

La gestión colectiva
ante el desafío digital
en **AMÉRICA LATINA
Y EL CARIBE**



Carolina Botero Cabrera
Luisa Fernanda Guzmán Mejía
Karen Isabel Cabrera Peña

La gestión colectiva
ante el desafío digital
en **AMÉRICA LATINA**
Y EL CARIBE

Carolina Botero Cabrera
Luisa Fernanda Guzmán Mejía
Karen Isabel Cabrera Peña

© Carolina Botero Cabrera, 2015
© Luisa Fernanda Guzmán Mejía, 2015
© Karen Isabel Cabrera Peña, 2015

Diseño de carátula:
Julian García

Diagramación:
Rubén Urriago
Angélica Hernández

ISBN: 978-958-99378-3-9

© Fundación Karisma
Calle 57 # 10 - 24 oficina 402.
Bogotá, Colombia.
(57+1) 2353872
www.karisma.org.co
contacto@karisma.org.co



“La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe” por Carolina Botero, Luisa Guzmán y Karen Cabrera, está disponible bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional License.

Usted puede copiar, distribuir, exhibir, y ejecutar la obra; hacer obras derivadas; y hacer uso comercial de la obra. Debe darle crédito al autor original de la obra.

Para ver una copia de esta licencia, visite:
<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Financiado por International Development Research Centre
PO Box 8500 - Ottawa, ON K1G 3H9 - Canadá
www.idrc.ca / info@idrc.ca

Coordinación General:

Carolina Botero

Coordinación Editorial:

María Juliana Soto

Autor Introducción:

Sylvie Durán

PARTE I.

INFORME DE INVESTIGACIÓN

Autoras:

Carolina Botero Cabrera
Luisa Fernanda Guzmán Mejía
Karen Isabel Cabrera Peña

Equipos de investigación

Colombia:

Pilar Sáenz

Luisa Fernanda Guzmán Mejía
Andrés Forero
María Fernanda Cepeda
Oscar Daniel Gómez
María Juliana Soto

Chile:

Claudio Ruiz

Bárbara Soto

Pablo Cárcamo

Apoyos adicionales:

Hopeton Dunn

Allison Brown

Pedro Augusto

León Sánchez

Jorge Rigenbach

Iván Reidel

Julio Gaitán

PARTE II.

ARTÍCULOS DE ANÁLISIS

Autores:

Beatriz Busaniche

Mariana Valente

Alberto Cerda

Bárbara Soto

Andrés Espinoza

Juan Camilo Cárdenas

Pablo Francisco Arrieta

Oscar Montezuma Panéz

Agradecimientos

Este trabajo de investigación no habría sido posible sin el compromiso del equipo de la Fundación Karisma que acompañó todo el proceso y fortaleció este informe con sus múltiples contribuciones, a todos sus integrantes mis más sinceros agradecimientos por la paciencia y dedicación. Especial reconocimiento a Karen Cabrera, Luisa Guzmán, María Juliana Soto y Laura Mora, por el papel que desempeñaron en el proceso, y a Leonardo Guzmán y Oscar Gómez por sus puntuales aportes. A los otros socios del proyecto, la Fundación Getulio Vargas (Brasil) y el Mona School of Business and Management, de la Universidad de las Antillas (Jamaica), especialmente a Mariana Valente y Allison Brown, quienes participaron y colaboraron activamente alimentando con datos, comentarios y correcciones este informe; gracias también a Iván Reidel. Al IDRC porque sin su apoyo económico este reto no habría podido concretarse y, en especial, a Fernando Perini por su permanente apoyo, supervisión y guía. A Derechos Digitales y, de manera especial, a Bárbara Soto, por contribuir con el análisis y los datos para el caso chileno, y a Alberto Cerda, por su paciente lectura y atinados comentarios al informe. A Oscar Montezuma, Andrés Guadamuz y Beatriz Busaniche, por apoyarnos con la confirmación de datos regionales. A Pablo Arrieta, Juan Camilo Cárdenas, Andrés Espinosa y, una vez más, Beatriz Busaniche, Oscar Montezuma, Bárbara Soto y Alberto Cerda, por escribir los

diferentes artículos que hacen un primer análisis desde sus respectivas experticias sobre el contexto actual de la gestión colectiva en nuestra región, utilizando para ello los datos de este informe de investigación. A Ana María Ochoa, quien me presentó el tema y me guió en el mismo, y a Julio Gaitán, que me escuchó y ayudó a procesar apartes importantes de esta reflexión. Finalmente, mis reconocimientos especiales a Sylvie Durán por la paciente revisión y acompañamiento, labores fundamentales para el cierre del proceso y que espero puedan servirle como incentivo para pensar el sector a futuro.

Carolina Botero
Coordinadora general

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina. 15

INTRODUCCIÓN

Comentarios desde la gestión cultural

Sylvie Durán..... 19

PARTE I. INFORME DE INVESTIGACIÓN 35

LA GESTIÓN COLECTIVA ANTE EL DESAFÍO DIGITAL

EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE 37

Presentación general 37

1. Resumen ejecutivo..... 37

2. Presentación..... 41

3. Metodología 47

LA GESTIÓN COLECTIVA ANTE EL DESAFÍO DIGITAL EN

AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE 55

El informe de investigación 55

1. Las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) en América Latina y el Caribe (ALC) 55

2. Tiempos de cambio para el derecho de autor y las SGC de música en la región..... 59

3. ¿Cómo son las SGC en ALC? 62

3.1. Gobernanza..... 67

3.1.1. *Naturaleza jurídica* 67

3.1.2. *Vigilancia y control* 70

3.1.3. *Monopolio de las SGC de la región* 73

3.2. Eficiencia 76

3.2.1. *Manejo interno respecto a los afiliados* 79

3.2.2. Manejo interno respecto a su funcionamiento	82
3.2.3. Manejo interno respecto a tarifas.	86
3.3. Transparencia	99
3.3.1. Información accesible	100
3.3.2. Transparencia respecto a la toma de decisiones	110
3.3.3. Proceso de recaudo	113
3.3.4. Información sobre cobro	118
3.3.5. Efectividad sobre el modelo de recaudo en la región.	119
3.4. Entorno digital	120
3.4.1. Cambios del recaudo en el entorno digital	122
3.4.2. Los negocios con intermediarios de Internet	124
3.4.3. Los nuevos licenciamientos para el entorno digital	127
4. Algunas conclusiones.	131
Las SGC en el mercado musical de la región	131
La SGC típica de ALC	133
Principales problemas de las SGC hoy.	134
Puntos a considerar sobre las SGC que tendrán especial incidencia en un entorno digital.	139
Un papel más amplio de las SGC en la sociedad	141
5. Bibliografía	141
PARTE II. ARTÍCULOS DE ANÁLISIS	149
La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina <i>Beatriz Busaniche</i>	151
Gestão coletiva e transparência em sociedades complexas: Brasil <i>Mariana Giorgetti Valente (Brasil)</i>	175
Desafíos de la gestión colectiva de derechos de autor ante las tecnologías digitales en América Latina <i>Alberto J. Cerda Silva</i>	207
El rol público de las Sociedades de Gestión Colectiva frente a los retos de la tecnología digital <i>Bárbara Soto Morales</i>	225

Recaudo multiterritorial unificado, mecanismo para enfrentar los retos de la gestión colectiva en la era digital <i>Andrés Espinoza Pulecio</i>	243
Las Sociedades de Gestión Colectiva en la nueva economía de las redes y las ideas <i>Juan Camilo Cárdenas</i>	261
Líneas borrosas en las partituras latinas: una mirada desde el público hacia la industria musical actual <i>Pablo Francisco Arrieta</i>	275
Aspectos regulatorios de la gestión colectiva frente a la tecnología digital en Latinoamérica: balance y perspectivas <i>Oscar Montezuma Panéz</i>	307

Índice de gráficas

Gráfica 1. Cantidad de SGC que hay en cada país y el porcentaje que esa cantidad representa en el total de las SGC de América Latina y el Caribe	57
Gráfica 2. Distribución total por tipo de SGC y entidades de recaudo y distribución en los 12 países	58
Gráfica 3. Cantidad de SGC relacionadas con música por país y el porcentaje que representan del total de SGC en cada país	64
Gráfica 4. Naturaleza jurídica: carácter privado y ánimo de lucro.....	68
Gráfica 5. Países con mayores controles sobre las SGC.....	71
Gráfica 6. Acuerdo con otras SGC	83
Gráfica 7. Programas para afiliados	85
Gráfica 8. Manejo interno de las SGC con respecto a tarifas	86
Gráfica 9. Cantidad aproximada de asociados	101

Gráfica 10.	
Obligación legal de suministrar información.	105
Gráfica 11.	
Clases de acceso a información.	107
Gráfica 12.	
Herramienta en línea con información	109
Gráfica 13.	
Naturaleza del recaudo	116
Gráfica 14.	
Operación de la SGC en diferentes países de la región	265
Gráfica 15.	
Evoluciones en soluciones de TV y video	281
Gráfica 16.	
Comparación entre los contratos tradicionales y los de 360°	288
Gráfica 17.	
Mapa de los sitios en los que Ascap posee los acuerdos	294

PRESENTACIÓN

La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina

En 2012 la Fundación Getulio Vargas -Brasil-, la Fundación Karisma -Colombia- y el Mona School de la Universidad de Indias Orientales -Jamaica-, con la financiación del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo -Canadá-, iniciaron un ambicioso proyecto de investigación bajo el título *“Nuevos Mecanismos de Compensación para la Creatividad y la Inclusión”*. Uno de los elementos de esta investigación consistía en investigar y mostrar el panorama actual de las Sociedades de Gestión Colectiva en América Latina y el Caribe pues sólo con esa base se podría analizar futuros mecanismos de compensación para los creadores. El componente de investigación en torno a las Sociedades de Gestión Colectiva estuvo a cargo de la Fundación Karisma y concluyó con el informe titulado *“Datos sobre la gestión colectiva de derechos de autor en el entorno musical de América Latina y el Caribe”*.

Esta publicación presenta dicho informe y da un contexto o mirada al mismo a través de los ojos de nueve voces de la región que con diferentes miradas analizan el futuro de este sector en un entorno tecnológico. La introducción a cargo de Sylvie Durán es la primera voz que desde Costa Rica plantea la importancia del tema y de su reflexión extensiva para proponer cambios que vayan más allá. La introducción enmarca las dos partes en que el contenido sustancial de esta publicación está organizada: la primera que recoge el informe de la investigación y la segunda que corresponde a la colección de ocho artículos que lo analizan.

Al iniciar la lectura de la primera parte encontrará en el informe un documento que muestra un panorama de las SGC a través de la información recolectada en *México, Jamaica, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil, Chile, Uruguay y Argentina* (especial énfasis se hizo en *Chile, Colombia y Brasil*). El informe se presenta a su turno en cuatro partes. La primera parte del informe muestra el panorama de las SGC en la región en términos generales, posteriormente en la segunda y tercera parte el informe se enfoca en las SGC que gestionan música. En la segunda y tercera parte el informe describe cómo es una SGC típica en la región y las analiza desde variables diferentes: Gobernanza, eficiencia, transparencia y su desempeño en el entorno digital. Finalmente, muestra el funcionamiento de la gestión colectiva en la región en general y llama la atención en concreto sobre algunos aspectos desde el punto de vista político, social y económico, incluyendo los mecanismos de compensación con sus afiliados, identifica ventajas del sistema pero sobre todo, los retos que enfrentará en un entorno que se basa en la tecnología disruptiva de Internet.

La segunda parte de este documento busca dar contexto a ese informe a través de una colección de ensayos que algunos profesores, profesionales y activistas de la región escribieron inspirados en la pregunta propuesta por la Fundación Karisma: **Frente a los retos de la tecnología digital ¿cómo ve a las Sociedades de Gestión Colectiva de América Latina?**, y después de conocer el informe de investigación mencionado. La idea central es ofrecer un conjunto de lecturas sobre un tema que adquiere relevancia para todos los que estamos interesados en los cambios que lo digital trae a la sociedad latinoamericana. El primer texto viene desde Argentina de la mano de Beatriz Busaniche quien propone una revisión a fondo del sistema para modificar el paradigma de derecho de autor que las sustenta y, debido esencialmente a los retos que representan en el terreno de los derechos humanos, propone repensarlas desde una óptica de bienes comunes. En el segundo artículo Mariana Valente analiza la crisis de ECAD en Brasil, las investigaciones adelantadas, los fallos, las percepcio-

nes de los autores y usuarios la reciente reforma para plantear el reto que tienen las SGC en relación con la transparencia. El tercer artículo presenta una mirada de las SGC bajo la lente del derecho de autor y sus retos en el cambio de las épocas, para el chileno Alberto Cerda las SGC deberán hacer cambios estructurales que les permita recuperar la credibilidad. En el cuarto artículo la también chilena Bárbara Soto analiza el rol que las SGC han tenido en la discusión pública legislativa de su país durante los últimos años, su posición frente a las tecnologías y la repercusión de esto en los autores y artistas. Para el quinto Andrés Espinosa, desde Colombia, reconoce que la gestión colectiva enfrenta un entorno digital complejo pero considera que es importante fortalecerlas con tecnología para enfrentar los retos, mejorar la credibilidad y ampliar su impacto. El economista colombiano Juan Camilo Cárdenas se ocupa del sexto artículo desde la óptica de la economía política de la pertinencia y eficacia de las SGC. Para el séptimo artículo Pablo Arrieta, también desde Colombia, presenta un amplio recorrido por prácticas actuales de circulación de la música contrastándola con los datos del informe y su muy particular visión del futuro en la región. Finalmente Oscar Montexuma de Perú hace un análisis legal para establecer cómo la sobrerregulación del sector en la región se ha concentrado en la protección y descuidado importantes equilibrios que pasan cuenta a la gestión colectiva para los músicos.

Ha sido un largo camino y un gran reto, esperamos que *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina*, ofrezca al lector nuevos horizontes y más información para ver, proponer y analizar las políticas públicas del sector musical en la Latinoamérica del siglo XXI.

Carolina Botero
Coordinadora general

INTRODUCCIÓN

Comentarios desde la gestión cultural

Por: Sylvie Durán*

Comparto aquí algunas ideas sobre el valor y la pertinencia de este informe de la Fundación Karisma y de los diferentes textos que lo acompañan, un conjunto de escritos que analiza la gestión colectiva de derechos de autor en América Latina ante la transformación que la era digital ha traído a las industrias culturales, a sus subsectores y al ejercicio de la participación y los derechos culturales por parte de la ciudadanía en general.

Se trata de un tema que ha generado amplio debate y polarización en el sector de la cultura y en la reflexión sobre políticas culturales alrededor de aspectos como la gestión asociativa del conocimiento, la propiedad intelectual y los modelos de licenciamiento (*copyright*, Creative Commons, producción abierta y de acceso universal).

El informe busca ofrecer una visión sobre las condiciones y retos que afrontan las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) de América Latina con respecto a la tecnología digital, un encargo

* Ministra de Cultura y Juventud de Costa Rica. Especialista en Gestión y Políticas Culturales. Gestora, docente e investigadora. Miembro del equipo gestor del Mercado Centroamericano de la Música y promotora de “Hecho en Centroamérica”, iniciativas de promoción de la música centroamericana y apoyo a la articulación de agentes de la escena musical del istmo. Forma parte de la Asociación para el Desarrollo de la Industria Musical Iberoamericana (Adimi) desde 2010. Es docente en los posgrados de “Gestión Cultural” y “Ciudades y Emprendimiento” de la Universidad de Córdoba, Argentina. Ha sido coordinadora de proyectos y consultora en temas como cultura y desarrollo; patrimonio y turismo cultural, redes y asociatividad; economía, sustentabilidad de la cultura y modelos de gestión para entidades del tercer sector, gubernamentales y de cooperación. Actualmente cursa la Maestría de Medios Interactivos de la Universidad de Miami. <http://presidencia.go.cr/prensa/comunicados/sylvie-duran-asume-el-cargo-de-ministra-de-cultura-y-juventud/>

que acomete con un ánimo propositivo desde la perspectiva de los derechos humanos y del común, es decir, del interés del conjunto de la sociedad y de la necesidad de “plantearse mecanismos de compensación para los creadores en el nuevo entorno digital”.

A partir de la investigación y el análisis de datos, la Fundación Karisma y los ensayistas invitados dan cuenta del estado actual de las SGC con el ánimo de compartir información con los principales actores del sector, con el público en general, con los hacedores de política y con los legisladores. Además, desean brindar un punto de comparación para revisar el tema a una escala más global y ofrecer nuevos horizontes para ver, proponer y analizar las políticas públicas del sector musical en la Latinoamérica del siglo XXI.

De cara a la necesidad de entender y proponer respuestas a los nuevos desafíos conviene destacar algunos aspectos.

Primero, como sabemos, gracias a la digitalización y las tecnologías de la información y la comunicación, la producción simbólica y de conocimientos cunde y circula como nunca antes entre las personas. Todo ser humano es, en principio y una vez cuenta con acceso a medios como computadoras, celulares o Internet, un *prosumidor* o *produsuario* en potencia: es decir, un generador de contenidos originales, a la vez que un replicador, un “mash-upeador” y un vocero de contenidos de su autoría, de autoría de otros, de autoría compartida o intervenidos de maneras que no eran posibles en la era analógica. Todas las personas son potencialmente generadoras, transformadoras y socializadoras permanentes de contenidos existentes y nuevos.

Consecuentemente con esa capacidad productiva y de participación, han ido apareciendo nuevos procesos de creación y de organización del trabajo creativo en el marco de procesos cada vez más colectivos e interactivos, nuevos consumos y hábitos culturales, nuevas formas de gestión de lo autoral y de los contenidos.

En segundo lugar, los desafíos actuales de la tecnología han superado el estado inicial de los años noventa cuando la innovación digital fue radicalmente disruptiva para el statu quo y se empezó a modelar el debate sobre el tema, hartamente polarizado.

¿En qué consistió esa polarización? Siendo esquemáticos, podemos identificar a lo largo de los últimos veinte años, dos po-

siciones que son irreconciliables una vez se las pretende aplicar como norma universal. Por un lado, tenemos la resistencia total a abrir el paradigma del *copyright*, una posición que ha estado en manos de los agentes que han insistido en criminalizar, judicializar y condenar cualquier uso de la producción cultural, que no se ciña a los derechos de autor.

Del otro lado, tenemos las posiciones que proponen la circulación libre de toda producción y proceso resultantes del trabajo creativo y que los consideran parte del mundo de conocimientos que deben ser patrimonio común a la humanidad, de acceso universal y abierto.

Esta última postura, según las vertientes, incluye una o varias de las siguientes opciones: el cuestionamiento de la noción de autor individual, la puesta en tela de juicio las bases económicas que sustentan las prácticas culturales o el sistema capitalista en general y la propuesta de cambio del esquema de mercado tradicional por uno donde prime el intercambio y la colaboración. Asimismo, es común que se acompañe de la crítica a la noción de industrias culturales.

Entre estos dos posicionamientos encontramos un amplio abanico de formas de comprender el asunto que asumen, esencialmente, que la potencia de la creatividad, la producción de conocimiento y la innovación son hechos que dependen menos de la genialidad de algunos individuos que de buenos ecosistemas y relaciones que las favorezcan ampliamente, es decir: de condiciones sistémicas en las que las partes se relacionan con la mayor interacción posible y a cuya preservación debemos aportar todos/as.

Las variadas formas de comprender la autoría y las formas de colaborar, compartir y socializar la producción cultural se han alimentado y definido tanto en función de posiciones ideológicas, como de la posición e intereses que los sujetos que las enuncian ocupan en el sistema de la producción cultural. También, creo, se fundan en la materialidad y las formas de trabajo propias de los distintos quehaceres que asociamos a la producción simbólica y en las sensibilidades y visiones que sus cultores asumen como propias. Es desde la tradición y las lógicas de determinadas prácticas productivas que se aporta al debate.

Con esto quiero decir que hoy se aporta al debate sobre propiedad intelectual y gestión de derechos o del conocimiento, desde ámbitos extremadamente variados: desde la producción de software y el diseño de objetos utilitarios al desarrollo de infraestructura telemática o la producción de contenidos audiovisuales y los sistemas de archivo y bibliotecas, desde la creación de nuevos dispositivos o la moda a la producción científica aplicada, la literatura y la producción de material educativo; desde el emprendimiento en nuevos sectores como los videojuegos o la gestión de marcas hasta los derechos colectivos y los conocimientos tradicionales.

