pues incentiva el acceso al material protegido a través de formas ilícitas⁴⁰.
- La impunidad que propicia Internet, que protege al infractor de las consecuencias de sus actos⁴¹.

La falta de homogeneidad normativa entre los derechos intelectuales de cada país genera un estado de inseguridad jurídica, el que atenta contra el funcionamiento del mercado de derechos, al complejizar el ejercicio de éstos en un contexto multiterritorial y transfronterizo.

El usuario que desea acceder a obras intelectuales a través de la red está en condiciones de optar por diversas soluciones dependiendo de la ubicación geográfica en la que se encuentre y la disponibilidad del material protegido: Así, podrá optar por medios lícitos, mediante la obtención de una licencia; rodeos técnicos como las redes privadas virtuales, que le permiten acceder a contenidos disponibles en otras latitudes; o lisa y llanamente la piratería⁴².

Los titulares de derechos también verán el ejercicio de sus activos dificultado por esta situación, puesto que la fragmentación regulatoria existente incide en que no hay certeza respecto de las condiciones de ejercicio de los derechos en territorios diferentes. De esta forma, diferencias sobre el contenido, ejercicio y límites de los derechos entre países desincentivan la creatividad, innovación y confianza de los titulares en el mercado de derechos⁴³.

³⁹ Lipszyc, «La resolución de conflictos sobre ley aplicable y jurisdicción competente por infracción al derecho de autor y conexos en Internet», P. 162.

⁴⁰ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor, 4.

⁴¹ Lipszyc, «La resolución de conflictos sobre ley aplicable y jurisdicción competente por infracción al derecho de autor y conexos en Internet», P. 158.

⁴² Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor, P. 4.

⁴³ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, P. 5.

2.3. La falta de armonización de los instrumentos internacionales vinculantes

El estado de fragmentación regulatoria originado por las diferencias entre la legislación de los distintos países debe ser confrontado con la normativa de las convenciones internacionales vigentes en derecho de autor, pues éstas tienen el potencial de contribuir a recomponer la fragmentación existente. Así, si bien una explotación en línea puede generar múltiples respuestas jurídicas - a veces incompatibles entre sí -, este problema puede ser resuelto a través de la suscripción de tratados internacionales, pues su fin es la homologación de la normativa entre los Estados, por lo que se hace necesario atender al grado de uniformidad logrado por los instrumentos internacionales.

En materia de propiedad intelectual, se puede apreciar la existencia de una multiplicidad de tratados bilaterales y multilaterales⁴⁴, así como la coexistencia de la OMC y la OMPI en el seno de la regulación y coordinación del derecho de autor a nivel global⁴⁵, circunstancias que complejizan el escenario internacional⁴⁶. En este sentido, se puede apreciar que las iniciativas internacionales han logrado un alto nivel de convergencia normativa, la que se ha consolidado en torno al sistema de protección intelectual europeo⁴⁷, al que los países de América se integraron hacia el final del siglo pasado⁴⁸. Así, tanto en Europa como en América se puede encontrar un alto nivel de adhesión al Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC, y los Tratados Internet de la OMPI de 1996⁴⁹.

A esta armonización han contribuido poderosamente los tratados bilaterales de libre comercio, los que han adquirido últimamente una importancia incluso mayor que la de los foros multilaterales para la homologación de la normativa⁵⁰. La suscripción de

⁴⁴ Schmitz Vaccaro, «Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual», P. 63.

⁴⁵ Schmitz Vaccaro, P. 79.

⁴⁶ Duque Aragón, «La fragmentación del sistema internacional de propiedad intelectual», P. 40-41.

⁴⁷ Cerda Silva, «Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina», 21.

⁴⁸ Cerda Silva, P. 41; Zapata López, «Realidad institucional del derecho de autor en América Latina», P. 25.

⁴⁹ Cerda Silva, «Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina», P. 47.

⁵⁰ Schmitz Vaccaro, «Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual», P. 86; Romero Romero, «De la OMC a los tratados bilaterales de libre comercio con Estados Unidos. Una mirada al derecho de autor y los derechos conexos en América Latina.», P. 5.

tratados bilaterales contribuyó a la ratificación de acuerdos multilaterales⁵¹, mientras que también ha permitido lograr una mayor protección para los titulares en ciertas latitudes, superando el estándar ofrecido por instrumentos como los Acuerdos ADPIC o los Tratados OMPI⁵².

Ésta circunstancia, si bien beneficiosa para los titulares, puede ir en detrimento de la armonización internacional del derecho de propiedad intelectual, puesto que se reconoce que existen espacios en los cuáles la homogeneidad lograda por instrumentos regionales puede ser diferente a la de las convenciones internacionales, como ocurre con el Tratado de Libre comercio de América del Norte y la Decisión 351 de la Comunidad Andina, que en su momento establecieron estándares superiores a los que se reconocían en la comunidad internacional⁵³.

En este sentido, se puede constatar que muchas disposiciones de los tratados de libre comercio superan la protección otorgada por los foros multilaterales. Esto se puede apreciar a modo ejemplar en la limitación de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, que en América Latina ha ingresado principalmente a través de tratados de libre comercio con Estados Unidos⁵⁴, mientras que en Europa lo ha hecho a partir de las Directivas Europeas, ya que los tratados administrados por la OMPI adolecen de disposiciones específicas sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet⁵⁵. De igual manera, la regulación de las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos es más detallada en los tratados de libre comercio firmados entre Estados Unidos y países de Latinoamérica que en los tratados OMPI⁵⁶, lo que ilustra las diferencias que pueden existir en la armonización lograda entre distintas regiones, las que contribuyen a generar un estado de fragmentación regulatoria en la normativa intelectual.

⁵¹ Romero Romero, «De la OMC a los tratados bilaterales de libre comercio con Estados Unidos. Una mirada al derecho de autor y los derechos conexos en América Latina.», P. 5.

⁵² Zapata López, «Realidad institucional del derecho de autor en América Latina», P. 28.

⁵³ Cerda Silva, «Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina», P. 43-45.

⁵⁴ Martínez y Porcelli, «Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación», P. 154-157.

⁵⁵ Romero Romero, «De la OMC a los tratados bilaterales de libre comercio con Estados Unidos. Una mirada al derecho de autor y los derechos conexos en América Latina.», P. 15.

⁵⁶ Romero Romero, P. 16.

Así, si bien se han realizado grandes trabajos de armonización en la materia, tanto a nivel global como a nivel regional – lo que implica una alta proliferación de instrumentos internacionales vinculantes -, parte de la doctrina considera que estos esfuerzos, lejos de permitir una armonización y unificación de la normativa intelectual, terminaron por establecer solamente un mínimo de protección⁵⁷, que si bien es valioso, aún dista de lograr uniformidad en todos los aspectos centrales de la protección intelectual⁵⁸, como los siguientes:

- Ningún acuerdo internacional se avoca a resolver específicamente la cuestión de la jurisdicción y la normativa aplicable a infracciones⁵⁹, problema que se ve acentuado por la multiterritorialidad de las explotaciones por medio de Internet⁶⁰. Aun existiendo algunos instrumentos internacionales que otorgan solución al problema de la competencia judicial internacional - como se mostrará más adelante -, lo cierto es que varios de éstos presentan diferencias entre sí, lo que atenta contra su capacidad armonizadora⁶¹.
- Con relación a otro aspecto capital de la regulación intelectual, como son las excepciones o autorizaciones legales de uso, la misma Comisión Europea ha reconocido que existe una importante fragmentación normativa⁶³, puesto que la aplicación de estas disposiciones es normalmente opcional para los Estados, lo que deriva en incerteza jurídica, debido a la posibilidad de que una excepción

⁵⁷ Sabido Rodríguez, «La protección de los derechos de autor y las nuevas tecnologías», P. 43.

⁵⁸ De Miguel Asensio, «La legislación sobre derechos de autor y su ámbito de aplicación», P. 131.

⁵⁹ Boretto, «El Derecho Internacional y la propiedad intelectual en el entorno digital», P. 6.

⁶⁰ Lipszyc, «La resolución de conflictos sobre ley aplicable y jurisdicción competente por infracción al derecho de autor y conexos en Internet», P. 172.

⁶¹ Lipszyc, P. 166.

⁶² En éste sentido, Boretto indica que solo acuerdos de carácter regional se encargan del tema de la jurisdicción y normativa aplicable, como los Convenios de Bruselas y Lugano para la ejecución de las sentencia, y la Convención de Roma para la determinación de la ley aplicable. Sin embargo, afirma que ni los acuerdos internacionales en propiedad intelectual ni en derecho internacional privado garantizan soluciones uniformes en la materia. Estos argumentos se complementan con los de Lipszyc, que indica que existe un abordaje múltiple y fraccionado de la cuestión jurisdiccional, dado que cada sistema jurídico nacional determina su competencia de acuerdo con criterios propios. Estas circunstancias implican que existen diferentes criterios para otorgar jurisdicción entre distintos Estados, lo que es fruto de la carencia de un sistema uniforme de distribución de competencia en la materia.

⁶³ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor, P. 7.

contemplada en un país no exista en el otro, o lo haga bajo condiciones distintas⁶⁴.

- De igual manera, se han realizado críticas a la regulación internacional de algunos derechos conexos, acusando que no se ajustarían a la realidad del consumo y la distribución de contenidos en un entorno transfronterizo⁶⁵, achacando una falta de actualización de los instrumentos internacionales en esta parte.

De esta forma, hay autores que sostienen que los instrumentos de armonización otorgados en los últimos años solo han perpetuado la naturaleza fragmentaria de los derechos de propiedad intelectual⁶⁶. Existen, sin embargo, voces disidentes, que ponen el acento en la homogeneidad regulatoria que han logrado los tratados internacionales en torno a la adopción de estándares de protección⁶⁷, negando los efectos negativos que identifican otros autores, al atender al amplio grado de adhesión que existe en torno a las iniciativas de armonización descritas.

En este sentido, se ha criticado que algunos de los instrumentos internacionales multilaterales requieren para su adopción la modificación de la legislación interna de los Estados⁶⁸, pues esto les resta efectividad. Además, la implementación de algunas de las disposiciones de éstos tratados es opcional para los países, por lo que a veces la protección otorgada por éstos es inconsistente⁶⁹, puesto que surgen diferencias atendidas las decisiones políticas y circunstancias particulares de cada Estado⁷⁰, lo que facilita la persistencia de desajustes importantes entre distintas normativas⁷¹, puesto que la ausencia de mecanismos de observancia implica que la ejecución de los tratados depende de la buena fe de los países⁷².

⁶⁴ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, P. 7.

⁶⁵ Schötz, «El derecho conexo de los organismos de radiodifusión y la necesidad de un nuevo tratado internacional», P. 126.

⁶⁶ De Miguel Asensio, «Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital», P. 354.

⁶⁷ Schmitz Vaccaro, «Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual», P. 79.

⁶⁸ Cerda Silva, «Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina», P. 40-41.

⁶⁹ Duque Aragón, «La fragmentación del sistema internacional de propiedad intelectual», P. 34-35.

⁷⁰ Duque Aragón, P. 35.

⁷¹ De Miguel Asensio, «Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital», P. 353.

⁷² Cerda Silva, «Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina», P. 47.

En consecuencia, se puede apreciar que los tratados internacionales han logrado un importante efecto homologante entre la normativa intelectual de los países, el que se puede apreciar a partir de la adhesión a instrumentos internacionales como el Convenio de Berna o los Acuerdos ADPIC. Sin embargo, este efecto armonizador es insuficiente para soslayar en su totalidad el problema de la fragmentación regulatoria del derecho, toda vez que las diferencias entre los estándares adoptados en diferentes latitudes pueden atentar contra este efecto, al garantizar mínimos de protección distintos según la región en que se encuentre. Así, la regulación internacional existente no es capaz de garantizar soluciones uniformes para la tutela transfronteriza de los objetos protegidos.

2.4 Estado de fragmentación en la distribución de la competencia judicial

El principio de Territorialidad no se agota en el derecho sustantivo aplicable, pues también está relacionado con la jurisdicción competente para conocer de las infracciones a los derechos tutelados⁷³, lo que implica atender al grado de fragmentación regulatoria presente en la distribución de la competencia judicial, pues ésta puede atentar contra la protección de los derechos.

La existencia de una multiplicidad de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derecho de autor implica que también pueden existir diversos factores de conexión para atribuir competencia a distintas jurisdicciones. Esta cuestión lleva a un estado de fragmentación de la competencia judicial ante la ocurrencia de infracciones a los derechos de los titulares, lo que puede traducirse en efectos negativos para la tutela de éstos al desincentivar el ejercicio de la responsabilidad producto de la incerteza imperante.

Así, se presenta un problema de competencia judicial, en el que se tiene que dilucidar cuál es el criterio que se debe aplicar para determinar el tribunal competente ante el que ejercer la responsabilidad por una infracción intelectual.

La naturaleza multiterritorial de Internet dificulta la determinación del lugar de las explotaciones que se realizan en la web. Esta dificultad se debe a que el

⁷³ De Miguel Asensio, «La legislación sobre derechos de autor y su ámbito de aplicación», P. 5. P. 5

funcionamiento de ésta implica que la información se aloja en dos tipos de espacios: En los equipos de los usuarios, y en centros de datos cuyos nodos principales están en grandes ciudades del mundo⁷⁴, lo que implica que existen explotaciones simultáneas de contenido desde distintas latitudes en forma constante.

Según se concluye de los artículos 9.1 del Convenio de Berna y 5 letra u) de la ley 17.336, la reproducción implica la fijación de la obra en cualquier tipo de soporte, bajo cualquier mecanismo al efecto para ello. En virtud de esta definición, se puede indicar que el funcionamiento de Internet implica la realización constante de actos de reproducción a lo largo de varias latitudes geográficas⁷⁵: La obra o prestación es reproducida cuando es subida a Internet, cuando es alojada en un servidor, y cuando es descargada por el usuario. En algunos casos, esto podría implicar la explotación del objeto protegido en tres o más países distintos, lo que redundaría en la posibilidad de que los derechos hayan sido infringidos en tres o más jurisdicciones distintas.

En este sentido, vale la pena recordar que, si bien las explotaciones se refieren a la “nube” de Internet, las responsabilidades son siempre aplicables en los territorios en los que se reclama la protección, de acuerdo con el artículo 5º del Convenio de Berna. La duda, entonces, es definir en qué territorio reclamar dicha protección, ya que la determinación de la competencia judicial ante infracciones transfronterizas en materia de derecho de autor no es sencilla, dada la dificultad para fijar el territorio en el cual acaecen las infracciones⁷⁶.

2.4.1. Criterios de solución

Han ido surgiendo distintos criterios a aplicar para dar solución a la cuestión del tribunal competente ante el que reclamar infracciones intelectuales transfronterizas, los que principalmente vienen de instrumentos internacionales suscritos en el marco de la Unión Europea. En este contexto, la doctrina recoge principalmente dos:

⁷⁴ Aradas, «¿Dónde vive Internet?»

⁷⁵ Schuster, Santiago, «Responsabilidad legal en las redes digitales y Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea», P. 6.

⁷⁶ Sabido Rodríguez, «La protección de los derechos de autor y las nuevas tecnologías», P. 44-46.

- Atribuir competencia a la jurisdicción del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso, en atención al artículo 7º 2) del Reglamento de Bruselas I bis del año 2012.
- Otorgar jurisdicción al país donde se produzca el daño, aplicando la legislación del territorio donde se reclama la protección, según el artículo 4º en relación con el 8º del “Reglamento de Roma II” sobre obligaciones extracontractuales del año 2007⁷⁷.

El primer factor de conexión enunciado otorga competencia según el lugar en el que se realicen los actos que constituyen infracción, ante lo que se tiene que atender a la ubicación geográfica en que ocurra la explotación ilícita. En el segundo factor de conexión, en cambio, la competencia se define según el lugar en el que se produce el agravio, “independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño⁷⁸”, ante lo que se tiene que atender a dónde se radiquen las consecuencias de la explotación ilícita.

Al margen de lo expuesto, desde ya se puede afirmar que la mayor dificultad que enfrentan estos dos factores de conexión es la misma, y está relacionada con la dificultad de la localización en Internet, puesto que no siempre se puede determinar adecuadamente el lugar donde ocurrieron los hechos o donde se manifiesta el daño⁷⁹, mientras que la dispersión de las explotaciones favorece la impunidad.

La entrada en vigor del Reglamento de Roma II llevó a varios autores a indicar que el criterio a aplicar para determinar la competencia judicial en materia de infracciones a la propiedad intelectual es el del lugar donde se produce el daño, aplicando la ley del Estado en el cual se reclama la protección⁸⁰⁸¹.

⁷⁷ Almonacid Lamelas y Sancliment Casadejús, «El impacto de las TIC en la configuración clásica del derecho. Especial referencia al principio de territorialidad», P. 23-24.

⁷⁸ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), Art. 4º.

⁷⁹ Almonacid Lamelas y Sancliment Casadejús, P. 23-24.

⁸⁰ Almonacid Lamelas y Sancliment Casadejús, P. 24.

⁸¹ De Miguel Asensio, «La legislación sobre derechos de autor y su ámbito de aplicación», P. 18-19.

Esta opción no está a salvo de críticas. Se indica que distribuye la competencia judicial entre varias legislaciones⁸², lo que acentúa el problema de la fragmentación al permitir que varios Estados intervengan ante una infracción. De igual forma, se valora negativamente que su ámbito de aplicación sea el extracontractual, al excluir de su imperio a las posibles infracciones intelectuales transfronterizas de carácter contractual. Con todo, esta crítica puede ser enervada al indicar que la responsabilidad originada por explotaciones en línea típicamente es de naturaleza extracontractual⁸³, debido a la inexistencia de un vínculo entre el titular del derecho y el infractor. De igual forma, la radicación de la competencia usualmente constituye una cláusula de estilo en los instrumentos contractuales, lo que también permite enervar parte de estas observaciones.

A su vez, el Reglamento de Bruselas I fija la competencia de los tribunales según el lugar en el cual se produce el hecho dañoso, lo que otorgaría jurisdicción a los tribunales del lugar en el que se dio la acción que origina el daño⁸⁴. Esta opción, sin embargo, tampoco está exenta de críticas, dado que se indica que también tiende a la fragmentación de jurisdicciones a lo largo de los territorios en que el hecho dañoso pudo haber ocurrido, puesto que no existe claridad respecto de si la circunstancia de la mera accesibilidad de los contenidos en una latitud permite ya radicar la competencia en un determinado tribunal nacional asociado a ésta⁸⁵.

Los criterios de solución descritos son insuficientes para radicar la competencia judicial con total certeza, lo que es fruto de las características de la explotación por Internet, como se ha indicado. Esto implica que el titular del derecho puede escoger entre varias jurisdicciones para ejercer la responsabilidad por la infracción que ha sufrido, lo que permite afirmar que existe un estado de fragmentación en la distribución de la competencia judicial, la que atenta contra el funcionamiento del mercado de derechos al desincentivar el ejercicio de la responsabilidad ante ilícitos intelectuales.

⁸² De Miguel Asensio, P. 18-19..

⁸³ Lipszyc, «La resolución de conflictos sobre ley aplicable y jurisdicción competente por infracción al derecho de autor y conexos en Internet», P. 164.

⁸⁴ De Miguel Asensio, «Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital», P. 357.

⁸⁵ De Miguel Asensio, P. 356-358.

SECCIÓN 3. FRACCIONAMIENTO DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO

3.1. La cotitularidad de derechos sobre la misma obra

El fraccionamiento de la titularidad ocurre cuando existe más de un titular de derechos sobre una misma obra intelectual⁸⁶. En estos casos, se está ante una comunidad de titulares sobre un bien inmaterial único⁸⁷, que en el derecho chileno posee la naturaleza jurídica de cuasicontrato⁸⁸.

La precariedad regulatoria de esta figura en Chile genera una serie de problemas, pues no se regula en forma clara la manera en que se administra la cosa común⁸⁹. En relación a éste aspecto, la doctrina concluye que ante falta de pacto expreso los actos de administración requieren el consentimiento unánime de los comuneros⁹⁰, por lo que cualquiera de éstos tiene derecho a oponerse dichos actos, incluso pudiendo paralizar la decisión de la mayoría⁹¹. Esto fluiría de los artículos 2305 y 2081 del Código Civil, a partir de los cuales se establece el derecho a veto en la administración de la comunidad⁹².

Este estado de fragmentación en la titularidad atenta contra el eficaz funcionamiento del mercado de derechos, toda vez que existe un alza en los costos de transacción asociados a la obtención de una licencia, al ser necesario el consentimiento de todos los titulares de la obra para su explotación⁹³. De la misma manera, existe el riesgo de que un titular de derechos paralice la explotación del activo a través del ejercicio del derecho a veto, lo que puede afectar el funcionamiento del mercado de derechos.

⁸⁶ Schuster, «La Gestión Colectiva como solución al licenciamiento multiterritorial».

⁸⁷ Vázquez Lepinette, *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, P. 269.

⁸⁸ De conformidad al artículo 2304 del Código Civil.

⁸⁹ Isler Soto, «En busca de un estatuto jurídico aplicable a la administración de los bienes indivisos», P. 34. Se indica que el Código Civil solamente regula aspectos como partición, derechos de comuneros, u origen y terminación de ésta, mas no la administración en forma directa.

⁹⁰ Isler Soto, P. 37.

⁹¹ Isler Soto, P. 38-39.

⁹² Isler Soto, P. 49.

⁹³ Schuster, «La Gestión Colectiva como solución al licenciamiento multiterritorial».

La cotitularidad puede manifestarse tanto en la titularidad originaria como en la secundaria.

- En el caso de la titularidad originaria, habrá más de un titular de derechos en las obras en colaboración, según el artículo 4° b) de la ley 17.336.
- En el caso de la titularidad secundaria, habrá más de un titular de derechos en las situaciones en que el titular de este lo haya cedido en forma parcial.

Según el artículo 17 de la ley 17.336, el derecho patrimonial incluye la potestad de transferir, total o parcialmente, los derechos sobre la obra, a través del contrato de cesión de derechos⁹⁴. Cuando la cesión de derechos es parcial, el titular puede fraccionar su derecho patrimonial, limitando los efectos de la cesión en cuanto al tiempo de validez, el espacio geográfico, y los derechos patrimoniales incluidos⁹⁵.

A consecuencia del fraccionamiento de los derechos patrimoniales, es posible que una obra intelectual única tenga una multiplicidad de titulares, en distintas proporciones sobre distintos derechos. Las personas que detenten esta titularidad pueden variar según el territorio, así como la normativa aplicable a esos derechos intelectuales⁹⁶.

Por tanto, se dificulta el funcionamiento del mercado de derechos debido a que un usuario debe identificar y negociar con una multiplicidad de titulares de derechos para realizar una explotación transfronteriza de contenido protegido. Esta dificultad se acentúa ante las características multiterritoriales de la explotación a través de Internet, ya que se hace necesaria la obtención de una licencia que cubra todos los territorios en los que el contenido sea reproducido, en atención a la arquitectura de la red.

Así, las dificultades que el fraccionamiento de la titularidad genera al mercado de los derechos se suman a los problemas de fragmentación regulatoria estudiadas, para dar lugar a un escenario complejo para realizar la explotación de los derechos intelectuales. Ante esto, es manifiesta la necesidad de encontrar soluciones que

⁹⁴ Antequera Parilli, *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*, P. 157.

⁹⁵ Antequera Parilli, P. 157.

⁹⁶ Schuster, «La Gestión Colectiva como solución al licenciamiento multiterritorial».

permitan ejercer adecuadamente los activos intelectuales en este contexto de fragmentación, para lo cual se presentan en forma metodológica las instituciones encontradas para soslayar esta cuestión.

CAPÍTULO II. RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS DE GESTIÓN DE DERECHOS DERIVADOS DE LA FRAGMENTACIÓN

En el capítulo anterior se analizó la explotación de material intelectual a través de Internet. Así, se llegó a la conclusión de que ésta guarda las características de multiterritorialidad, transfronterización, y fragmentación, las que inciden en la debilitación del principio de territorialidad en el derecho de autor. De esta manera, producto de las características de la Red, se entorpece el ejercicio de los derechos intelectuales, debido a las dificultades que supone la falta de homogeneidad normativa y la determinación de la competencia judicial. Esto se complejiza debido a las características del activo intelectual, puesto que la intangibilidad y la ubicuidad de este permiten que el derecho pueda ser cedido en forma parcial, lo que redundaría en la posibilidad de que sobre la misma obra existan diferentes titulares de derechos, en distintas proporciones, repartidos a lo largo de distintos países. Así, se impide el adecuado funcionamiento del mercado de derechos, debido a que los usuarios se enfrentan a altos costos para poder obtener una licencia de uso multiterritorial sobre una obra, a la vez que los titulares ven el ejercicio de sus activos desincentivado ante los fenómenos de multiterritorialidad.

Estas circunstancias ponen de manifiesto la necesidad de encontrar soluciones que permitan recomponer el mercado de derechos, con el objetivo de que la gestión y explotación de las obras intelectuales en el ámbito de Internet se realice en condiciones seguras y fiables.

En este capítulo se dará cuenta de las soluciones encontradas para poder soslayar el fenómeno de la fragmentación. Éstas son presentadas bajo dos acápite: Soluciones Contractuales, que son desarrolladas por agentes económicos del mundo privado; y Soluciones Normativas, donde la gestión de los activos es regulada por el sistema jurídico, que determina las condiciones bajo las cuales los derechos pueden ejercerse.

SECCIÓN 1. SOLUCIONES CONTRACTUALES

Para efectos de la presente investigación, las Soluciones Contractuales serán definidas como aquellas actividades de gestión de derechos de autor y prestaciones conexas que permiten recomponer el mercado de derechos por medio de la práctica económica de los agentes privados que explotan masivamente activos intelectuales, con el objetivo de ponerlos a disposición de usuarios. Éstos logran dicha tarea por medio de la acumulación de obras por parte del titular de derechos, o a través de la utilización de intermediarios que facilitan la gestión y explotación de un conjunto de derechos en un área determinada.

En este estudio son especialmente relevantes los grandes conglomerados económicos que explotan activos a un nivel masivo para su consumo por el público en el área de la producción cinematográfica o musical, en la medida de que su modelo de negocios consiste en la explotación de obras intelectuales, tarea que se ve dificultada por el fenómeno de la fragmentación.

Con el objetivo de analizar las soluciones contractuales, se han identificado una serie de mecanismos o medios contractuales que son susceptibles de permitir la recomposición del mercado de derechos, tanto vía gestión individual de los activos, como a través de la gestión conjunta de los mismos. Las prácticas identificadas son las siguientes:

Acumulación de Derechos sobre Obras: La recomposición del mercado de derechos se logra a través de la acumulación de titularidades sobre obras por parte de un mismo agente. Este titular de derechos puede serlo en forma originaria o secundaria – vía cesión de derechos -, lo que luego le permite licenciar un conjunto de activos intelectuales como unidad, vía gestión individual, desfragmentando el mercado de derechos a través de la acumulación de estos, simulando el repertorio de una entidad de gestión colectiva a través de un catálogo.

Agregadores de Contenidos Audiovisuales: La recomposición del mercado de derechos es lograda mediante la introducción de intermediarios que se encargan de la obtención de las licencias necesarias para poder explotar lícitamente el activo en ciertas plataformas en línea. En este modelo, los agregadores de contenidos compiten entre sí para poder proporcionar el servicio de intermediación a los usuarios y a los titulares de derechos. Así, los titulares encargan la actividad de gestión a los agregadores de contenidos, quienes licencian sus obras para la puesta a disposición en línea. Por otro lado, las plataformas de puesta a disposición contratan con estos intermediarios para realizar la explotación de los activos, pudiendo licenciar un conjunto de obras de una sola vez a través de la acción de estos agentes, quienes por medio de este servicio de intermediación contribuyen a la desfragmentación del mercado de derechos.

Acuerdos de Representación Recíproca: Estos acuerdos son pactos celebrados entre entidades de gestión colectiva de derechos, por medio de los cuales éstas se habilitan mutuamente para la representación de sus repertorios fuera de los países en que desarrollan sus operaciones. Esta práctica permite el otorgamiento de licencias multiterritoriales a los usuarios de la obra, facilitando la recaudación de las regalías correspondientes mediante la realización de la actividad de cobro por conducto de las entidades de gestión representadas.

Esta solución contractual permite recomponer el mercado de los derechos en un ámbito transfronterizo, al asistir a la actividad armonizadora de la entidad de gestión en un ámbito territorialmente ampliado. En este contexto, la desfragmentación del mercado ocurre al permitir el otorgamiento de licencias multiterritoriales, lo que otorga certeza de la licitud de las explotaciones realizadas al alero de esta institución.

Operadores de Gestión Independiente: En este modelo estamos ante agentes privados que realizan la misma actividad de gestión de derechos ajenos realizada por las entidades de gestión colectiva de derechos. La diferencia entre estos operadores independientes y las entidades de gestión está en que los primeros deben tener ánimo de lucro y no estar sometidos al control de los titulares de derechos. Al margen de estas cuestiones, estamos ante entes homólogos a las sociedades de gestión colectiva

de derechos, por lo que las conclusiones observadas sobre las entidades de gestión colectiva pueden ser reproducidas en este aspecto.

A continuación, se pasa a tratar cada una de estas soluciones en forma pormenorizada, ofreciendo un análisis más extenso de cada una de estas instituciones.

1.1 Acumulación de Derechos sobre Obras: Un catálogo de obras o producciones

La acumulación de derechos sobre obras es un mecanismo susceptible de solucionar el problema de la fragmentación regulatoria por cuanto permite disminuir la cantidad de titulares habilitados para licenciar un objeto protegido en el circuito comercial, morigerando los efectos negativos que produce la cesibilidad del derecho al concentrar la titularidad de éste en un solo agente, quien podrá licenciar múltiples activos como una unidad.

A través de la acumulación de derechos un titular puede formar un catálogo de producciones, simulando el repertorio que conforman las entidades de gestión colectiva de derechos con las obras de sus representados – pero con obras propias -. De esta manera, es posible otorgar una licencia global sobre el catálogo formado, similar a cómo las entidades de gestión colectiva otorgan contratos de repertorio⁹⁷, facilitando al usuario el acceso a las obras del catálogo que requiera según su actividad⁹⁸.

Esta titularidad puede ser originaria, en aquellos casos en que se produzca la obra en forma directa; o secundaria, cuando la titularidad del derecho sea cedida por parte de un tercero. Por su parte, la cesión del derecho puede ser total o parcial; en el último caso, es necesario que se transfieran a lo menos los derechos exclusivos de distribución y comunicación pública para que la solución sea efectiva, circunstancia en que se estará ante un proceso de fragmentación de los derechos sobre una obra para desfragmentar el mercado de derechos de autor, lo que constituye una paradoja

⁹⁷ Antequera Parilli, *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*, P. 264.

⁹⁸ Antequera Parilli, P. 254.

susceptible de conspirar en contra de esta institución como mecanismo de recomposición del mercado de derechos.

La acumulación de derechos puede solucionar el problema de la fragmentación en aquellos casos en que haya existido cotitularidad sobre la obra, al conjurar la posibilidad de que un titular de derechos paralice la explotación de ésta a través de su derecho a veto. En aquellos casos en que la acumulación de derechos alcance varios territorios, se podrá solucionar también el problema de la explotación transfronteriza, pues el titular de los derechos podrá otorgar licencias que abarquen todos los territorios en que ha acumulado titularidades, pudiendo licenciar de forma transfronteriza, lo que facilita el acceso a objetos protegidos por parte de los usuarios.

A continuación, se analiza la manera en que se ha desarrollado esta institución en el mundo de la producción audiovisual – y en menor manera, en la producción musical -, consecuencias que pueden ser extrapoladas por analogía a otros campos en el que se exploten activos intelectuales, como el de la producción de programas informáticos.

1.1.1. Formas de acumulación de derechos

En el ámbito de la producción audiovisual, la acumulación de obras ha sido alcanzada a través de dos maneras:

Mediante producción de contenido original propio, lo que le otorga la titularidad de la obra con alcance global al productor cinematográfico que la gestiona⁹⁹, como ilustran a título ejemplar los artículos 25 y 26 de la ley 17.336, de Chile, o el artículo 98 de la Ley Federal de Derecho de Autor, de México. De esta forma, quien produce obras cinematográficas obtiene – salvo pacto en contrario – la totalidad de los derechos patrimoniales que se destilen de la producción en forma exclusiva, cuestión que redundaría en que es el único habilitado globalmente para autorizar la explotación de la producción.

⁹⁹ Heredia Ruiz, «Revolución Netflix», P. 291.

Este caso grafica el potencial de esta institución para evitar la fragmentación del derecho, por cuanto en este tipo de obras la cantidad de individuos que participan de la creación en calidad de autores e intérpretes implica de suyo una gran fragmentación de los derechos sobre la pieza, lo que entorpecería de gran manera el tráfico comercial de ésta en el evento de otorgar a cada cual un derecho exclusivo sobre la producción. El otorgamiento de la titularidad originaria de los derechos al productor cinematográfico soluciona este problema, permitiendo tanto la explotación comercial de la obra como la adecuada retribución a los autores y titulares de prestaciones conexas que participaron en ésta.

En segundo lugar, la acumulación de activos se puede lograr mediante la cesión de derechos sobre obras de terceros. Acá, se asiste a un pacto a partir del cual un particular que no detenta la titularidad de una obra, en calidad de cesionario, se hace con la totalidad o parte de los derechos patrimoniales sobre un activo que está en manos de otro, el cedente¹⁰⁰.

En la práctica económica audiovisual, esta forma de operar implica la adquisición de contenidos a través de los derechos exclusivos de distribución y comunicación pública¹⁰¹, lo que implica el desmembramiento del derecho patrimonial que detenta el titular de la obra, quien se despojará, a lo menos, de las prerrogativas patrimoniales de distribución y comunicación pública, las que se radicarán exclusivamente en el cesionario, quien podrá autorizar o prohibir la explotación de estos derechos sobre la producción bajo los términos que estime conveniente, al detentar un derecho exclusivo sobre la obra¹⁰².

En consecuencia, y dependiendo de la convención, podremos estar ante un pacto que fragmente la titularidad de la obra – cuando solo sean cedidos en exclusiva algunos derechos patrimoniales, como la distribución y puesta a disposición -, o que la ceda en su totalidad.

¹⁰⁰ Valdivieso Osorio, «Titularidad, cesión y autorización de uso de las obras intelectuales creadas por trabajadores. Análisis del derecho chileno y español», P. 30.

¹⁰¹ Heredia Ruiz, «Revolución Netflix», P. 292.

¹⁰² Ficsor, *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexas*, P. 15.

Debe notarse que cuando la cesión de derechos es parcial, vale decir, cuando no se ceda la totalidad de derechos patrimoniales sobre una obra, se estará ante un proceso de fragmentación del derecho, dado que la titularidad del activo se repartirá entre dos o más personas. Esto genera una paradoja en que la fragmentación de los derechos sobre una obra permite solucionar el problema de la fragmentación en el mercado de derechos, dado que asentar la titularidad de estas prerrogativas en un mismo agente permite recomponer dicho mercado para efectos de la explotación conjunta de activos, al asistir el licenciamiento de un paquete de obras como una sola unidad.

Ésta es la solución a la que han arribado grandes agentes económicos del área de la producción audiovisual – como Netflix -, de la producción de software – como Microsoft – y de la producción musical. En la producción musical, debe indicarse que los grandes conglomerados económicos del mercado cuentan con un amplio catálogo de derechos o licencias sobre obras¹⁰³, lo que les permite negociar directamente con las plataformas de puesta a disposición de material audiovisual¹⁰⁴, haciendo innecesaria la intermediación de agentes como entidades de gestión colectiva. Esto es una muestra de la acumulación de obras como una solución contractual al problema de la fragmentación, puesto que la acumulación de titularidades de las grandes discográficas les permite actuar y gestionar por sí mismas los derechos de las obras que poseen en el mercado, utilizando la acumulación de activos como una institución que les permite desplegar su plataforma de negocios en un contexto de fragmentación.

1.1.2. La desfragmentación del mercado de derechos

Estas formas de acumulación de obras intelectuales permiten arribar a una solución al problema de la fragmentación del derecho por medio de la Gestión Individual de los activos. En la medida en que hemos dado cuenta de que la causa de este problema está en la cesibilidad del derecho - cuestión que permite la existencia de varios titulares sobre la obra en latitudes distintas -, la acumulación de titularidades

¹⁰³ Rozo Moreno, «¿Está suficientemente regulado el streaming para los productores de fonogramas?», P. 30.

¹⁰⁴ Lamacchia, «LA MÚSICA INDEPENDIENTE EN LA ERA DIGITAL», P. 91.

surge como una solución lógica a esto, puesto que se recompone el mercado al disminuir la cantidad de agentes habilitados para licenciar las obras circulantes, evitando la dispersión de titularidades sobre la creación intelectual.

Así, quien ostenta completamente la titularidad de una obra puede explotarla con el alcance que desee, cuestión que le permite incluso otorgar licencias multiterritoriales para facilitar el acceso al usuario, gestionando directamente la explotación de los activos. Por otro lado, la circunstancia de ser el único titular de la obra también puede facilitar la fiscalización sobre los usos de ésta, dado que la capacidad de licenciar la explotación de la creación no se divide entre varios agentes distintos, lo que puede otorgar certeza respecto explotaciones autorizadas. Este razonamiento, aplicable a cada obra en particular, permite a la entidad que haya acumulado suficientes obras o derechos sobre éstas el actuar por su propia cuenta en el mercado de los activos intelectuales, gestionando por sí mismo el otorgamiento de licencias sin la necesidad de depender de un tercero, lo que en esta investigación es catalogado como una solución contractual vía la gestión individual de derechos.

Sin embargo, esta solución solo es viable para aquellas empresas que dispongan de la capacidad económica suficiente como para solventar las transacciones que requiere la creación de obras intelectuales y la obtención de derechos sobre obras de terceros, lo que se explica por la estructura de costes propia de la producción de obras intelectuales, que tiende a la generación de economías de escala y a la concentración de la riqueza en pocas empresas¹⁰⁵, cuestión que permite a un conglomerado económico robusto superar las dificultades ilustradas.

Así, éste mecanismo tiende a ser más efectivo cuando se logra obtener la totalidad de los derechos sobre la obra, lo que ocurre cuando se es productor de ésta – como ocurre en el caso de las obras audiovisuales -, o cuando se ha obtenido la cesión total del derecho sobre la misma de parte de un tercero.

Al contrario, se puede apreciar que el potencial de esta operación se ve disminuido en aquellos casos en los que la cesión implica la obtención de solo algunos

¹⁰⁵ Pulido Pavón y Palma Martos, «La efectividad de los regímenes de derechos de autor y política de competencia. Implicaciones para el bienestar social», P. 540.

de los derechos patrimoniales sobre la obra – como la distribución y la puesta a disposición -, dado que en estos supuestos la mantención de otros derechos en manos del cedente le permitirá seguir explotándolos, cuestión que puede incentivar la proliferación de múltiples titulares de derechos sobre la obra, con las consiguientes consecuencias fragmentarias que esto pueda originar.

De ahí que esta vía sea más eficiente en la medida en que se obtenga la cesión en exclusiva de los derechos patrimoniales de que se trate, con el fin de evitar el surgimiento de nuevos titulares sobre los mismos en el circuito comercial, ya que en caso contrario asistiremos a una paradoja en que se fragmentan los derechos patrimoniales de una obra para desfragmentar el mercado de derechos.

1.2. Agregadores de Contenidos Audiovisuales

Los Agregadores de Contenidos Audiovisuales son agentes de intermediación que permiten la explotación digital de obras a través de plataformas en línea de puesta a disposición, como Spotify o Apple iTunes, entre otras¹⁰⁶. Estas empresas se encargan del otorgamiento de licencias no exclusivas de uso por parte de titulares de derechos, para explotar las producciones a través distintos canales a los que proveen de acceso.

Este servicio está diseñado para pequeños creadores que no disponen de los recursos para poder explotar su activo en forma masiva, conectándolos con plataformas en línea que no desean incurrir en costos de transacción asociados a la obtención de licencias individuales, permitiendo explotar un conjunto de activos intelectuales bajo la forma de una unidad económica.

El contrato de distribución digital celebrado entre el agregador y el titular de derechos permite que la obra pueda ser explotada en forma lícita de diversas maneras mientras se remunera al contratante por los usos realizados. La responsabilidad de la obtención de las licencias necesarias para la explotación de la obra es de cargo de quien contrata con el agregador, así como también la distribución de las regalías obtenidas por la explotación de la obra.

¹⁰⁶ CD Baby, «Acuerdo de Miembro de CD Baby – Condiciones del Contrato de Artista».

Estos intermediarios permiten asistir a la desfragmentación del mercado de derechos al realizar una gestión conjunta de activos intelectuales, explotando obras de múltiples titulares por canales habilitados al efecto. La obtención y otorgamiento de las licencias necesarias para distribuir digitalmente las obras representadas, así como el pago de regalías por el concepto de dichos usos ilustran la actividad de gestión de activos ajenos que realizan estas instituciones, las que se erigen como una solución al problema de la fragmentación enunciado al propiciar e intermediar la explotación lícita de activos.

1.2.1. La intermediación de los Agregadores de Contenidos en el Mercado de Derechos

La producción de obras originales y la obtención de titularidades o licencias sobre obras ajenas lleva aparejado un alto gasto económico para los emprendedores¹⁰⁷, el que muchas veces no quiere ser internalizado por éstos, dados los costos de transacción que implica la negociación de una licencia y la verificación de la titularidad de derechos sobre las obras¹⁰⁸. Ante esto, una solución contractual que ha surgido desde el mundo de la creación musical y audiovisual es la del servicio de Agregación de Contenidos, que funge de intermediación entre los artistas creadores de obras y las plataformas digitales que permiten su explotación¹⁰⁹.

De esta forma, las empresas de Agregación de Contenidos se encargan de la obtención y otorgamiento de las licencias necesarias para la explotación lícita de activos intelectuales a través de plataformas en línea¹¹⁰, conectando al creador individual – quien por sí mismo no dispone de la capacidad económica para distribuir su obra – con la plataforma en línea de distribución y puesta a disposición de material protegido – que no desea incurrir en los costos de transacción necesarios para licenciar a dicho artista individual¹¹¹ -. Así, se consagra un modelo de mercado en el

¹⁰⁷ Rozo Moreno, «¿Está suficientemente regulado el streaming para los productores de fonogramas?», P. 30.

¹⁰⁸ Palacio Puerta, «Los artistas colombianos y las plataformas de música digitales», P. 116.

¹⁰⁹ Palacio Puerta, P. 117.

¹¹⁰ Palacio Puerta, P. 117.

¹¹¹ Rozo Moreno, «¿Está suficientemente regulado el streaming para los productores de fonogramas?», P. 30.

cual a la plataforma digital que realiza la explotación en línea le es más conveniente contratar con múltiples agregadores, con los que mantiene contratos no exclusivos¹¹², los que compiten entre sí tanto por el catálogo de obras que ofrecen a las plataformas, como por los servicios que ponen a disposición de sus creadores¹¹³.

El servicio de agregación de contenidos está dirigido especialmente al “pequeño creador”, - con el que comúnmente suscriben pactos de exclusividad¹¹⁴ -, ya que este no tiene permitido poner a disposición sus contenidos en forma directa en las grandes plataformas de distribución en línea como Spotify¹¹⁵. De ahí que estas empresas complementen el servicio de intermediación que ofrecen a los usuarios con otros relacionados a la explotación intelectual, como la recolección de regalías¹¹⁶, realizando una verdadera gestión de la obra del titular, al proveer servicios de licenciamiento, auditoría, protección y cobro de los ingresos derivados de los derechos de autor que ostentan, actividades que caracterizan a la gestión colectiva¹¹⁷.

1.2.2. Términos y Condiciones de Agregadores de Contenidos en Spotify

DistroKid, Cd Baby y EmuBands son tres agregadores de contenidos musicales que son recomendados por la plataforma Spotify¹¹⁸. Al analizar el acuerdo de distribución de contenidos ofrecido por estas tres plataformas, se pueden identificar ciertas similitudes que caracterizan a estas instituciones:

El servicio ofrecido es la distribución digital de obras musicales. Así, los agregadores permiten que el titular de derechos suba obras de su autoría a sus servidores, con el fin de colocarlas y distribuir las posteriormente en plataformas

¹¹² Rozo Moreno, P. 31.

¹¹³ Galuszka, «Music Aggregators and Intermediation of the Digital Music Market», P. 262-263.