Estos ámbitos, tenían zonas comunes acotadas hace dos décadas cuando lo digital no era aún la norma. Un ceramista no debía vérselas con el mismo tipo de curadoría, medios de comunicación o eventos que un escritor, un informático, un agricultor tradicional o una agrupación musical. Hoy todos estos leguajes abren sus fronteras y confluyen ante las posibilidades que ofrecen los códigos de programación, ante el uso de Internet y, paulatinamente, el Internet de las cosas y la multiplicidad de pantallas y dispositivos que ocupan nuestro espacio público y privado de forma cada vez más ubicua, interactiva y binaria.

La pregunta hoy no es si las producciones simbólicas existentes serán afectadas por lo digital. De hecho, todas las expresiones están siendo exploradas y resituadas en relación con lo digital, con las interfases de interactividad y con su transformación en contenidos compatibles a través de toda suerte de objetos a los que se los puede asociar.

Hoy, cuando se discute sobre propiedad y sobre la gestión de lo común desde la filosofía, la economía, el activismo, la participación ciudadana, la investigación, el urbanismo social, la ciencia o los procesos de incidencia en política y la actualización normativa; cruzamos y ponemos en cuestión la naturaleza de construcciones y conceptos de un modo que era imposible antes de la era digital.

Es por eso que la consideración amplia, inteligente y matizada de la problemática es más que necesaria para atender los desafíos generales del cambio tecnológico y de las particularidades de

cada contexto, situación y materia. La posibilidad de ese debate amplio se ha visto eclipsada, como decía, por unas pocas visiones de un abanico de opciones mayor.

Las posiciones predominantes lo han sido por su capacidad de lobby o de “ser ruidosas” –es decir su capacidad de hacerse visibles en las nuevas esferas de lo digital–. Ellas han hegemonizado y polarizado el debate en detrimento de la diversidad de opciones y realidades que el tema implica: cómo compartir lo que se produce, qué de lo que se produce debe y puede ser abierto y accesible para que se mantengan, qué requiere del mercado u otros mecanismos como intermediación y, más ampliamente, cómo se genera un ambiente sustentable para la producción ahora que muchos más personas somos sujetos activos de ella.

Especialmente en el mundo en desarrollo, nos hemos visto atrapados o mediados por la situación descrita: los agentes endógenos que podrían haber liderado la lectura y conquista de oportunidades concretas para la realidad local en el “territorio digital” no son necesariamente los que la han hecho. Al contrario, en muchos casos hemos legislado y asumido posiciones frente a tratados de libre comercio, del interés de proteger o impulsar una producción externa que ya nos llega de forma masiva, de alinearlos con realidades que no son homogéneas. Nos hemos condenado a avanzar de forma lenta, poco eficiente o confusa lo que debía haber sido una conversación inteligente, suficientemente auto-referida y autónoma, que respondiera a las necesidades y posibilidades de nuestros contextos locales.

La posición asumida en el informe y en los textos que lo acompañan es parte de lo que da interés al trabajo de la Fundación Karisma y sus colaboradores. En general, las autoras y los autores instalan su reflexión, trascendiendo las posiciones más polarizadas y de forma localizada: hablan desde contextos y condiciones específicas. Proponen una conversación que considera los procesos de transformación como espacios de negociación donde se pueden presentar modificaciones en la forma de gestión de los distintos agentes así como la racionalización y mejora del ecosistema propio.

Proponen, por ejemplo, aclarar y hacer más transparentes los criterios que intervienen en la distribución de los ingresos gestionados por las SGC y sus modos de operar como elemento crucial para pensar las industrias creativas en el Sur. Así, se trae a la mesa la gobernanza y el factor económico como variables centrales a considerar.

Los ensayos, que complementan los temas del texto general, lo hacen señalando limitaciones en la actuación reciente de las SGC y, en algunos casos, propuestas para superarlas. Abordan asuntos específicos como el exceso de regulación impuesta por las SGC respecto de los usuarios de la obra de los autores, su falta de actualización ante el avance de las tecnologías digitales e Internet, las falencias en relación con la rendición de cuentas o los modelos de recaudo. Además, se señalan los procesos de crisis de representatividad de diversas SGC con respecto de sus asociados, sus déficits en materia de transparencia, las prácticas abusivas de sus autoridades y la burocracia de las entidades en función de intereses ajenos a los de la mayoría de afiliados a estas entidades de gestión.

Corresponde precisar que las problemáticas señaladas no aplican de manera general o equivalente a todas las SGC de la región. Hay ya algunas sociedades de gestión que están haciéndose cargo de los principales problemas señalados por el texto a través de procesos de reorganización o de fortalecimiento justamente en materia de transparencia y rendición de cuentas. Dos casos que se pueden mencionar en este sentido son, en primer lugar, el de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD), que ha trabajado en la implementación de estándares de transparencia activa con la asesoría de la ONG Chile Transparente (capítulo chileno de Transparency International) en el marco del proyecto SCD Transparente; y en segundo lugar, el de ACAM de Costa Rica, que culminó un proceso de reforma integral a su reglamento en junio pasado.¹

¹ Véase para el caso de Chile: <http://www.scd.cl/www/index.php/nuestra-sociedad/scd-transparente>; para el caso de Costa Rica: <http://www.acam.cr/2014/06/vientos-nuevos-remozan-los-nuevos-tiempos> y <http://www.acam.cr/2014/05/reforma-integral-de-los-estatutos-de-la-asociacion-de-compositores-y-autores-musicales-de-costa-rica>

Fuera de esa precisión, creo que los aportes del informe son relevantes y especialmente pertinentes para quienes vivimos en el centro del continente. Durante las últimas dos décadas, nos encontramos conceptual, política y geográficamente jaloneados entre las posiciones que describí –resistencia al cambio de status, liberalización– en foros de negociación, encuentros y construcción de agendas, en la cotidianidad de los sectores culturales y sus agentes y en la política, en debates y procesos relativos a la integración comercial e institucional (los tratados, el ALCA, el ALBA), en materia de cultura digital y de economía de la cultura.

En el norte del continente americano, México o Estados Unidos –países de gran influencia cultural en todo el subcontinente latinoamericano y, particularmente, en los más cercanos como los centroamericanos– existen fuertes sectores e industrias culturales y del entretenimiento fundadas en la gestión privativa de la propiedad intelectual en la que, más allá del derecho de autor con sus aspectos morales y patrimoniales, se opera a partir del *copyright* que defiende con mayor énfasis a inversores y grupos de interés corporativo como titulares de la propiedad intelectual.

Al sur, como parte de los procesos que han implementado algunos países en la última década y media, para recuperar la capacidad reguladora del Estado o explorar opciones más socialistas de gestión, se ha apostado por la indagación y la inversión en lo digital y en las posibilidades de gestión de los contenidos locales a partir del procomún y las licencias Creative Commons. En este caso, hasta hoy, se trata de desarrollos en los que circuitos de retorno y sustentabilidad depende estrictamente de subsidios públicos o de esquemas productivos de pequeña escala.

En ambas dinámicas se manifiestan tensiones y contradicciones: ya que si bien los objetivos de acceso y participación cultural se riñen con las tendencias a la elitización del consumo en la industria del entretenimiento o a las viejas visiones en las que la cultura oficial apostaba a pequeños grupos ilustrados como la base creativa de una sociedad –visiones que tocan lo que se había elaborado sobre economía de la cultura y las artes–; la participación cultural ciudadana, amplia y generalizada –deseable como

ella es— no resuelve *per se* cómo se crea empleo o renta por medio de la actividad cultural o cómo se desarrolla el sector de manera generalizada como medio de desarrollo material para las comunidades y los trabajadores creativos.

En el corazón de esas tensiones yace una de las preguntas que originan la investigación de la Fundación Karisma: ¿Cómo se reconoce o compensa el trabajo de los creadores y el tiempo invertido en generar contenidos originales, curados o remezclados? Se trata de una pregunta clave en momentos donde muchos países de nuestra región trabajan en la idea de generar empleo y riqueza a partir de la cultura, de apoyar el emprendimiento y modos de gestión sustentables a partir de la diversidad cultural como una fortaleza del continente. ¿Cómo se apuesta a la creatividad en cuanto producción cultural y a la innovación asociada a ella, si no se aseguran canales de retorno al trabajo que lo genera?

Más allá de las diversas posiciones sobre el tema, enfrentamos una realidad contundente: el cambio en los hábitos de consumo de varias generaciones que ya son activas *produsuarias*. Una parte importante de ellas asume el libre intercambio y el consumo abierto por Internet como *natural* y ven como rareza los soportes y lógicas de consumo anteriores en las que se debía pagar por acceder a determinados contenidos. Pero asimismo, se van acogiendo al “streaming”, la compra de apps o de videojuegos y exploran como usuarios los modelos de negocio que se ponen a prueba.

Ante esas realidades, las SGC han asumido hasta ahora una lógica más bien proteccionista y conservadora que se ha traducido en intentos por obtener el control sobre el uso de las nuevas tecnologías. Se han considerado ilegítimas las formas que tanto músicos como amantes de la música utilizan en la era digital para ampliar las posibilidades de distribución de las obras y el acceso a éstas.

Tal tipo de resistencia se ha dado una y otra vez ante los avances tecnológicos —en el caso de la música, por ejemplo, cuando se pasó del vinilo a los CDs o de la música en vivo a las discomóviles—: en un principio se da una reacción de oposición ante las nuevas tecnologías que ponen en jaque las formas conocidas de

socialización y puesta en valor de la producción. Una vez masificadas surgen modos de apropiación de los nuevos medios en los que la actividad creativa y la posibilidad de potenciarla se recomponen de algún modo.

Lo cierto es que, ante el cambio, la mera resistencia al cambio impide prever e identificar esas posibilidades de apropiación de forma prospectiva. Así las cosas, las instituciones implicadas –públicas, privadas o de gestión– resisten el cambio en el discurso y la acción en lugar de preguntarse y prepararse para responder a preguntas concretas como cuáles son las nuevas tareas que debe incorporar la música para crear o entrar en circuitos con retorno, o dónde se defienden hoy los intereses de los agentes creadores.

Los autores de los textos que acompañan al informe principal, señalan que el problema radica en alcanzar un mejor equilibrio con respecto a la actuación de todo el conjunto del sistema productivo de la música y en relación con dos esferas de derechos humanos: los derechos de los creadores a generar y disfrutar de beneficios de su trabajo y los derechos de acceso y participación cultural propios de la ciudadanía en general.

Conviene recordar aquí la función principal de las sociedades de gestión colectiva: salvaguardar los derechos de los creadores. El mecanismo histórico para hacerlo ante las tecnologías asociadas a la imprenta y eventualmente a otros objetos físicos que evolucionaron y sirvieron por décadas como soporte o medio de transmisión de las obras (libros, vinilos y CDs, por ejemplo) ha sido el derecho de autor. La salvaguarda se dio mediante la creación de entidades capaces de monitorear y asegurar parte del retorno generado por los mediadores que aparecieron con esas tecnologías y que se instalaron entre creadores y usuarios finales. Esto es esencialmente los editores que podían reproducir la obra en esos soportes, los nuevos intérpretes ocupados de su ejecución, las discográficas y otros agentes que se integraron a la cadena entre creación, producto y usuario final.

Actualmente, se ha dado un vuelco radical: no solo se modificaron los soportes y medios por los que circulan y se reproducen los contenidos y aparecieron nuevos gestores y mediadores

de esos soportes, sino que la nueva materialidad digital produce una condición singular: prácticamente ningún producto artístico u original puede considerarse “final”. En la era digital, toda producción es susceptible de ser reintervenida. En parte por eso que somos todos prousuarios o prosumidores.

Ante esta realidad modificada: ¿cuáles serían las estrategias y el papel de las SGC como salvaguardas de los derechos de los creadores?

Honrando la idea de encaminarse a las acciones, menciono a continuación algunas ideas compartidas en el proceso de lectura con la Fundación Karisma en procura de mayor investigación-acción sobre el tema y del desarrollo de propuestas alrededor de la gestión colectiva y de un conjunto de licencias más abierto que considere como válidos se interese por los nuevos medios utilizados por los músicos y usuarios más volcados el ambiente digital. Las propuestas están inspiradas por la investigación de Karisma, por experiencias compartidas en espacios de diálogo afines y por un primer acercamiento con agentes del entorno costarricense para pensar cómo podría ser un piloto. El resultado inicial indica que un proceso de esta naturaleza debería incluir varias exploraciones y procesos.

Por un lado, la socialización crítica de este tipo de investigación (el informe de Karisma) con operadores y usuarios específicos, con el ánimo de poner a dialogar más claramente esas dos esferas de saber: la reflexión de expertos y académicos con los encargados de la gestión.

Asimismo, informarse sobre los resultados de las experiencias que hoy ya vinculan a sociedades de gestión colectiva con el Creative Commons —algo que sucede al menos en cuatro países europeos: Holanda, Dinamarca, Suecia y Francia—. Este es un interés declarado de colegas con cargos de responsabilidad en sociedades de gestión.

Por otro lado, tendría que analizarse los modelos de negocios y servicios de las principales plataformas digitales agregadoras de contenidos y al servicio de la música, en procura de identificar tanto aquellos servicios donde hay espacios de oportunidad

para los productores locales como aquellos donde parece haber ya concurrencia entre los servicios provistos por esas plataformas y las funciones tradicionales de las SGC: monitoreo del uso de las obras, defensa de intereses pecuniarios de los músicos, recaudo, entre otras.

También convendría incluir los debates recientes que hacen diversos grupos de trabajo y activismo sobre cultura libre para alentar modos de gestión cooperativos, de economía social o francamente alternativos al mercado, para identificar los argumentos y propuestas más contundentes de cara a su viabilidad en las diferentes circunstancias, economías de escala y climas políticos que caracterizan a nuestra región.

Finalmente, los resultados obtenidos tras el análisis de esos ejes deberían contrastarse con los datos microeconómicos y la capacidad instalada en las propias escenas locales y sus sistemas de producción comerciales, independientes o contraculturales, para atender un tema poco explorado: los costos del cambio.

Proponer este tipo de exploración requiere idealmente contextos favorables al intercambio y la reflexión sobre la cadena de valor de la actividad, agentes dispuestos a recibir retroalimentación crítica y participar de un debate plural, preocupados por avanzar en la actualización y fortalecimiento de la gestión colectiva de los contenidos locales como objeto de interés común para partes con intereses diversos ante esos contenidos. De este modo sería posible sumar voluntades e inteligencias sociales para explorar las posibilidades de cambio.

Vengo de un país donde ese tipo de apertura y reflexión sistémica se ha dado en temas como la gestión de los recursos naturales, la biodiversidad y su sustentabilidad. Se trata de temas que encontraron su espacio como asunto de interés público y hoy están fuertemente inscritos como materia de corresponsabilidad en la cultura institucional tanto gubernamental como de la sociedad civil.

El proceso ha sido largo y aunque estamos aún lejos de contar como humanidad con todos los acuerdos y mecanismos necesarios para una gestión ambiental responsable, ciertamente el pen-

samiento ha madurado y la conciencia viva en distintos sectores —el gubernamental, el de la sociedad civil y la ciudadanía en sus diversas expresiones— contribuye cotidianamente a enfrentar nuevas presiones y coyunturas adversas.

Decía que, por falta de disposición al diálogo entre posiciones que ni siquiera se reconocen entre sí, no hemos contemplado la gestión colectiva y la promoción de las fuerzas creativas locales del mismo modo. Nos hemos privado de una reflexión fructífera, realista y clara a favor de los contenidos, de las economías y las comunidades locales entre quienes debería conversarlas a nivel local: sociedades de gestión, especialistas académicos y activistas promotores de Creative Commons, por ejemplo. La diversidad cultural debería asumirse, tal y como sucede con el patrimonio natural y la biodiversidad, como un asunto de interés ciudadano, común o “multistakeholder” (multisectorial).

Hoy día, junto a los promotores y las plataformas web, todos somos potenciales facilitadores de prácticas que alientan o desalientan los derechos culturales de las dos grandes poblaciones titulares en juego: los creadores (músicos, escritores, otros), y titulares de derechos en los que ellos los depositan por un lado; y los ciudadanos y ciudadanas, titulares del derecho de acceso y participación cultural y de participación por el otro. Es el ejercicio de derechos por ambas partes el que debe ser fortalecido si queremos un sistema productivo de la música que sea sustentable y comprometido con la diversidad cultural, la ciudadanía y el aporte al desarrollo.

Vayamos aún más lejos pues vienen nuevos desafíos tan complejos como los señalados o aún más. Entre éstos se encuentra cómo se resolverá el acceso a los medios digitales, especialmente en América Latina donde, por ejemplo, el acceso a Internet crece anualmente más que en cualquier otra región del mundo (un 13%, según eMarketer).

Ese dato no es para nada homogéneo en la región. Por el contrario, la brecha entre países es amplia. La conectividad a Internet supera el 50% de la población en países como Chile, Argentina, Uruguay, Venezuela, Colombia y Brasil. En el grupo donde la co-

bertura alcanza entre el 40 y el 50% de la población con acceso se encuentran Costa Rica, República Dominicana, México, Panamá y Ecuador. En la zona intermedia, con menos de 40% de cobertura, se encuentran Bolivia, Perú, Jamaica, Paraguay, Belice, Cuba y El Salvador. Finalmente, en los países más pobres, ese acceso baja a cifras de cobertura que van del 11% al 20%, como sucede en Haití, Honduras, Nicaragua y Guatemala. La misma distribución, con pequeñas variantes, se repite en relación con los datos sobre quién hace uso de redes sociales u otro tipo de plataformas y, por consiguiente, quiénes han visto aumentada o no su capacidad de producción e intercambio por las posibilidades que ofrece la tecnología.

Además, según la CEPAL, si se considera factores como el género, la edad, el nivel socioeconómico y educativo, los resultados de las desigualdades anotadas anteriormente mostrarían que más hombres que mujeres utilizan la computadora e Internet, su uso se concentra en los jóvenes de 16 a 30 años (más del 30% de los comprendidos en esta franja de edad son usuarios diarios, mientras que los mayores de 51 años lo son sólo en un 8%), más de las tres cuartas partes de la población con un nivel socioeconómico bajo o sin formación básica no ha utilizado nunca la computadora o Internet.

Mientras ese es el panorama, hemos de recordar que obviamente el avance tecnológico no se reduce a los indicadores generales de acceso a celulares o Internet y que la investigación y el desarrollo tecnológico progresan y se especializan aceleradamente de acuerdo a muchos factores, incluyendo quién puede invertir y cuánto.

Ante la realidad desigual del acceso a las TICS mundo en desarrollo, se podría prever que los grupos y sectores excluidos recibirán relativamente pronto posibilidades de acceso, ya no necesariamente por parte de sus Estados o únicamente de éstos, sino a cuenta del interés y la inversión de grandes corporativos de las telecomunicaciones que desarrollan millonarios proyectos para ampliar su capacidad de servicio y masificar el acceso a Internet.

Para avanzar en tales proyectos, las grandes empresas del sector visualizan trabajar en ciudades latinoamericanas y de otras

zonas del mundo —como el caso de las pruebas de Google en Nueva Zelanda y Brasil o de Facebook en África— y se explora la posibilidad de alianzas público-privadas, como declaró Mark Zuckerberg, director ejecutivo de Facebook, en una reciente visita a México (septiembre de 2014) en la que se entrevistó con el actual presidente mexicano, Enrique Peña Nieto. En la misma línea, vemos cómo hoy se promueven nuevos emprendimientos de aceleración (*start-ups* en inglés) en nuestros países, cuya capacidad innovadora es detectada y captada diligentemente por las grandes empresas que disminuyen con ellas su riesgo e inversión en investigación y desarrollo (I+D) mientras, de paso, neutralizan focos de competencia a futuro.

En este contexto donde el empresariado privado —transnacional y concentrado en unos pocos países— asume roles de primer orden en la construcción de la infraestructura de soporte a la economía digital, la capacidad ciudadana, técnica y gubernamental de dar voz y atender a los distintos grupos de interés, de potenciar los procesos locales y reflejar las necesidades endógenas es crítica. De no trabajar en esta dirección, los modelos de gestión aplicados a nuestros países amenazan seguir siendo propuestas formateadas por otros países y por transnacionales.