¹¹⁴ Galuszka, P. 262; Palacio Puerta, «Los artistas colombianos y las plataformas de música digitales», P. 117; Rozo Moreno, «¿Está suficientemente regulado el streaming para los productores de fonogramas?», P. 31.

¹¹⁵ Palacio Puerta, «Los artistas colombianos y las plataformas de música digitales», P. 111.

¹¹⁶ Palacio Puerta, P. 111.

¹¹⁷ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Texto pertinente a efectos del EEE, Cons. 2.

¹¹⁸ Spotify, «Provider Directory».

digitales¹¹⁹. Si bien el servicio se caracteriza por operar en el mercado digital, esto no obsta que algunas de estas empresas ofrezcan servicios de distribución física de ejemplares¹²⁰, lo que en cualquier caso no es una constante en todos los agregadores estudiados.

Las tres plataformas estudiadas declaran expresamente que la titularidad de las obras explotadas recae en el autor, estableciendo una licencia no exclusiva al efecto¹²¹. Esta licencia está redactada en términos sumamente amplios, y en general permite la reproducción, adaptación, distribución, comunicación pública y puesta a disposición de las obras cuya administración se encarga¹²², consagrando una explotación amplia de la obra musical, la que puede ser explotada con alcance global – e incluso universal¹²³ - por el agregador o por licenciarios de éste, sin perjuicio de la capacidad del autor de limitar el ámbito territorial de la explotación.

En lo referente a la exclusividad de la licencia otorgada, en todos los casos se indica que la licencia es no exclusiva, lo que permite al autor explotar la obra por otros conductos vía gestión individual o colectiva¹²⁴. Sin embargo, las tiendas digitales en las que las obras son puestas a disposición no permiten que un mismo titular de derechos distribuya sus activos con dos agregadores distintos¹²⁵, por lo que no se puede pactar con dos de estas instituciones, estableciéndose una especie de exclusividad en este sentido.

Los agregadores de contenidos audiovisuales delegan la responsabilidad de la obtención de las licencias necesarias para explotar una obra musical en el artista que contrate con ellos¹²⁶, quien deberá responder por los perjuicios que se generen ante la distribución ilegal de material protegido, limitando su responsabilidad. Así, el usuario que contrate con estas instituciones es quien asume la carga de obtener la

¹¹⁹ DistroKid, «DistroKid Distribution Agreement».

¹²⁰ CD Baby, «Acuerdo de Miembro de CD Baby – Condiciones del Contrato de Artista».

¹²¹ EmuBands, «Terms & Conditions - EmuBands».

¹²² DistroKid, «DistroKid Distribution Agreement».

¹²³ CD Baby, «Acuerdo de Miembro de CD Baby – Condiciones del Contrato de Artista».

¹²⁴ DistroKid, «DistroKid Distribution Agreement».

¹²⁵ CD Baby, «Acuerdo de Miembro de CD Baby – Condiciones del Contrato de Artista»; DistroKid, «DistroKid Distribution Agreement».

¹²⁶ EmuBands, «Terms & Conditions - EmuBands».

correspondiente autorización del autor de la obra, así como de los intérpretes y titulares de fonogramas que concurran a ésta.

Finalmente, el servicio ofrecido por los agregadores de contenidos implica el pago de las regalías obtenidas por concepto de la explotación de los activos representados¹²⁷. Aunque el agregador se encarga de pagar las regalías obtenidas a quien contrate con éstos, la obligación no alcanza a que éstos se hagan cargo de que la remuneración sea distribuida a cada titular de derechos que concurra a las obras explotadas. Esta obligación recae en el usuario que contrata con éstos, quien asume la responsabilidad de distribuir estas regalías a quienes corresponda.

1.2.3. La agregación de contenidos como mecanismo para desfragmentar el mercado de derechos

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que los Agregadores de Contenido Audiovisual se erigen como una adecuada solución para los problemas de fragmentación que se han descrito, en la medida en que sirven de nexo entre el titular de la obra que no dispone de la capacidad económica para explotarla por su propia cuenta, y la plataforma en línea, que no desea incurrir en los gastos asociados al adecuado licenciamiento de dicho activo, ayudando a recomponer la fragmentación del mercado de derechos.

La obligación del creador de tener que concurrir ante estos intermediarios para poder explotar su obra por ciertos canales permite, a su vez, que el usuario de esta disponga de medios lícitos y seguros para obtener la autorización de uso que desea. La circunstancia de que la mayoría de los pactos de representación por medio de estos intermediarios incluya cláusulas de exclusividad entre el titular del derecho y el agregador permite generar certeza jurídica en el mercado digital de los derechos, dado que en éstas condiciones solo habrá un intermediario autorizado para licenciar la obra del titular a través de dichas plataformas digitales, lo que simplifica la obtención de licencias al no existir varias instituciones habilitadas al efecto.

¹²⁷ EmuBands; EmuBands; DistroKid, «DistroKid Distribution Agreement»; CD Baby, «Acuerdo de Miembro de CD Baby – Condiciones del Contrato de Artista».

De igual manera, los agregadores de contenido que logren representar a varios titulares de derecho podrán ofrecer, bajo una modalidad similar a la de ventanilla única, varias licencias de uso sobre obras de varios artistas, lo que también es beneficioso para el utilizador de las mismas, que incurre en menores costos de transacción para la explotación de varios activos, pudiendo acceder a una multiplicidad de obras como una unidad. Por otro lado, el titular del derecho también ve su actividad de gestión facilitada, por cuanto los intermediarios facilitan la colocación, fiscalización y cobro del activo, lo que a su vez le permite al titular ejercer sus derechos en mejores condiciones, al realizarlo por conducto del agregador, que funge como un nodo de otorgamiento de licencias y fiscalización.

El titular de la obra puede acceder a canales de comercialización que bajo otras circunstancias no estarían abiertos para él, pudiendo explotar su obra a través de diferentes formas. De igual manera, puede obtener una retribución por las explotaciones realizadas, la que es pagada por conducto del agregador de contenidos. Sin embargo, el hecho de que la carga de distribuir esta remuneración a los titulares de derechos sea de quien contrata con el intermediario implica un aumento de los costos de transacción para el titular de derechos, al tener que asumir la carga de distribuir adecuadamente las regalías obtenidas por la explotación realizada.

Al margen de estas consideraciones, se puede afirmar con propiedad que los agregadores de contenidos audiovisuales realizan un servicio de gestión conjunta de derechos, al aunar activos intelectuales de distintos titulares para permitir una explotación conjunta de éstos como una unidad económica en plataformas en línea mientras distribuyen la contraprestación recibida por estos usos a los titulares de derechos. Así, la actividad armonizadora de estas instituciones al licenciar y pagar derechos permite desfragmentar el mercado de los derechos digitales, consagrándose como una solución contractual al problema ilustrado.

1.3. Los acuerdos de representación

Los acuerdos de representación son convenciones suscritas entre entidades de gestión colectiva de derechos radicadas en distintos países, por medio de los cuales

la entidad nacional puede representar y licenciar el repertorio de la entidad foránea, permitiendo el acceso nacional a obras asociadas a entidades de gestión extranjeras.

En este punto, es necesario aclarar que la gestión colectiva de derechos constituye una solución normativa, por cuanto se regula el ejercicio de los derechos a través de la ley. Así, en virtud de la ley 19.166 una conducta que anteriormente estaba prohibida, como la administración, protección y cobro de los derechos intelectuales de titulares que adhirieron a la entidad de gestión, pasó a estar permitida bajo ciertas circunstancias.

A pesar de que la gestión conjunta de derechos en sí misma es una solución normativa, los acuerdos de representación constituyen soluciones contractuales. Esto ocurre debido a que las entidades de gestión colectiva desempeñan actividades económicas, pues operan en el mercado de derechos. Así, en cuanto agentes económicos autónomos han sido capaces de arribar a soluciones contractuales, las que no devienen en soluciones regulatorias por la circunstancia de que la gestión colectiva lo sea.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario referirse en forma previa a la gestión colectiva para poder explicar en forma adecuada los acuerdos de representación, que operan sobre la base de ésta. Así, se pasa a realizar una breve recensión de la gestión colectiva, con el objetivo de ilustrar mejor los contenidos expuestos en forma posterior.

1.3.1 La Gestión Colectiva de los Derechos

La Gestión Colectiva es el ejercicio de los derechos de autor – y las prestaciones conexas – por conducto de organizaciones creadas al efecto, las que actúan representando a los titulares de los derechos¹²⁸. Estas instituciones ejecutan actos de negociación, otorgamiento, y cobro de licencias a terceros, lo que a su vez facilita el ejercicio de estos activos por parte de sus titulares, quienes muchas veces no están en condiciones de ejercer adecuadamente sus derechos¹²⁹.

¹²⁸ Ordellin Font, «El Futuro De La Gestión Colectiva», P. 7-8.

¹²⁹ Ficsor, *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, P. 17.

Los servicios que estas instituciones prestan a los titulares de derechos generalmente son el monitoreo y fiscalización sobre el uso de las obras encomendadas; la recaudación de las remuneraciones pactadas; y la distribución de las regalías obtenidas entre los titulares de derechos¹³⁰. Por otro lado, y frente a los usuarios de las obras, estamos ante instituciones que coadyuvan a la determinación y búsqueda de quienes son los titulares de derechos¹³¹ a la vez que permiten estandarizar y negociar los precios asociados a la explotación de las obras¹³², lo que finalmente facilita al usuario la obtención lícita de licencias de uso sobre un conjunto de activos para permitir la explotación de éstos.

Las Sociedades de Gestión Colectiva de derechos se consagran como una fuente centralizada de otorgamiento de autorizaciones por parte de varios titulares de derechos¹³³, lo que las diferencia de los conglomerados económicos que acumulan titularidades sobre obras, quienes otorgan licencias en forma centralizada mediante la concentración de titularidades propias¹³⁴, por oposición a la gestión de titularidades ajenas, que es lo que caracteriza a la gestión conjunta de derechos.

Estas entidades han debido enfrentarse a nuevos retos a partir de la entrada en vigencia de los usos digitales de las obras a través de Internet. Esto ilustra la necesidad de un cambio en el modelo de gestión de derechos asociado al consumo analógico de obras, para dar paso a modelos de concesión de licencias que soporten explotaciones multiterritoriales en el mercado digital¹³⁵, a fin de que sean capaces de enfrentarse a los nuevos usos que ocurren en el mercado.

1.3.2. Los acuerdos de representación entre entidades de gestión

Los acuerdos de representación son pactos suscritos entre sociedades de gestión colectiva de derechos de distintos países, por medio de los cuales las entidades pueden conceder licencias a los usuarios de su país sobre el repertorio de

¹³⁰ Abello Monsalvo, «Sociedades de Gestión Colectiva Frente a La Libre Competencia Económica», P. 136.

¹³¹ Abello Monsalvo, P. 137.

¹³² Abello Monsalvo, P. 138.

¹³³ Ficsor, *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, 16.

¹³⁴ Ficsor, P. 16.

¹³⁵ Ordellin Font, «El Futuro De La Gestión Colectiva», P. 9.

una sociedad foránea¹³⁶. Mediante estas convenciones, el repertorio de una sociedad puede ser explotado en un país distinto a aquel en que ésta se radica¹³⁷, lo que les permite a los titulares de derechos ser remunerados por explotaciones realizadas fuera del ámbito territorial de la sociedad a la que están adscritos, mientras que a los usuarios les permite acceder a repertorios ampliados bajo el formato de ventanilla única¹³⁸.

Los acuerdos de representación han sido catalogados como de primera y segunda generación: La diferencia estriba en la posibilidad de los segundos de otorgar licencias multiterritoriales, lo que es consecuencia directa de un fenómeno normativo que implica el derribo de barreras legales que impiden a entidades de gestión actuar en territorios ajenos a la jurisdicción a que pertenecen, permitiendo una conducta que anteriormente estaba prohibida. Así, los acuerdos de representación de segunda generación constituyen una solución mixta, al mezclar elementos normativos que regulan el ejercicio de los derechos con elementos contractuales en la actuación económica de las entidades de gestión.

Por su parte, los acuerdos de representación de primera generación implican la cooperación recíproca de entidades de gestión de distintos países, lo que les permite ofrecer el repertorio de la entidad foránea en el territorio nacional, soslayando la naturaleza territorial de los derechos nacionales.

En el marco de los acuerdos de representación recíproca de primera generación se estudia el modelo LatinAutor, que constituye una iniciativa regional de coordinación entre entidades de gestión locales de distintos países para el otorgamiento de licencias multiterritoriales. En relación a los acuerdos de representación de segunda generación, se estudia la directiva europea 2014/26, que integra elementos normativos y contractuales, permitiendo el otorgamiento de licencias multiterritoriales por parte de las entidades de gestión, lo que trasluce una apuesta por la competencia en el mercado

¹³⁶ Abello Monsalvo, «Sociedades de Gestión Colectiva Frente a La Libre Competencia Económica», P. 136; Ordellin Font, «El Futuro De La Gestión Colectiva», P. 10; Saucedo Rivadeneyra, «La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional», P. 484-485.

¹³⁷ Saucedo Rivadeneyra, «La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional», P. 485.

¹³⁸ Saucedo Rivadeneyra, P. 484.

de derechos. Esta apuesta, a su vez, supone un riesgo, dado que la liberalización ofrecida genera el riesgo de que se entorpezca el tráfico comercial al producir la fragmentación de categorías de derechos entre diferentes entidades de gestión.

1.3.3. Tipos de Acuerdos de Representación

Los Acuerdos de Representación pueden ser calificados en aquellos de primera generación y segunda generación, dependiendo de si permiten a la entidad que los ha suscrito el otorgamiento licencias de uso de carácter transfronterizas. Así, los acuerdos de representación recíproca de segunda generación permiten otorgar licencias de uso en todo el ámbito de la Unión Europea, y no solo en los países en que se asientan las entidades de gestión que han suscrito dicho pacto, como ocurre con los de primera generación.

Los acuerdos de representación recíproca de primera generación permiten a las entidades de gestión colectiva de un país determinado el otorgamiento de licencias sobre el repertorio de una sociedad extranjera a los usuarios de su propio territorio, y viceversa¹³⁹. Así, en virtud de ellos una entidad chilena puede otorgar licencias sobre repertorios de entidades extranjeras al público de Chile, mientras que, en dicho país, la entidad de gestión extranjera podrá otorgar licencias de uso sobre el repertorio de la sociedad chilena.

En virtud de este vínculo jurídico se puede desfragmentar el mercado de derechos en un ámbito territorial ampliado por cuanto se aúna la actividad armonizadora de dos entidades de gestión que operan en jurisdicciones distintas. De esta manera, el usuario que contrate con una entidad de gestión que ha suscrito un acuerdo de representación recíproca puede acceder a un conjunto ampliado de activos para su explotación, los que estarán conformados por el repertorio de dos o más entidades de gestión. Esto le permite acceder a una mayor cantidad de obras en forma ampliada y unitaria, en dos territorios distintos, bajo una menor cantidad de transacciones. A su vez, se facilita la actividad de recaudación y distribución de regalías, al realizarse por conducto de estas entidades de gestión de derechos.

¹³⁹ Ordellin Font, «El Futuro De La Gestión Colectiva», P. 10.

Sin embargo, estos acuerdos operan sobre una base que es marcadamente mono territorial¹⁴⁰, lo que a juicio de algunos autores los haría ineficientes de cara a los usos multiterritoriales que caracterizan las nuevas formas de explotación digital de los activos intelectuales¹⁴¹, lo que será desvirtuado más adelante.

Un segundo paso en este desarrollo es la elaboración de acuerdos de representación recíproca de segunda generación¹⁴², los que permiten soslayar esta limitación territorial mediante la representación del repertorio de la entidad extranjera sin restricción territorial. Así, los repertorios no solamente pueden ser representados en los países de las entidades que asistan al contrato de representación, sino que, en todos los países de la Unión Europea, que es el lugar donde se ha adoptado este modelo.

Esta cuestión facilita al usuario la obtención de una licencia válida ante cualquier entidad que participe del pacto de representación recíproca de segunda generación, independiente del lugar donde realice la explotación, dinámica que permite la oferta, por parte de las sociedades de gestión colectiva de derechos, de repertorios múltiples en un ámbito geográfico multiterritorial y transfronterizo, facilitando al usuario el acceso de vastas obras desde un único punto de referencia¹⁴³. Como se indicó, este modelo ha sido adoptado en Europa al alero de la directiva 26/2014.

De esta forma, la diferencia entre este tipo de pactos y los de primera generación está que en éstos se permite a la entidad de gestión otorgar licencias transfronterizas, mientras que los pactos de primera generación solo permiten otorgar licencias territoriales sobre repertorios extranjeros.

¹⁴⁰ Ordellin Font, «El Futuro De La Gestión Colectiva» P. 10.

¹⁴¹ Ordellin Font, P. 10.

¹⁴² P. 10.

¹⁴³ Ordellin Font, P. 10.

1.4. Soluciones Contractuales en torno a Acuerdos de Representación Recíproca de Primera Generación:

1.4.1. El modelo Latin Autor

La suscripción de acuerdos de representación recíproca entre entidades de gestión colectiva tiene un alto potencial para solucionar los problemas de fragmentación que se han ilustrado en la presente investigación, puesto que permite el otorgamiento de licencias en un ámbito territorial ampliado en aquellos casos en que haya varias entidades que participen del acuerdo.

A esta solución ha llegado la Federación Iberoamericana de Derecho de Autor – LatinAutor -, la que está integrada por sociedades de gestión colectiva de derechos de varios países, las que se unen con el fin de dar lugar a una política conjunta para la gestión y licenciamiento de obras musicales¹⁴⁴, permitiendo la explotación multiterritorial de obras a través de la red, cuestión que asiste a la disminución de los costos de transacción asociados a la obtención de la correspondiente licencia en cada país en el que se desee explotar la obra¹⁴⁵, permitiendo al usuario acceder a un pack completo de licencias para toda la región.

Es relevante indicar que, en rigor, el modelo LatinAutor no otorga licencias transfronterizas, puesto que éstas están proscritas en la región¹⁴⁶: Este modelo de gestión se basa en la idea de que cada sociedad de gestión conserva su competencia nacional, lo que implica que la autorización multiterritorial que otorga Latin Autor para la explotación de las obras es, en rigor, una autorización individual y directa de cada una de las sociedades adheridas a esta federación sobre una base territorial¹⁴⁷, las que en conjunto dan lugar a una licencia multi territorio.

Podemos apreciar, entonces, un eficiente modelo de gestión de derechos que se construye a partir de acuerdos de representación recíproca de primera generación— dado que no se contempla el otorgamiento licencias transfronterizas —, por cuanto

¹⁴⁴ Creative Law, «LatinAutor como gestor de obras musicales en entornos digitales».

¹⁴⁵ Creative Law.

¹⁴⁶ de Freitas Straumann, «Latinautor. Los licenciamientos regionales. El rol de las entidades de gestión colectiva manteniendo su jurisdicción en el territorio nacional», P. 2.

¹⁴⁷ de Freitas Straumann, P. 2.

permite la consagración de un gran centro de negociación de licencias a través del sistema de ventanilla única¹⁴⁸, facilitando la obtención de licencias regionales para usos digitales a los potenciales explotadores de las obras.

Este ejemplo ilustra el potencial de los acuerdos de representación recíproca de primera generación para asistir a la desfragmentación del mercado de derechos, desvirtuando aquellas voces que consideraban la institución vetusta frente a los nuevos usos y necesidades que implican la explotación multiterritorial de las obras.

Debe notarse que, para el otorgamiento de una licencia multiterritorial, este modelo requiere una intensa coordinación por parte de las entidades nacionales de gestión de derechos, lo que puede implicar un aumento en los costos de transacción asociados a la obtención de la licencia regional por parte del usuario.

Frente a esto, es menester recordar que la existencia de espacios económicos abiertos – como la Unión Europea – no es la regla general en los derechos comparados, por lo que esta institución se puede consagrar como una gran solución de mercado en aquellos espacios en los que no existan iniciativas regionales de coordinación económica, que permite saltar las barreras de mercado mediante el trabajo coordinado de distintas sociedades de gestión de derechos nacionales.

1.4.2 La opción europea: Acuerdos de Representación de Segunda Generación.

En los acuerdos de representación de segunda generación, la entidad de gestión que recibe el mandato para representar el repertorio de la mandante puede licenciar este multi repertorio en todo el espacio de la Unión Europea, por lo que la capacidad de otorgamiento de licencias multiterritoriales es la característica predominante en estos pactos, lo no está presente en los acuerdos de representación recíproca, o de primera generación.

Esta institución que permite el otorgamiento de licencias colectivas de naturaleza multiterritorial en base a acuerdos de representación nació con la directiva 2014/26 de la Unión Europea. En este modelo, el eje está en la capacidad que dispone el titular

¹⁴⁸ de Freitas Straumann, «Latinautor. Los licenciamientos regionales. El rol de las entidades de gestión colectiva manteniendo su jurisdicción en el territorio nacional» P. 2.

de derechos de poder elegir libremente a la entidad de gestión que lo represente, independiente de si ésta está o no localizada en su propio país de origen o residencia.

En este contexto, el titular de derechos es capaz de determinar tanto el alcance territorial de su mandato de gestión, como los derechos que la entidad puede representar. A esto, se suma la posibilidad de que las entidades de gestión colectiva que no posean la capacidad de otorgar licencias multiterritoriales deleguen dicha potestad en otras sociedades de gestión que sí dispongan de este poder¹⁴⁹, lo que abre la puerta al otorgamiento de licencias multiterritoriales a través de acuerdos de representación suscritos entre las entidades de gestión, en un modelo que consagra la competencia entre éstas.

La directiva europea define el concepto de “acuerdo de representación” bajo los siguientes términos: “todo acuerdo entre entidades de gestión colectiva en virtud del cual una entidad de gestión colectiva encomienda a otra entidad (...) la representación de los titulares respecto de los derechos de su repertorio”¹⁵⁰.

Un tipo de acuerdo de representación al alero de este cuerpo normativo, es el “Acuerdo entre entidades de gestión colectiva para la concesión de licencias multiterritoriales”, regulado en el artículo 30 de la norma, pacto en virtud del cual una entidad de gestión puede encomendar a otra la concesión de licencias multiterritoriales sobre su propio repertorio, en calidad de mandante. La mandataria, a su vez, estará obligada a representar a la entidad que realice este encargo si ya concede o se ofrece a conceder licencias multiterritoriales, dando lugar a un fenómeno de agregación de repertorios musicales con el objetivo de facilitar el otorgamiento de licencias ampliadas¹⁵¹.

De esta forma, estamos ante un modelo que incentiva a la celebración de acuerdos de representación de segunda generación entre entidades de gestión

¹⁴⁹ Ordelin Font, «El Futuro De La Gestión Colectiva», P. 12.

¹⁵⁰ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 , relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior Texto pertinente a efectos del EEE, Artículo 2°.

¹⁵¹ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Artículo 30°.

colectiva, en tanto se permite que la entidad mandataria – que dispone de la capacidad para otorgar licencias multiterritoriales – que ha agregado el repertorio de otra licencia transfronterizamente las obras de este multi repertorio en el espacio de la unión europea, incentivando el mercado único y disminuyendo la cantidad de transacciones necesarias para el adecuado licenciamiento de la obra.

Es este fenómeno de agregación de repertorios el que permite recomponer la fragmentación en el mercado de derechos, al permitir que la actividad armonizadora que realizan las entidades de gestión en el mercado nacional se vea expandida a través de la representación de su repertorio por parte de otra entidad, permitiendo al usuario obtener licencias territorialmente ampliadas, las que son concedidas por un solo ente. Así, se recompone el mercado de derechos al disminuir los costos de transacción ínsitos en la obtención de una licencia multiterritorial.

En este sentido, no estamos ante una solución puramente contractual, por cuanto la posibilidad de otorgar licencias multiterritoriales viene otorgada desde el derecho: Así, es la normativa la que permite que el alcance de la licencia otorgada por una entidad de gestión nacional sobrepase los límites de la jurisdicción estatal, para tener efectividad en otros territorios. Esta solución no puede ser reproducida en otras latitudes porque simplemente el esquema del derecho no permite esta conducta, ante lo cual se puede afirmar que estamos ante una solución híbrida al reunir elementos contractuales – el pacto entre entidades de gestión – y elementos normativos – la permisión de otorgamiento de licencias multiterritoriales -. Sin embargo, esta solución contiene elementos de mercado, al incentivar la competencia entre entidades en el espacio de la Unión Europea, lo que trae efectos beneficiosos para los titulares de derechos y los usuarios al disponer de mayor oferta para la explotación de los activos.

1.4.3. El modelo LatinAutor y su potencial desfragmentador

Se puede apreciar que la práctica de la celebración de acuerdos de representación recíproca entre sociedades de gestión colectiva tiene un alto potencial para solucionar los problemas de fragmentación que se han repasado. En el ámbito

latinoamericano, se ha estudiado el modelo de LatinAutor, que es capaz de ofrecer un sistema eficiente de licenciamiento regional de derechos mediante ventanilla única.

Esta solución, si bien no evita la diáspora de titulares de derechos sobre la misma obra – lo que es una de las causas del fenómeno de la fragmentación -, permite tanto el adecuado licenciamiento de ésta por parte del potencial usuario de la obra, como la correcta fiscalización de los usos autorizados por parte de las sociedades de gestión colectiva de derechos. Esto ocurre debido a que se consagra un sistema integrado de gestión de derechos entre sociedades de varios países, lo que permite uniformidad en torno a las condiciones del otorgamiento de la licencia por parte de éstas – dado que el sistema de ventanilla única les permite operar como si fueran una sola-, lo que beneficia al usuario de la obra, que sabrá dónde licenciar y bajo qué términos.

La acción coordinada de las entidades de gestión locales también coadyuva a la actividad de fiscalización y recaudación, la que se realiza por conducto de la entidad en la que se ubique territorialmente la explotación para luego ser distribuida por la sociedad de gestión a la que adhiera el titular de derechos.

1.4.4. La directiva 2014/26 y el riesgo de la contradicción

Por otro lado, el modelo europeo que se consagró a partir de la entrada en vigencia de la directiva 2014/26 propone una solución contractual diferente para el problema de la fragmentación del derecho y los usos multiterritoriales, dando lugar a un marco normativo que apuesta por la flexibilidad en el contexto del mercado interior, lo que se traduce en la posibilidad del titular de derecho de escoger con mayor libertad la o las sociedades que gestionarán sus prerrogativas, así como en la posibilidad de las mismas sociedades de gestión de delegar el otorgamiento de licencias en otra entidad.

Así, se derriban las barreras legales que impiden a las entidades de gestión colectiva actuar en legislaciones ajenas a las que pertenecen para propiciar la representación de repertorios, lo que constituye una solución normativa al problema de la fragmentación del mercado de los derechos, al establecer una base legal que permite una conducta que estaba anteriormente prohibida.

Nuevamente, este modelo de gestión no impide la proliferación de varios titulares de derechos sobre la misma obra, dado que éstos podrán ceder su titularidad en el momento en que lo deseen. Al mismo tiempo, tampoco impide la fragmentación en torno a la gestión del derecho o categoría de derecho que se ostente, ya que la directiva permite que los titulares puedan elegir entre varias entidades para gestionar categorías de derechos, así como también entre éstas, la gestión individual y los operadores de gestión independiente.

En teoría, la capacidad de otorgar licencias multiterritoriales por parte de las entidades de gestión colectiva que han suscrito acuerdos de representación con otras permite al potencial usuario de la obra disminuir sus costos de transacción y obtener una licencia adecuada con mayor facilidad, dado que la agregación de repertorios reduce los costos de transacción asociados a la obtención de la licencia¹⁵². La capacidad de la entidad de gestión colectiva para otorgar y gestionar licencias multi territorio debe tener su contracara en la capacidad de la misma entidad para fiscalizar las explotaciones de la obra en un ámbito multiterritorial, cuestión que tiene su asidero en la misma directiva 2014/26, ya que ésta tiene por objetivo establecer condiciones que aseguren un alto nivel de administración, gestión, transparencia e información de la gestión colectiva de derechos por parte de éstas instituciones¹⁵³.

Ante esto, es importante notar que la posibilidad de que el titular de derechos delegue la representación de éstos a diferentes entidades de gestión colectiva puede atender contra este efecto desfragmentador del mercado, al posibilitar que categorías de derechos se distribuyan entre entidades de gestión diferentes.

Así, se puede entorpecer el tráfico comercial al delegar desde un inicio diferentes categorías de derechos entre entidades de gestión, o retirando los derechos de una a la que ya había adscrito para endilgarlos en otra, propiciando un proceso de fragmentación de categorías de derechos entre distintos repertorios¹⁵⁴:

¹⁵² Directiva 790/2019, Considerando 44.

¹⁵³ Directiva 790/2019 Considerando. 9.

¹⁵⁴ Ordellin Font, «El Futuro De La Gestión Colectiva», P. 16.

"Por ende, es totalmente factible que los usuarios realicen pagos dobles e incluso tengan mayores gastos por transacción, dado que se hace necesario encontrar cada una de las entidades que gestiona los derechos de un mismo titular en forma diseminada. Se corre así el riesgo de caer en la misma situación jurídica que en principio ésta normativa trata de evitar (...)"

El potencial de esta institución en cuanto solución a la fragmentación del mercado de derechos pasa por que las condiciones de competencia económica que existan incentiven al titular de derechos a adscribir a solo una – o pocas – entidades de gestión colectiva, a fin de no consolidar el riesgo descrito. Al margen de esto, la apertura de las barreras legales que impedían el otorgamiento de licencias multiterritoriales por parte de entidades de gestión colectiva suponen, de todas formas, una recomposición del mercado de derechos al permitir a un usuario explotar ciertas obras en un espacio geográfico ampliado. De ahí que el potencial de esta solución deba apreciarse en concreto, al estar supeditada a factores de mercado que exceden el sentido de esta investigación.

1.5. Operadores de Gestión Independiente

Los Operadores de Gestión Independiente son agentes privados que desempeñan la misma actividad de gestión conjunta de derechos que es realizada por las sociedades de gestión colectiva, siendo organizaciones diferentes a éstas por cuanto no están sometidas al control de los titulares de derechos y tienen ánimo de lucro.

Estas instituciones son reconocidas jurídicamente en la directiva 2014/26 del Parlamento Europeo, que las habilita para realizar la actividad de gestión de derechos ajenos en Europa. Su introducción en este espacio responde a la necesidad de generar mayor competencia en el ámbito del mercado de derechos, dominado por las entidades de gestión colectiva, por lo que no constituyen una solución específica al problema de la fragmentación. En este contexto, hay actividades vedadas a estos operadores, a pesar de que se les permite realizar la gestión conjunta de derechos. Esto ocurre con el fin de que dichas actividades sean desempeñadas en forma

exclusiva por las entidades de gestión colectiva, como ocurre con la gestión colectiva obligatoria en los derechos de simple remuneración.

Esta circunstancia en principio implica una posición de desigualdad económica del Operador independiente frente a la Entidad de gestión, dado que el primero no puede realizar a total cabalidad las actividades reservadas a las sociedades de gestión colectiva¹⁵⁵, presentándose en una posición disminuida en el mercado frente a ésta. Sin embargo, esto no constituye un impedimento a la recomposición del mercado de derechos, por cuanto es incluso deseable que la recaudación de regalías ocurra en forma centralizada, dado que esto evita la fragmentación de los agentes habilitados para el cobro de derechos, ordenando el proceso de recaudación y distribución de activos, el que se realiza por conducto de pocos agentes, lo que desfragmenta el mercado en este sentido.

Al reconocer que los Operadores de Gestión Independiente y las Sociedades de Gestión Colectiva de derechos realizan la misma actividad, se puede concluir que el funcionamiento de los primeros está vedado fuera de Europa, toda vez que las barreras legales existentes para esta actividad implican que la misma solo puede ser realizada por sociedades especialmente habilitadas al efecto por la legislación, que no ampara a estos operadores independientes.

Así, la posición de desigualdad de los Operadores de Gestión Independiente en Europa se invierte en el resto del mundo, donde la falta de reconocimiento normativo de estos agentes implica que operan sin estar sometidos a la intensa carga de obligaciones que caracteriza a las entidades de gestión colectiva de derechos, por lo que su competencia se da en condiciones desleales al desempeñar su actividad en forma desregulada contra agentes legalmente regulados, presentándose en una posición beneficiosa en el mercado frente a las entidades de gestión colectiva producto de su falta de reconocimiento legal.

Al margen de estas consideraciones, se afirma que la similitud entre la actividad realizada por el operador independiente y la sociedad de gestión colectiva implica que

el potencial de ambas instituciones para asistir a la desfragmentación del mercado de derechos es similar, en aquellos casos en que los Operadores independientes cuenten con reconocimiento legal y cargas similares a las de las Entidades de Gestión Colectiva, a fin de que no se originen distorsiones injustificadas en el mercado de derechos.

1.5.1. Caracterización

Estas instituciones son definidas por la directiva 2014/26 de la Unión Europea bajo los siguientes términos: “toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, para gestionar los derechos de autor o los derechos afines (...) en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que:

- i) No sea propiedad ni esté sometida al control, directa o indirectamente (...) de los titulares de derechos, y
- ii) Tenga ánimo de lucro”¹⁵⁶.

El mismo cuerpo normativo indica, en su considerando 15º, que estas entidades realizan las mismas actividades que las sociedades de gestión colectiva de derechos. Así, ambos entes son equiparables¹⁵⁷, y las principales diferencias entre ellos están en el hecho de que los Operadores de Gestión Independiente poseen Ánimo de Lucro¹⁵⁸ – a diferencia de las Entidades de Gestión Colectiva, que lo tienen proscrito -; y que, además, los Operadores tampoco pueden estar sujetos al control o propiedad de los titulares de derechos que le encomiendan la gestión de sus activos¹⁵⁹ – lo que sí ocurre en las entidades de gestión colectiva -¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (Texto pertinente a efectos del EEE, Artículo. 3º b).

¹⁵⁷ Jordi Cubells, «Tribuna | Reforma de la ley de Propiedad Intelectual y “liberalización” de la gestión colectiva».

¹⁵⁸ Ministerio de Cultura y Deporte - Gobierno de España, «Gestión Colectiva».

¹⁵⁹ Ministerio de Cultura y Deporte - Gobierno de España.

¹⁶⁰ Jordi Cubells, «Tribuna | Reforma de la ley de Propiedad Intelectual y “liberalización” de la gestión colectiva».

Según se ha indicado por la doctrina, algunas de las principales características de estas instituciones son¹⁶¹:

- El que se constituyen como sociedades mercantiles, por lo que poseen ánimo de lucro.
- Ser independientes, lo que implica no estar bajo el control o propiedad de titulares de derechos o de otras sociedades de gestión de derechos.
- Administrar derechos de propiedad intelectual encomendados mediante contratos de gestión de derechos en beneficio colectivo, quedando fuera de su margen de acción los derechos encomendados a la gestión colectiva obligatoria¹⁶².

En la normativa comparada, los Operadores de Gestión Independiente han sido reconocidos en España, país donde están habilitados para ejercer actividades de administración de los derechos encomendados; reparto de las recaudaciones obtenidas; o protección y tutela judicial de los titulares de derechos ante infracciones¹⁶³.

Estas entidades están habilitadas para otorgar licencias no exclusivas sobre los derechos gestionados, así como de fijar y percibir la remuneración pactada por dicha explotación, lo que incluye la posibilidad de celebrar contratos generales con los usuarios de su repertorio a fin de posibilitar utilizaciones masivas de los activos por parte de éstos¹⁶⁴.

Se había hablado en forma previa de cómo la Directiva 2014/26 buscaba propugnar un modelo de competencia entre las instituciones habilitadas para la gestión colectiva de derechos. En este esquema, uno de los eslabones más relevantes para la obtención de este objetivo son los Operadores de Gestión Independiente, toda vez que su inclusión en el entramado jurídico europeo permitió la expansión y competencia

¹⁶¹ López Alzaga y Golmayo Sebastián, «Operadores de Gestión Independiente».

¹⁶² López Alzaga y Golmayo Sebastián, «Operadores de Gestión Independiente».

¹⁶³ Ministerio de Cultura y Deporte - Gobierno de España, «Operadores de Gestión Independiente».

¹⁶⁴ Ministerio de Cultura y Deporte - Gobierno de España.

en el interior del mercado de los gestores de derechos¹⁶⁵, compatibilizando la gestión colectiva de derechos con un modelo empresarial desligado de las barreras de entrada que constriñen a las sociedades de gestión colectiva de derechos¹⁶⁶, como lo es la obtención de una autorización de la correspondiente autoridad administrativa para operar¹⁶⁷.

De ahí que se deba indicar desde ya que el potencial de esta institución para asistir a la desfragmentación del mercado de derechos es equivalente al de las entidades de gestión colectiva, propiciando la recomposición de éste a través de la actividad armonizadora que realizan al intermediar entre titulares de derechos y usuarios.

1.5.2 Limitaciones a la Gestión de Derechos por los Operadores de Gestión Independiente

La Directiva Europea del año 2014 habilita a los Operadores de Gestión Independiente para asumir la gestión de las prerrogativas de sus titulares mediante “ley, cesión, licencia u cualquier otro acuerdo contractual”.

Si bien estos agentes poseen la facultad de otorgar licencias respecto de los derechos que se les haya encomendado gestionar¹⁶⁸, esta prerrogativa no se extiende, por el imperio de la Directiva, ni a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos en línea sobre obras musicales; ni a la gestión de derechos calificados como de gestión colectiva obligatoria¹⁶⁹.

La proscripción del otorgamiento de licencias multiterritoriales para el caso de las obras musicales se fundamentaría en el hecho de que el cuerpo normativo de la Directiva, al explorar este tipo de licencias, no realiza ninguna mención a los

¹⁶⁵ Herrera Para y Viedma Ortiz-Cañavate, «La gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la competencia. Novedades y retos», P. 231.

¹⁶⁶ Herrera Para y Viedma Ortiz-Cañavate, P. 229.

¹⁶⁷ Herrera Para y Viedma Ortiz-Cañavate, «La gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la competencia. Novedades y retos» 230.

¹⁶⁸ Herrera Para y Viedma Ortiz-Cañavate, P. 231.

¹⁶⁹ Herrera Para y Viedma Ortiz-Cañavate, P. 232.

operadores de gestión independiente, cuestión que implicaría que esta actividad solo puede ser realizada por las Sociedades de Gestión Colectiva¹⁷⁰.

Esta interpretación genera dudas al tenor de esta investigación, en la medida en que se ha dado cuenta de que los Operadores Independientes y las Sociedades de Gestión son entidades equivalentes por cuanto realizan la misma actividad, lo que permitiría la interpretación de este precepto por la vía analógica, extendiendo la aplicación de éste a ambas instituciones de gestión de derechos. Una interpretación acorde con este criterio implica que los Operadores de Gestión Independiente pueden realizar las mismas actividades que son habilitadas a las Entidades de Gestión Colectiva, como la Gestión Colectiva Obligatoria, lo que en cualquier caso no ocurre actualmente¹⁷¹. Las mismas objeciones pueden ser planteadas en torno a la redacción de la Directiva 2019/790, que usa la expresión “Entidades de Gestión Colectiva” para hacer referencia a las licencias colectivas con efecto ampliado¹⁷², lo que al tenor de lo expuesto implicaría que estas actividades también son vedadas a los Operadores de Gestión Independiente.

1.5.3. La Gestión Colectiva Obligatoria por los Operadores de Gestión Independiente en los Derechos de Simple Remuneración

La Gestión Colectiva Obligatoria puede operar tanto en los derechos de simple remuneración como en los exclusivos – como ocurre en Hungría -. Sin embargo, esta última circunstancia es poco común, al requerir remisión normativa expresa. Así, el análisis desplegado se centra en los derechos de simple remuneración, puesto que el estudio pormenorizado de la Gestión Colectiva Obligatoria en los derechos exclusivos se realiza más adelante.

Una reserva expresa en el considerando 19° de la comentada Directiva prohíbe tanto la gestión individual como la gestión mediante operadores independientes de los derechos de gestión colectiva obligatoria, que podrán ser de simple remuneración o

¹⁷⁰ Herrera Para y Viedma Ortiz-Cañavate, P. 232.

¹⁷¹ Mansilla y Serras Pereira, «Gestión colectiva obligatoria por OGIS Post-Directiva CRM».

¹⁷² Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, Considerandos 44-46 y Artículo 8.

exclusivos, dependiendo de la legislación en cuestión¹⁷³: “En caso de que un Estado miembro, en cumplimiento del Derecho de la Unión y de las obligaciones internacionales de la Unión y sus Estados miembros, previera la obligatoriedad de la gestión colectiva de los derechos, la elección de los titulares de derechos se limitaría a otras entidades de gestión colectiva.”¹⁷⁴

Así, al titular solo se le permite elegir entre diferentes sociedades de gestión colectiva habilitadas al efecto, cuestión que reduce el ámbito de servicios que pueden proveer estos operadores independientes a través de la elaboración de barreras legales a su operación¹⁷⁵.

La circunstancia de que los derechos de gestión colectiva obligatoria no puedan ser administrados por Entidades de Gestión Independiente implica que éstas solo pueden representar derechos exclusivos de sus titulares¹⁷⁶, lo que impide su administración en presencia de derechos de simple remuneración – como el de comunicación pública que se debe pagar a artistas y productores de fonogramas -¹⁷⁷, los que están sometidos a la gestión colectiva obligatoria en muchas legislaciones, como España o Chile¹⁷⁸.

La obligatoriedad de la gestión colectiva en estos casos implica que el operador independiente deberá concurrir ante una entidad de gestión para efectos de poder obtener la recaudación por la explotación de estos derechos¹⁷⁹, lo que disminuye sustancialmente su capacidad de actuación en el mercado y lo sitúa en una posición

¹⁷³ Herrera Para y Viedma Ortiz-Cañavate, «La gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la competencia. Novedades y retos», P. 232-233.

¹⁷⁴ Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Texto pertinente a efectos del EEE, Considerando 19.

¹⁷⁵ Herrera Para y Viedma Ortiz-Cañavate, «La gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la competencia. Novedades y retos», P. 233.

¹⁷⁶ En rigor también existe la Gestión Colectiva Obligatoria en los derechos exclusivos, como ocurre en Hungría. Sin embargo, ésta circunstancia es la excepción a la regla general, por requerir ley expresa al efecto.

¹⁷⁷ Bello, «Los Operadores de Gestión Independiente en España».

¹⁷⁸ Ley 17.336, artículo 67.

¹⁷⁹ Bello, «Los Operadores de Gestión Independiente en España».

de desventaja competitiva respecto de la sociedad de gestión colectiva en este aspecto¹⁸⁰.

Cuando los derechos exclusivos sean representados por un Operador de Gestión Independiente y los de Simple Remuneración estén en manos de una Entidad de Gestión Colectiva, el usuario de la obra deberá abonar tanto a la entidad de gestión independiente como a la sociedad de gestión colectiva que administre los derechos de simple remuneración¹⁸¹, lo que podría aumentar sus costos de transacción bajo ciertos casos.

Si bien el titular de derechos está en libertad de encomendar la gestión de sus derechos exclusivos al operador independiente, no podrá encomendar los de simple remuneración a este agente, lo que implicará que en algunos casos tendrá que fragmentar la administración de éste entre operadores independientes y sociedades de gestión.

Estas cuestiones, si bien suponen un problema asociado a la competencia económica entre los Operadores Independientes y las Entidades de Gestión, no constituyen un problema de cara a la fragmentación del derecho de autor. Estas circunstancias no atentan contra el potencial desfragmentador de la institución, toda vez que se considera que es beneficioso que la recaudación asociada a los derechos de simple remuneración ocurra en forma centralizada, dado que esta cuestión facilita el cobro y distribución del activo, al no realizarse de manera fragmentada.

La representación de los derechos de simple remuneración por parte de los Operadores de Gestión Independiente implicaría que el titular de derechos podría fragmentar la recaudación de sus regalías entre distintas instituciones, lo que es susceptible de aumentar los costos de transacción del usuario al diseminar el cobro entre diferentes entes, lo que no ocurre cuando la recaudación se realiza por conducto exclusivo de las Entidades de Gestión Colectiva. Así, el hecho de que la recaudación de las regalías se realice por conducto de sociedades de gestión asiste a la

¹⁸⁰ Bello.

¹⁸¹ Bello, «Los Operadores de Gestión Independiente en España»

recomposición del mercado de los derechos, al permitir una recaudación centralizada y más ordenada de las remuneraciones debidas.