De modo que hoy la tendencia parece ser que se seguirá capturando la creatividad a través de los servicios de subida de contenidos y las dinámicas intensivas de acceso e interacción con ellos, ya sea en modelos libres gratuitos, mixtos (*freemium*) o de pago (*Premium*). Será una vez más en la infraestructura de distribución que se definirá quien tiene el potencial de generar valor.

En ese contexto, podemos seguir siendo grandes productores a nivel local pero no necesariamente participantes fuertes en la definición de dónde se genera o cómo se comparte ese valor. Es de hecho, la situación que ya vivimos con la industria musical fonográfica y la explotación de nuestras materias primas. Es decir que el desarrollo para el Sur, se podría limitar otra vez a sumarnos como proveedores de materia prima barata —en este caso materia prima creativa barata— y a ser consumidores de producciones propias o de otros contextos cuyo valor agregado pagaremos pero quedará en manos de otros.

Esa dinámica remite a lo que el texto de Karisma, centrado en el problema de cómo gestionar nuestros contenidos y el trabajo creativo en materia de derechos de autor, nos conmina a hacer: más esfuerzo prospectivo que defensivo. ¿Cómo y dónde se genera valor en la nuevas industrias creativas? ¿Cómo puede retornar y en qué medida ese valor a la base primaria de la producción que lo sustenta?

El texto nos invita por eso, en su fondo, a cuestionar la tendencia histórica y recurrente en nuestra región de asumir como propios modelos e intereses externos sin explorar o ser asertivos en la definición de opciones más pertinentes para nuestros contextos y de una gestión a favor de las dinámicas locales, del interés de nuestras comunidades y de nuestras fuerzas creativas.

PARTE I

Informes de Investigación



LA GESTIÓN COLECTIVA ANTE EL DESAFÍO DIGITAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Presentación general

1. Resumen ejecutivo

El presente informe, realizado por la Fundación Karisma y financiado por el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo de Canadá (IDRC por sus siglas en inglés), busca mostrar el panorama actual de las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) en América Latina y el Caribe (ALC) para ofrecer recomendaciones respecto de su posible evolución en el siglo XXI, especialmente en el entorno digital. La pregunta principal que guio la investigación fue: ¿Qué tan preparadas están las SGC de ALC para asumir la gestión de mecanismos de compensación masivos propios del entorno digital que puedan ser pensados como herramientas de democratización para el ingreso a este nuevo mercado tanto de artistas conocidos como de artistas periféricos (nuevos, pequeños o independientes)?

El estudio se desarrolló considerando que hoy por hoy:

- Para los músicos, en general, sigue siendo importante el sistema de compensación tradicional, pero el uso de nuevas tecnologías y de la infraestructura de la red de redes (Internet) aumentan cada vez más y de forma acelerada.
- Debe pensarse en el entorno digital como un espacio propicio tanto para la creación de nuevas formas de compensación como para incentivar otras maneras de interactuar con audiencias.
- El contexto tecnológico ha devenido nuevo medio o “territorio” que está siendo ocupado por creadores que lo utilizan,

casi exclusivamente, como canal de distribución de contenidos libres y gratuitos.

- Para facilitar el desarrollo de nuevas formas de ingresos económicos para los creadores es esencial entender el funcionamiento actual de las SGC en ALC. Así, se hace necesario, en primer lugar, comprender su capacidad de operar en el entorno digital y, en segundo lugar, repensar el marco legal de las SGC ante la importancia de su rol de intermediación tanto en el mercado musical como en el sector cultural.

Ese es el propósito central del informe, mostrar el estado actual de las SGC a partir de datos sistematizados que sirvan de base para informar no sólo a los actores del sector sino también al público en general y, especialmente, a los hacedores de política pública y a los legisladores. Además, el informe crea un punto de comparación para revisar el tema a una escala más global e indaga los criterios que se aplican a la distribución de los ingresos, un elemento crucial para pensar en una industria creativa en el Sur.

En cuanto a la metodología, la información base de la investigación fue recolectada tanto de fuentes primarias como secundarias y abarcó doce países de ALC: *México, Jamaica, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil, Chile, Uruguay y Argentina*. Posteriormente, el trabajo de investigación, a través de una labor que implicó el uso de herramientas de investigación cualitativa, se enfocó en *Chile, Colombia y Brasil*. Esta información, por supuesto, presenta límites que determinan el alcance de la investigación, sin embargo, constituye un importante recurso de diagnóstico sobre la situación actual de las SGC en ALC. El análisis de todos estos materiales se hizo con base en cuatro variables: gobernanza, eficiencia, transparencia y entorno digital.

De acuerdo con lo anterior, la investigación constató que:

- Las SGC mantienen un importante rol en la región y en el sector musical y han hecho, o están haciendo, avances para gestionar cada vez mercados más grandes en busca de alcanzar mayor eficiencia.

- Las SGC de derechos de autor relacionados con la música existen en todos los países de la muestra, poseen una estructura bien desarrollada y muy similar. Sin embargo presentan importantes diferencias, particularmente en relación con el grado de injerencia del Estado en temas de vigilancia y control, aspectos que deben ser analizados en profundidad.
- En general, las SGC son entidades privadas sin ánimo de lucro sometidas a un bajo nivel de vigilancia y control. No tienen obligaciones definidas en cuanto al suministro de información al Estado, a la sociedad o a sus afiliados.
- Las SGC tienen amplia libertad para definir tarifas, quiénes están obligados a pagar, formas de distribución del recaudo y esquemas de gobernanza.
- En relación con la gobernanza, ésta se caracteriza por una baja representatividad del total de sus afiliados (total significa considerar a todas las personas que les dan mandato para la gestión del derecho de autor, incluso, si el mandato es sobre una sola obra), hecho que ha sido aprovechado por unos cuantos para beneficio propio.
- Las SGC típicas apenas están incursionando en el entorno digital y es poco lo que se sabe sobre la forma como asumen esta tarea. Este panorama supone dudas sustanciales sobre su capacidad para ser competitivas y responder a las necesidades de usuarios y músicos en entornos digitales globales.
- El principal problema de las SGC típicas en ALC, del cual se derivan la mayoría de sus retos, parece ser el hecho de que ofrecen poca información a sus afiliados, a las autoridades de vigilancia y menos aún a terceros. Tal situación ha generado desconfianza entre miembros y usuarios de las SGC, hecho que se ha visto especialmente reflejado en las recientes crisis de las SGC en la región.
- Otros aspectos revisados tienen que ver con la labor de estas entidades en relación con el cubrimiento de las necesidades sociales y de recreación de sus afiliados, así como el modelo de recaudo en la región (recaudo centralizado o a través de ventanilla única) y cómo estos dos temas se han reflejado en reformas legales recientes.

- En cuanto al entorno digital, muchos músicos consideran que las SGC no están abordándolo apropiadamente. Algunos consideran que estas entidades se aproximan de manera errada al tema, lo que ha llevado a la imposición de restricciones como, por ejemplo, la prohibición al uso de licencias abiertas.
- Las variables analizadas están entrelazadas y sólo su mirada global puede ayudar a explicar la situación actual de las SGC en la región.

En suma, son múltiples los retos que el sistema de recaudo y distribución a través de las SGC enfrenta para el siglo XXI. A este respecto, puede concluirse que las SGC tienen una capacidad instalada y un desarrollo que puede servir para fortalecer sistemas de compensación que promuevan la creatividad y la inclusión en entornos digitales, pero su éxito dependerá en gran medida de que puedan repensarse sustancialmente como entidades al servicio de un público amplio. Para que puedan ajustarse a las prácticas propias del nuevo entorno digital, ser facilitadoras de la creación y tener pertinencia y éxito en el futuro, deberán separarse de estructuras y prácticas que favorecen a unos pocos.

Finalmente, para los Estados quizá el principal reto será reconocer que esa intermediación no se queda sólo en el mercado del entretenimiento y en el interés particular, sino que resulta clave en el ecosistema cultural y creativo, es instrumental en el ejercicio de derechos culturales y de acceso a la información, y tiene interés para todos los creadores, autores y artistas, tanto para miembros de las SGC como para quienes no lo son. Sin duda, esta dimensión tan amplia del campo de afectación de las SGC deberá influenciar los cambios regulatorios, de vigilancia, control, y seguimiento que están (o deberían estar) en cabeza de las autoridades.

2. Presentación

Por: Carolina Botero Cabrera

Los desarrollos tecnológicos han supuesto una enorme reorganización del ambiente de producción cultural y trabajo intelectual que puede ser abordada como un campo de posibilidades para la creación de nuevas formas de compensación e incentivos para la producción creativa. Sin embargo, muchos de los países en desarrollo todavía sufren de un subdesarrollo crónico de sus industrias creativas, aunque son poseedores de manifestaciones culturales vibrantes y diversas. El rápido cambio tecnológico sugiere que los sistemas de compensación existentes para los músicos deben reajustarse, se debe pensar, entonces, en nuevos modelos que establezcan formas más inclusivas de participación para el sur en el creciente ambiente digital cultural global. Adicionalmente, esta discusión no puede quedar reducida al valor de intercambio de la música que se deriva de su consumo. Si se entiende la música como una relación histórica de intercambio, el comercio de la música sucede no sólo en el consumo, también se da en la creación y producción de la obra musical (Ochoa y Botero, 2009: 158-168) y no está limitado a un intercambio monetario.

Con la financiación del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo de Canadá (IDRC por sus siglas en inglés) desde el año 2006 se ha desarrollado un proyecto de investigación sobre la relación de ambientes culturales periféricos con los modelos de compensación creados por el sistema de propiedad intelectual. El presente documento presenta resultados de una porción de esta investigación, a cargo de la Fundación Karisma, que es el fruto del trabajo realizado por un grupo de investigación reunido en el 2012 y conformado por la Fundación Getulio Vargas (Brasil), la Fundación Karisma (Colombia) y el Mona School of Business and Management, de la Universidad de las Antillas (Jamaica) para trabajar diferentes aristas del tema.

De algunas de las investigaciones realizadas con músicos de la región y el apoyo de IDRC desde 2006¹¹ se identificaron puntos de partida que informan esta investigación:

- Aunque el derecho de autor no puede considerarse como la única motivación o incentivo para la creatividad, sí se confirmó que incluso en escenarios musicales que se reconocen como “alternativos” hay una relación con los ingresos que dependen del sistema de derecho de autor que gestionan las SGC². Respecto de la Champeta, por ejemplo, se menciona que lo más conocido de este género

es que circula según un modelo de negocios alternativo, [sin embargo] hace uso de las normas de derecho de autor para [cobrar] en eventos públicos y en la radio, [pero] no (...) para fines de venta de los CDS. La distribución de los CDs de champeta se da a través de las redes piratas de circulación de discos, a precios muy bajos y en mercados populares (...) Si por un lado la champeta “desordena” la idea de un folklore decoroso asociado a la músicas Afrodescendientes, por otro también desordena las prácticas de circulación musical y la manera como las conceptualizamos”. (Ochoa y Sanz, 2013)

- En una sociedad que está cada vez más mediada por las tecnologías y más *interconectada*, los creadores están haciendo en-

¹ Las investigaciones se hicieron con músicos de América Latina que han desarrollado mecanismos alternativos, diferentes al convencional desarrollado por la industria musical del siglo XX en donde la compensación del creador depende esencialmente de la venta de la grabación de la música —a través de CD’s, LP’s, cassettes, etc.—, así, por ejemplo se trabajó con la cumbia villera de Argentina; el anarco punk, la fusión y la champeta en Colombia; o el tecnobrega y el funk carioca de Brasil.

² En la investigación sobre cumbia villera, Paula Magariños y Carlos Tarán afirman que sus intérpretes no sólo explotan sino que también cuentan cada vez más con los ingresos que provienen de presentaciones públicas (Magariños y Tarán 2009: 4). Algo similar se planteó en la investigación con músicos de tecnobrega, donde se afirma que la “liberación del acceso a sus obras tiene más efectos positivos que negativos para su éxito en el mercado” porque sirve para incrementar la audiencia de los músicos que tienen como principal ingreso las representaciones en vivo (Lemos et ál., 2008: 202). Pero quizá es en la champeta colombiana, en donde se afirma que cada vez más una mayor cantidad de cantantes, productores y compositores se inscriben en la gestión colectiva como una forma de obtener una “entrada fija para los actores del medio, que en su mayoría pertenecen a los estratos bajos de la ciudad” (Sanz, 2013).

sayos con la tecnología³ y lo harán con base en sus realidades sociales y tecnológicas sin esperar las dinámicas de la industria (Yudice, 2007).

- Internet es para estos músicos un canal importante para la disseminación de la música, para el proceso creativo y para conectarlos con sus potenciales audiencias. Es para estos fines que los músicos de tecnobrega (Lemos et ál., 2008: 102), cumbia villera (Magariños y Tarán, 2009:4), anarco punk (Ochoa y Botero, 2009), champeta (Ochoa y Sanz, 2013) e incluso, en medio de su ambivalencia, la música de fusión colombiana⁴ usan de manera importante la distribución gratuita y las opciones de “compartir” su música a través de Internet.
- De los resultados de estas investigaciones se debe resaltar la importancia que tienen los ingresos por las presentaciones en

³ En el informe de investigación sobre cumbia villera, aún inédito, se explicaba que mientras en el 2005 la compra de CDs era importante, en 2009 (fecha de la investigación) “la gente todavía está comprando tantos CDs copiados como originales o incluso más, pero la disponibilidad de la tecnología móvil y un amplio acceso a Internet en las zonas urbanas (principalmente a través de café Internet) facilitan enormemente las descargas e intercambio de la música, sobre todo porque las descargas de Internet y los intercambios bluetooth no se sienten ilegales, como las falsificaciones o los CDs copiados” (traducción propia). Esto podría explicar la práctica común entre los creadores de la cumbia villera que consiste en la disseminación de CDs y canciones como “algo completamente naturalizado”, sus canciones tienen vida propia en la red. De otra parte, en esta música el uso de los celulares (para entonces especialmente vía bluetooth) es especialmente importante para difundir la música entre las audiencias (Magariños y Tarán, 2009). En la investigación sobre músicas anarco punk en Colombia se constató que ha habido una relación histórica con las tecnologías como facilitadoras de su difusión, de hecho, para la época en que se llevó a cabo la investigación la música se seguía distribuyendo gratis usando Internet (Ochoa y Botero, 2009: 158-168).

⁴ Para “los músicos de fusión la visión de las sociedades de gestión es complicada, Las sociedades de gestión son un elemento clave en el concepto legal del derecho de autor puesto que son las que pueden garantizar la eficiencia en la gestión económica de los privilegios del derecho de autor, pero, cuando el autor no está en esa economía de escala la relación no es tan sencilla. De hecho, como se puede ver con mayor detalle en el informe de la investigación, las percepciones de los músicos de fusión varían en cuanto a las prácticas reales de remuneración que reciben de Sayco (y) Acinpro (sociedades de gestión colectiva en Colombia). Para unos, la relación resulta ser beneficiosa porque cuando han aceptado que estas sociedades les gestionen sus obras han empezado a recibir un recaudo que no anticipaban que recibirían, sin embargo, esta percepción es excepcional. Lo normal es que se perciba una poco clara relación entre vincularse a la sociedad (para que les administre los derechos patrimoniales de su obra) y recibir recaudos” (Botero, 2007).

vivo y cómo, para algunos de estos músicos, el recaudo que las SGC hacen por dicho concepto es considerable. Efectivamente, en el caso de la cumbia villera (Magariños y Tarán, 2009) y la champeta (Sanz, 2013) tales eventos están vinculados con una especial consideración para las SGC que administran ingresos por este concepto.

- Las investigaciones también mostraron la dificultad de comprensión que tienen algunos músicos sobre temas de derechos de autor. En términos generales, los músicos de tecnobrega (Lemos et ál., 2008), por ejemplo, confirman sus dificultades para comprender el sistema de derecho de autor, pero esto puede ser todavía más problemático cuando se mira la relación de los músicos con las SGC; bien sea porque la relación de estos creadores con la música no es exclusivamente de consumo⁵⁵, porque se plantea una tensión a medida que los creadores hacen uso de la tecnología⁶⁶ o porque tienen un compromiso ideológico que los separa de cualquier pretensión de mercado⁷⁷, lo cierto es que estos músicos de la periferia no son los que más usan o se relacionan con el sistema.

Considerando entonces que, hoy por hoy el uso de la tecnología y de la infraestructura de red (Internet) para la creación de

⁵ Entre los músicos hay diferentes razones para despreciar el círculo formal de la industria, en la cumbia villera, por ejemplo, “hay grupos que no tienen paciencia y se cansan de tocar para 500 personas, por eso arreglan (con productoras). Está más claro que cuando firmás un contrato con una compañía tenés una fecha de vencimiento de lo popular” (Magariños y Tarán, 2009:4).

⁶ En las investigaciones con los músicos de fusión en Colombia se evidenció una relación ambivalente tanto con el sistema legal tradicional como con alternativas tales como las licencias de Creative Commons. Los músicos de fusión se sentían acorralados entre la necesidad de vivir del oficio y la de ser reconocidos y ampliar su audiencia a través de canales de distribución más amplios, que para entonces no se traducían necesariamente en mecanismos directos de remuneración (Ochoa y Botero, 2009:158-168).

⁷ Sobre la investigación con músicos de anarco punk, se estableció que ellos no quieren tener nada que ver con el derecho de autor, por motivos ideológicos, hecho que se evidencia en su práctica común de ignorar registros y afiliaciones (Ochoa y Botero, 2009: 158-168). De otra parte, se comprobó que estos músicos “no desean que sus actuaciones sean identificadas con algún tipo de institucionalización y en consecuencia rechazan cualquier esquema que los acerque al establecimiento y en forma especial a las instituciones vinculadas con la filosofía de propiedad privada” (Botero, 2007).

nuevas formas de compensación y para incentivar otras maneras de crear y de interactuar con las audiencias es tan importante como el sistema de compensación tradicional para los músicos, resulta fundamental ampliar el conocimiento sobre el funcionamiento actual de las SGC en ALC. Sólo su comprensión permitirá establecer el modelo existente y la capacidad de estas instituciones para seguir jugando un rol importante en el nuevo contexto que plantea Internet, pues las SGC son un eje fundamental para hablar de cualquier esquema de compensación en este entorno.

El propósito central de esta parte de la investigación es mostrar, por medio de los datos e información recogida, el estado actual de las SGC, para que esto sirva como base para informar a los actores principales del sector, al público en general y, en especial, a los hacedores de política y a los legisladores. Este informe puede llegar a servir, además, como punto de comparación para revisar el tema a una escala más global.

Internet es indudablemente un nuevo medio o “territorio” ocupado por creadores, utilizado incluso como canal de distribución de contenidos libres y gratuitos. Por tal razón, se debe indagar acerca de las implicaciones de la participación de todos los creadores en las SGC así como sobre los criterios que se aplican a la distribución de los ingresos que ellas recogen. Los resultados que se obtengan pueden ser cruciales para pensar en una industria creativa en el Sur que pueda aprovechar los espacios que crean las tecnologías disruptivas como Internet.

La información base de esta parte de la investigación fue recolectada tanto de fuentes primarias como secundarias y abarcó doce países de ALC: *México, Jamaica, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil, Chile, Uruguay y Argentina*. Posteriormente el trabajo de investigación se enfocó en *Chile, Colombia y Brasil*, labor donde se utilizaron herramientas de investigación cualitativa y que contó con el apoyo adicional de la ONG chilena Derechos Digitales (que no era parte de los socios originales). También se recogieron algunos datos adicionales de los otros nueve países, especialmente de *Jamaica*, sin embargo, fue en los últimos tres países señalados que se exploraron las di-

námicas sociales, políticas y económicas inmersas en la gestión de derechos de autor, a partir de los actores que hacen parte de ellas, como son artistas, autores, productores, entes estatales, empresarios, etc. Los datos se recogieron entre febrero de 2012 y julio de 2013. La selección de países de la muestra atiende a las diversidades históricas, económicas y culturales de la región, características que, sin lugar a dudas, han influido en la estructuración y funcionamiento de las SGC.