En virtud de lo expuesto se puede apreciar que, conceptualmente, los Operadores de Gestión Independiente se erigen como una solución a los problemas de fragmentación del derecho de autor, en la medida en que permitirían arribar a soluciones homólogas a las de las sociedades de gestión colectiva de derechos.

La división que la Directiva 2014/26 generó en torno a la administración de derechos exclusivos y derechos de simple remuneración no conspira contra ésta solución, dado que si bien no permite a los Operadores Independientes asumir completamente la gestión de los derechos de sus representados - obligándolos a depender de otras entidades para la explotación de ciertos activos –, ésta prohibición permite ordenar y desfragmentar el mercado de los derechos intelectuales, evitando la dispersión en torno a las instituciones habilitadas para el cobro de derechos de simple remuneración, lo que en caso contrario podría incidir en un aumento de los costes de transacción del usuario, lo que sí conspiraría en contra de la recomposición del mercado de derechos.

1.5.3. Prohibición de funcionamiento de los Operadores de Gestión Independiente en Latinoamérica

La gestión colectiva implica la intermediación de agentes que actúan en favor de los titulares de derechos en la negociación, recaudación y licenciamiento de las explotaciones de los activos administrados por cuenta del titular¹⁸². Se caracteriza por ofrecer el licenciamiento de un conjunto de activos como unidad económica, los que se ofrecen bajo la forma de repertorio. Los Operadores de Gestión Independiente son entidades que realizan gestión conjunta de derechos, al igual que las Sociedades de Gestión Colectiva¹⁸³, dado que ofrecen el mismo servicio.

¹⁸² Ficsor, *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, P. 17.

¹⁸³ Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Texto pertinente a efectos del EEE, Considerando. 15.

Al caracterizar a los Operadores de Gestión Independiente en el contexto de la Unión Europea, indicamos que éstos debían cumplir dos requisitos copulativos: No estar sometido al control de los titulares de derechos que encomiendan su gestión a la entidad; y poseer ánimo de lucro. La necesidad de que concurren estos requisitos para estar ante un Operador de Gestión Independiente implica que estas instituciones están proscritas en la mayoría de los países en Latinoamérica, como se pasará a detallar.

En esta región, las entidades de gestión conjunta de derechos están fuertemente reguladas debido al servicio de gestión ajena de activos que proveen¹⁸⁴, lo que implica que están sometidas, por regla general, a autorizaciones de funcionamiento, fiscalizaciones y vigilancia estatal¹⁸⁵. Asimismo, la mayoría de las legislaciones prohíben expresamente el ánimo de lucro en las entidades de gestión de derechos¹⁸⁶, mientras que otras no lo prevén como condición excluyente, sin llegar a permitirlo tampoco¹⁸⁷, habiendo solo una legislación que permite en forma expresa que estas entidades tengan ánimo de lucro¹⁸⁸.

La prohibición en torno al ánimo de lucro de las entidades de gestión de derechos en Latinoamérica –que se suma a barreras de entrada como la exigencia de autorizaciones de autoridades administrativas para comenzar a operar¹⁸⁹ – hace imposible la existencia de Operadores de Gestión Independiente bajo los términos en que estas instituciones han sido recibidas en el ámbito de la Unión Europea, donde el ánimo de lucro es una condición expresa.

A modo ejemplar, puede citarse el artículo 91 de la ley 17.336, de Chile, en que se indica que la gestión colectiva de derechos solo puede ser realizada de conformidad a las exigencias previstas por dicho cuerpo normativo. Y en la medida en que la gestión

¹⁸⁴ Botero Cabrera, Guzmán Mejía, y Cabrera Peña, «Desafíos de la gestión colectiva de derechos de autor ante las tecnologías digitales en América Latina», P. 70.

¹⁸⁵ Gómez Garavito et al., *Panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en Iberoamérica*, P. 17.

¹⁸⁶ Botero Cabrera, Guzmán Mejía, y Cabrera Peña, «Desafíos de la gestión colectiva de derechos de autor ante las tecnologías digitales en América Latina», P. 69.

¹⁸⁷ Gómez Garavito et al., *Panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en Iberoamérica*, P. 12.

¹⁸⁸ Gómez Garavito et al., P. 12.

¹⁸⁹ Botero Cabrera, Guzmán Mejía, y Cabrera Peña, «Desafíos de la gestión colectiva de derechos de autor ante las tecnologías digitales en América Latina», P. 70.

colectiva de derechos puede ser efectuada tanto por sociedades de gestión como por operadores independientes, se debe concluir que las exigencias que vislumbra la ley se aplican a ambos entes, lo que impide el funcionamiento de operadores independientes en la legislación nacional, razonamiento que puede ser replicado en el resto de las legislaciones regionales que contemplen exigencias homólogas.

1.5.4. El potencial para desfragmentar el mercado de derechos

En vista de los argumentos precedentes, se debe indicar que fuera de Europa, los Operadores de Gestión Independiente no constituyen una solución adecuada al problema de la fragmentación del derecho. La falta de regulación expresa de ellos – o, mejor dicho, la actual regulación en la materia – implica que estas entidades operan al margen de la ley cuando no hayan cumplido los requisitos que cada legislación nacional contempla para las sociedades de gestión colectiva de derechos, lo que implica que actualmente no son una solución viable para la recomposición del mercado de derechos fuera de Europa.

La inviabilidad de los operadores de gestión independiente se debe a que no están sometidos a las mismas cargas y exigencias legales que las entidades de gestión colectiva. Esto implica que compiten en condiciones económicamente desiguales, al no tener que responder a los mismos estándares, pues son entes desregulados, no reconocidos por el sistema jurídico. Ésta circunstancia también atenta contra los intereses de los titulares de derechos, puesto que las exigencias que se imponen a las entidades de gestión colectiva se encaminan a ofrecer a los titulares un alto nivel de seguridad y transparencia en la gestión de los activos, estándares que no son contemplados cuando la actividad se presta en condiciones no reguladas, como lo hacen los Operadores Independientes fuera del espacio europeo. De ahí que no sean una solución adecuada para el problema de la fragmentación.

En particular, es relevante recordar que la integración de estos agentes en el mercado de derechos europeo se debe a la apuesta por la competencia entre entidades de gestión que se realizó en este entorno, lo que a su vez se afincó en consideraciones económicas sobre el poder de mercado que ostentaban las

sociedades de gestión colectiva de derechos y la tendencia a la formación de monopolios a la que daba lugar dicho modelo¹⁹⁰. Así, se incentivó la competencia entre entidades de gestión conjunta de derechos – tanto sociedades colectivas como operadores independientes -, lo que se ha sumado a iniciativas que impulsan el otorgamiento de licencias multiterritoriales en el territorio de la Unión Europea, dando lugar a un modelo de competencia transfronteriza en el espacio europeo.

En la medida en que los Operadores de Gestión Independiente se integran al mercado europeo para ayudar a solucionar problemas de competencia en el ámbito de la gestión del derecho de autor, su potencial como solución autónoma al problema de la fragmentación del derecho de autor es poco, pues las soluciones a las que estas instituciones pueden arribar son equivalentes a las de las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos, ya que ambas organizaciones son homólogas habida consideración de que administran derechos de terceros en el mismo mercado.

Los Operadores de Gestión Independiente podrían llegar a consagrarse como un nodo centralizado de otorgamiento de licencias por parte de varios titulares de derechos mientras ayudan a la fiscalización de los usos por parte de los usuarios, pero esta solución no innova en nada respecto de lo que las Sociedades de Gestión Colectiva de derechos pueden ofrecer - sin perjuicio de las diferencias económicas que determinan los planes de negocios de cada institución, lo que desde luego redundaría en la manera en la que se materializan estas soluciones - . Más aun, debe recordarse que las licencias transfronterizas no existen en el ámbito latinoamericano, lo que obligaría a la suscripción de acuerdos de representación por parte de estos agentes, solución que ya se ha explorado en el ámbito de las sociedades de gestión colectiva de derechos.

¹⁹⁰ Herrera Para y Viedma Ortiz-Cañavate, «La gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la competencia. Novedades y retos», P. 218.

SECCIÓN 2. SOLUCIONES NORMATIVAS: REGULACIÓN DE LA GESTIÓN DE DERECHOS

Las soluciones normativas son instituciones provistas desde el esquema del Derecho para asistir a la recomposición del mercado de los activos intelectuales a través de la regulación de la gestión de los derechos. Éstas contribuyen a la desfragmentación del mercado de derechos a través del establecimiento de marcos normativos que permiten a los usuarios la explotación de un conjunto de activos intelectuales a través de un intermediario, morigerando así la fragmentación existente entre titulares de derechos, como ilustran la Gestión Colectiva Obligatoria y la Gestión Colectiva Extendida. De esta forma, se otorga fluidez a la explotación de activos económicos, legitimando explotaciones intelectuales que de otra forma no serían viables.

Estas instituciones provienen del seno de órganos normativos en materia de propiedad intelectual, tanto a nivel regional, como las directivas de la Unión Europea; como a nivel local, a través de la legislación del estado, ya sea permitiendo conductas que anteriormente se encontraban prohibidas, o proscribiendo conductas que bajo otras circunstancias serían admitidas por el ordenamiento jurídico.

La Gestión Colectiva de Derechos permite contribuir a la desfragmentación del mercado de derechos través del ejercicio de éstos por conducto de entidades de gestión colectiva. Así, la entidad de gestión permite al titular de derechos poder negociar, licenciar y cobrar la explotación de sus activos en mejores condiciones, mientras que el usuario, a su vez, puede explotar un conjunto de activos en forma lícita, unitaria, y sencilla. La desfragmentación ocurre gracias a la actividad armonizadora de la entidad de gestión, puesto que ésta permite licenciar una unidad de activos mientras retribuye a los titulares de derechos las explotaciones realizadas, dando legitimidad a las operaciones realizadas en el mercado de los derechos.

La gestión colectiva obligatoria es una institución que recompone el mercado de los derechos a través de la prohibición de la gestión individual de éstos. De esta forma, se asegura el acceso a un conjunto de material protegido a través de la acción de la entidad de gestión colectiva de derechos, la que está en condiciones de levantar un repertorio conformado por un alto número de obras asociadas a titulares de derechos, dado que la adhesión a la entidad es establecida por ley.

La gestión colectiva extendida o ampliada es una institución que permite que una entidad de gestión de derechos que sea suficientemente representativa en su rubro otorgue licencias colectivas extendidas, por cuanto éstas representan a los titulares de derecho que han adherido voluntariamente a la gestión conjunta y los que no. Así, se asiste a la recomposición del mercado de los derechos intelectuales a través de la actividad de agencia oficiosa de la entidad de gestión, puesto que los acuerdos suscritos por ésta se amplían por disposición legal a todos los titulares de derechos del rubro, permitiendo la explotación de obras de difícil licenciamiento en condiciones de buena fe para los usuarios.

2.1. Gestión Colectiva Obligatoria

La Gestión Colectiva Obligatoria es una institución que obliga a que el ejercicio de los derechos patrimoniales – tanto exclusivos como los de simple remuneración – se realice por medio de Entidades de Gestión Colectiva de Derechos. Esta institución veda a los titulares el ejercicio de sus prerrogativas por medio de la gestión individual, por lo que la única institución habilitada para licenciar en el mercado de derechos es la entidad de gestión a la que ha adherido el titular.

Esta circunstancia ha hecho que la doctrina se pronuncie respecto de la licitud de esta institución, tanto frente a su compatibilidad con los instrumentos internacionales vigentes en propiedad intelectual – particularmente el Convenio de Berna – como frente a la posible vulneración que puede significar a los derechos fundamentales de propiedad y libertad de asociación, los que se ven limitados mediante la regulación de estas garantías fundamentales, cuestión que es catalogada

como una condición para el ejercicio de los derechos intelectuales, la que debe estar expresamente establecida por la ley.

Se estudia la Directiva Europea 93/83/CEE, que impone la Gestión Colectiva Obligatoria en la radiodifusión vía satélite y la distribución por cable. Este instrumento establece esta institución para evitar que titulares de derechos exclusivos paralicen la circulación de obras en el circuito comercial, dando lugar a la adhesión legal a una entidad de gestión de derechos, lo que favorece la explotación de las obras de parte del usuario de ésta, asistiendo a la recomposición del mercado al maximizar la actividad armonizadora de la entidad de gestión, ampliando su ámbito de influencia, ante lo que vale la pena cuestionarse las diferencias entre la gestión obligatoria y voluntaria para efectos de la desfragmentación del mercado de derechos.

2.1.1. Gestión Colectiva de Derechos

Como se ha indicado constantemente, la Gestión Colectiva de Derechos es el ejercicio de los derechos de autor y las prestaciones conexas mediante organizaciones especiales que representan los activos de sus titulares en el mercado intelectual¹⁹¹. Estas organizaciones actúan por cuenta propia en interés de los titulares de derechos, dando lugar a una actividad de intermediación en el otorgamiento de licencias a fin de explotar un repertorio conformado por los activos de distintos titulares de derechos que adhieren a la entidad correspondiente¹⁹².

En este orden de cosas, es necesario que la Entidad de Gestión establezca un vínculo jurídico con sus representados, por medio del cual se vea habilitada para ejercer la gestión de derechos ajenos¹⁹³. Este vínculo jurídico es por regla general voluntario – tomando la forma de contrato, que puede ser de cesión fiduciaria de derechos; de cesión estatutaria de derechos; o de mandato¹⁹⁴ -, pero también puede tomar lugar por medio de la ley, estableciéndose así en forma legal un vínculo jurídico que por regla general es voluntario.

¹⁹¹ Para más información sobre gestión colectiva de derechos, ver 1.3 superior y subsiguientes.

¹⁹² Schuster, «Gestión Colectiva Impropia en América Latina El caso Soundreef», P. 6.

¹⁹³ Schuster, P. 6.

¹⁹⁴ Schuster, P. 6.

Este tipo de gestión colectiva agrupa diversas instituciones, las que se caracterizan por ser amparadas en el establecimiento legal de la adhesión a la entidad de gestión: Licencias Colectivas Ampliadas; presunciones legales de representación; y Gestión Colectiva Obligatoria¹⁹⁵, que es lo que se desarrolla en el presente acápite.

La Gestión Colectiva Obligatoria de Derechos es un sistema de gestión de derechos intelectuales mediante el cual, por mandato de la ley, el ejercicio de los activos intelectuales solo puede ser realizado por conducto de Entidades de Gestión Colectiva, limitándose así la capacidad de los titulares de derechos de decidir de qué manera ejercerán sus prerrogativas¹⁹⁶, al proscribir la gestión individual de sus obras y prestaciones conexas. Las explotaciones y remuneraciones son imprescindiblemente intermediadas por la sociedad, quien propicia el funcionamiento del mercado de derechos.

Así, lo que determina a la gestión colectiva obligatoria es la inexistencia de negociaciones sobre las condiciones la adhesión del titular del derecho a la entidad de gestión¹⁹⁷, siendo un mecanismo que no requiere de la voluntad de los titulares de derechos para operar.

2.1.2. Procedencia de la gestión colectiva obligatoria en los derechos patrimoniales

Los derechos patrimoniales de propiedad intelectual se clasifican en derechos exclusivos y de simple remuneración¹⁹⁸, dependiendo de si confieren a su titular el poder de autorizar o prohibir la explotación de la obra o prestación. En los derechos de simple remuneración el titular no dispone de la capacidad de autorizar o denegar el uso de la obra o prestación¹⁹⁹, por lo que la explotación de ésta ocurre sin perjuicio de su voluntad.

¹⁹⁵ Koskinen-Olsson y Lowe, «Educational Material on Collective Management of Copyright and Related Rights», P. 58.

¹⁹⁶ Bulayenko, «Permissibility of Non-Voluntary Collective Management of Copyright under EU Law – The Case of the French Law on Out-of-Commerce Books», P. 8.

¹⁹⁷ Stokkmo, «El Acuerdo de Licencia Colectiva Ampliada (LCA). The Extended Collective Licence Agreement (ECL)», P. 10.

¹⁹⁸ Aragón, «Contenido del derecho de autor. El autor, la obra, limitaciones y excepciones», P. 10.

¹⁹⁹ Aragón, P. 15.

En estos derechos, la actividad de gestión colectiva no se desarrolla en toda su extensión²⁰⁰, puesto que estas prerrogativas no son de naturaleza exclusiva: así, la actividad de gestión se limita a la captación y distribución de la remuneración por cuenta de la Entidad Colectiva²⁰¹, dado que la explotación de la obra es válida por su uso remunerado, no siendo necesaria una actividad intensa de licenciamiento previo para la explotación del activo, como sí ocurre en los derechos exclusivos.

De ahí que exista consenso en la doctrina respecto de que la Gestión Colectiva Obligatoria puede proceder en los derechos de simple remuneración²⁰², dado que en todos estos casos la explotación toma lugar sin el necesario consentimiento de los titulares, ante lo que la actividad de gestión se limita a la captación y distribución de la remuneración por conducto de la Entidad Colectiva²⁰³, siendo eminentemente una actividad de cobro, no de licenciamiento.

Esto último explica que el consenso existente respecto de la procedencia de la gestión colectiva obligatoria en los derechos de simple remuneración no se haya extrapolado a los derechos exclusivos, respecto de los cuales han surgido dudas en torno a su legitimidad, dada la posibilidad del titular del derecho de permitir o autorizar cualquier uso sobre su activo, lo que implica que en estos casos la actividad de licenciamiento, tanto vía gestión individual o colectiva, es crucial.

En particular, las discusiones más relevantes expresadas por la doctrina sobre la gestión colectiva obligatoria en los derechos exclusivos se remiten a dos cuestiones²⁰⁴:

- La compatibilidad de esta modalidad de gestión con los instrumentos internacionales vinculantes en materia de derecho de autor.

²⁰⁰ Ficsor, «COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AT A TRIPLE CROSSROADS: SHOULD IT REMAIN VOLUNTARY OR MAY IT BE “EXTENDED” OR MADE MANDATORY?», P. 3.

²⁰¹ Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», P. 9.

²⁰² Ficsor, «COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AT A TRIPLE CROSSROADS: SHOULD IT REMAIN VOLUNTARY OR MAY IT BE “EXTENDED” OR MADE MANDATORY?», 4-5; Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», 9.

²⁰³ Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», P. 9.

²⁰⁴ Oriakhogba, P. 13.

- Los posibles vulneraciones que la obligatoriedad de la gestión colectiva puede significar frente a los derechos fundamentales de los titulares, especialmente los de propiedad y de libertad de asociación.

2.1.3. Naturaleza Jurídica de la Gestión Colectiva Obligatoria y su compatibilidad con instrumentos internacionales

La compatibilidad de la Gestión Colectiva Obligatoria con los instrumentos internacionales vinculantes en derecho de autor se relaciona con la naturaleza jurídica de esta institución: En particular, sobre si ésta sería una excepción o una limitación a los derechos de autor²⁰⁵.

Las limitaciones y excepciones a la propiedad intelectual establecen habilitaciones legales al público para realizar conductas que de otra forma estarían prohibidas. Así, la legitimación para realizar estos actos proviene del legislador, no del titular del derecho, quien en cualquier caso puede otorgar su licencia al efecto. Mediante éstas, se afecta el derecho del titular, dado que éste verá que ciertas formas de explotación de su activo son permitidas sin que necesariamente concurra su consentimiento – e incluso en contra de éste -, lo que justifica la aplicación de la regla de los tres pasos para evitar el establecimiento de limitaciones y excepciones que sean lesivas a los derechos de sus titulares²⁰⁶.

En el marco de la Gestión Colectiva Obligatoria se ha indicado que no corresponde aplicar la regla de los tres pasos, pues ésta no es ni una excepción ni una limitación al derecho de autor: En la gestión colectiva obligatoria no se está afectando el derecho en sí mismo, dado que los usos permitidos sobre la obra no son autorizados por medio de la ley²⁰⁷, sino que por medio de la entidad de gestión habilitada al efecto.

Lo que se restringe no es el contenido del derecho en sí mismo²⁰⁸ – el que es reconocido en su calidad de derecho exclusivo - sino que los conductos por medio de los cuales éste puede ser explotado, de lo que resulta que no hay una limitación

²⁰⁵ Oriakhogba, 13-14.

²⁰⁶ Electronic Frontier Foundation, «La Prueba de los Tres Pasos», P. 1-2.

²⁰⁷ von Lewinski, «MANDATORY COLLECTIVE ADMINISTRATION OF EXCLUSIVE RIGHTS – A CASE STUDY ON ITS COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL AND EC COPYRIGHT LAW», P. 5.

²⁰⁸ Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», P. 14.

patrimonial propiamente tal en favor del público, como acontece con las excepciones²⁰⁹ - que generalmente establecen licencias no voluntarias -. Esto permite concluir que no estamos ante una excepción o limitación bajo los términos del Convenio de Berna²¹⁰, el cual en diversos artículos indica que es resorte de la legislación interna de cada país determinar las condiciones bajo las cuales un derecho puede ejercerse, como indican a título ejemplar los artículos 11 bis, sobre los derechos exclusivos de radiodifusión y derechos conexos; o el artículo 13 sobre el derecho de grabar obras musicales y su letra respectiva.

El reconocimiento jurídico que se le ha entregado a la Gestión Colectiva Obligatoria es el de Condición²¹¹: Si bien se reconoce a los titulares de derecho una prerrogativa, ésta solamente puede ser ejercitada bajo la forma y modo que ha indicado la ley – vedando la gestión individual del derecho –. Así, se condiciona el ejercicio de éste sin establecer una licencia de uso en favor de cierto público, como ocurre con las excepciones.

Esta consideración, en concordancia con los artículos 11 bis y 13 del Convenio de Berna, permite llegar a la conclusión de que la Gestión Colectiva Obligatoria solo puede ser permitida en aquellos casos en que las disposiciones normativas del país expresamente la habiliten²¹², en forma similar a como ocurre con el otorgamiento de licencias no voluntarias²¹³. De esta forma, la gestión colectiva obligatoria si bien no es una excepción o limitación al derecho de autor, al igual que éstas solo procede cuando existe remisión normativa expresa, mediante la indicación, en la legislación interna del país, de que los derechos exclusivos deberán ejercerse por conducto de entidades de gestión colectiva de derechos, proscribiéndose la gestión individual del mismo.

²⁰⁹ von Lewinski, «MANDATORY COLLECTIVE ADMINISTRATION OF EXCLUSIVE RIGHTS – A CASE STUDY ON ITS COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL AND EC COPYRIGHT LAW», P. 5.

²¹⁰ von Lewinski, 14.

²¹¹ Ficsor, «COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AT A TRIPLE CROSSROADS: SHOULD IT REMAIN VOLUNTARY OR MAY IT BE “EXTENDED” OR MADE MANDATORY?», P. 4.

²¹² Ficsor, «COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AT A TRIPLE CROSSROADS: SHOULD IT REMAIN VOLUNTARY OR MAY IT BE “EXTENDED” OR MADE MANDATORY?»P. 5.

²¹³ Ficsor, P. 4.

2.1.4. La Gestión Colectiva Obligatoria frente a los derechos fundamentales de asociación y propiedad.

El ejercicio de los derechos exclusivos por medio de la gestión colectiva obligatoria ha suscitado discusiones doctrinales frente a su relación con los derechos fundamentales de propiedad y libertad de asociación²¹⁴, los que se verían conculcados mediante el ejercicio obligatorio de los derechos intelectuales por medio de entidades de gestión.

En particular, las objeciones levantadas arguyen que esta institución limitaría la capacidad del titular de ejercer su facultad de dominio en forma libre, al condicionar su goce a la adhesión a una entidad de gestión. En la misma línea, se estaría vulnerando la libertad de asociación del individuo, al forzarlo a adherir a una entidad de gestión para explotar sus derechos, lo que puede ocurrir en contra de su voluntad.

Para responder en forma adecuada estas objeciones es necesario atender en forma previa a ciertos conceptos del derecho constitucional, con el objetivo de determinar si estamos ante una afectación a las garantías de propiedad y asociación de quienes se someten a la gestión colectiva obligatoria. En particular, son útiles los conceptos de “limitación”, “delimitación”, y “regulación” de los derechos fundamentales, los que serán ilustrados por el profesor Nogueira Alcalá.

- “El concepto de *limitación de un derecho* puede tener dos connotaciones, significa por una parte la determinación del contenido material del derecho, por otra parte, significa la imposición de restricciones al derecho. Así, dependiendo de la connotación utilizada, el concepto *limitación* consiste en poner fronteras a una cosa o acción o fijar su extensión”.²¹⁵
- “*Delimitar un derecho* es establecer su contenido (haz de facultades, garantías y posibilidades de actuación) y sus fronteras o límites.”²¹⁶
- “*Regulación* implica una afectación normativa a través de la cual (sic.) se establecen modos, condiciones, formas y limitaciones-restricciones del ejercicio

²¹⁴ Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», P. 17.

²¹⁵ Nogueira Alcalá, «Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales», P 22.

²¹⁶ Nogueira Alcalá, P. 20.

de los derechos, la que se despliega a través del contenido del derecho (...). *La regulación del ejercicio de un derecho* implica la previa delimitación del derecho”²¹⁷.

En torno al derecho de propiedad, autores indican que no estaríamos ante una limitación del dominio propiamente tal, dado que el titular no se vería despojado de su derecho sobre el bien y, más aún, vería facilitada la explotación de éste por conducto de la gestión obligatoria²¹⁸, de lo que concluyen que malamente existe una vulneración al derecho de propiedad. Se debe indicar que esta argumentación es débil, dado que no se hace cargo de las diferencias entre limitar, delimitar, y regular un derecho, a partir de las cuales se puede concluir si la afectación a una garantía fundamental es o no lícita.

En la gestión colectiva obligatoria existe una limitación del ejercicio del derecho de autor, que es afectado por el establecimiento de una condición normativa que excluye el ejercicio individual. Esta conclusión es equivalente en el caso del derecho de libertad de asociación,²¹⁹ al obligar a titulares de derechos a asociarse a entidades respecto de los cuales podrían no desear mantener relaciones.

La explicación desplegada en el caso del derecho de propiedad se puede reproducir frente a esta garantía fundamental, en la que asistimos a un proceso de delimitación del derecho en virtud del cual la libertad de asociación se ve regulada en el caso de los derechos de propiedad intelectual, estableciéndose una afectación normativa en virtud de que los titulares están obligados a asociarse a una entidad de gestión para efectos de la explotación de sus activos, que constituyen derecho de propiedad.

En este último caso se asiste a una limitación del derecho de libertad de asociación, el que es regulado para efectos del ejercicio - también regulado - del derecho de propiedad. Al respecto, es menester recordar que los derechos fundamentales son susceptibles de ser coartados mediante disposiciones legales, las

²¹⁷ Nogueira Alcalá, P. 35.

²¹⁸ Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», P. 17.

²¹⁹ Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», P. 17.

que permiten, bajo ciertas condiciones, restringir su alcance y forma de ejercicio²²⁰. Esto es lo que ocurre en la gestión colectiva obligatoria, noción que permite enervar ciertos cuestionamientos surgidos en torno a la licitud de esta institución en los derechos fundamentales de propiedad y libertad de asociación, cuya limitación se vería justificada en pos de un mejor ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

Empero, es necesario recordar que la razón de ser de la Gestión Colectiva Obligatoria está en mejorar las condiciones del ejercicio de los derechos por parte de los titulares, a la vez que permitir un acceso más sencillo al material protegido por parte de los usuarios. En consecuencia, la conveniencia de la gestión obligatoria no resulta de un examen de su efectividad para lograr la recomposición del mercado de derechos, sino más bien de su pertinencia y necesidad para el ejercicio del derecho.

2.1.5 La Directiva Europea 93/83/CEE sobre Gestión Colectiva Obligatoria en la radiodifusión vía satélite y la distribución por cable.

La Directiva 93/83/CEE, “sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable” surge como una respuesta al nacimiento de nuevas tecnologías para la explotación de programas de televisión por medio del satélite y el cable²²¹.

En ella, se establece la Gestión Colectiva Obligatoria de la distribución por cable de una emisión, según lo establecido en su artículo 9.1.: “Ejercicio del derecho de distribución por cable 1. Los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o de derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva.”²²²

En función de esta normativa, el derecho exclusivo de los titulares de una retransmisión por cable solo puede ser efectuado por medio de una entidad de gestión

²²⁰ Tórtora Aravena, «LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES», P. 168-169.

²²¹ Marinescu, «EU DIRECTIVES IN THE FIELD OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS», P. 1-5.

²²² Consejo de la Unión Europea, Directiva 93/83/CEE del Consejo, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

colectiva, la que funge como intermediaria en la actividad de licenciamiento y como sociedad recaudadora de las regalías obtenidas²²³.

2.1.6. Justificación para el establecimiento de la Gestión Colectiva Obligatoria

La Directiva justifica esta decisión en su considerando 28: El fundamento de esta modalidad de ejercicio de los derechos está en evitar que las pretensiones que los titulares de derechos exclusivos puedan tener sobre los programas de televisión impidan el adecuado funcionamiento y distribución de las emisiones por cable de éstos²²⁴. Así, la Gestión Colectiva Obligatoria surge con el objeto de evitar que las barreras nacionales y la fragmentación existente en el mercado de los derechos asociados a los programas de televisión impidan la explotación transfronteriza de los programas transmitidos²²⁵.

La posibilidad de impedir el tráfico comercial de estas obras es latente debido a la dificultad que enfrenta el operador de cable en la obtención de todas las licencias necesarias para explotar adecuadamente la emisión: Un operador necesita la autorización de todos los titulares de derechos que concurren a una determinada obra para poder explotarla en forma lícita, lo que implica tener que negociar con una alta cantidad de agentes distintos entre sí²²⁶, problema que se ve exacerbado producto del poco tiempo y margen del que disponen estos operadores para negociar²²⁷.

Así, dado que en general los operadores de cable disponen de poco margen para licenciar el material protegido con los titulares de derechos en forma previa a la radiodifusión²²⁸, se cae en el riesgo de incurrir en infracciones y responsabilidad por parte del usuario ante la utilización no autorizada del material, cuestión que a su vez atenta contra la posibilidad del titular del derecho de obtener una contraprestación por

²²³ Ficsor, *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, P. 92.

²²⁴ Directiva 93/83/CEE del Consejo, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, Considerando 28.

²²⁵ Hugenholtz, «Copyright without Frontiers: is there a Future for the Satellite and Cable Directive?», P. 1.

²²⁶ Hugenholtz, «Copyright without Frontiers: is there a Future for the Satellite and Cable Directive? P. 13.

²²⁷ Hugenholtz, P. 13.

²²⁸ Hugenholtz, P. 9.

el uso de su trabajo, dado que la explotación podría ocurrir sin su conocimiento o consentimiento, lo da pie a la imposición de esta medida.

Los únicos titulares de derecho que han escapado de esta condición de ejercicio de los derechos son los Organismos de Radiodifusión, quienes podrán ejercer sus derechos en forma individual, al amparo del artículo 10 de la normativa²²⁹.

La justificación que se ha entregado para no someter a dichas organizaciones a la gestión obligatoria estaría en la facilidad que existe para identificar a estos titulares en el mercado²³⁰, lo que asiste la actividad de licenciamiento de forma que los problemas ilustrados no concurren con la misma intensidad en estos agentes, como reconoce la directiva 2019/789 del Parlamento Europeo:

“Los operadores de servicios de retransmisión y los organismos de radiodifusión suelen tener relaciones comerciales en curso y, en consecuencia, la identidad de los organismos de radiodifusión es conocida de los operadores de servicios de retransmisión. Así pues, resulta relativamente sencillo para esos operadores obtener los derechos con los organismos de radiodifusión. En consecuencia, para obtener las licencias necesarias de los organismos de radiodifusión, los operadores de servicios de retransmisión no se enfrentan a la misma carga que cuando tratan de obtener licencias de los titulares de derechos de las obras y otras prestaciones protegidas incluidas en los programas de radio y televisión que retransmiten. Por lo tanto, no hay ninguna necesidad de simplificar el proceso de concesión de licencias en relación con los derechos que poseen los organismos de radiodifusión”²³¹.

²²⁹ Artículo 10: “Ejercicio del derecho de distribución por cable por entidades de radiodifusión. Los Estados miembros garantizarán que el artículo 9 no se aplique a los derechos ejercidos por las entidades de radiodifusión respecto de sus propias transmisiones, con independencia de que los referidos derechos sean suyos o les hayan sido transferidos por otros titulares de derechos de autor y/o por titulares de derechos afines.”

²³⁰ Hugenholtz, «SatCab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive», P. 12.

²³¹ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (Texto pertinente a efectos del EEE.), Considerando 16.

Se debe notar que, en este contexto, un sistema que permita tanto la gestión individual como colectiva de las prestaciones intelectuales genera el riesgo de que haya titulares de derechos que prefieran negociar caso a caso los términos de su licencia; igualmente, es altamente probable que no todos los titulares deseen delegar en forma voluntaria la gestión de sus derechos a entidades de gestión. Para los usuarios, esto disminuye la certeza de que los derechos necesarios para efectuar la explotación hayan sido licenciados en su totalidad²³², lo que desincentiva el consumo de la obra en el mercado de derechos.

La gestión colectiva obligatoria busca evitar este riesgo. De esta forma, permite al usuario de la obra – el operador de cable – poder acceder a un conjunto de activos intelectuales por conducto de un único intermediario – que representa a múltiples titulares de derechos que concurren a la misma obra-, disminuyendo en forma sustancial sus costos de transacción en la materia, a la vez que se morigera el riesgo de que la gestión individual de los derechos exclusivos paralice la explotación de obras intelectuales o haga al usuario de éstas incurrir en responsabilidad.

2.1.7. Efectos sobre la Gestión de Derechos

Una vez que se ha perfeccionado el vínculo entre la sociedad de gestión y el titular del derecho, éste pierde el control efectivo sobre la capacidad de prohibir o autorizar ciertos actos de explotación sobre su obra²³³: Solo la entidad de gestión posee dicha potestad²³⁴, la que no puede ser objetada por el respectivo titular, exceptuando aquellos casos en que exista una vulneración de sus derechos morales²³⁵. Y como en la gestión colectiva obligatoria el vínculo se consolida por el

²³² Hugenholtz, «SatCab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive», P. 13.

²³³ Si bien en la gestión colectiva voluntaria el mandante tampoco interviene en los negocios, esta limitación surge de su propia voluntad, por lo que no se interpreta en términos negativos, ya que el sentido de la convención es justamente desligarse de la carga de administrar el derecho. Sin embargo, en la gestión colectiva obligatoria esta limitación no proviene de la voluntad del titular, sino que de la normativa, ante lo cual se puede apreciar que existe una limitación al ejercicio del derecho del titular.

²³⁴ von Lewinski, «MANDATORY COLLECTIVE ADMINISTRATION OF EXCLUSIVE RIGHTS – A CASE STUDY ON ITS COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL AND EC COPYRIGHT LAW», P. 6.

²³⁵ von Lewinski, P. 6.

ministerio de la ley, el derecho no puede ser ejercido en forma individual, lo que constituye una limitación a su ejercicio.

Así, el efecto de esta normativa es vedar la gestión individual de los derechos a los titulares que tengan prerrogativas sobre programas de televisión – como productores o guionistas –, las que, en consecuencia, solo pueden ser ejercidas por sociedades de gestión colectiva²³⁶. De esta manera, se limita la esfera de control que posee el titular sobre su derecho, al perder la capacidad personal de objetar o autorizar cualquier retransmisión de la obra²³⁷, la que se radica en la entidad de gestión, que en consecuencia puede denegar la licencia para la retransmisión de ciertas obras al operador, negativa que en cualquier caso no puede ser de mala fe²³⁸.

Esta característica de la gestión colectiva obligatoria se asemeja, para el titular del derecho, al otorgamiento de licencias no voluntarias, puesto que se pierde el control sobre la extensión de la explotación de la obra al momento de integrarla al repertorio de la entidad de gestión²³⁹.

De ahí que la crítica más intensa que se ha hecho a esta modalidad de gestión de derechos está en la pérdida de autonomía a la que es sujeto el titular. La sustracción de la posibilidad de ejercer individualmente el derecho implica que ya no puede incidir directamente en los términos de la licencia, dado que dicha potestad se ha radicado en la entidad de gestión. Y aunque la doctrina señala que esta circunstancia no obsta a la posibilidad del autor de incidir en los términos de la licencia por vías extraoficiales²⁴⁰, lo cierto es que desde el punto de vista legal el titular del derecho ya no posee esta prerrogativa, lo que constituye una limitación indudable a su esfera de

²³⁶ Hugenholtz, «Copyright without Frontiers: is there a Future for the Satellite and Cable Directive?», 3.

²³⁷ Hugenholtz, P.3.

²³⁸ Hugenholtz, «SatCab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive», 14.

²³⁹ Hugenholtz, P. 14.

²⁴⁰ von Lewinski, «MANDATORY COLLECTIVE ADMINISTRATION OF EXCLUSIVE RIGHTS – A CASE STUDY ON ITS COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL AND EC COPYRIGHT LAW», P. 7.

influencia, dado que ya no existe, en rigor, el consentimiento individual del titular del derecho para autorizar la explotación de la obra²⁴¹.

Así, esta solución es capaz de recomponer el mercado de derechos a costa de la autonomía del titular, al que se le limitan las garantías fundamentales de propiedad y de libertad de asociación. Esto permite solucionar problemas como el de la fragmentación en la titularidad de los derechos, evitando que la cotitularidad sobre una obra impida el tráfico comercial de ésta.

2.1.8. La recomposición del mercado y la limitación de las prerrogativas del titular

En la gestión colectiva obligatoria, el vínculo jurídico en virtud del cual la administración de la obra queda en manos de la entidad de gestión es la ley. Ésta es la diferencia esencial existente entre este modelo y la gestión colectiva voluntaria, en el cual la fuente del vínculo jurídico es una convención.

De ahí que estemos ante una solución normativa al problema de la fragmentación, dado que la imposición de esta legislación permite reconstruir el mercado de los derechos, al conducir el ejercicio de éstos a través de entidades especiales. Así, se sustrae la gestión individual de ciertos derechos de la esfera de acción de sus titulares, los que operan a través de entidades de gestión colectiva, quienes ejercen el derecho de autorizar o negar la explotación del activo en nombre de éstos, maximizándose la acción armonizadora de la entidad en el mercado de derechos.

Esta condición de ejercicio del derecho puede ser criticada por la pérdida de control sobre el activo que supone para sus titulares²⁴². Sin perjuicio de esto, la gestión colectiva obligatoria a otros servicios distintos de la retransmisión por cable²⁴³ también podría simplificar y clarificar la obtención de licencias por parte de los usuarios de las

²⁴¹ Stokkmo, «El Acuerdo de Licencia Colectiva Ampliada (LCA). The Extended Collective Licence Agreement (ECL)», P. 8.

²⁴² Hugenholtz, «Copyright without Frontiers: is there a Future for the Satellite and Cable Directive?», P. 5.

²⁴³ Society of Audiovisual Authors, «SAA comments on the EC's proposal for a Regulation¹ on the retransmissions of TV and radio programmes and certain online transmissions of broadcasters, 14 September 2016», P. 2.

obras – operadores de cable - lo que facilita el desarrollo de la industria; a la vez que permite a los titulares de derechos recibir la remuneración adeudada por la circulación de sus trabajos a lo largo de Europa²⁴⁴.

Sin embargo, este potencial no es exclusivo de la gestión colectiva obligatoria, puesto que igualmente se puede encontrar en la gestión colectiva voluntaria – que también facilita el licenciamiento y recaudación de derechos en favor de los titulares.

Una diferencia significativa entre gestión colectiva voluntaria y obligatoria se encuentra en su eficacia para la desfragmentación del mercado de los derechos. Si el titular del derecho se encuentra compelido a la adhesión a la entidad de gestión, hay una mayor certeza respecto de las obras cubiertas por la licencia que en la modalidad voluntaria. En otras palabras, no cabe duda que la entidad licenciante representa un repertorio universal de obras. Así, se recompone el mercado de derechos con mayor intensidad, dado que todas las obras cabrían por defecto en la esfera de acción de la entidad de gestión.

Además, este modelo permite restringir la posibilidad de que un titular exclusivo de derechos pueda paralizar el funcionamiento del mercado al no permitir la explotación de su activo. De ahí que en ésta institución existan mayores facilidades para la obtención de licencias completas para la explotación de obras de parte de los usuarios, incluso en aquellos casos en que el titular de los derechos desee optar por retirarse de la entidad de gestión²⁴⁵, al otorgar protección y certeza a las licencias obtenidas al alero de la gestión colectiva, lo que en concepto de algunas sociedades de autores permite potenciar la industria y favorecer la ventanilla única en el mercado de los derechos.

Se puede apreciar que estamos ante una solución que radicaliza la gestión colectiva, ampliando su ámbito de acción mediante el establecimiento de un vínculo legal entre el titular de derechos y la sociedad, maximizando los efectos beneficios de

²⁴⁴ Society of Audiovisual Authors, «Summary of SAA Contribution to the Public Consultation on the Review of the Satellite and Cable Directive», P. 1.

²⁴⁵ Bulayenko, «Permissibility of Non-Voluntary Collective Management of Copyright under EU Law – The Case of the French Law on Out-of-Commerce Books», P. 58.

la actividad de la sociedad de gestión a un alto número de titulares de derechos, lo que recompone el mercado mediante la generación de un “cuello de botella” que encauza por conducto de la entidad de gestión los derechos y explotaciones circulantes en el mercado.

2.2 Gestión Colectiva Ampliada o Extendida

La Gestión Colectiva Extendida o Ampliada es un sistema de gestión conjunta de derechos en virtud del cual los acuerdos alcanzados entre usuarios y una sociedad de gestión que sea suficientemente representativa en su rubro producen efectos – por disposición de la ley - respecto de aquellos titulares de derechos que no han adherido a ella²⁴⁶.

“La esencia de un sistema tal consiste en que, si hay una organización autorizada para la gestión de un cierto derecho por un gran número de titulares de derechos y, por lo tanto, esta organización es lo suficientemente representativa en el ámbito dado, el efecto de una gestión conjunta tal es ampliado por ley hasta alcanzar los derechos de aquellos titulares que no han confiado la gestión de sus derechos a la organización”²⁴⁷.

Este mecanismo de gestión de derechos tuvo su origen en los países nórdicos hacia la década del sesenta, con el objetivo inicial de regular el ejercicio de los derechos de los organismos de radiodifusión²⁴⁸. En dichos Estados, su implementación fue ampliándose en forma progresiva a otros derechos patrimoniales, para luego ser exportada al resto de Europa²⁴⁹, debido a su potencial para resolver problemas de acceso a material protegido de una forma menos compulsoria que la gestión colectiva obligatoria²⁵⁰.

²⁴⁶ Riis y Schovsbo, «Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?», P. 1.

²⁴⁷ Ficsor, *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, P. 172.

²⁴⁸ Riis y Schovsbo, «Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?», P. 2.

²⁴⁹ El ejemplo más novedoso de esto es la Directiva 2019/790 de la Unión Europea, que establece este mecanismo en su artículo 12, como parte de las “Medidas para facilitar la concesión de licencias colectivas”

²⁵⁰ Riis y Schovsbo, «Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?», P. 10.

De ahí que haya habido una opción clara desde el seno del Parlamento Europeo por la adopción de la Gestión Colectiva Extendida como el modelo a utilizar para combatir el fraccionamiento del mercado de derechos, pues la figura ha sido empleada a nivel continental en diversos cuerpos normativos, más recientemente en la directiva 2019/790/UE, en la que el que la institución es prevista con efectos generales.

“Dada la naturaleza de algunos usos, además del gran número de obras u otras prestaciones incluidas habitualmente, el coste de la operación de obtención de derechos individuales de cada titular de derechos afectado es excesivamente elevado. (...) La concesión de licencias colectivas ampliadas por las entidades de gestión colectiva y otros mecanismos similares pueden permitir la celebración de acuerdos en aquellos ámbitos en los que la concesión de licencias colectivas sobre la base de una autorización por parte de los titulares de derechos no ofrece una solución exhaustiva que comprenda todas las obras u otras prestaciones que se han de utilizar”²⁵¹

Esta institución es capaz de combinar elementos volitivos y normativos, dando lugar a una solución flexible, que opera sobre una base voluntaria para otorgar un efecto ampliado a dicha base por medio de la legislación, minimizando la coerción legal que está presente en la gestión obligatoria, y respetando el principio de los derechos exclusivos del titular²⁵².