Durante el tiempo en que se desarrollaron las actividades de investigación éstas se distribuyeron en dos fases diferentes: una correspondiente a determinar los sistemas que han adoptado los países para la gestión de los derechos de autor (fase 0 y 1), y la segunda, que se concentró en fijar las relaciones sociales que se tejen dentro de estas sociedades (fase 2). La primera fase se realizó en los doce países mencionados (*Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Jamaica, México, Perú y Uruguay*), mientras que la segunda fase se concentró, como ya se dijo, en *Brasil, Colombia y Chile*.

Finalmente, esta investigación presta particular atención al importante rol de intermediación de las SGC, lo que obliga a evaluar su papel desde una perspectiva de interés público⁸⁸ donde resulta clave indagar sobre ellas, establecer sus métodos y criterios de recolección y de distribución de ingresos, así como considerar que precisamente por cuestionamientos sobre estos temas la región ha sido testigo durante los últimos años de importantes crisis del sistema. En Perú, Chile, Colombia o Brasil su credibilidad se ha visto fuertemente afectada, lo que ha llevado, incluso, a la presentación de propuestas para realizar reformas legislativas.

⁸⁸ En este sentido, un marco importante de la investigación se refiere a una visión crítica de la forma como ha evolucionado el derecho de autor hacia un sistema jurídico que protege, viabiliza y defiende en forma privilegiada el modelo de negocio de la industria del entretenimiento que se basa en una visión propietaria de la cultura. En esta línea, los artículos de Beatriz Busaniche, realizados al inicio de esta investigación, brindan un marco y un contexto para plantear este panorama desde la óptica de las sociedades de gestión colectiva y su papel en el ejercicio ciudadano de derechos humanos. Los artículos a los que aquí se hace referencia son: "Problemas y tensiones del sistema de gestión colectiva y el acceso a la cultura" y "Repensando la gestión colectiva del derecho de autor" que fueron publicados en el sitio web del proyecto: <http://openbusinesslatina-america.org> y serán referenciados más adelante.

¿Es posible aprovechar este momento para hacer cambios que incluyan los ajustes necesarios para que el sistema tenga éxito en el entorno digital y se conecte mejor con una comprensión más amplia del sector cultural?, ¿se puede impulsar una visión que no se quede exclusivamente en la mirada del mercado?

3. Metodología

Antes de presentar los resultados de la investigación conviene hacer algunas precisiones sobre la metodología empleada y algunos detalles sobre las decisiones que se tomaron en el desarrollo de la misma. Esencialmente, el marco conceptual se determinó a través de la revisión de investigaciones, informes, análisis institucionales y jurisprudenciales, ya existentes, sobre los modelos de estructuración de las SGC en ALC y, asimismo, de las relaciones exclusivas entre las SGC y los demás actores en la reproducción y comercialización de la música. Ahora bien el foco de la investigación se refiere al contexto y la problemática de las SGC de ALC, en relación con las dos inquietudes que la motivaron: (1) determinar los sistemas que han adoptado los países para la gestión de los derechos de autor y (2) fijar las relaciones sociales que se desarrollan dentro de tales sociedades.

De manera general, se determinó que, aunque existen investigaciones y estudios formales sobre las SGC en ALC no hay información minuciosa sobre su funcionamiento interno ni sobre las relaciones que se dan entre los entes gubernamentales, las SGC y la sociedad en general.

Superada esta etapa, y con el fin de establecer un panorama de la estructura de las SGC en ALC, se analizó la información de doce países latinoamericanos revisando fuentes documentales de primera y segunda mano⁹ (**Fase 1**). Se indagó en medios virtuales

⁹ Cuando se habla de fuentes de primera mano se hace referencia a aquella información que es accesible al investigador y que puede ser interpretada y analizada, en el caso de las fuentes de segunda mano, son aquellos documentos ya procesados por otro investigador y que se toman en esta investigación como referencia.

y físicos, sin embargo, es importante anotar que, en este caso, la recolección de información a la distancia es una limitación para llevar a cabo una investigación exhaustiva en todos los países abarcados por el proyecto. Por tanto, fue necesario realizar una preselección de fuentes de fácil acceso cuya revisión no implicara mucho tiempo.

En el transcurso de estas actividades, el análisis se concentró en los mecanismos que tienen las SGC para realizar su labor en los países de la región —específicamente en el modelo tradicional de recaudo—; para ello se usó la técnica de comparación, que permite el contraste de datos análogos en los distintos campos de investigación determinados. En esta fase las variables comparativas delimitaron las SGC según el territorio de acción nacional y de acuerdo con las diferencias entre medios tradicionales y nuevos en cada uno de los países del estudio.

Dada la pertinencia de las fuentes textuales (leyes, jurisprudencia y noticias periodísticas, documentos institucionales, estatutos, entre otras) que se pueden utilizar para explorar el panorama general de las SGC en ALC, un componente central de la metodología de investigación fue la captación y organización de información que surgió de tales documentos. Puesto que el análisis depende de la posibilidad de comparar, resultó fundamental, a la hora de un acercamiento a las fuentes de carácter textual, tener claridad sobre los datos específicos que podían ser comparados. Estos datos podían ser de naturaleza cuantitativa o cualitativa, pero debía ser posible su acceso a través de una revisión de fuentes textuales. El principal instrumento utilizado en esta fase fue un cuestionario que se implementó de manera general en los distintos países de ALC que el proyecto cubrió, con el fin de conseguir datos que pudiesen ser contrastados de manera eficaz al estar basados en unos criterios de indagación similares.

Posteriormente, el análisis comparativo se concentró en agrupar o disgregar los datos recogidos a través de características comunes y específicas de las SGC. Tal proceso de agrupación por características y de diferenciación por especificidades en determinados temas guió la tarea de recolección de la información a

través del uso de bases de datos y tablas, lo que permitió relacionar la distintas variables: *gobernanza, eficiencia, transparencia y entorno digital*.

El presente informe incluye algunas gráficas que explican ciertas comparaciones que resultaron en la investigación. Las tablas más complejas, que sirvieron para analizar los resultados se encuentran públicas en Internet y se referencian en cada caso para apoyar la lectura y el análisis del informe. Dado el volumen de información recopilado, se ha recogido todo el material de anexos en una carpeta digital¹⁰ que será de acceso público, para que ser consultada por quienes estén interesados en acceder a los anexos de la investigación que no quedaron incorporados en el texto de este informe final.

La fase de profundización (**Fase 2**) o trabajo de campo se concentró en tres países. A pesar de que las fuentes documentales aportaron una amplia gama de informaciones, el trabajo de campo permitió la comprensión de las percepciones y problemáticas más sentidas por cada uno de los actores en su relación con las SGC. Esta profundización también permitió entrar en las dinámicas que se han impuesto por la llegada de nuevas tecnologías y la respuesta o resistencia social a las lógicas de control, recaudación y distribución de los derechos patrimoniales captados por las SGC.

La profundización en los tres países seleccionados permitió ir más allá de una indagación mediada por procesos propios del funcionamiento institucional de las SGC y facilitó el conocimiento sobre procesos y relaciones sociales empíricas que se construyen en torno a los derechos de autor, la producción y difusión cultural de la música y la mediación de las SGC en este ámbito.

En concordancia con lo anterior, se adelantaron entrevistas con funcionarios públicos y funcionarios de entes de vigilancia; socios y afiliados; funcionarios de las SGC; autores y artistas excluidos del sistema de distribución de pagos por derechos de autor (ya sea por limitaciones del sistema, desconocimiento o por

¹⁰ Recurso que aún se encuentra en construcción.

una posición política contraria al sistema de recaudo de derechos de autor) y actores y entidades obligados a pagar derechos por difusión de material de propiedad intelectual musical (radiodifusoras y establecimientos públicos).

Algunos problemas afrontados durante la ejecución de la investigación se pueden resumir de la siguiente manera:

- Escasa información sobre resultados de investigación acerca del tema, pues, a pesar de ser éste de gran actualidad, es poca la información concisa y relevante que se encuentra al respecto. Buena parte de la información se soporta en informes y documentos que ofrecen las propias SGC en sus páginas web (que tienen sobre todo fines publicitarios) o en artículos periódicos. Todo lo anterior evidencia un gran vacío en cuanto resultados de investigación empírica sobre el tema.
- Dificultad para acceder a la información, pues, aunque la mayor parte de la información se recolectó a partir de las propias SGC o mediante entrevistas, no siempre fue fácil acceder a estas fuentes. En algunas instancias fue necesario enviar requerimientos para que poder conocer los documentos que no se publican en forma abierta en Internet. Otras veces fue necesario insistir en contactar a los funcionarios de las SGC para conseguir entrevistas.
- Poco interés por parte de algunos actores para ser parte de la investigación, principalmente de directivos de las SGC en países donde recientemente se han presentado controversias sobre la gestión de las SGC, quienes se mostraron reacios a formar parte de la investigación.
- Cambios importantes en el marco legal de los países de la muestra debido al dinamismo del sector, ya que durante el desarrollo de esta investigación se discutieron varias iniciativas legislativas en países de la muestra. Los Congresos de Colombia, Perú y Brasil, por ejemplo, discutieron reformas que cambiarían sustancialmente el marco de la investigación, de hecho Brasil aprobó una reforma. De otra parte, considerando que mientras no se dé la aprobación de un nuevo marco normativo no se puede hablar de cambios en el marco legal, para efec-

tos de la investigación se decidió analizar las normas vigentes al momento de iniciar el proceso. Desafortunadamente, en el caso de Brasil el cambio fue aprobado y modificó de modo sustancial el marco legal sin que este cambio se haya reflejado en los resultados. Así que, a la hora de leer este informe, debe tomarse en cuenta que la información base para la realización del presente estudio provino de las normas existentes en el primer semestre de 2013.

Paralelo con este proceso, durante la investigación se identificaron temas, casos o situaciones particulares que podían dar cuenta de las tensiones y cambios que están enfrentando las SGC. Para hacer un análisis más detallado de estas situaciones, se socializaron, durante 2012 y 2013, los avances de la investigación en tres reuniones focales con personas interesadas. Adicionalmente, con el apoyo de investigadores y conocedores del tema en la región, se publicaron artículos relacionados con casos y análisis de SGC que funcionan actualmente en ALC.

La primera reunión focal, realizada en noviembre de 2012, convocó a funcionarios de Creative Commons¹¹¹¹ (CC) que han estado trabajando en procesos piloto para el uso de licencias públicas CC por parte de algunos afiliados a las SGC (los músicos usan este tipo de licencias para permitir a su público ciertos usos gratuitos, al mismo tiempo los usos comerciales de las obras son gestionados por las SGC en países como Holanda, Noruega y Francia),¹² labor que se ha realizado de manera conjunta con algunas personas del equipo de investigadores de Chile, Colombia, México y Brasil, así como personas relacionadas con las SGC de música de México y Colombia. La segunda reunión se hizo du-

¹¹ Las licencias Creative Commons (CC) surgieron en el año 2001 con un grupo de licencias mediante las cuales los autores/titulares podían autorizar a cualquier persona usos que tradicionalmente estarían reservados y cuya autorización debía ser expresa. El modelo propuesto por CC consiste en cambiar la idea de “todos los derechos reservados” por “algunos derechos reservados”. Para mayor información al respecto se recomienda consultar: www.creativecommons.org o co.creativecommons.org

¹² Información sobre los pilotos que se adelantan en algunas SGC con licencias Creative Commons. Para mayor información consultar: http://wiki.creativecommons.org/Collecting_Society_Projects

rante una conferencia general en el marco del encuentro Internacional de Creative Commons que tuvo lugar en Buenos Aires, en agosto del 2013. A esta reunión asistió no sólo el público de la conferencia sino también representantes de la SGC argentina Sadaic. Finalmente, los avances se presentaron durante el Tercer Congreso Global de Propiedad Intelectual e Interés Público en Ciudad del Cabo (diciembre del 2013), en donde se tuvo la oportunidad de interactuar con los investigadores del proyecto general y algunos asistentes a la conferencia.

En relación con los análisis de casos puntuales, sus resultados se publicaron en el espacio común del proyecto general, el blog “Open Business Latin America and Caribbean”¹³.

La diversidad de casos documentados muestra la complejidad del momento que viven las SGC. Aquí están los títulos de los textos publicados:

1. Análisis económico del derecho en la representación de las Sociedades de Gestión Colectiva (SP).
2. ¿Y qué pasó con Sayco?
3. Problemas y tensiones del sistema de gestión colectiva y el acceso a la cultura.
4. Las obras huérfanas y la gestión colectiva en Colombia.
5. Repensando la gestión colectiva del derecho de autor.
6. Desafíos de la gestión colectiva en Chile.
7. Revisitando el “picó”, o lo que pasa con la champeta colombiana.
8. Panorama de las sociedades de gestión colectiva en Uruguay.
9. SCD en Chile: ¿entidad de gestión colectiva u órgano de lobby?
10. Sayco, otra vez en el ojo del huracán.
11. Posibles cambios y reformas en el derecho de autor peruano.
12. Sociedades de gestión colectiva y licencias libres.
13. Los fallos de la Corte Constitucional sobre las sociedades de gestión colectiva en Colombia.

¹³ Todos estos artículos se pueden consultar en español e inglés en: <http://openbusinesslatinamerica.org>

En el mismo contexto, la Fundación Getulio Vargas (FGV) también ha documentado el caso de Brasil con los siguientes textos:

1. Vitória dos músicos: congresso brasileiro aprova projeto de lei para fiscalizar o ECAD.
2. Gestão coletiva e o intuito de lucro – mais uma decisão dá perda de causa ao ECAD.
3. Abramus: por trás do sistema de gestão coletiva.
4. PEC da Música está prestes a ser promulgada.
5. PEC da Música é aprovada no Brasil, e já é alvo de críticas.
6. No Brasil, Supremo Tribunal Federal convoca audiência pública sobre gestão coletiva.
7. O que aconteceu com a reforma do direito autoral no Brasil?
8. Reforma do ECAD está nas mãos do STF.
9. Resultados da Audiência Pública do ECAD.

De otra parte, el tercer aliado de esta investigación, el Mona School of Business and Management, de la Universidad de las Antillas en Jamaica, elaboró durante este mismo período un análisis sobre la música, los medios de comunicación y las sociedades de gestión colectiva que también sirvió como insumo para esta investigación: “Open Business Models New Compensation Mechanisms for Creativity and Inclusion. Music, Media and Collecting Societies in Jamaica: An Analysis”.

Entender mejor cómo funcionan y cómo se conciben las SGC de la región permitirá pensar, en forma más consciente, sobre los cambios que se necesitan para aclarar el panorama a futuro. En ese marco, la narrativa del presente informe se desarrolla en tres bloques: el primero presenta los resultados de la investigación sobre SGC relacionadas con el mundo de la música en ALC, a través de un panorama general de las SGC, seguido de las características concretas de estas entidades en la región y en el sector musical particularmente; el segundo bloque aborda el análisis de cada una de las variables que fueron elegidas (governabilidad, eficiencia, transparencia y entorno digital); finalmente, el informe se cierra con las conclusiones obtenidas.

Cada uno de los anteriores temas recoge, la información detallada del análisis bibliográfico, corroborada mediante los datos recogidos en las encuestas por países, los datos por sí mismos y la información correspondiente a los testimonios recibidos en las entrevistas realizadas, el intercambio de información en las reuniones efectuadas y los casos documentados.

Finalmente, es importante resaltar una vez más que el análisis de la información recopilada se centró en indagar el sistema actual de las SGC en ALC para pensar su papel en un entorno digital y como herramientas de posibles nuevos mecanismos de compensación.

LA GESTIÓN COLECTIVA ANTE EL DESAFÍO DIGITAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

El informe de investigación

1. Las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) en América Latina y el Caribe (ALC)

La gestión colectiva hace referencia a un sistema mediante el cual los titulares de los derechos de autor y derechos conexos delegan a una entidad la administración y negociación de las condiciones en las que sus obras serán utilizadas por los difusores y otros usuarios; el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes para su uso; la recaudación de las remuneraciones devengadas y el reparto de las mismas entre sus beneficiarios (Ángel, s. f.:87-88). Las SGC hacen operativo un mecanismo que facilita el cumplimiento de las obligaciones para con los autores y artistas por parte de los comerciantes, “las SGC son un canal para el pago de los derechos. Si no existieran tendríamos un caos tanto económico como político” afirmó Claudia Barreto del gremio hotelero colombiano Cotelco (Barreto, 2013) durante las entrevistas realizadas para esta investigación.

Las SGC se originaron hace más de doscientos años en Francia para permitir que los autores parisinos obtuvieran una remuneración por la representación de sus obras en otras ciudades y provincias. En ese entonces, como ahora, la justificación de estas entidades era la imposibilidad de los titulares de los derechos para recaudar efectivamente en forma individual los beneficios económicos de sus derechos (Fernández, 2005:3).

El derecho de autor como sistema jurídico da marco legal a las SGC, por tanto éstas comparten con ese sistema un importante cuerpo de normas internacionales (listadas y articuladas en el

Anexo 2) que les da un carácter global importante. No obstante lo anterior, cada SGC posee rasgos particulares determinados por su entorno local, son estas características las que se abordarán en las próximas páginas.

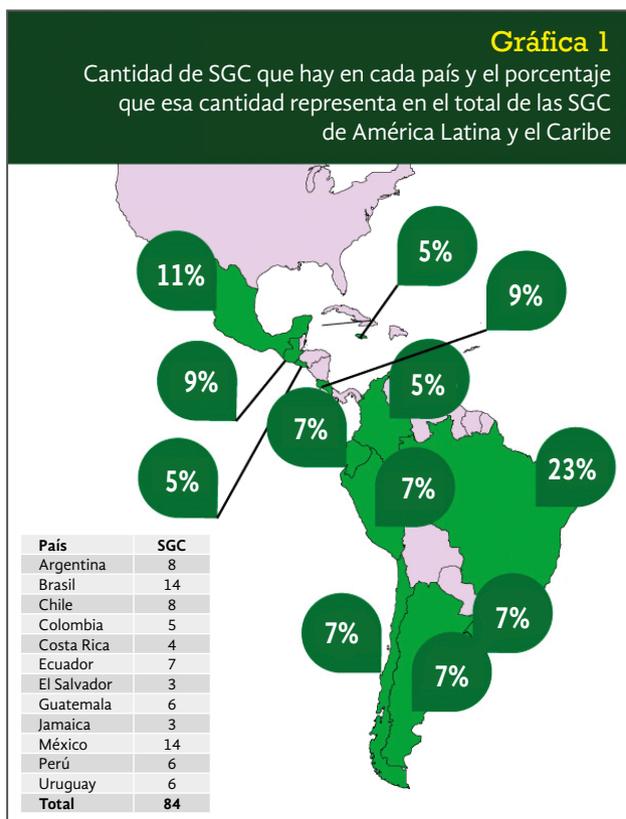
Las SGC deben estar legitimadas para ejercer sus funciones, esta legitimación puede provenir de la ley, del Estado o de los titulares que den su consentimiento para que dicha SGC administre sus derechos, actúe como intermediaria entre titulares y usuarios, recolecte regalías y, por otro lado, persiga la explotación no remunerada y no autorizada de una obra ante autoridades administrativas y judiciales.

La investigación, como se mencionó antes, tomó como muestra 12 países (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, El Salvador, Jamaica, Guatemala, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay) para ofrecer un panorama amplio de la región. En principio, se evidenció que existe una relación directamente proporcional entre el tamaño del territorio y la cantidad de sociedades que en él existen (en este punto se hace referencia a SGC que gestionan cualquier tipo de derecho de autor, no sólo de obras musicales sino también de fotografías o libros). (Ver gráfica 1, pág. 55).

De esta forma la participación porcentual de los países de la muestra, en relación con la cantidad de SGC y el número de SGC en cada país, se visualiza en la gráfica 1. Allí se puede apreciar, por ejemplo, que en Brasil y México, países con un territorio extenso, existen 15 y 14 SGC respectivamente, a diferencia de países como Jamaica, cuyo territorio es mucho menor, que sólo tiene 3. (Ver gráfica 2, pág. 56).

El hecho de que a mayor extensión territorial y mayor cantidad de habitantes exista una mayor cantidad de SGC podría estar relacionado con la existencia de un mayor mercado y de una mayor cantidad de derechos por gestionar. Ahora, de la información que se encuentra en la Tabla 1*, a excepción de los derechos derivados de la gestión de música —ampliamente representados en la región, pues 44 de las 90 SGC de América Latina y el Caribe están relacionadas con obras musicales (Gráfica 3, página 64), autores y

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas



artistas que derivan sus ingresos de otro tipo de derechos —por artes escénicas (8% de las SGC de la región) o audiovisuales (23% de las entidades de este tipo en ALC), por ejemplo— sólo están representados en mercados o países grandes, o se encuentran subrepresentados en la región¹.

Aunque no sea el caso concretamente para la música, sí debe anotarse que la situación descrita supone que en los países donde el mercado es menor, la ausencia de SGC que gestionen el dere-

¹ En México hay SGC que se encargan de los derechos de los caricaturistas o de artistas plásticos; en contraste, países más pequeños, como Jamaica, cuentan esencialmente con SGC que se ocupan de los derechos relacionados con la música.



cho del que depende el ingreso del artista pone en desventaja a los creadores de países más pequeños, que poco pueden hacer frente a esquemas de compensación para medios globales (como Internet) que se apoyan para la distribución en la remuneración exclusiva, o extensiva, de las SGC.²

² Esto suele incluirse en las propuestas de compensación a través de instrumentos generales como las “blanket licenses” para Internet. Para más información se puede consultar: Electronic Frontier Foundation (EFF) (2008). “A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing”. Disponible en: <https://www.eff.org/wp/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing>, consultado el 31 de julio de 2014; y Grassmuck, Volker (2009). “Inside Views: The World Is Going Flat(-Rate)”. Disponible en: <http://www.ip-watch.org/2009/05/11/the-world-is-going-flat-rate>, consultado el 31 de julio de 2014.

2. Tiempos de cambio para el derecho de autor y las SGC de música en la región

Del universo de SGC existentes en la región la prevalencia de las que dedican su gestión a las obras musicales es evidente. De acuerdo con la gráfica 2 las SGC de música tienen una amplia participación (49%) dentro del total de SGC en la región. Este número no incluye la totalidad del ecosistema, pues sólo formaron parte de esta medición las entidades con naturaleza jurídica de SGC y no todas las relacionadas con ellas (así, no se tomaron en cuenta para la obtención de este dato otras entidades relacionadas con el sector que tienen una importante incidencia en el mismo, como lo son aquellas que hacen recaudo para las SGC (como en el caso del Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) de Brasil o la Organización Sayco-Acinpro (OSA) de Colombia).

Pero quizá donde más se evidencia la importancia de estas entidades es en el movimiento jurídico/político que tiene hoy el tema en la región y que se refleja en las crisis que han tenido como protagonistas a las SGC y en las reformas legales que se han presentado en algunos países con el fin de modificar el sistema de SGC y/o cambiar aspectos importantes del contexto de derecho de autor (como, por ejemplo, sancionar los usos no autorizados de las obras musicales en entornos digitales a través de medidas de tipo penal, administrativo o civil). En la tabla 8* se presentan datos recogidos en la investigación sobre algunas de estas reformas a los derechos de autor en la región. En este ambiente jurídico/político las SGC han sido objeto de análisis por sí mismas o se han reconocido como actores importantes de la discusión; cabe anotar que a este respecto las SGC de música son las que han marcado la pauta.

En este tema es importante resaltar que para finales de 2013, momento en el que se hizo el último trabajo de campo de esta investigación, el escenario legislativo regional había cambiado sus-

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

tancialmente. No sólo se afirma que el escenario es otro, comparado con el de una década atrás, sino que se trata de un escenario de cambio activo que se espera cambie nuevamente en el futuro inmediato. De este modo, en diciembre de 2013 se acababa de aprobar una reforma al sistema de SGC en Brasil (Valente, 2014), que no alcanzó a ser integrada en este informe, además estaban pendientes iniciativas legislativas que podrían modificar el contexto más general del entorno digital a través de la reforma que se conoce como “Marco Civil”. De otra parte, en Colombia se cumplían al menos 2 años de crisis del sistema (Cabrera y Guzmán, 2013), con intervenciones estatales a la principal SGC (Sayco) que ha pasado por diversos estadios (incluida una propuesta de reforma legal sustancial al sistema, que no prosperó). Adicionalmente, en el escenario legislativo más amplio colombiano se vislumbran cambios en el sistema de derecho de autor relacionados con los compromisos adquiridos sobre ese tema a través del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, que entró en vigencia en 2012. De otra parte, en Chile recientemente se hizo una modificación amplia de la ley de Propiedad Intelectual que incluyó temas de SGC, la adición de nuevas excepciones y limitaciones, así como el cumplimiento de obligaciones relacionadas con el TLC con Estados Unidos, en esta reforma la principal SGC ha tenido un papel protagónico (Soto, 2013).

Respecto de otros países de la región, vale la pena destacar que en Perú también hay una crisis de las SGC de música que ha atraído la atención de los medios y que obligó al Estado a analizar fórmulas de intervención (Montezuma, 2013). Perú también tiene pendientes reformas necesarias para el cumplimiento del TLC con EE.UU. en temas de derecho de autor. Jamaica se encuentra actualmente en un proceso de reforma legislativa que modificará el sistema de SGC para enfrentar retos que se asocian con la debilidad del mismo (Mona ICT Policy Centre, 2013).

En Argentina y Ecuador el panorama político/legislativo de las SGC se está moviendo especialmente por cuenta de lo que se conoce como “canon digital”. En Argentina el proyecto de ley que buscaba implementar el canon digital —para establecer una

compensación económica a los titulares de derecho de autor por el uso de sus obras en soportes o dispositivos electrónicos, que sería administrada por una SGC— tuvo que ser archivado en 2011 debido a las voces de inconformidad de los usuarios que no dudaron en pronunciarse a través de los diferentes medios de comunicación.³ También en relación con el canon digital, en Ecuador se está gestando la imposición, desde finales de 2013, del cobro de un canon para la tecnología digital que apenas ahora es exigible (existía desde 1998 pero no se había fijado tarifa) y que se calcula supondrá ingresos de 9 millones de dólares anuales para Enrucopi,¹⁷ la SGC encargada de gestionarlo. Se prevé que, de implementarse, este canon digital enfrentará importantes retos, sobre todo porque es difícil establecer el beneficiario, lo que obliga a crear un fondo al estilo del “vuelco” argentino (del que se hablará más adelante) con sus problemas y desventajas. Ecuador, adicionalmente, inició en 2014 consultas públicas para una reforma sustancial al derecho de autor que modificará el entorno legal de las SGC de ese país.⁴

Claramente, según la información recuperada en la investigación sobre temas legislativos que pudieran afectar el entorno legal de las SGC (tabla 9*), hay un gran dinamismo en la región impulsado por una necesidad de cambio, que puede explicarse en la insuficiencia del sistema para enfrentar retos y en importantes críticas de los miembros y los usuarios de las SGC a éstas, como se mostrará más adelante.

Sin embargo, la actividad jurídico/política que se desarrolla actualmente en la región también muestra que en estos ambientes crece la incidencia y la intervención de la sociedad civil, en particular de las organizaciones no gubernamentales y académicas

³ El tema fue ampliamente debatido en los artículos: “Suspenden el tratamiento del canon digital en Argentina” (La Nación.com, 2011a) y “Un posible impuesto sobre productos electrónicos genera polémica en la Red” (La Nación.com, 2011b).

⁴ La discusión se está dando en la Wiki del Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación (Coesc) que puede consultarse en: http://coesc.educacionsuperior.gob.ec/index.php/C%C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Econom%C3%ADa_Social_del_Conocimiento_e_Innovaci%C3%B3n

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

interesadas en la materia. Hay un importante dinamismo entre diversos actores que presionan a los Gobiernos en lo relativo a distintos proyectos de ley sobre temas que antes solían estar sólo en manos de los titulares (incluidas las SGC que los representan). Por ejemplo, en el Marco Civil de Internet en Brasil, gracias a las presiones de la industria comercial y de los usuarios se logró la ampliación de la participación de las entidades interesadas en el tema⁵; lo mismo ha ocurrido en Colombia con los proyectos de las llamadas “Leyes Lleras”, en donde cada vez son más los usuarios interesados en intervenir y opinar sobre la conveniencia de estas normas.⁶ En Uruguay el gobierno retiró una modificación al plazo de protección que había impulsado la SGC (Gemetto, 2013) y en Chile se consiguieron importantes reformas al sistema de excepciones y limitaciones a pesar del lobby de su SGC local (Soto, 2013) todo esto se consiguió gracias a la intervención de varios actores interesados en el tema.

El sistema de derecho de autor enfrenta una época de grandes retos e importantes cambios que, no obstante, parecen insuficientes. Los reclamos para que se hable del interés público son bastantes y los actores interesados en las reformas legales aumentan. El escenario tiene pendiente, especialmente, ampliar la discusión sobre el entorno digital y para ello hay una sentida necesidad de recoger más datos y analizarlos, necesidad que este informe busca empezar a satisfacer.

3. ¿Cómo son las SGC en ALC?

Sin importar el país, su proporción territorial o poblacional, tal como lo indica la gráfica 3, la mayoría de SGC del total de la muestra se dedica a la gestión de derechos que se relacionan con

⁵ Como lo explican Pedro Ekman y Bia Barbosa en su artículo “Marco Civil aprovado: dia histórico para a liberdade de expressão” (Ekman y Barbosa, 2014).

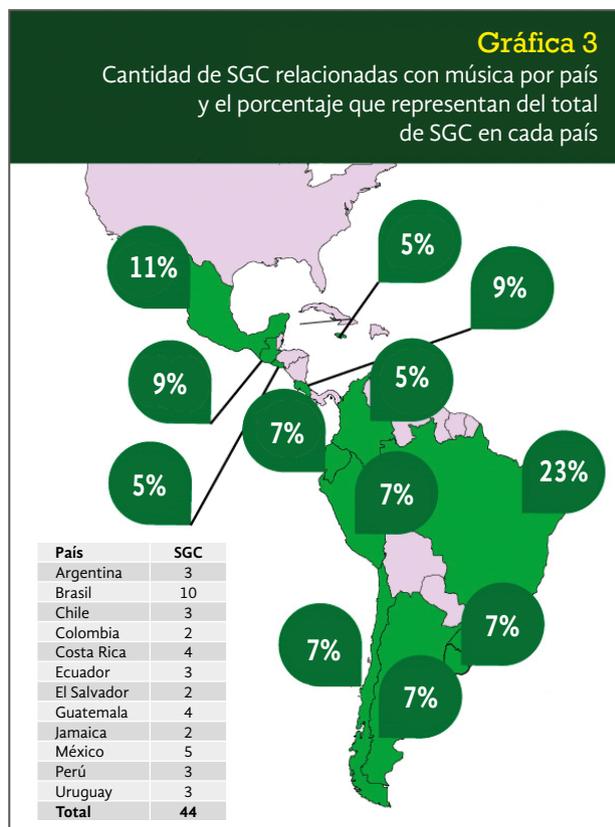
⁶ En las discusiones relacionadas con la implementación de las obligaciones derivadas del TLC con EE.UU., en Colombia el Estado debió abrir espacios para escuchar a la sociedad civil como lo reporta el colectivo RedPaTodos en: <http://redpatodos.co/blog/mesas-de-trabajo-con-mincit-para-leylleras4-apuntese>

la actividad musical. El desarrollo del mercado musical que garantiza una importante cantidad de recursos económicos seguramente tiene que ver con esta relación. Sin embargo, el tamaño del mercado en este caso no está directamente relacionado, en términos generales, con la complejidad del sistema de SGC de música en cada país. Nótese que Brasil es responsable de casi un cuarto de las SGC de la muestra (23%), mientras que el segundo puesto lo ocupa México (11%) y en tercer lugar dos países relativamente pequeños, Costa Rica y Uruguay (cada uno con el 9% del total de la región) que tienen más SGC de música que Chile o Argentina, así, las razones para que aquellos ocupen el tercer lugar no pueden deducirse de la información que surgió en la investigación.

Sobre la actividad musical es importante señalar que no sólo hace referencia a los cantantes (intérpretes), sino que incluye a los productores, arreglistas, compositores, entre otros actores involucrados en el negocio, que tienen derechos de autor o conexos para ser gestionados. Dada la cantidad de personas que hacen parte del mercado de la música, existen diferentes SGC en cada país que se ocupan de gestionar los derechos de todos los que participan en esta labor, bien sea administrando uno o más derechos. Esto explica la existencia de múltiples sociedades que gestionan derechos en el mundo de la música, pero lo hacen normalmente, como se observa más adelante, “sin competir”, pues cada una se ocupa de una determinada clase de creación o de algunos actores concretos de un entorno particular. En cuanto a sus funciones, como decía el entonces director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor en Colombia, cuando se “habla de sociedad de gestión colectiva, usted habla fundamentalmente de tres ejes de actividades asociadas, el primer eje es el de recaudo —el del cobro de los derechos—, el segundo eje es el de la administración como tal y el tercero es el de la distribución” (García, 2013) la gestión de las SGC se debe ver en relación con esas 3 actividades. (Ver tabla 3*).

En los países de ALC las sociedades de gestión colectiva limitan su acción, en general, a las fronteras de cada país, sin embargo también es posible encontrar entidades que gestionan derechos

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas



en más de un territorio. Existen dos casos en los que se ha ido más allá de las fronteras: la Asociación de Compositores y Autores Musicales de Costa Rica (ACAM), en su carácter de agente local de la Organización Iberoamericana de Derecho de Autor (Latinautor), gestiona por mandato de esta organización derechos de reproducción mecánica en todo el territorio de Centroamérica; y el Sistema Regional para la Administración de la Gestión Colectiva en el Caribe o CCL (Caribbean Copyright Link). Este último es un proyecto promovido por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y auspiciado por los Gobiernos de los países del Caribe anglófono o Las Antillas, con sede en Trinidad

y Tobago, donde se ha instalado la Secretaría General del CCL. Por el momento sus miembros son Trinidad y Tobago, Barbados, Jamaica y Santa Lucía. La instrumentación técnica del sistema surgió de un proyecto de cooperación entre la OMPI y la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), correspondiendo a esta sociedad española desarrollar un SGS (Sistema de Gestión de Sociedades) adaptado especialmente para el caso (Fernández, 2005:10).

Según el tipo de derechos que gestionan las SGC de música éstas se dividen, esencialmente, en dos tipos: las SGC que gestionan los derechos de autor (en esencia congregan a los autores de las letras, a los compositores de la música y a los editores) y aquellas que se ocupan de derechos conexos (los derechos de los intérpretes o de las discográficas, por ejemplo).

En relación con las SGC que gestionan derechos de autor, se puede distinguir entre las SGC de editores y las de autores, que suelen existir independientemente. La única sociedad donde operó una integración pacífica entre autores y editores, tal vez por la preeminencia de éstos, fue en la União Brasileira dos Compositores (UBC) de Brasil, integración que hoy se puede ver en la Associação Brasileira de Música e Artes (Abramus).

Adicionalmente, de la información recabada durante la investigación resulta pertinente señalar dos experiencias que han intentado integrar SGC de autores y de editores, aunque todavía está en curso este proceso. La primera se está llevando a cabo en la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco), donde desde hace cinco años existe un proceso de integración que fue aceptado mediante un acuerdo con la Asociación Colombiana de Editores Musicales (Acodem), y consiste en que dos puestos en la Comisión Directiva sean ocupados por representantes de los editores. Previamente, también en Colombia, se había creado una sociedad de gestión colectiva integrada únicamente por editores musicales, Sonata, que no prosperó y cedió paso al proyecto de integración de los editores en Sayco (Fernández, 2005:12).

La segunda propuesta tiene que ver con la solicitud realizada por los editores musicales que operan en Costa Rica y Centroa-

mérica para incorporarse a la Asociación de Compositores y Autores Musicales de Costa Rica (ACAM), que se encuentra actualmente en consideración por parte de esta sociedad.

A título informativo, en Brasil existe la Asociación Brasileña de Editores de Música (ABEM), con sede en São Paulo, pero, es importante tener presente que esta entidad no forma parte del ECAD por no tratarse de una entidad de gestión, sino de un ente de carácter gremial.⁷

Específicamente, las SGC de Derechos Conexos o Afines se ocupan de gestionar el derecho a una remuneración o el derecho exclusivo de los artistas —intérpretes o ejecutantes— y de los productores de fonogramas, por la radiodifusión y la comunicación al público de sus ejecuciones grabadas en fonogramas o de sus fonogramas, respectivamente. Estos derechos tienen una naturaleza jurídica similar, desde el punto de vista práctico, a la de los llamados “derechos de ejecución” de los autores y compositores de música, por lo que se deduce que también pueden gestionarse a través de la administración colectiva.

En el sistema de las SGC hay entidades dedicadas en exclusividad a gestionar derechos de autor y otras a derechos conexos (la tabla 1* presenta un detalle de esta información en los países de la muestra).

El panorama muestra un sistema de SGC en ALC con un alto nivel de desarrollo. No hay duda de que la cobertura de las SGC en cuanto la gestión de derechos de autor en la música es especialmente importante en ALC, además, dicha gestión es lo suficientemente organizada como para cubrir las necesidades de una industria musical que exige la administración de muchos derechos y que produce ganancias para actores muy diversos. Pero, ¿cómo funcionan?, ¿cuál es la percepción que sus usuarios tienen de ellas? Para responder estos interrogantes la investigación indagó en aspectos de gobernanza, eficiencia, transparencia y ma-

⁷ Las sociedades de gestión administran los recursos provenientes de las regalías por los usos protegidos de derechos de autor, son asociaciones de entidades del mismo orden económico (Fernández, 2005:9).

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

nejo del entorno digital de las SGC de música en los doce países de la muestra bajo los siguientes presupuestos:

- **Gobernanza.** Este aspecto se analiza a partir de identificar la naturaleza jurídica prevalente, la existencia o no de mecanismos de vigilancia y control, y la presencia o no de elementos de monopolio.
- **Eficiencia.** En este caso se identifica la forma como las SGC se ocupan de su funcionamiento interno, el funcionamiento frente a los afiliados y en relación con las tarifas que cobran.
- **Transparencia.** Para este caso se trata de analizar la accesibilidad de la información, la forma en que se establece la toma de decisiones y la gestión general del proceso de recaudo.
- **Entorno digital.** Finalmente, en el informe se analiza la forma como las SGC se aproximan al entorno digital.

3.1. Gobernanza

Para el análisis de esta variable se partió de la premisa de que el concepto de gobernanza hace referencia a los principios y reglas que regulan la actividad, funcionamiento y procedimientos que se realizan dentro de una organización, en este caso las SGC.⁸ Con este fin, se revisó la naturaleza jurídica, las formas de control y vigilancia y si existen monopolios o prácticas monopólicas en este sistema.

3.1.1. Naturaleza jurídica

En ALC las SGC son privadas, creadas y administradas por los propios autores o artistas intérpretes, están sujetas a un marco legal en donde el Estado, por norma, tiene la potestad de autorizar su existencia después de ser comprobados unos requisitos mínimos legales. Sin embargo, esa regla general debe moderarse. Los datos de la investigación muestran una situación más com-

⁸ Este concepto aplica también en otros escenarios como en el caso de Internet. Al respecto se puede consultar el artículo "Internet sin gobierno pero con gobernanza: ¿cómo funciona?" (Fundación Karisma, 2013a).

pleja, que será descrita en los siguientes párrafos, y sugieren que existen SGC en ALC con ánimo de lucro y algunas entidades relacionadas con las SGC ordenadas por el Estado.

De acuerdo con los datos recogidos, la totalidad de las SGC en los doce países que formaron parte de esta investigación son de carácter privado, tal y como se muestra en la gráfica 4:



A su vez, como se aprecia en la gráfica 4, todas las SGC en ALC son entidades sin ánimo de lucro encargadas de recaudar dinero, lo que supone que sus miembros no perciben utilidades (Aragón, 2004). De esta forma, aunque puede destinarse un por-

centaje de las regalías que estas entidades recogen para cubrir sus gastos de funcionamiento, las SGC no están facultadas para percibir ganancias sobre la gestión que realizan.

A pesar de lo anterior, la gráfica 4 también indica que las legislaciones de todos los países de la muestra han previsto que las SGC sean entidades privadas sin ánimo de lucro, con excepción de un país, El Salvador.⁹ En la legislación de este país se permite que las SGC se constituyan bajo el modelo societario que deseen de acuerdo con el Código de Comercio (Aragón, 2004:5), es decir, con o sin ánimo de lucro¹⁰.