Estamos, entonces, ante una solución normativa, por cuanto la recomposición del mercado de derechos intelectuales tiene lugar por medio de la ley, que amplía el efecto de los acuerdos de licencia suscritos a todos los titulares en el rubro. La desfragmentación tiene lugar al facilitar al usuario el acceso a un conjunto de activos, lo que permite la explotación de obras de difícil licenciamiento, incentivando el tráfico comercial de éstas. La explotación de las obras se realiza de buena fe por parte del

²⁵¹ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (Texto pertinente a efectos del EEE.), Considerando 45.

²⁵² Quaedvlieg, A.A., «Extended Collective Licenses. An exotic bird from the northern lakes makes a happy landing in Brussels», P. 186.

usuario, toda vez que las licencias otorgadas al alero del acuerdo de licencia ampliado son legítimas y vinculantes para el titular, quien deberá retirarse de este mecanismo para ejercer su derecho en forma individual²⁵³. Aún en los casos en que el titular del derecho opte por retirarse de la gestión colectiva ampliada, las licencias otorgadas en forma previa a esta declaración reciben protección jurídica, pues éste no se podrá oponer a ellas²⁵⁴, lo que otorga un alto grado de certeza a las explotaciones realizadas por los usuarios, las que ocurren dentro del marco legal.

Para ejercer esta modalidad de gestión extendida, la entidad colectiva debe cumplir una serie de requisitos entre los que están la representatividad de los titulares de derechos; la posibilidad de optar por retirarse del acuerdo de licencia ampliado; igualdad entre miembros y no miembros; y acceso a la información. Estos requisitos aseguran un alto nivel de transparencia y gestión en la actividad realizada, lo que es crítico por cuanto se realiza administración de activos ajenos sin autorización de los titulares de derechos.

2.2.1. Funcionamiento

La gestión colectiva extendida o ampliada es un mecanismo que reglamenta el ejercicio de los derechos intelectuales²⁵⁵. Al igual que la gestión conjunta obligatoria, requiere remisión normativa expresa para operar, al permitir la explotación de activos en circunstancias en que ni la ley – mediante excepción - ni el titular del derecho han prestado su autorización para ello, lo que constituye una especie de limitación a los derechos de su titular²⁵⁶.

El funcionamiento de esta institución tiene su base en la adhesión voluntaria de los titulares de derechos a la entidad de gestión colectiva²⁵⁷. Una vez que la sociedad de gestión es suficientemente representativa de los titulares de derechos en una

²⁵³ Quaedvlieg, A.A., P. 183.

²⁵⁴ Bulayenko, «Permissibility of Non-Voluntary Collective Management of Copyright under EU Law – The Case of the French Law on Out-of-Commerce Books», P. 65.

²⁵⁵ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, «Segundo documento analítico sobre las limitaciones y excepciones en vigor», P. 19.

²⁵⁶ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, P. 19.

²⁵⁷ Stokkmo, «El Acuerdo de Licencia Colectiva Ampliada (LCA). The Extended Collective Licence Agreement (ECL)», P. 9.

categoría de obras, entra en efecto la disposición legal en virtud de que los términos de la licencia pactada con los usuarios de dichas obras se amplían, por el ministerio de la ley, a quienes no forman parte de la entidad de gestión²⁵⁸. Así, las obras de éstos podrán ser explotadas bajo los mismos términos de aquellas de los titulares que sí han adherido, bajo los mismos usos y condiciones de explotación²⁵⁹.

La Entidad de Gestión Colectiva está en condiciones de otorgar licencias sobre todas las obras asociadas al campo específico en que desarrolla sus funciones²⁶⁰. Esto ofrece una solución al problema del licenciamiento en aquellos casos en que el titular no esté en condiciones de prestar su consentimiento para la explotación²⁶¹ - como ocurre en las obras huérfanas -, permitiendo al usuario acceder de buena fe a la explotación de éstas. Al mismo tiempo, ofrece una solución a los titulares de derechos que no son representados por la entidad de gestión, al garantizar que las condiciones de la utilización de sus activos hayan sido negociadas en forma previa²⁶².

Se está, entonces, ante una institución que combina elementos de gestión voluntaria y obligatoria²⁶³. Los elementos voluntarios están en el consentimiento, de parte de un alto número de titulares, de adherir a la entidad de gestión, lo que hace que ésta sea representativa en su rubro; así como los mecanismos que permiten la salida del sistema de gestión conjunta de derechos por parte del titular²⁶⁴. Por otro lado, la ampliación de los acuerdos de licencia realizados por la sociedad de gestión a quienes no han adherido a ésta la convierte en una especie de forma de gestión obligatoria para ellos, dado que no han prestado su consentimiento al efecto²⁶⁵.

El artículo 12 de la directiva 790/2019 reconoce que las licencias colectivas ampliadas no son de uso general, dado que se recomienda que solo se utilicen “en

²⁵⁸ Stokkmo, «EL ACUERDO DE LICENCIA COLECTIVA AMPLIADA (LCA) THE EXTENDED COLLECTIVE LICENCE AGREEMENT (ECL)»10.

²⁵⁹ Stokkmo, P. 9.

²⁶⁰ Bulayenko, «Permissibility of Non-Voluntary Collective Management of Copyright under EU Law – The Case of the French Law on Out-of-Commerce Books», P. 63.

²⁶¹ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, «Segundo documento analítico sobre las limitaciones y excepciones en vigor», P. 19.

²⁶² Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, P. 19.

²⁶³ Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», P. 19.

²⁶⁴ Oriakhogba, P. 19.

²⁶⁵ Ficsor, *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, P. 172.

sectores de uso bien definidos, cuando obtener autorizaciones de los titulares de derechos de manera individual resulte generalmente oneroso y dificultoso hasta un grado tal que haga improbable la operación requerida para obtener una licencia (...)"²⁶⁶. De ahí que su uso se recomiende en situaciones de fallas de mercado, en las que el mercado de los derechos no se desarrolle en forma correcta²⁶⁷.

2.2.2. Requisitos para que opere la Gestión Colectiva Extendida

La Entidad de Gestión debe cumplir ciertos requisitos para optar a la representación ampliada del repertorio: La directiva 790/2019 de la Unión Europea, que contempla en su artículo 12 el mecanismo de Licencias Colectivas Ampliadas prevé las siguientes condiciones para esto:

a. Representatividad: Ésta es la exigencia más relevante para cualquier tipo de entidad de gestión que desee optar a este mecanismo. Es absolutamente necesario que la organización que otorgue la licencia ampliada sea suficientemente representativa de los titulares de las obras que licencie, lo que lleva a la necesidad de que un alto número de éstos hayan adherido a ella²⁶⁸. Esto también implica tener la capacidad de remunerar a titulares de derechos extranjeros que no estén ubicados en su país de operación ordinaria²⁶⁹, puesto que los representará en sus acuerdos.

b. Posibilidad de optar por la retirada de la sociedad de gestión: Los titulares de derechos que se vean amparados por la gestión ampliada siempre deben tener la posibilidad de excluir sus obras de la administración de la entidad, así como de

²⁶⁶ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (Texto pertinente a efectos del EEE.), Artículo. 12.2.

²⁶⁷ Quaedvlieg, A.A., «Extended Collective Licenses. An exotic bird from the northern lakes makes a happy landing in Brussels», P. 190-191.

²⁶⁸ Stokkmo, «EL ACUERDO DE LICENCIA COLECTIVA AMPLIADA (LCA) THE EXTENDED COLLECTIVE LICENCE AGREEMENT (ECL)», P. 5.

²⁶⁹ European Broadcasting Union, «Extended Collective Licensing a Valuable Catalyst for the Creative Content Economy in Europe», P. 7.

prohibir cualquier tipo de uso sobre ésta a sus usuarios²⁷⁰. La opción de salida no solamente permite potenciar el aspecto voluntario de esta modalidad de gestión²⁷¹, sino que, más aun, se constituye como un elemento de la esencia de la gestión colectiva ampliada, al ser un elemento que permite distinguirla de la gestión colectiva obligatoria²⁷², en la que ésta no está.

c. Igualdad de Trato: Entre aquellos titulares que adhirieron voluntariamente a la entidad y los que no; esto alcanza tanto los términos de la licencia otorgada, como los mecanismos para la fijación de tarifa, y la distribución de regalías.

d. Información: Requisito asociado a la adopción de medidas de seguridad y publicidad adecuadas que permitan a los titulares de derechos que no hayan adherido informarse respecto de las explotaciones realizadas sobre sus obras.

Estas condiciones se justifican debido a que la entidad de gestión está realizando una actividad de administración de activos ajenos sin el consentimiento – y a veces ni siquiera el conocimiento – del titular de éstos, lo que implica mantener un alto nivel de administración y transparencia en su labor a fin de no lesionar derechos ajenos, objetivo que se resguarda de mejor manera a través de la imposición de estos requisitos.

2.2.3. La capacidad de gestión individual del titular del derecho

Como se ha esbozado, el margen de libertad dejado al titular de derechos una vez se ha consolidado la representación ampliada es lo que distingue a esta institución de la gestión colectiva obligatoria, donde éste es inexistente, pues se proscriben la gestión individual. Esto es especialmente relevante para aquellos titulares de derechos que no han adherido voluntariamente a la entidad de gestión, puesto que la doctrina ha indicado que la gestión colectiva ampliada siempre deberá permitir que el titular del

²⁷⁰ Stokkmo, «EL ACUERDO DE LICENCIA COLECTIVA AMPLIADA (LCA) THE EXTENDED COLLECTIVE LICENCE AGREEMENT (ECL)», P. 5.

²⁷¹ Quaadvlieg, A.A., «Extended Collective Licenses. An exotic bird from the northern lakes makes a happy landing in Brussels», P. 195.

²⁷² Quaadvlieg, A.A., P. 195-197.

derecho pueda escoger entre reclamar sus remuneraciones por conducto de la entidad u optar retirarse de la misma para ejercer su derecho en forma individual²⁷³.

El titular que no ha adherido a la entidad verá que sus activos son explotados sin su voluntad o incluso sin su conocimiento. No dispone de la capacidad de prohibir dichas explotaciones mientras esté ligado a la sociedad colectiva, pues éstas están amparadas bajo una licencia legítima; y solo podrá disponer de su obra en forma individual y exclusiva, una vez la haya retirado de la gestión conjunta²⁷⁴.

Esto se traduce en la capacidad del titular de gestionar en forma exclusiva e individual su derecho en forma posterior a la retirada de la entidad de gestión, pudiendo pactar directamente con los usuarios los términos y condiciones de las licencias, posibilidad que está completamente vedada en la gestión colectiva obligatoria²⁷⁵. Así, quien opte por ejercer su derecho a retirarse de la gestión conjunta extendida puede negociar en forma libre en el mercado, aunque no podrá desconocer las licencias que ya han sido otorgadas al alero del acuerdo ampliado de licencia²⁷⁶.

No obstante, si bien la gestión colectiva extendida no veda la gestión individual del derecho, como sí lo hace la gestión conjunta obligatoria, en ella no existen incentivos para que los usuarios negocien individualmente con el titular del derecho la explotación de las obras, pues éstos pueden acceder a ellas en virtud del acuerdo de licencia ampliado, sin incurrir en costos de transacción adicionales. De ahí que, si bien no se prohíbe la gestión individual, en la práctica contractual no es una opción viable mientras está vigente la licencia ampliada.

El hecho de que los titulares necesitan retirarse del acuerdo de licencia extendido para gestionar en forma exclusiva su derecho es una cuestión que para algunos autores constituye un prerrequisito para el ejercicio ordinario de éstos, lo que iría en

²⁷³ Ficsor, «COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AT A TRIPLE CROSSROADS: SHOULD IT REMAIN VOLUNTARY OR MAY IT BE “EXTENDED” OR MADE MANDATORY?», P. 9.

²⁷⁴ Stokkmo, «EL ACUERDO DE LICENCIA COLECTIVA AMPLIADA (LCA) THE EXTENDED COLLECTIVE LICENCE AGREEMENT (ECL)», P. 10.

²⁷⁵ Stokkmo, «EL ACUERDO DE LICENCIA COLECTIVA AMPLIADA (LCA) THE EXTENDED COLLECTIVE LICENCE AGREEMENT (ECL)», P. 5-6.

²⁷⁶ Riis y Schovsbo, «Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?», P. 14.

contra del sentido del Convenio de Berna²⁷⁷, bajo el entendido de que la salida de la sociedad de gestión sería una condición para ejercer los activos en forma única y excluyente.

La gestión colectiva ampliada o extendida es una forma de regulación del derecho de propiedad intelectual²⁷⁸, que constituye una respuesta normativa a la desfragmentación del mercado, de forma similar a como ocurre con la gestión colectiva obligatoria. Así, el ordenamiento jurídico delimita y regula la forma de ejercicio de los derechos exclusivos legitimando los acuerdos de licencia ampliada²⁷⁹, ventaja que contribuye a enervar las críticas enunciadas.

Otros autores indican que los réditos que los titulares de derecho podrían obtener vía gestión individual no son sustancialmente mayores a los que se obtienen en virtud del acuerdo de licencia ampliado: “Si la remuneración definida por la organización (de gestión colectiva) y el usuario en el acuerdo de licencia ampliada fueran muy diferentes de la cantidad que los titulares de derechos pudieran obtener individualmente, uno podría posiblemente argumentar que en realidad optar por la retirada es necesario para ejercer los derechos intelectuales”²⁸⁰. En consecuencia, se critica que el contenido del derecho no varía sustancialmente en relación a su ejercicio colectivo o individual, indicándose que la diferencia consiste en que la recaudación ya no se da por conducto de la entidad de gestión, sino que a través del usuario: “(...) los efectos de optar por la retirada de un LCA solamente afectan la modalidad de la pretensión desde una dirigida contra la organización a una dirigida contra el usuario, *de facto*, los titulares ejercen el mismo derecho sin importar si optan por retirarse o no”²⁸¹, lo que ilustra que la gestión colectiva ampliada es una solución que beneficia principalmente a los usuarios, al incentivar el consumo de las obras por parte de éstos, en detrimento del ejercicio individual del derecho por los titulares.

²⁷⁷ Riis y Schovsbo, 13.

²⁷⁸ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, «Segundo documento analítico sobre las limitaciones y excepciones en vigor», P. 19.

²⁷⁹ Para más información sobre la limitación y regulación de los derechos, ver supra 263 y subsiguientes.

²⁸⁰ Riis y Schovsbo, «Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?», P. 13. (Traducción propia)

²⁸¹ Riis y Schovsbo, P. 13. (Traducción propia)

Al margen de estas observaciones, la legislación y la doctrina han reconocido que la gestión colectiva obligatoria es compatible con el Convenio de Berna²⁸², considerándose la como un sistema que es capaz de dotar de mayor flexibilidad al mercado de derechos que la gestión colectiva obligatoria, al morigerar los efectos negativos que surgen a partir de la excesiva rigidez de ésta última²⁸³ mediante el establecimiento de elementos voluntarios en la misma.

2.2.3. La Gestión Colectiva Ampliada como una solución al problema de la fragmentación

A pesar de que en la gestión colectiva ampliada el titular de derechos ve limitado el ejercicio individual de su activo, la regla general es que la licencia otorgada al alero del acuerdo ampliado no intervenga con la explotación normal del activo del titular ni tampoco produzca detrimento a sus intereses²⁸⁴, lo que explica parte de la buena acogida de este sistema en Europa. Además, la posibilidad de optar por la retirada de la licencia ampliada constituye una gran salvaguarda para los artistas que no han prestado su consentimiento a la entidad de gestión²⁸⁵, mientras que la protección que asiste a las licencias otorgadas en virtud del acuerdo de licencia ampliado otorga certeza a las explotaciones realizadas por el usuario, las que en consecuencia serán de buena fe y no irrogarán a éste de responsabilidad.

Así, se permite que el mercado opere en aquellos casos en que la obtención de la licencia sería extremadamente gravosa, permitiendo a titulares de derecho recibir una remuneración por usos que desconocen, a la vez que permite a las entidades representar a un repertorio tremendamente amplio bajo condiciones seguras²⁸⁶.

Esto es particularmente práctico en aquellas latitudes en las cuales muchas de las obras explotadas son de titularidad de extranjeros²⁸⁷, o también para los

²⁸² Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», 20.

²⁸³ Oriakhogba, 23.

²⁸⁴ Quaadvlieg, A.A., «Extended Collective Licenses. An exotic bird from the northern lakes makes a happy landing in Brussels», P. 199.

²⁸⁵ Quaadvlieg, A.A., P. 199.

²⁸⁶ Quaadvlieg, A.A., P. 182.

²⁸⁷ Oriakhogba, «Collective Management of Copyright in Nigeria», P. 20.

organismos de radiodifusión²⁸⁸ – que explotan un alto número de prestaciones ajenas -, en la medida en que el acuerdo de gestión ampliada incluye a los titulares de derechos tanto locales como extranjeros y permite otorgar una licencia ante una explotación que en otros términos no podría ser ejecutada o lo sería al margen de la ley²⁸⁹, pues no existe la autorización del titular ni tampoco la adhesión voluntaria de éste a una entidad de gestión.

Hay beneficios tanto para el titular como para el usuario de la obra. El titular, por su parte, podrá recibir una remuneración por el uso de su obra, aun si la desconoce²⁹⁰. Además, le permite identificar fácilmente los usos cubiertos por el acuerdo de licencia otorgado²⁹¹; así como retirar de la gestión conjunta aquellas obras que desee administrar en forma individual, sustrayéndolas del acuerdo de licencia. El usuario, por su parte, podrá acceder a un repertorio mucho mayor, dado que éste estará conformado tanto por las obras que los titulares delegaron en forma voluntaria como por las representadas en virtud de la gestión extendida, pudiendo explotar varios activos en condiciones económicas y seguras²⁹².

Es importante notar que la Gestión Colectiva Ampliada requiere que las entidades de gestión colectiva cumplan con estrictas condiciones de funcionamiento para garantizar la transparencia y efectividad de los servicios ofrecidos. De ahí que se exija que la entidad sea representativa, disponga de capacidad para remunerar a titulares de derechos fuera del país, igualdad de tratamiento entre los miembros y no miembros de la sociedad, facilidades de acceso a la información – que debe ser transparente – y posibilidad de optar por retirarse del pacto²⁹³.

También se exige que esta solución opere en categorías de uso bien definidas, en las cuales sea necesario proveer de licencias colectivas debido a los altos costos

²⁸⁸ European Broadcasting Union, «Extended Collective Licensing a Valuable Catalyst for the Creative Content Economy in Europe», P. 10.

²⁸⁹ Stokkmo, «El Acuerdo de Licencia Colectiva Ampliada (LCA). The Extended Collective Licence Agreement (ECL)», P. 15.

²⁹⁰ Stokkmo, «EL ACUERDO DE LICENCIA COLECTIVA AMPLIADA (LCA) THE EXTENDED COLLECTIVE LICENCE AGREEMENT (ECL)» 15.

²⁹¹ Stokkmo, P. 15.

²⁹² Stokkmo, P. 15.

²⁹³ European Broadcasting Union, «Extended Collective Licensing a Valuable Catalyst for the Creative Content Economy in Europe», P. 7.

de transacción involucrados²⁹⁴, todos requisitos justificados frente a la noción de que se está frente a instituciones que gestionan derechos ajenos sin el consentimiento o conocimiento de su titular, circunstancia que exige la máxima acuciosidad en el desempeño de la labor, lo que explica y justifica los requisitos enunciados previamente.

²⁹⁴ European Broadcasting Union, P. 9.

CONCLUSIÓN

En la presente investigación se ha demostrado cómo las características de la explotación intelectual a través de Internet en conjunto con la cesibilidad del derecho intelectual asisten a la conformación de un proceso de fragmentación, el que impone dificultades para la tutela de los derechos de los titulares, las que se deben al fraccionamiento del mercado de derechos. En consecuencia, se puede apreciar que esta fragmentación en la regulación y titularidad de la propiedad intelectual genera serios problemas para el desempeño del mercado, al atentar contra la certeza jurídica, lo que desincentiva el licenciamiento de las obras.

Se ha realizado un barrido de las soluciones contractuales y soluciones regulatorias identificadas para permitir la desfragmentación del mercado de derechos. En este sentido, se constata que hay una serie de actores que son capaces de poner en marcha plataformas de negocio que se basan en la explotación masiva de activos intelectuales a través de la Red. En el curso de la investigación se han estudiado las soluciones que permiten soslayar el problema enunciado mediante la recomposición del mercado de derechos.

En el ámbito de las Soluciones Contractuales, se examinó la Acumulación de derechos sobre obras; los Agregadores de Contenidos a plataformas de explotación audiovisual en línea; los Acuerdos de representación; y los Operadores de Gestión Independiente. Todas estas instituciones pueden asistir a la desfragmentación del mercado de derechos, facilitando la acción de distintos agentes de éste. Así, la acumulación de derechos sobre obras es una solución dirigida a los grandes conglomerados económicos que operan en el mercado, mientras que los agregadores de contenidos audiovisuales están especialmente enfocados a los pequeños artistas. Los acuerdos de representación, a su vez, son instituciones que operan en el ámbito de la gestión colectiva, ligando a dos entidades de gestión de países distintos.

Se puede apreciar que el catálogo de soluciones contractuales constituye un listado amplio de mecanismos, las que asisten de manera distinta a los diferentes agentes económicos que operan en el mercado intelectual, atendiendo a las características particulares de éstos. Con todo, debe recordarse que algunas de estas

instituciones, como los agregadores de contenido o los operadores de gestión independiente, realizan actividades propias de las entidades de gestión colectiva de derechos, por lo que, en principio, no podrían operar en las legislaciones que establecen requisitos especiales para la gestión de activos intelectuales por cuenta ajena, como ocurre en Latinoamérica.

Por su parte, en las Soluciones Normativas, que regulan la gestión de derechos, se han identificado la Gestión Colectiva; la Gestión colectiva obligatoria, y la Gestión colectiva extendida. Este catálogo de soluciones permite la recomposición del mercado mediante la actividad legislativa por conducto de las Entidades de gestión colectiva de derechos, por cuanto son entes especializados en la gestión masiva de activos intelectuales.