En cualquier caso, la misma gráfica 4 muestra que las SGC de El Salvador responden a la lógica general de ALC. Es decir, aunque en El Salvador la ley no impone una específica forma de sociedad sino que “la permite”, tal y como ya se anotó, sin embargo, en la práctica no hay en ese país SGC que tengan ánimo de lucro.

Ahora bien, así como en ALC las SGC son entes privados que nacen por voluntad de sus afiliados también hay entidades relacionadas con las SGC que existen por orden del Estado. Como se verá más adelante, entidades como el ECAD de Brasil no son SGC pero sí cumplen funciones importantes en el sistema de sociedades de gestión colectiva.

En el punto de naturaleza jurídica, especialmente en lo referente al marco legal que corresponde a las SGC, debe decirse que el análisis de las leyes de los países de la muestra establece que existen delimitaciones legales para el ejercicio de sus funciones. Es decir, las leyes determinan el objeto social de las SGC. En el caso de las SGC en los países de la muestra, tal como se observa en la tabla 2*, se puede concluir que sin importar la definición que

⁹ La idea de que las SGC de ALC son privadas no es totalmente cierta, si se toma en cuenta la existencia de al menos una excepción que, por estar fuera de la muestra de la investigación, no quedó dentro del Informe pero que es importante resaltar, se trata de Cuba, país donde la entidad de derechos de autor (Acdam) es dirigida y administrada por el Estado. Acdam es la sigla de la Agencia Cubana de Derecho de Autor Musical, que actúa como dependencia del Instituto Cubano de la Música, es decir, es una entidad pública.

¹⁰ Decreto No. 204. Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual. El Salvador.

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

se utilice, ya sea como representación, protección y/o administración, la finalidad de todas es gestionar los derechos de quien se encuentra afiliado, según la actividad intelectual que éste realice.

3.1.2. *Vigilancia y control*

Debido a la naturaleza de los derechos administrados, la prohibición casi unánime de constituirse como una entidad con ánimo de lucro no es la única parte en la que el Estado interviene o regula a las SGC, a pesar de ser sociedades privadas. Las legislaciones de ALC también han impuesto requisitos a estos organismos para establecerse como SGC. Uno de los requisitos más importantes que aparece en varios países exige contar con la autorización del Estado. Esta autorización es otorgada, por lo general, por un organismo estatal vinculado al poder ejecutivo, como un Ministerio, por ejemplo (detalles sobre esto se pueden ver en la tabla 2*). Si las previsiones sobre la autorización de las SGC son suficientes o si, al menos, funcionan, son aspectos que no se encuentran dentro del alcance de este informe.

De acuerdo con la gráfica 5, la mayoría de los países contemplan alguna función de vigilancia, fiscalización y control sobre las SGC, sin embargo, es difícil establecer la efectividad de cada una de estas funciones en los países de la región simplemente mirando los datos identificados en la investigación. Con el fin de hacer una valoración comparativa, se consideró la participación de alguna institución oficial en la creación, control y rendición de cuentas de las SGC, para establecer una manera de medirla en los doce países de la muestra, como aparece en la tabla 3*, el resultado del análisis de esta información se muestra en la gráfica 5. (Ver gráfica 5, pág. 69).

La comparación muestra que países como Chile, Guatemala, Colombia o Costa Rica tienen previsiones legales más fuertes de vigilancia y control, mientras que en Brasil y Argentina no existen mayores controles a las actividades de las SGC. En suma, aunque

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

la comparación no permite saber si las medidas de vigilancia y control que hay en los países (donde las hay) son buenas o suficientes, la comparación de datos sí evidencia que la situación entre los países de la muestra es bastante variada y puede subestimar la realidad.



En la gráfica 5, donde se desarrolla el anterior criterio de análisis, se observa que varios países de ALC incluyen en sus legislaciones, disposiciones orientadas al control, vigilancia y rendición de cuentas de las SGC. Por ejemplo, en la Comunidad Andina (cuyos miembros actuales son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) rigen normas sobre control y vigilancia de las SGC contenidas en los artículos 43, 46 y 47 de la Decisión 351 de 1993.

Como se anotó anteriormente, de los datos recogidos no puede establecerse si los resultados de la comparación (los datos se compilaron en la Tabla 2* y se sistematizaron en la gráfica 5) reflejan la realidad, las entrevistas tampoco suplen ese vacío pero sí permiten evidenciar que tales resultados no están lejanos de la realidad. Los entrevistados confirmaron, por ejemplo, que en Brasil no hay previsiones legales de vigilancia y control, mientras que en Chile hay pero son insuficientes.

Con respecto a lo anterior, el músico brasileño Leoni (2013) cuestiona que no existan en el ECAD esquemas de vigilancia de la función de recaudo y distribución que cumple, además menciona la ausencia de contacto entre esa entidad y sus afiliados. Por su parte, Claudio Ossa, jefe del Departamento de Derechos Intelectuales en Chile, reconoce que hay unas normas de vigilancia pero no son suficientes, en su entrevista indicó que, aunque existe un interés público en la gestión de las SGC, las entidades públicas

no tienen labores de vigilancia ni de supervigilancia, lo que sería deseable es que lo haga el gobierno (...), [sin embargo] la posibilidad de hacer esa supervigilancia está dentro de la misma norma vigente pero tiene un problema: (...) se produce al momento de intentar constituir la entidad de gestión colectiva, cuando pasa por una revisión por el Ministerio de Justicia y luego por el Ministerio de Educación y, después, sólo en caso de que exista una situación de incumplimiento grave de sus funciones, podría ser objetada su existencia desde el punto de vista que el Ministerio de Educación requiera que se supere la situación y de lo contrario se deje sin efecto y se revoque la autorización de funcionamiento. Pero el tiempo intermedio, en la práctica, es un terreno que pudiéramos decir 'es tierra de nadie', lo que debiera ser objeto de modificación. (Ossa, 2013)

Ossa cree que se debería facultar al Ministerio de Educación (del que depende su institución) como fiscalizador para mantener actualizada la información de las SGC, por ejemplo.

Jamaica figura en la gráfica 5 en un nivel medio alto de vigilancia que coincide con los datos recogidos en la entrevista de Joan Webley, de la Jamaica Intellectual Property Office (JIPO), quien afirma que "las SGC en Jamaica no están bajo vigilancia aunque sí hay un tribunal de derecho de autor que vigila las licencias y

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

los esquemas de licencia operados por las SGC. Este tribunal es un cuerpo cuasi-judicial que existe desde 1993 pero está prácticamente inactivo”.¹¹ Según Webley, la razón para tal inactividad es que la gente no conoce las funciones del tribunal y, en todo caso, prefieren negociar privadamente antes que iniciar un pleito. De otra parte, Nicole Foga, abogada especializada en Propiedad intelectual, al discutir sobre el panorama de las SGC en el país comentó que la “JIPO recibirá mayores poderes de vigilancia con la reforma que se avecina”¹², lo que sugiere que también en Jamaica se reconoce la necesidad de incrementar las facultades de vigilancia.

3.1.3. Monopolio de las SGC de la región

Se entiende como monopolio a la estructura de mercado o forma de organización de la misma en donde el vendedor del producto o servicio no tiene sustitutos cercanos o la empresa es vendedora exclusiva de un producto o servicio. Los monopolios se caracterizan, entre otras cosas, por la existencia de una empresa dominadora de la oferta de productos respecto a un sector industrial e inexistencia de competidores en el mercado de productos capaces de sustituir aquel producido por la empresa. Cuando se habla de monopolio legal se hace referencia a los *derechos exclusivos otorgados por el gobierno para el suministro de un bien o servicio, sujeto a las actividades de control del gobierno* (Diccionario de Derecho Comercial, 2000).

Sobre la facultad que otorga la ley para que sólo una SGC gestione los derechos de forma exclusiva, es decir, que se dé un monopolio legal, las legislaciones de los países de ALC no han adoptado un modelo de tales características, con excepción de Argentina y Uruguay (ver tabla 2*). En ALC no existe un monopolio legal, sin embargo, sí hay monopolio de facto pues, en la

¹¹ Joan Webley de la JIPO, referida por los investigadores en los instrumentos de recolección de información.

¹² Nicole Foga, abogada de la firma Foga Daley Law, referida por los investigadores en los instrumentos de recolección de información.

práctica, en cada país sólo una entidad está encargada de recaudar, administrar y distribuir a los beneficiarios los ingresos por la gestión que hace de los derechos de sus afiliados.

Sobre este punto Claudio Ossa comenta: “se concentra el mercado, en la práctica, en una entidad de gestión colectiva, no teniendo por qué suceder, [sin embargo], desde que se generó la SCD ésta tenía una situación de un monopolio natural (...) ahora ese monopolio ya no es tal, está equilibrándose más a favor de una gestión un poco más repartida, no tan concentrada”. Esto se explica por la aparición de nuevas SGC en Chile, fenómeno que, según Ossa, “puede ser problemático mientras no exista una difusión sobre la existencia de estas entidades. [Además,] hay que [enviar] un muy buen mensaje, porque de lo contrario [quien] que va a ser objeto de cobro no entiende por qué llegan 3 o 4 distintas [a exigirle pagos]” (Ossa, 2013). Hasta dónde este nuevo escenario es el responsable de que ese “monopolio natural” de las SGC se esté desplazando hacia esquemas de recaudo unificados, como las “ventanillas únicas”, es algo que se verá más adelante.

Por ahora los monopolios de las SGC se justifican, en esencia, porque aparentemente favorecen la buena administración de los derechos, más no por requerimiento legal. Lo cierto es que el monopolio de facto, en ocasiones, se alimenta de la dificultad para que aparezcan otras SGC sobre la gestión de un mismo derecho. El caso colombiano puede ejemplificar esto, aunque legalmente pudiera crearse un monopolio legal (justificado por el interés público social de la ley) éste no existe en la gestión colectiva de derechos de autor en ese país. La Corte Constitucional ha señalado que nunca ha existido un monopolio o exclusividad a favor de ninguna SGC, lo que existe es un conjunto de requisitos para su constitución. En Colombia las SGC deben contar, por lo menos, con 100 socios que se dediquen a la misma actividad, bien sean músicos, artistas o intérpretes, además debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos legales y procedimentales señalados en la Decisión Andina 351 de 1993 (Capítulo XI), en la Ley 44 de 1993

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

(Capítulo III) y en el Decreto 3942 de 2010. En este marco, puede ser difícil en países pequeños cumplir con este tipo de requerimientos. Ya que la existencia de una SGC desmotiva la constitución de una nueva, precisamente porque, en efecto, puede que no sea eficiente distribuir los esfuerzos de la gestión en múltiples entidades.

El panorama descrito sobre el monopolio de facto de las SGC, según los datos recogidos por la investigación, está cambiando. Así, están surgiendo otras SGC para la gestión y la distribución (como se ve en Brasil) mientras que el monopolio se está dando en el recaudo. Se logró establecer por medio del estudio que en el sistema de gestión colectiva que funciona hoy en la región (que, como se pudo apreciar, responde a 3 actividades: recaudo, administración y distribución) el recaudo se está concentrando más a través de mecanismos que unifican en una entidad la recolección de lo producido por los derechos que gestionan diversas SGC, lo que se discutirá en detalle más adelante. Aunque el alcance de la investigación no permite un análisis completo sobre las prácticas de monopolio que suponen los sistemas de recaudo único, sí se pueden ofrecer algunas reflexiones sobre esa estructura como posible tendencia hacia el monopolio legal para el recaudo de las SGC.

El caso de Brasil puede ser presentado como un ejemplo de esa tendencia a la creación de sistemas unificados de recaudo que facilitan prácticas de concentración y debería ser analizado en relación con normas sobre competencia. En el país hay una importante diversidad de SGC, en particular del sector de la música. En dicho sector las SGC conviven con una estructura de recaudo único que por disposición legal opera a través de una entidad recaudadora independiente que tiene monopolio en el recaudo de los derechos relacionados con la música. La ley de derecho de autor brasileña determinó la creación de una oficina central, o “escritório”, para recaudar y distribuir los derechos.¹³

Esa oficina es el ECAD, *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição*, que empezó a funcionar en 1977 (ECAD, s. f.). El ECAD parece estar configurado como un monopolio legal, al ser la úni-

¹³ Artículo 115 de la Ley No. 5988/73, confirmada por el Artículo 99 de la Ley Federal No. 9610/98.

ca entidad autorizada para recaudar en el sector musical. Si existe o no un monopolio legal en el sistema de recaudo en el caso del ECAD (o de instituciones similares), es algo que no se puede establecer a partir de los resultados de esta investigación, sin embargo, sí se pueden dejar algunas preguntas abiertas sobre el particular: ¿Cuáles son los efectos (buenos o malos) de esta situación de monopolio? ¿Qué lecciones se pueden aprender de una institución cuya historia, de casi cincuenta años en Brasil, parece demostrar el sostenimiento continuo de una posición monopólica privilegiada? ¿Cómo puede ser compatible el modelo monopólico con las normas de competencia? El análisis surgido del estudio realizado al ECAD puede, indudablemente, brindar valiosa información al sector. Más adelante se aportarán algunos datos adicionales sobre la situación regional, cuando se revisen los sistemas de recaudo unificado que están surgiendo por disposiciones legales.

3.2. Eficiencia

Debido a la naturaleza de los derechos que se gestionan y a la cantidad de dinero que circula en la actividad musical,¹⁴ este ítem muestra cómo la organización y la utilización de los recursos de las SGC hace que se cumplan o no los objetivos propuestos por ellas.

Dentro de las diferentes legislaciones de ALC está contemplado que las SGC deben establecer en sus estatutos los parámetros empleados para recaudar y distribuir las ganancias provenientes de la explotación de los derechos de autor a sus respectivos titulares. En otras palabras, el sistema de recaudo, administración y distribución no está, en general, determinado por la ley sino por la voluntad de los asociados. Sin embargo, existen ciertos principios que los estatutos deben seguir. Por ejemplo, en el artículo 45, literal e, de la Decisión Andina 351 se deducen los siguientes principios: no arbitrariedad, proporcionalidad en la distribución y transparencia. La obligatoriedad de estos principios tiene como finalidad garantizar que los titulares de los derechos sepan a qué

¹⁴ Los informes y cifras del mercado musical dan cuenta de un mercado millonario que está en crecimiento en el entorno digital, como lo afirma la directora de la IFPI, Frances Moore, en su reunión del 2013 (Navas, 2013).

tienen derecho y cómo se han usado sus obras y, en general, a garantizar que se desarrollen correctamente sus actividades.

De esta forma, no existe un modelo matemático o estadístico impuesto por la ley en ALC para hacer el recaudo. Cada SGC puede determinar cómo realizarlo, cuáles son los porcentajes de éste que se repartirán entre los asociados, qué deducciones se harán para financiar el funcionamiento de la sociedad, etc. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los países de la muestra, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Guatemala han establecido como máximo un deducible de 30% para satisfacer los gastos administrativos de las SGC. En el caso colombiano una reciente modificación legal lo limitó a 20% para administración¹⁵ y el 10% para “gastos sociales”¹⁶, es decir lo que buscan “satisfacer fines sociales y culturales, previamente definidos por la Asamblea General”

Ahora bien, en las labores de profundización de la investigación, con el fin de establecer cómo funciona esto en la práctica, se halló información pública que divulgan o entregan las SGC de los tres países en los cuales se profundizó. Aunque no se cuenta con los informes completos de gestión financiera de la SCD (Chile), Sayco (Colombia) y el ECAD (Brasil) —entidad que, aunque no es una SGC, recauda para las SGC—, hay documentos que dichas entidades usan para difundir tal información (Chile y Brasil con datos de 2010 y 2011, y Sayco con datos de 2010)¹⁷ y que sirven para informarse sobre el tema. Así, en relación con los gastos de administración dos de esos documentos establecen que los porcentajes que se dedican a la gestión de administración son inferiores al tope legal impuesto en algunos países de la región que ya

¹⁵ La Ley 1493 de 2011 (Espectáculos Públicos) en su artículo 23 pone límite a los gastos de funcionamiento: “El monto de los gastos de que trata el artículo 21 de la ley 44 de 1993 será hasta del 20%. Las sociedades de gestión colectiva podrán solicitar a la Dirección Nacional de Derecho de autor que autorice que los gastos administrativos sean hasta de un 30% para los dos años siguientes a su autorización de funcionamiento”.

¹⁶ La Ley 44 de 1993 en su artículo 21.

¹⁷ Los informes de gestión de los países mencionados pueden consultarse en: <https://drive.google.com/?authuser=0&usp=gmail#folders/0B-ZzYodgW8j8SWNVYn-NoVnYzLVU>

se comentó (que corresponde al 30%). La SCD, de Chile, estima el gasto en 23% y Sayco, de Colombia, en 22.07%.

De otra parte, en un ejercicio de análisis para Uruguay, los colaboradores de esta investigación profundizaron en este tema para el artículo “Panorama de las Sociedades de Gestión Colectiva en Uruguay”,¹⁸ allí establecieron que para el caso de la Asociación General de Autores del Uruguay (Agadu) los costos de administración pueden llegar al 35%, e incluso subir al 45% si se tiene en cuenta el concepto de “gasto social” cuya composición, afirmaron, no es clara.

Efectivamente, en algunos países las SGC asumen gastos sociales importantes para sus afiliados, especialmente para aquellos económicamente más desfavorecidos, que tienen que ver con beneficios en salud, pensión, e incluso educación o promoción musical (como premios o infraestructura para grabaciones, por ejemplo). Por los datos obtenidos a través de esta investigación se sabe que en casi todos los países se dan este tipo de gastos sociales, pero no es posible tener claridad sobre la forma como aparecen en las cuentas de las SGC, si están incluidos en los gastos de administración o no, por ejemplo.

Se sabe que en Sayco algunos afiliados dejan a cargo de la SGC su acceso a salud, pensión o auxilios funerarios (Sanz, 2013). Se trata de un rubro que, según testimonios obtenidos en varias entrevistas, resulta valioso para ellos. De forma similar, los músicos chilenos entrevistados valoran especialmente las actividades de promoción musical de la SCD (Fakuta y Mika Martini, 2013). Por otra parte, el músico Leoni afirma que en Brasil no hay apoyos de este tipo y dice que ésta es la causa para que algunos prefieran afiliarse a entidades del exterior (Leoni, 2013). Se debe profundizar en los datos para saber cuánto de lo que recaudan las SGC es efectivamente distribuido y cuánto destinan a otros gastos, identificar el proceso de toma de decisiones a este respecto, establecer

¹⁸ Movimiento Derecho a la Cultura (Fundación Karisma, 2013b), en “Panorama de las sociedades de gestión colectiva en Uruguay”, artículo que forma parte de la presente investigación.

a quiénes se beneficia y cómo. En entidades que tienen importantes cuestionamientos sobre el poder de unos pocos resulta importante esclarecer el papel que tienen este tipo de fondos. De otro lado, si este gasto se verifica como importante para los miembros ¿se estaría acaso dedicando un monto muy pequeño? Desafortunadamente el alcance de esta investigación no permite responder esas preguntas, necesarias y fundamentales para estimar la eficiencia real de un sistema de SGC responsable de gestionar derechos de terceros.

Otro caso que vale la pena resaltar es el de Jamaica. Allí, los investigadores establecieron que las SGC locales tienen altos costos administrativos en comparación con sus homólogos internacionales y esto es un problema que las propias SGC reconocen y que, según indica Evon Mullings, de la Jamaica Music Society (Jamms), están trabajando para solucionarlo. Los músicos de Jamaica afirman que ésta es una razón para preferir las SGC extranjeras, lo que disminuye el número de afiliados posibles para las SGC locales y, a su vez, dificulta que éstas puedan hacer más eficiente y baratos los gastos de la gestión. Mullings afirma que Jamms usa como referencia los estándares internacionales y está disminuyendo ese porcentaje de administración y aumentando la periodicidad del pago (Mullings, 2013).

3.2.1. Manejo interno respecto a los afiliados

Las SGC, al ser entidades privadas, fijan su organización interna libremente pero dentro de los parámetros de la ley. Por tal razón, en sus estatutos estipulan, entre otras cosas, las calidades que deben tener las personas que desean ser representadas; además, según las calidades que posea su representado éste podrá o no pertenecer a cierta categoría estipulada por la entidad.

Usualmente estas categorías se determinan de acuerdo a la cantidad de obras de los afiliados y/o a los años de permanencia dentro de la organización. Sin importar el nombre asignado a quien hace parte de la sociedad: afiliado, socio o asociado, una vez éste cumple con los requisitos (de forma y fondo) que la SGC estipula para la afiliación o cambio de categoría, adquiere una

serie de derechos y obligaciones que variarán según la organización (tabla 4*).

Desde investigaciones anteriores¹⁹ se han identificado quejas sobre la ineficiencia de las SGC para hacer llegar lo recaudado a los afiliados, dicha situación se complejiza debido a la diferencia de categorías de los afiliados. Tales cuestionamientos aparecieron una y otra vez en las entrevistas sostenidas con autores y artistas durante esta investigación.

En las entrevistas realizadas fueron múltiples los testimonios sobre la relación de los beneficiarios del sector con las SGC, especialmente en lo relacionado con las categorías. El músico chileno Mika Martini reconoce que las diferencias entre los miembros de una SGC son un tema recurrente, comenta Martini: “Los artistas más populares son los que se llevan un porcentaje mayor de la repartición, y eso, me imagino, es en realidad por los ranking radiales, que definen como se reparten los dineros, mientras más sales en la radio más popular eres y más recursos te llegan” (Martini, 2013). “El reclamo de los artistas”, dice Martini, se relaciona con que “la radio ya no es el medio donde más se escucha música”.

A este respecto Héctor Buitrago, músico del grupo colombiano “Aterciopelados”, comenta:

No sé si afortunadamente o desafortunadamente nosotros somos un grupo conocido, muy conocido también para SGAE, entonces entramos en el grupo de los artistas que somos bien tratados: si queremos ir nos reciben muy bien, nos atienden, incluso si queremos pedir un adelanto nos lo dan. Entonces creo que eso hace que nosotros podamos seguir ahí. De cierta manera estamos cómodos comparados con otros (Buitrago, 2013).

Finalmente, uno de los principales problemas que los artistas manifiestan —especialmente aquellos que no son miembros de las SGC—, es que mientras las SGC tienen legitimación general para cobrar (a todos, sobre los usos que gestionan), la distribu-

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

¹⁹ Véase el artículo “Pensar los géneros musicales desde las nuevas prácticas de intercambio sonoro” (Ochoa y Botero, 2009), donde se recogen algunos resultados de investigaciones previas con músicos en Colombia.

ción es sólo entre los afiliados, lo que representa un gran desequilibrio con relación a los no afiliados. Este desequilibrio es más notorio cuando el monopolio es legal (como en Argentina o Uruguay) (Busaniche, 2013), pues en ese caso las SGC tienen mandato legal para cobrar por todo el repertorio. Tal y como lo mencionan Ana María Ochoa Gautier y Carolina Botero, siempre que

se hace comunicación pública de obras musicales hay exigencia de cubrir los costos de derecho de autor relacionados con esa comunicación (sea en establecimientos comerciales, con ocasión de radiodifusión o por motivo de espectáculos en vivo) y en las normas se ha entendido cubierta esta obligación cuando se tiene un paz y salvo de la sociedad de gestión colectiva. La posibilidad de que pagando a la gestora se entienda cubierta la obligación implica que quienes no están vinculados en un mandato con ella queden en desventaja cuando cobran. Efectivamente, el establecimiento o comerciante paga a la sociedad gestora entendiendo cubierta su obligación legal (de hecho, puede mostrar que tiene un paz y salvo) y así se lo informa al artista que se autogestiona cuando éste acude a cobrar. Por su parte, la gestora recibe el pago asociado a un bloque de usos que pueden incluir varios títulos de su catálogo y recibe el pago por los usos respecto de las obras que ella gestiona. De modo que si el artista que se autogestiona le cobra a la gestora por una presentación X que fue pagada por el comerciante, su respuesta será que ella cobra por sus mandantes y el pago, por tanto, es de ellos y no lo incluye. De esta forma, a pesar de poseer tal facultad legalmente, queda en el limbo aquello que corresponde al artista que no se gestiona colectivamente (Ochoa y Botero, 2009).

De hecho, durante la última parte de la investigación el cantante colombiano de Urbambú, Luis Martínez, comentó cómo su grupo perdió uno de sus principales escenarios, el de la Biblioteca Luis Ángel Arango en Bogotá, porque hasta hace un tiempo la Biblioteca pagaba directamente a los artistas, pero hubo un cambio y ahora “resulta que el Estado y las leyes del Estado obligan a la Luis Ángel Arango a no pagar directamente los derechos de autor sino a pagarlos a través de Sayco y Acinpro” (Martínez, 2013). Si la decisión de la Biblioteca es no remunerar directamente a los artistas, sino sólo a través de la SGC, se concreta en la práctica una desventaja para quienes, como ellos, hacen gestión individual.

3.2.2. Manejo interno respecto a su funcionamiento

Sobre el funcionamiento es necesario tener en cuenta que debido a las nuevas tecnologías y los procesos de globalización, en los últimos años se ha facilitado tanto la forma de escuchar música como el modo de acceder a ella. Actualmente es mucho más fácil la internacionalización de los artistas, por lo que la gestión de los derechos de autor ha debido también ocuparse de estos procesos.

La internacionalización de las SGC se hace, esencialmente, por medio de acuerdos con otras SGC en el mundo. Como lo explicaba en la entrevista Jhon Jairo Castañeda, de Acinpro,

las sociedades tienen unos convenios, los convenios en materia de reciprocidad son denominados contratos tipo A y contratos tipo B. El contrato tipo A es aquel en el cual las entidades o las SGC a través de esos convenios establecen que la plata que se recauda, por ejemplo, en los EEUU debe ser remitida a Colombia, con una relación de quiénes son los creadores, quiénes son los artistas e intérpretes, quiénes son los ejecutantes y quiénes los productores de fonograma, para que la sociedad colombiana haga las distribuciones del caso. A su vez, la sociedad colombiana también debe remitir a la sociedad hermana en ese país lo que recaude de esos artistas o de esos autores extranjeros, para que ella haga lo propio. Y el otro contrato es un contrato tipo B, en el cual las sociedades, simplemente, lo que hacen es representar a esos titulares extranjeros pero sus dineros se quedan en Colombia para distribuirse entre los nacionales y a su vez la sociedad del otro país realiza un acto igual, gestiona los derechos y recauda los derechos de los artistas colombianos pero los dineros se quedan en ese país para la sociedad que los distribuye entre los afiliados de esa nacionalidad (Castañeda, 2013).

Tal como se muestra en la gráfica 6, de acuerdo con la información pública disponible casi todas las SGC de los países estudiados han firmado acuerdos con otras, con la finalidad de optimizar la gestión de los derechos de autor tanto al interior de los países como internacionalmente. Se muestra en la gráfica 6 que hay gran disparidad en este punto, algunas SGC reconocen tener muchos acuerdos mientras otras sólo unos pocos, seguramente en un mundo *conectado* es un tema sobre el que deberán trabajar más las SGC de la región.

Gráfica 6
Acuerdo con otras SGC

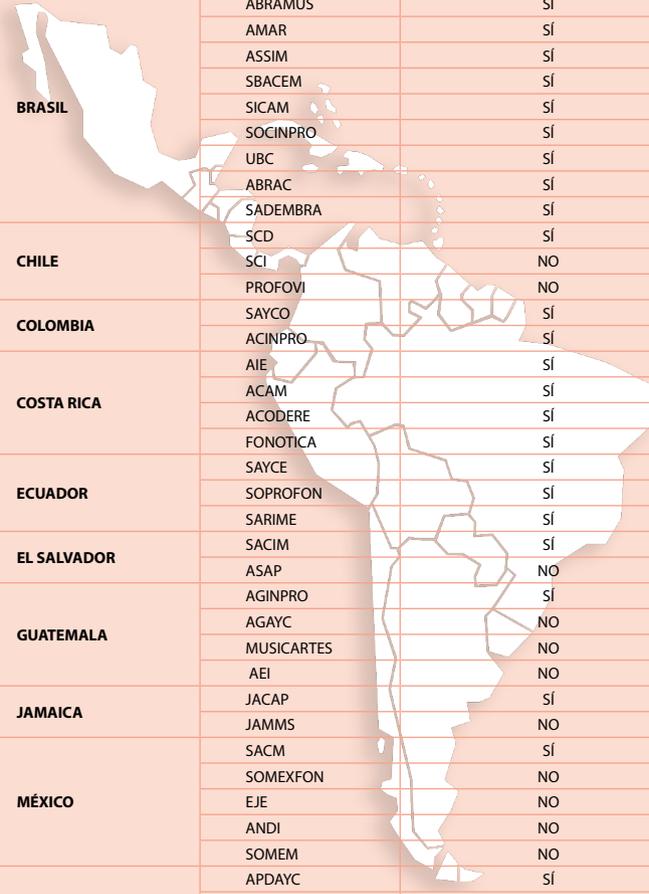
PAÍS	NOMBRE	INCLUSIÓN DE ACUERDOS	MECANISMO RECAUDO	MÉTODOS DE CONTROL E INFORMACIÓN
ARGENTINA	SADAIC	Sí tiene	No hay información	No hay información
	ABRAMUS	Sí tiene	A través de muestreo	No hay información
	AMAR	Sí tiene	A través de muestreo	No hay información
	ASSIM	Sí tiene	A través de muestreo	No hay información
BRASIL	SBACEM	Sí tiene	A través de muestreo	No hay información
	SICAM	Sí tiene	A través de muestreo	No hay información
	SOCINPRO	Sí tiene	A través de muestreo	No hay información
	UBC	Sí tiene	A través de muestreo	No hay información
	ABRAC	Sí tiene	A través de muestreo	No hay información
	SADEMBRA	Sí tiene	A través de muestreo	No hay información
	SCD	No hay información	No hay información	No hay información
CHILE	SCI	No hay información	No hay información	No hay información
	PROFOVI	No hay información	No hay información	No hay información
	SAYCO	No hay información	Manual	No hay información
COLOMBIA	ACINPRO	Sí tienen	No hay información	No hay información
	AIE	No tiene	No tiene	No tiene
COSTA RICA	ACAM	No tiene	No tiene	No tiene
	ACODERE	No tiene	No tiene	No tiene
	FONOTICA	No tiene	No tiene	No tiene
ECUADOR	SAYCE	Sí tiene	No hay información	No hay información
	SOPROFON	Sí tiene	No hay información	No hay información
	SARIME	Sí tiene	No hay información	No hay información
EL SALVADOR	SACIM	No hay información	No hay información	No hay información
	ASAP	No hay información	No hay información	No hay información
GUATEMALA	AGINPRO	No hay información	No hay información	No hay información
	AGAYC	No hay información	No hay información	No hay información
	MUSICARTES	No hay información	No hay información	No hay información
	AEI	No hay información	No hay información	No hay información
JAMAICA	JACAP	Sí tiene	No hay información	No hay información
	JAMMS	Sí tiene	No hay información	No hay información
MÉXICO	SACM	Sí tiene	A través de muestreo	Rendición de informes
	SOMEXFON	Sí tiene	A través de muestreo	Rendición de informes
	EJE	Sí tiene	A través de muestreo	Rendición de informes
	ANDI	Sí tiene	No hay información	No hay información
	SOMEM	Sí tiene	No hay información	No hay información
PERÚ	APDAYC	Sí tiene	Manual	Rendición de informes
	UNIMPRO	Sí tiene	Manual	No hay información
	SONIEM	Sí tiene	Manual	No hay información
URUGUAY	AGADU	No hay información	No hay información	No hay información

ADVERTENCIA: En esta gráfica aparece la información del tema recopilada en los diferentes países, es de notar que esta información no es la de todas las SGC citadas en la gráfica 3.

Es importante recordar que estos datos se soportan en información pública disponible y por tanto es posible que no reflejen una realidad concreta. A pesar de lo anterior, en caso de que la realidad de un país no coincida con la información, ésta sigue siendo valiosa pues mostraría que la situación de ese país no es la imagen que las SGC están proyectando a sus posibles afiliados o al público. Por ejemplo, Alfredo Vega, director jurídico de Sayco en Colombia manifestó que esta SGC tiene “convenios de comunicación recíproca con prácticamente todas las sociedades de gestión colectiva del mundo” (Vega, 2013), sin embargo, como se pudo confirmar en la investigación, esta información no es pública y sólo se pudo acceder a ésta por medio una solicitud formal. Entonces, si de los acuerdos que tiene Sayco (o cualquier otra SGC) con otras entidades se deriva su mandato para el cobro ¿no debería ser esta información de carácter público?

En relación con los programas adicionales que ofrecen las SGC a sus afiliados (ver gráfica 7) con el fin de apoyar iniciativas en salud, pensión, recreación e incluso promoción (mencionado como “gasto social”), en términos del presupuesto, las SGC de la región han desarrollado programas sociales que además de contribuir al bienestar de los afiliados también buscan atraer a nuevos que puedan acceder a esos beneficios. Esto es aplicable a todos los países de la investigación, con excepción de Jamaica en donde no hay proyectos relacionados con gasto social. Se ha identificado que, efectivamente, este tipo de programas tiene especial incidencia entre grupos de artistas para quienes los beneficios sociales ofrecidos por las SGC constituyen un importante lazo de pertenencia a las mismas, como ya se mencionó (Sanz, 2013). Sin embargo, todavía es necesario profundizar en los datos para controlar e identificar el alcance de estos beneficios e incluso saber si se justifica o si es escalable en un sistema de SGC que se ocupe de medios más masivos como Internet.

Gráfica 7
Programas para afiliados



PAÍS	NOMBRE	Oferta de programas adicionales a sus afiliados
ARGENTINA	SADAIC	SÍ
	ABRAMUS	SÍ
BRASIL	AMAR	SÍ
	ASSIM	SÍ
	SBACEM	SÍ
	SICAM	SÍ
	SOCINPRO	SÍ
	UBC	SÍ
	ABRAC	SÍ
	SADEMBRA	SÍ
	SCD	SÍ
CHILE	SCI	NO
	PROFOVI	NO
COLOMBIA	SAYCO	SÍ
	ACINPRO	SÍ
COSTA RICA	AIE	SÍ
	ACAM	SÍ
	ACODERE	SÍ
	FONOTICA	SÍ
ECUADOR	SAYCE	SÍ
	SOPROFON	SÍ
	SARIME	SÍ
EL SALVADOR	SACIM	SÍ
	ASAP	NO
GUATEMALA	AGINPRO	SÍ
	AGAYC	NO
	MUSICARTES	NO
	AEI	NO
JAMAICA	JACAP	SÍ
	JAMMS	NO
MÉXICO	SACM	SÍ
	SOMEXFON	NO
	EJE	NO
	ANDI	NO
	SOMEM	NO
PERÚ	APDAYC	SÍ
	UNIMPRO	SÍ
	SONIEM	SÍ
URUGUAY	AGADU	SÍ

3.2.3. Manejo interno respecto a tarifas

Para efectuar una comparación entre las tarifas que las SGC fijan para el uso de los derechos que gestionan (ver gráfica 8) se tuvieron en cuenta tres variables: la primera corresponde al recaudo unificado que se conoce en determinados casos como la figura de la “ventanilla única” (a través de la cual el usuario hace el pago centralizado, de los diversos derechos que una misma obra requiere, en una sola entidad), haciendo más rápida y organizada la gestión; la segunda hace referencia a la estipulación de la tarifa de acuerdo al uso de la obra y del lugar donde éste se realiza; la tercera comprende los escenarios en los que es posible que el



usuario sea eximido del pago de tarifas, en razón a que los usos de las obras que efectúa están cubiertos bajo las excepciones y limitaciones legales.²⁰

De acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual “los **sistemas centralizados o de ventanilla única**, son una especie de coalición de distintas organizaciones de gestión colectiva que ofrecen servicios centralizados y facilitan la rápida obtención de autorizaciones” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, s. f.). Este tipo de coaliciones facilita que, a través de una misma organización, puedan obtenerse las licencias necesarias para la realización de producciones que incorporan obras de diversa índole (conocidas como multimediales), las cuales requieren un número mayor de autorizaciones (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, s. f.). Esto posibilita que se incremente el monto de recaudo por concepto de derechos de autor y, a la vez, que disminuyan los costos administrativos que se derivan de las operaciones de cobranza (Indecopi 2011). Por otra parte, se puede decir que los usuarios se ven beneficiados al disminuir sustancialmente los pasos, tiempos y dificultades en la obtención de las autorizaciones y facilitarse su acceso a la información.

Hay varias formas de recaudo unificado en las SGC que pueden referirse a un mecanismo que centraliza la recolección de todos los derechos de autor que se reconocen en un país (también conocido como “ventanilla única”), o puede tratarse de cualquier mecanismo que facilite el recaudo entre varias SGC (aunque sólo sean dos) que se dediquen a gestionar el mismo tipo de derecho o el mismo género de obra, lo que usualmente se ha conocido como entidad de recaudo única. Los datos recopilados en la investigación muestran que en la región existen esquemas de recaudo unificado en 7 países (la información se recopiló en la Tabla 4* y se refleja en la gráfica 8), es decir, en la región hay importantes esfuerzos por facilitar y concentrar el recaudo. Como anotaba anteriormente Claudio Ossa (2013), funcionario público chileno,

²⁰ Por excepciones y limitaciones al derecho de autor se entiende aquellos supuestos o situaciones bajo los cuales la ley permite que terceras personas hagan uso de obras protegidas, sin que se requiera de la autorización previa y expresa de su autor o titular.

la tendencia a que exista monopolio natural de las SGC se está rompiendo y la concentración se está dando en el recaudo.

En general, es la recaudación de los derechos en música la que concentra los mayores esfuerzos para ser unificada, con excepción de Colombia donde se intenta crear un sistema de recaudo único para derechos más allá de la música; o Ecuador, en donde se creó una entidad de recaudo fuera de la música para lo que se conoce como “copia privada” (también conocido como canon digital).

Como ya se ha mencionado, el caso de Brasil se explica a través del ECAD, entidad creada por ley para recaudar los derechos asociados con la música.²¹ El ECAD es administrado por nueve SGC que representan a 574.000 titulares de obras musicales (entre compositores, artistas, músicos, editores nacionales y extranjeros y los productores de fonogramas vinculados a ellas) (ECAD, s. f.). Aunque no es una SGC, el ECAD es una entidad propensa a las prácticas monopólicas de origen legal con respecto al recaudo de los derechos musicales. Considerando que es una entidad con medio siglo de existencia, recauda para cientos de miles de afiliados, aglutina a SGC con intereses y socios diversos en el mercado musical más grande de ALC, tiene, indudablemente, una importancia especial en la región y por tal razón debe resaltarse.

En Colombia convive una entidad que fue formada por las SGC que gestionan derechos de autor en música, la Organización Sayco-Acinpro (OSA) y un mecanismo legal para la conformación de una entidad de recaudo sobre múltiples derechos más allá de la música (ventanilla única) que está operando a través de un acuerdo con la primera. La ley en Colombia no obligaba, inicialmente, a las SGC de derechos de autor y derechos conexos a constituir una entidad recaudadora única para las sociedades

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

²¹ El Artículo 115 de la ley No. 5988/73, confirmado por el Artículo 99 de la Ley Federal No. 9610/98, creó el Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) con el propósito de centralizar el recaudo y la distribución de los derechos de autor por ejecución pública de obras musicales y literario-musicales y de fonogramas, inclusive por medio de la radiodifusión, transmisión por cualquier medio y la exhibición de obras audiovisuales.

con idéntico objeto, pero lo permitía.²² La Organización Sayco-Acinpro (OSA) se creó en este marco por Sayco y Acinpro (Organización Sayco-Acinpro, s. f.) y posteriormente fue autorizada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA)²³ para recaudar los derechos generados por la explotación comercial de la música en los establecimientos abiertos al público en todo el territorio colombiano.

Posteriormente a partir del 30 de diciembre de 2012²⁴ también empezó a operar la figura de la Ventanilla Única de Recaudo de Derechos de Autor y Derechos Conexos (VID)²⁵. Actualmente la VID en Colombia está compuesta por SGC como la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco), la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos (Acinpro), la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales de Colombia (Egeda Colombia), el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos (CDR) y por otras entidades privadas de carácter gremial que son titulares de derecho de autor, como la Asociación para la Protección de los Derechos Intelectuales sobre Fonogramas (Apdif) y la Asociación Colombiana de Editoras de Música (Acodem) (Dirección Nacional de Derecho de Autor, s. f.). Por tanto, la VID aglomera diferentes industrias creativas, más allá de lo que sucedía con la OSA.