Estas tres soluciones constituyen variaciones de una misma institución: la gestión colectiva voluntaria. En los casos de la gestión colectiva obligatoria y ampliada, el elemento voluntario de adhesión a la entidad de gestión es reducido, potenciándose la obligatoriedad en la gestión conjunta. Esta circunstancia, si bien asiste a la recomposición del mercado de derechos al facilitar el licenciamiento de las obras, tiene el potencial de ser conculcadora de los derechos fundamentales del titular, al disminuir su esfera de autonomía para hacer viable el funcionamiento de la sociedad de gestión y la explotación de los usuarios.

En este orden de cosas, la gestión colectiva obligatoria es una solución más radical que la gestión colectiva extendida, cuya mezcla de elementos voluntarios y normativos en la adhesión a la entidad de gestión la convierte en una herramienta más idónea para la recomposición del mercado de derechos.

Como conclusión de lo expuesto, se puede notar que el ejercicio de los derechos intelectuales es posible en un contexto de fragmentación del mercado de derechos, puesto que el sistema jurídico dispone de las herramientas necesarias para que las iniciativas privadas y legislativas que supongan la recomposición del mercado de derechos prosperen.

Sin embargo, una consecuencia indeseada de este proceso de desfragmentación que permiten estos mecanismos es la pérdida de la autonomía del autor individual. Como se puede apreciar, las soluciones descritas implican el ejercicio conjunto de los derechos intelectuales, contexto en el cual su figura se difumina entre los agentes que realizan la gestión de los activos, ya sean entidades de gestión colectiva o conglomerados económicos. Así, existe muy poco espacio para la autonomía del creador en las soluciones descritas, pues éstas se enfocan en el desarrollo del mercado de los derechos y no en el autor individualmente considerado en la explotación de derechos patrimoniales como el de reproducción, distribución o comunicación pública, que son los más ampliamente consumidos por los agentes estudiados en este trabajo²⁹⁵. Sin embargo, es importante recordar que no todas las formas de explotación del derecho son abarcadas por la gestión colectiva, como ocurre con el derecho de transformación, que en consecuencia queda al margen de las conclusiones expuestas.

La pérdida de autonomía del autor es patente en las soluciones normativas descritas, en las cuales éste ve que el ejercicio individual de su derecho es limitado en favor de la gestión colectiva, al punto en que éste puede ser proscrito. En las soluciones contractuales enunciadas, la asimetría entre los agentes económicos y el creador individual implica que éste carece de influencia sustancial sobre las condiciones de ejercicio del derecho, lo que ilustra que esta consecuencia negativa opera en ambos tipos de soluciones encontradas.

Sin embargo, las características de algunas de las soluciones descritas permiten morigerar éste efecto negativo, como ocurre con las iniciativas basadas en las entidades de gestión colectiva, dado que la legislación les impone especiales requisitos para nacer a la vida jurídica y operar, lo que les permite asegurar a sus adheridos un mayor nivel de eficiencia y transparencia en la gestión de los activos que los agregadores de contenidos y los operadores de gestión independiente, que solo

²⁹⁵ Soluciones contractuales como la acumulación de derechos sobre obras o la agregación de contenidos se concentran en la reproducción y puesta a disposición de obras protegidas para su explotación por los usuarios. Al mismo tiempo, iniciativas regulatorias como la gestión colectiva obligatoria en los derechos de radiodifusión se enfocan en el ejercicio de la comunicación pública.

están vinculados a los titulares de derechos por un contrato de servicios. En las entidades de gestión colectiva los titulares de derechos gobiernan la sociedad, por lo que éstas representan y cautelan los intereses de sus afiliados de mejor manera que los operadores independientes y los agregadores de contenido.

Así, es importante que las iniciativas que permitan el adecuado funcionamiento del mercado de derechos no dejen de considerar en su centro al eje del sistema del derecho de autor: el autor, ya que es gracias a su actividad que se puede poner en marcha toda una economía de explotación de los derechos intelectuales. Esto no implica privilegiar la gestión individual del derecho en detrimento de la gestión colectiva, pues ésta no es una solución a los problemas descritos e incluso significaría un retroceso respecto a la protección que la gestión colectiva ofrece al titular, dado que hay ámbitos en los que el ejercicio individual no es posible. Pero es necesario reconocer que ciertas iniciativas ponen en su centro al mercado, como ocurre con los Operadores de Gestión Independiente, los Agregadores de Contenidos, y la Acumulación de Derechos; mientras que otras enfatizan más la protección de los titulares de derechos, como ocurre con los Acuerdos de Representación o la Gestión Colectiva Ampliada, en los cuales las cargas que tienen que soportar las entidades de gestión permiten asegurar al afiliado un mayor nivel de protección y representatividad en el ejercicio de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abello Monsalvo, Felipe. «Sociedades de Gestión Colectiva Frente a La Libre Competencia Económica». *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 23 (30 de junio de 2017): 131-46. <https://doi.org/10.18601/16571959.n23.05>.
- Almonacid Lamelas, Víctor, y Xavier Sancliment Casadejús. «El impacto de las TIC en la configuración clásica del derecho. Especial referencia al principio de territorialidad». *Revista Tecnología, Ciencia y Educación*, n.º 4 (agosto de 2016): 11-32.
- Amaral Júnior, Alberto do. «El “diálogo” de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo». *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires* 7, n.º 13 (2009): 71-102.
- Antequera Parilli, Ricardo. *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*. Santo Domingo, R.D.: Escuela Nacional de la Judicatura : Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, INDOTEL, 2001. <https://biblioteca.enj.org/bitstream/handle/123456789/78650/000030-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Aradas, Anahí. «¿Dónde vive Internet?» *BBC News Mundo*, 12 de julio de 2012, BBC Mundo Tecnología edición. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/07/120712_tecnologia_casa_de_internet_aa.
- Aragón, Emilia. «Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de américa latina. Contenido del derecho de autor. El autor, la obra, limitaciones y excepciones», octubre de 2004.
- Areán, Manuel. «La Propiedad Intelectual: la unión de los derechos de autor y la propiedad industrial : Cátedra Inditex-UDC». *Inditex UDC. Cátedra Sostenibilidad* (blog), 2015 de 2014. <https://www.catedrainditex.com/la-propiedad-intelectual-la-union-de-los-derechos-de-autor-y-la-propiedad-industrial/>.
- Arrázola Jaramillo, Fernando. «El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho». *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n.º 32 (junio de 2014): 9-27.
- ASALE, RAE-, y RAE. «fragmentación | Diccionario de la lengua española». «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Accedido 25 de julio de 2021. <https://dle.rae.es/fragmentación>.
- Bello, Martín. «Los Operadores de Gestión Independiente en España». *El Derecho - Derecho TIC. I Certamen de Artículos Jurídicos Cortos de DENAE* (blog), 17 de junio de 2020. <https://elderecho.com/los-operadores-gestion-independiente-espana>.
- Boretto, Mónica. «El Derecho Internacional y la propiedad intelectual en el entorno digital: cooperación internacional - jurisdicción competente y ley aplicable», 2002. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/38475>.
- Botero Cabrera, Carolina, Luisa Guzmán Mejía, y Karen Cabrera Peña, eds. «Desafíos de la gestión colectiva de derechos de autor ante las tecnologías

- digitales en América Latina». En *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*, Fundación Karisma., 207-23. Bogotá, Colombia: Fundación Karisma. Accedido 5 de octubre de 2021.
https://www.researchgate.net/publication/304348692_Desafios_de_la_gestion_colectiva_de_derechos_de_autor_ante_las_tecnologias_digitales_en_America_Latina.
- Bulayenko, Oleksandr. «Permissibility of Non-Voluntary Collective Management of Copyright under EU Law – The Case of the French Law on Out-of-Commerce Books». *JIPITEC* 7 (2016): 51-68.
- Castells, Manuel. «El impacto de Internet en la sociedad: una perspectiva global». En *C@mbio: 19 ensayos clave acerca de cómo Internet está cambiando nuestras vidas*, BBVA., 471. Madrid: BBVA : OpenMind : Turner, 2013.
<https://www.bbvaopenmind.com/articulos/el-impacto-de-internet-en-la-sociedad-una-perspectiva-global/>.
- CD Baby. «Acuerdo de Miembro de CD Baby – Condiciones del Contrato de Artista». CD Baby, noviembre de 2021. <https://es.cdbaby.com/membercontract.aspx>.
- Cerda Silva, Alberto. «Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina». *Ius et Praxis* 22, n.º 1 (2016): 19-58. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122016000100002>.
- Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías. Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor, Pub. L. No. 52015DC0626, COM(2015) 626 final (2015). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0626>.
- Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. «Segundo documento analítico sobre las limitaciones y excepciones en vigor». Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 4 de junio de 2010. SCCR/20/4.
https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_20/sccr_20_4.pdf.
- Consejo de la Unión Europea. Directiva 93/83/CEE del Consejo, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, Pub. L. No. 31993L008331993L0083 (1993).
<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1993/83/oj/?locale=es>.
- Creative Law. «LatinAutor como gestor de obras musicales en entornos digitales». *Creative Law* (blog), 1 de septiembre de 2020. <https://creativelaw.cl/latinautor-como-gestor-de-obras-musicales-en-entornos-digitales/>.
- De Miguel Asensio, Pedro Alberto. «La legislación sobre derechos de autor y su ámbito de aplicación: perspectiva europea». *Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual*, 2015, 115-54.
- . «Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital». *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL* 12, n.º 2 (8 de octubre de 2020): 349-71. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5613>.
- DistroKid. «DistroKid Distribution Agreement». DistroKid, junio de 2021.
<https://distrokid.com/agreement/>.
- Duque Aragón, Santiago. «La fragmentación del sistema internacional de propiedad intelectual». Monografía, Universidad de los Andes, 2008.
<https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/20521>.

- Electronic Frontier Foundation. «La Prueba de los Tres Pasos». Traducido por Gabriela Paliza. Electronic Frontier Foundation. Accedido 24 de noviembre de 2021. https://www.eff.org/files/filenode/tpp_3pasos.pdf.
- EmuBands. «Terms & Conditions - EmuBands». Terms & Conditions - EmuBands, 2021. <https://www.emubands.com/terms-conditions/>.
- European Broadcasting Union. «Extended Collective Licensing a Valuable Catalyst for the Creative Content Economy in Europe». Operating Eurovision, febrero de 2013. <https://www.ebu.ch/publications/strategic/open/extended-collective-licensing>.
- Fariñas Díaz, José Rafael. «El Impacto de las Redes Sociales en la Propiedad Intelectual». *Revista propiedad intelectual*, Universidad de los Andes, X, n.º 14 (diciembre de 2011): 150-73.
- Ficsor, Mihály. «COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AT A TRIPLE CROSSROADS: SHOULD IT REMAIN VOLUNTARY OR MAY IT BE “EXTENDED” OR MADE MANDATORY?» *Copyright Bulletin*, octubre de 2003, 1-10.
- . *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*. OMPI. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2002. <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=383&plang=ES>.
- Freitas Straumann, Eduardo de. «Latinautor. Los licenciamientos regionales. El rol de las entidades de gestión colectiva manteniendo su jurisdicción en el territorio nacional». En *Cuadernos jurídicos del Instituto de Derecho de Autor: 15ª aniversario*, 4. Cuadernos Jurídicos. Madrid: Instituto Autor, 2020.
- Galuszka, Patryk. «Music Aggregators and Intermediation of the Digital Music Market». *International Journal of Communication* 9 (15 de enero de 2015): 254-73.
- García Pérez, Jesús Francisco. *Derechos de autor en Internet*. Primera. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación General de Estudios de Posgrado, 2013. <https://doi.org/10.22201/cgep.9786073021364e.2019>.
- García Sanz, Rosa María. «El derecho de autor en Internet». Info:eu-repo/semantics/doctoralThesis. Universidad Complutense de Madrid, 2004. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/7662/>.
- . «El derecho de autor en Internet». Memoria para optar al grado de doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2004. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/7662/>.
- Gómez Garavito, Juan David, María Paulinaq Londoño Velásquez, Manuel Andrés Muñoz Roberto, y Carlos Alfredo Rodríguez Martín. *Panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en Iberoamérica*. Documentos Cerlalc Derecho de Autor. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, Cerlalc-Unesco, 2018.
- Haesbaert, Rogério. «Del mito de la desterritorialización a la multiterritorialidad». *Cultura y representaciones sociales* 8, n.º 15 (septiembre de 2013): 9-42.
- Heredia Ruiz, Verónica. «Revolución Netflix: desafíos para la industria audiovisual». *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, n.º 135 (2017): 275-95.
- Herrera Para, Alberto, y Helena Viedma Ortiz-Cañavate. «La gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la

- competencia. Novedades y retos». *Anuario de la competencia*, n.º 1 (2016): 215-41.
- Hugenholtz, P. Bernt. «Copyright without Frontiers: is there a Future for the Satellite and Cable Directive?» En *Die Zukunft der Fernsehrichtlinie/The Future of the «Television without Frontiers» Directive*, Vol. 42. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. <https://www.ivir.nl/publicaties/download/copyrightwithoutfrontiers.pdf>.
- . «SatCab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive». *IRIS Plus*, Convergence, Copyrights and Transfrontier Television, n.º 8 (2009): 7-19.
- Isler Soto, Érika. «En busca de un estatuto jurídico aplicable a la administración de los bienes indivisos». *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, n.º 1-1 (enero de 2010): 33-50. <https://doi.org/10.7770/RCHDYCP-V1N1-ART8>.
- Jordi Cubells, Eric. «Tribuna | Reforma de la ley de Propiedad Intelectual y “liberalización” de la gestión colectiva». Legal. *Cinco Días* (blog), 4 de mayo de 2018. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/05/04/legal/1525422249_254887.html.
- Korff, Douwe. «La primacía del derecho en Internet y en el resto del mundo digital». Consejo de Europa, diciembre de 2014. <https://rm.coe.int/la-primacia-del-derecho-en-internet-y-en-el-resto-del-mundo-digital-do/16806da8dd>.
- Koskinen-Olsson, Tarja, y Nicholas Lowe. «Educational Material on Collective Management of Copyright and Related Rights». WIPO, agosto de 2012.
- Lamacchia, María Claudia. «LA MÚSICA INDEPENDIENTE EN LA ERA DIGITAL». Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Quilmes, 2016.
- Lewinski, Silke von. «MANDATORY COLLECTIVE ADMINISTRATION OF EXCLUSIVE RIGHTS – A CASE STUDY ON ITS COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL AND EC COPYRIGHT LAW». *E-Copyright Bulletin*, marzo de 2004.
- Lipszyc, Delia. «La resolución de conflictos sobre ley aplicable y jurisdicción competente por infracción al derecho de autor y conexos en Internet». *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Derecho de Autor: Cuestiones Actuales, I (2014): 153-91.
- López Alzaga, Ricardo, y Eva Golmayo Sebastián. «Operadores de Gestión Independiente: ¿una alternativa a las entidades de gestión?» Mediatech Plataformas. *_Garrigues Digital* (blog), 6 de junio de 2018. https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/operadores-de-gestion-independiente-una-alternativa-las-entidades-de-gestion.
- Mansilla, Matias, y David Serras Pereira. «Gestión colectiva obligatoria por OGIS Post-Directiva CRM». *Diario La Ley*, 8 de febrero de 2021, sec. Tribuna. <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/02/23/gestion-colectiva-obligatoria-por-ogis-post-directiva-crm>.
- Marín Peidro, Lucía. «Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet». *Revista Chilena de Derecho Informático* 3 (enero de 2003): 207-9. <https://doi.org/10.5354/0717-9162.2011.10670>.
- Marinescu, Ana-Maria. «EU DIRECTIVES IN THE FIELD OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS». *LESIJ - Lex ET Scientia International Journal* 1, n.º XXII (2015): 50-65.

- Martínez, Adriana, y Adriana Porcelli. «Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación». *Revista Pensar en Derecho* 6 (1 de julio de 2015).
- Ministerio de Cultura y Deporte - Gobierno de España. «Gestión colectiva». Gestión Colectiva | Ministerio de Cultura y Deporte. Accedido 4 de octubre de 2021. <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/propiedadintelectual/la-propiedad-intelectual/preguntas-mas-frecuentes/gestion-colectiva.html>.
- . «Operadores de gestión independiente». Gestión Colectiva. Operadores de gestión independiente | Ministerio de Cultura y Deporte. Accedido 4 de octubre de 2021. <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva/operadores-gestion.html>.
- Nogueira Alcalá, Humberto. «Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales.» *Revista Ius et Praxis* 11, n.º 2 (2005): 15-64.
- Oficina Internacional de la OMPI. «La Protección Internacional del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos», 1999. https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=9211.
- Ordelin Font, Jorge. «El Futuro de La Gestión Colectiva: Un Análisis Desde La Concesión de Licencias Multiterritoriales de Derechos Sobre Obras Musicales Para Su Utilización En Línea». *Revista La Propiedad Inmaterial* 20, n.º 5 (20 de enero de 2016): 2015-12-15. <https://doi.org/10.18601/19571959.n20.21>.
- Oriakhogba, Desmond. «Collective Management of Copyright in Nigeria: Should It Remain Voluntary, May It Be Mandatory or Extended?» *Nigerian Institute of Advanced Legal Studies (NIALS) Journal of Intellectual Property*, n.º (Forthcoming) (19 de julio de 2019): 25.
- Palacio Puerta, Marcela. «Los artistas colombianos y las plataformas de música digitales: algunas dificultades». *Revista de Derecho Privado*, n.º 33 (diciembre de 2017): 111-33. <https://doi.org/10.18601/01234366.n33.05>.
- Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Texto pertinente a efectos del EEE, Pub. L. No. 32014L0026 (2014). <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/26/oj/spa>.
- . Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (Texto pertinente a efectos del EEE.), Pub. L. No. 32019L0790 (2019). <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj/spa>.
- . Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), Pub. L. No. 32007R0864 (2007). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32007R0864>.

- Pulido Pavón, Noemí, y Luis Palma Martos. «La efectividad de los regímenes de derechos de autor y política de competencia. Implicaciones para el bienestar social». *Estudios de economía aplicada* 33, n.º 2 (2015): 535-60.
- Quaedvlieg, A.A. «Extended Collective Licenses. An exotic bird from the northern lakes makes a happy landing in Brussels». *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º 264 (abril de 2020): 181-208.
- Riis, Thomas, y Jens Schovsbo. «Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?» *Columbia Journal of Law & the Arts* 33, n.º IV (enero de 2010).
<https://papers.ssrn.com/abstract=1535230>.
- Romero Romero, Carolina. «De la OMC a los tratados bilaterales de libre comercio con Estados Unidos. Una mirada al derecho de autor y los derechos conexos en América Latina.» En *Cuadernos jurídicos del Instituto de Derecho de Autor: 15ª aniversario*, 16. Cuadernos Jurídicos. Madrid: Instituto Autor, 2020.
- Rozo Moreno, Silvana. «¿Está suficientemente regulado el streaming para los productores de fonogramas?» Monografía Jurídica para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, 2020.
<http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/48026>.
- Sabido Rodríguez, Mercedes. «La protección de los derechos de autor y las nuevas tecnologías: las obras protegidas en Internet». *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, Ponencias de las Jornadas sobre Derecho de Internet, n.º 34 (2002): 39-66.
- Sanz, Miguel Ángel. «A, B, C de Internet». RedIRIS, 2002.
<https://www.rediris.es/difusion/publicaciones/boletin/28/enfoque1.pdf>.
- Saucedo Rivadeneyra, Mónica. «La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual». Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012.
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/16323/>.
- Schmitz Vaccaro, Christian. «Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual». *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 17 (noviembre de 2013): 63-92.
- Schötz, Gustavo. «El derecho conexo de los organismos de radiodifusión y la necesidad de un nuevo tratado internacional». *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual V* (29 de diciembre de 2017): 121-92.
- Schuster, Santiago. «Gestión Colectiva Impropia en América Latina El caso Soundreef», 2021, 25.
- . «La Gestión Colectiva como solución al licenciamiento multiterritorial. El problema jurídico del fraccionamiento de los derechos.» En *Mesa 15.2 - Iniciativa Smart IP For Latin America del Instituto Max Planck para Innovación y Competencia*. Instituto Observatório do Direito Autoral, 2021.
<https://www.youtube.com/watch?v=1soleGW4sD4&list=PLq60rP0GmX3cyvi-70hQlMomHiGux5Nh-&index=22>.
- Schuster, Santiago. «Responsabilidad legal en las redes digitales y Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea». Chile, s. f.
- Society of Audiovisual Authors. «SAA comments on the EC's proposal for a Regulation1 on the retransmissions of TV and radio programmes and certain

- online transmissions of broadcasters, 14 September 2016», diciembre de 2016. <https://www.saa-authors.eu/file/53/download>.
- . «Summary of SAA Contribution to the Public Consultation on the Review of the Satellite and Cable Directive», diciembre de 2015. <https://www.saa-authors.eu/file/322/download>.
- Spotify. «Provider Directory – Spotify for Artists». Provider Directory. Accedido 18 de noviembre de 2021. <https://artists.spotify.com/providers>.
- Stokkmo, Olav. «El Acuerdo de Licencia Colectiva Ampliada (LCA). The Extended Collective Licence Agreement (ECL)». En *Cuadernos Jurídicos Del Instituto de Derecho de Autor: 15ª Aniversario*, 15. Cuadernos Jurídicos. Madrid: Instituto Autor, 2020.
- Tórtora Aravena, Hugo. «LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES». *Estudios constitucionales* 8, n.º 2 (2010): 167-200. <https://doi.org/10/cf8bt6>.
- Turégano Mansilla, Isabel. «Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica Transnacional». *Derecho PUCP*, n.º 79 (julio de 2017): 223-65. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.010>.
- Valdivieso Osorio, Josefa. «Titularidad, cesión y autorización de uso de las obras intelectuales creadas por trabajadores. Análisis del derecho chileno y español». Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2020. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/176703>.
- Vázquez Lepinette, Tomás. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Biblioteca jurídica Cuatrecasas 7. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. <http://bibliografias.uchile.cl/1945>.
- Woolcott, Olenka, y Germán Flórez. «La paradoja del derecho de autor en el entorno de la industria musical frente a las nuevas tecnologías». *Revista Prolegómenos* 17, n.º 34 (julio de 2014): 13-32. <https://doi.org/10.18359/dere.792>.
- Zapata López, Fernando. «Realidad institucional del derecho de autor en América Latina». En *Diagnóstico del derecho de Autor en América Latina*, Primera edición., 23-41. Bogotá, Colombia: D - CERLAC, 2007. <http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=3202819>.