En la práctica, la OSA realizó el recaudo para Sayco y para Acinpro en forma exclusiva hasta el 31 de enero de 2012, ahora bien, una vez conformada la VID ésta entregó el recaudo a través

²² Artículo 27 de la Ley 44 de 1993.

²³ Resolución No. 291 del 18 de octubre de 2011 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) de Colombia. Según: Sociedades existentes. Se puede consultar en: <http://derechodeautor.gov.co/web/guest/sociedades-existentes>

²⁴ Se resalta que la Ley Antitrámites previó que el funcionamiento de la ventanilla única iniciaría como máximo el primero de enero del 2013, so pena de que las SGC no pudieran realizar el recaudo por la administración de los derechos de sus socios en establecimientos de comercio (Dirección Nacional de Derecho de Autor, s. f.).

²⁵ La entidad fue creada por medio del Decreto Ley 019 de 2012 (Ley Antitrámites), con la finalidad de facilitar el cumplimiento de las obligaciones legales de los comerciantes respecto del pago de los derechos de autor causados por la ejecución pública de obras musicales en los establecimientos abiertos al público (Ley 232 de 1995, Artículo 2, literal C) y que fue declarada constitucional.

de un mandato a la OSA.²⁶ Esto supone que la OSA sigue siendo la que recauda y lo hace por conceptos ajenos a los comprendidos en su origen (ahora incluye derechos relacionados con los audiovisuales), sin embargo, no fue posible en la investigación conocer los términos de dicho contrato. Parecería entonces que la entidad recaudadora OSA se ha convertido en el brazo operativo de la VID, sin que sea posible, dado el alcance de esta investigación, saber cómo funciona el esquema y si lo hace mejor o peor que antes. Aunque la VID es de creación legal no se puede hablar de monopolio en el recaudo porque en Colombia el marco legal garantiza la gestión individual por los artistas²⁷ (a diferencia de lo que ocurre en Argentina o Uruguay, en donde el titular sólo puede cobrar siendo afiliado a una SGC).

En Ecuador la Ley de Propiedad Intelectual (artículo 105) también abre la puerta para la creación legal de un sistema de recaudo único, en este caso para el recaudo de la remuneración compensatoria por copia privada de fonogramas y videogramas, se trata de la Entidad Recaudadora Única por Copia Privada de Fonogramas y Videogramas del Ecuador (Enrucopi), entidad común que, aunque existe legalmente desde 1998, apenas se está reglamentando (*El Comercio.com*, s. f.) por lo que no se ha desarrollado ni se cobra. De otro lado, la Ley de Propiedad de Ecuador Intelectual (artículo 111) determina que si existen dos o más SGC por género de obra, deberá constituirse obligatoriamente una entidad recaudadora única con el objeto exclusivo de llevar a cabo el recaudo por cuenta de las sociedades constituyentes, al punto que si no hay acuerdo la creará el gobierno. Con base en esta disposición se creó, voluntariamente, la ventanilla única para la recaudación de los derechos de comunicación pública entre la So-

²⁶ Véase Consejo Técnico de la Contaduría Pública (2013) en: http://www.cijuf.org.co/sites/default/files/normatividad/2013/080-utilizacion%20de%20planes%20de%20cuentas%20en%20sociedades%20de%20gestion%20colectiva_0.pdf

²⁷ Así lo reconocen algunas sentencias de la Corte Constitucional, por ejemplo, la Sentencia C-509 de 2004 (disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2004/c-509_2004.html) y la Sentencia C-784 de 2012 (disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-784-12.htm#_ftnref44).

ciudad de Artistas Intérpretes y Músicos Ejecutantes del Ecuador (Sarime) y la Sociedad de Productores de Fonogramas (Soprofon) —las dos SGC del mismo sector— (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, s. f.).

En Argentina, el Decreto 1671 de 1974 estableció en el sector de la música que la Asociación Argentina de Intérpretes (AADI) y la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas (CAPIF) debían realizar las gestiones de recaudación, adjudicación y distribución de las retribuciones que percibieran, a través de un ente constituido por ambas. De este modo surgió la AADI-CAPIF, una asociación civil con personería propia y con régimen estatutario determinado convencionalmente por las dos SGC socias.

De otra parte, en México el recaudo único no parece ser resultado de una exigencia legal, sino del acuerdo de una SGC —la Sociedad de Autores y Compositores de México (SACM) y la asociación civil de Editores Mexicanos de Música, A. C. (Emmac)—, quienes conformaron la ventanilla conjunta de licenciamiento y pago de regalías EMMACSACM (Editores Mexicanos de Música y la Sociedad de Autores y Compositores de México (s. f.)), con el fin de que los usuarios que requieren obras musicales, para comercializarlas por Internet y por telefonía celular, puedan obtener en una sola gestión y en un solo sitio una licencia que abarca los catálogos que representan las editoras allí agremiadas, facilitando el licenciamiento y uso de la música digital.

En Uruguay, la Agadu hace recaudo unificado (Fundación Karisma, 2013b y *El País*, 2009), siendo la encargada de efectuar las recaudaciones por derecho de autor y derechos conexos en el caso de la música, en virtud de un acuerdo entre Agadu, la Sociedad Uruguaya de Artistas Intérpretes (Sudei) y la Cámara Uruguaya del Disco (CUD). Asimismo, Agadu también se encarga de recaudar el dominio público pagante (del que se hablará más adelante).

Entre tanto, los investigadores en Jamaica establecieron que actualmente se está dando la discusión sobre la pertinencia o necesidad de establecer un “punto único de pago”, como se hizo en

Barbados. Los investigadores afirman que no ha sido una solución bien recibida por todos, muchos no están a favor de este tipo de monopolios, entre otros motivos, dicen “por la distancia entre escritores y productores”.²⁸

Como puede verse, la multiplicidad de mecanismos para facilitar el recaudo de las SGC en ALC no responden necesariamente al licenciamiento de los diferentes derechos que pueden corresponder a una misma obra multimedial a través de una sola organización. En la mayoría de casos se limitan al recaudo por el uso de las obras de un mismo tipo o sector. Sólo en Colombia se está avanzando en una ventanilla única que va más allá y que reúne SGC de otros sectores; sin embargo, no se tienen aún datos sobre su funcionamiento. En el resto de la región, la investigación comprueba que el concepto es sectorial y que la ley ha jugado un importante papel en la creación de estos mecanismos, varios de ellos aún en desarrollo. El caso mexicano quizá merezca mención especial por cuanto es una propuesta que busca dar respuesta al entorno digital en concreto. Desafortunadamente, no hay información para poder calificar estas actividades, las entidades que lo hacen o los acuerdos que se desarrollan. Con la información recabada no se puede comparar para encontrar los problemas o beneficios de los diferentes modelos que se han desarrollado en la región, sólo puede afirmarse que es en Brasil en donde el ECAD tiene una presencia que mereció una mención por parte de todos los entrevistados en Brasil. En cambio que en el resto de países entidades similares, existentes o en formación, aún no desplazan a las SGC en la opinión pública.

Con referencia a la segunda variable, correspondiente a la estipulación de la tarifa de acuerdo al uso de la obra y el lugar donde aquel se realiza, puede decirse que las SGC estipulan una lista detallada sobre quiénes (personas o entidades) están obligados a realizar los pagos por derechos de autor dentro de los parámetros legales. Esta lista, en la mayoría de los casos, viene referenciada según el lugar donde se efectúa el uso, la forma de transmisión de la obra, la cantidad de reproducciones o demás usos que se hacen

²⁸ Entrevista con Lydia Rose de Jacap, realizada por el equipo de Jamaica (Rose, 2013).

de la obra registrada y/o por la clase de actividad que acompaña la reproducción de la misma, lo que, a su vez, permite que se estipulen diferentes tarifas según las características antes señaladas. Como se muestra en la tabla 5*, son muchos los conceptos sobre los cuales se realizan los pagos. De los 12 países de la muestra, Ecuador y Guatemala no vinculan la lista de los obligados a pagar derechos de autor con tarifas diferenciales (gráfica 8), es decir, aparentemente, según la información pública que proveen, no utilizan ese procedimiento sino que aplican tarifas planas.

Los gremios consultados (Cámara de Comercio de Chile, radios en los 3 países de profundización de la investigación y hoteles en Colombia) resaltan la relación que tienen con las SGC como un mecanismo para garantizar el cumplimiento de la ley y la seguridad jurídica que eso supone, lo que en general los ha llevado a trabajar de la mano con ellas. Claudia Barreto, de la Asociación Hotelera y Turística de Colombia (Cotelco), comenta: “Cada semestre solicitamos informes a las SGC sobre quién paga y quién no, sabemos que más del 85% paga” (Barreto, 2013). Además, afirma que también han buscado y conseguido “convenios de pago cuando el sector ha tenido dificultades” (Barreto, 2013), como cuando hubo cierres de carreteras por invierno en la zona cercana a la ciudad de Manizales.

De hecho, que la fijación de la tarifa sea resultado de una negociación con la SGC es un tema recurrente en las entrevistas. Aureo César, de la Casa de eventos Matrix, en Brasil, dijo que para conseguir mejores precios en la tarifa suele negociar los eventos antes de la fecha directamente con el ECAD. Esto le permite, incluso, presentar variables que ECAD no ha considerado, ya que éste “cobra por persona y sobre valores brutos” (César, 2013) El entrevistado considera que son precios muy caros, específicamente porque no es lo mismo un matrimonio (en el que se sabe lo que puede costar porque se sabe quiénes asistirán) a un evento popular como un carnaval (en el que se desconoce la cantidad de personas que llegarán). La negociación previa sirve, según cuenta César, “para

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

que cuando el evento suceda, si llega el fiscal a comprobar el pago no pueda cobrar la tarifa máxima estipulada, sino que acepte que hubo una negociación del mismo”, porque, añade, “el pago absoluto a ECAD inviabiliza la mayoría de los eventos”.

Esta situación también fue señalada por Roberto Parra, productor de eventos en Chile. En la entrevista, Parra se quejó porque “nadie sabe cómo funcionan los pagos de los impuestos de los artistas, cómo funcionan los pagos de la SCD, esas cosas no vienen en un manual, son cosas de las que uno se viene enterando en el camino” (Parra, 2013). Parra narra a continuación el conflicto que, precisamente por desconocimiento, enfrenta en estos momentos:

supuestamente por el tema de que tenemos que pagar un porcentaje de las ventas de los conciertos a la SCD por los derechos de autor. Inicialmente nuestra ‘rebeldía’ de no pagar era porque considerábamos súper ilógico que nosotros estuviéramos pagándole a una banda por presentarse y aparte estemos pagando derechos, si es que en el fondo ya les estamos pagando para que toquen y, obviamente, para que toquen sus temas. Ahora ya estamos cada día más posicionados y por el simple hecho de no haberle pagado a la SCD es que hemos podido financiar y poder seguir trabajando Claro, ahora tenemos el tema de que tenemos una deuda importante acumulada con la SCD, pero gracias a no haber pagado puedo decir que, en el fondo, pude crecer y llegar a un momento en que en verdad puedo pagar. Sigo sin estar de acuerdo con pagarla, pero sí es una imposición legal la voy a pagar. (Parra, 2013)

Al comparar las tarifas que como productor de eventos tiene con las de bares y restaurantes afirma:

nos castigan más por el hecho de trabajar de la música. Como yo siempre he pensado, encuentro que alguien tiene que estar preocupado de los artistas, entonces en ese sentido no tengo ningún problema de que existan asociaciones así, pero ¿quién más se está preocupando de la música que los que le damos pega a los músicos? [Entonces] ¿por qué castigarlos más aún? (...) Por ejemplo, a mí me gusta mucho más lo que hacen con los lugares (...) la tarifa es de 279 pesos por asistente. Lo encuentro razonable, en el fondo tienes un lugar lleno y estás pagando 200 mil pesos, que está bien... porque al revés, cuando te dicen el 3% de una entrada, por ejemplo, que vale promedio 30.000, 25.000 pesos, pagar el 10% serían 2.500, el 7% sería 1.250 y el 5% 1.250, al final estás pagando 1.250 por asistente, no es-

tás pagando los 279 pesos, básicamente son 4 veces más lo que pagas por no hacerlo [el evento] en la Ex Oz (Parra, 2013)

En Colombia, Luis César Hoyos, perteneciente al gremio de emisoras comunitarias, afirma que lograron “después de 3 años de negociación, tarifas diferenciales para las emisoras comunitarias en las que se tenga en cuenta la categoría del municipio, el número de habitantes y la potencia de la emisora” (Hoyos, 2013) Hoyos explica que es necesario tener esas diferencias, pues no es lo mismo un pueblo de 50.000 habitantes a uno de 200.000, a este respecto comenta que

en Aguachica o Barrancabermeja esa emisora tiene muchas más posibilidades, digamos, de subsistir económicamente (...) que por ejemplo Morales, en el sur de Bolívar, un municipio eminentemente rural y con una economía deprimida (...) una economía que está al vaivén del humor del río Magdalena: si crece el río se fregaron y si hace un buen tiempo entonces los campesinos pueden tener sus cosechas, o sea, son cosas que nos permitan darle un piso de realidad, digamos en materia económica, para poder cumplir con una obligación que reconocemos. (Hoyos, 2013)

En todo caso, la sensación de cobros injustos aparece reflejada en varias entrevistas, incluso entre los propios músicos. Por ejemplo, MC Leonardo, de Brasil, se preguntaba durante la entrevista “¿cuánto es lo que los artistas deben pagar para estar dentro de la ley, por tocar funk en la calle?” (Leonardo, 2013). Él mismo, con tono de desaprobación, se respondió: “Tres mil doscientos reales deben pagar a ECAD para cantar mi canción en la calle”. El artista explicaba que a través de otro proyecto, el de Teatro Mágico, había renunciado a cobrarle a la radio comunitaria cuando tocara su música en sus emisiones, sin embargo, señaló: “¿Sabes lo que decía la ECAD? ‘Voy a tomar mi porcentaje, si usted no desea recibir, el problema es suyo’. Esos chicos... los odio” (Leonardo, 2013).

Finalmente, la tercera variable hace referencia a los escenarios en los que es posible que el usuario sea eximido del pago de tarifas gracias a que los usos de las obras están cubiertos bajo las excepciones y limitaciones legales, a saber, los instrumentos del sistema de derecho de autor que permiten (por autorización legal) el uso de obras sin pedir autorización ni pagar a los titula-

res. Todos los países estudiados presentan esta figura, elemento esencial del derecho de autor en general que suele cobijar los usos con fines educativos o culturales, como el uso de música dentro de actos artísticos en las escuelas o el uso doméstico de las obras.

Por ser disposiciones legales, todas las SGC de la muestra (gráfica 8) reconocen las excepciones y limitaciones como un mecanismo que las controla y que deben honrar, aunque en la práctica éste se ve afectado por la sensación de los usuarios de que, a pesar de las limitaciones, se presentan abusos.

En la tabla 11*, donde se articulan varios de los resultados de la investigación, se puede observar que existen dificultades para establecer bajo qué escenarios las SGC no deberían cobrar por ciertos usos. Precisamente, diferentes tipos de usuarios de las obras han alegado en reiteradas oportunidades que algunos cobros de las SGC afectan el interés público y son abusivos. Por ejemplo, en Brasil se conocen procesos legales relacionados con el cobro por la utilización de la música en lugares privados —con frecuencia bodas o fiestas—, en estos casos los usuarios han alegado que el uso de la música se realiza dentro del entorno familiar y que por tal motivo se encuentran dentro de las excepciones del cobro, de forma similar a los espectáculos realizados en las escuelas.

En Colombia hay un caso judicial sobre excepciones al derecho de autor y cobro por las SGC. En tres ocasiones Sayco ha llevado ante los jueces a la Universidad de Antioquia (UdeA) por considerar que la emisora de esta universidad infringe derechos de autor. La universidad, por su parte, ha sostenido que el uso de las obras musicales en su emisora está amparado por una excepción legal, así lo relata Oscar Gómez en su artículo “Los fallos de la Corte Constitucional sobre las Sociedades de Gestión Colectiva en Colombia”.²⁹ En 2002, Sayco presentó una demanda para exigir que se declarara responsable a la UdeA por la infracción de

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

²⁹ Resolución inhibitoria de la Fiscalía donde se dice que no es delito: Fiscalía General de la Nación (Unidad de Fiscalía Cuarta de Delitos contra la fe pública, el patrimonio económico y otros delitos) Fiscalía 46 seccional delegada, junio 21 de 2005. Resolución inhibitoria.

los derechos de autor, pues ésta no había obtenido autorización para radiodifundir las obras musicales representadas por Sayco.

En esta primera contienda el juez le dio la razón a la UdeA, de tal modo que consideró que el uso realizado no tenía ánimo de lucro, que su propósito estaba orientado a la enseñanza y que Sayco no había probado su legitimación para cobrar tales derechos. En el segundo enfrentamiento Sayco inició un proceso penal por el delito de infracción a los derechos de autor. La fiscalía, en resolución inhibitoria, declaró la atipicidad de la conducta al no existir un daño al bien jurídico tutelado, apuntando que se trataba de una excepción.

Actualmente la UdeA hace parte de un nuevo proceso judicial, al haber sido demandada por tercera vez por Sayco. La SGC reitera su cobro por concepto de comunicación pública de obras musicales, mientras tanto, la UdeA aduce la existencia de “cosa juzgada” por tratarse de un cobro por el mismo concepto, la existencia de limitaciones al ejercicio de derecho de autor por deberse de un uso sin ánimo de lucro y la comunicación de una obra artística con propósitos de enseñanza, universitarios y de formación educativa. Para la UdeA,

en el caso específico de las emisoras educativas universitarias, éstas pueden lícitamente utilizar obras musicales sin autorización de los autores, los artistas o las sociedades que los representan, ni tener que pagar por ello, pues su actividad no tiene fines de lucro; el propósito de su programación es la enseñanza y con ello no se afectan los legítimos intereses de los autores o intérpretes. (Piedrahíta, 2013)

Sayco, por su parte, argumenta la inexistencia de “cosa juzgada” por tratarse del cobro de una deuda en un periodo diferente al de los procesos judiciales anteriores.

De forma similar, en México se han dado controversias alrededor de las SGC por el cobro a emisoras culturales. Éste es el caso de Somexfon, que ha efectuado cobros a una emisora cultural que funciona por Internet, sin patrocinadores y sin ánimo de lucro: RadioMéxico. Por su parte, en Chile, durante el trámite de la última reforma a la propiedad intelectual, se discutió la inclusión de una excepción para ciertos establecimientos comerciales que no prosperó, como explica y resume Alberto Cerda:

el derecho de autor confiere a su titular un monopolio exclusivo para la explotación de sus obras. Nadie puede hacer uso de ellas, salvo autorización del propio titular o excepción prevista en la ley. De este modo, careciendo de una excepción específica a su respecto, los pequeños y medianos establecimientos comerciales que mantienen encendido su equipo radial o de televisión deben obtener autorización del titular y pagar el tarifado correspondiente. La jurisprudencia de los tribunales nacional(es), lamentablemente, no ha sido categórica en rechazar la exigencia de un doble pago de derechos autorales, considerando que tanto radioemisoras como canales de televisión ya han pagado para transmitir las obras a través de sus señales" (Cerde, 2013:99).

Adicionalmente, dado que no fue considerado desde el principio en esta investigación, queda pendiente por analizar con más profundidad la forma como se relacionan con las SGC los sectores que usan obras protegidas a través de actividades que se enmarcan en las excepciones y limitaciones. Más allá de las disposiciones legales, se podría indagar con bibliotecas, universidades, escuelas y otras instituciones, sobre el uso de obras y cómo se desarrolla su relación en este sentido con las SGC, para ampliar el panorama sobre el tema y verificar las características dicha relación.

Finalmente, a partir de los datos recogidos en la investigación se estableció que en países como Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Perú y Costa Rica las SGC incluyen otras excepciones específicas a este cobro que permiten a los establecimientos comerciales que venden equipos (en el caso de Chile se incluyen programas computacionales) usar obras protegidas con el fin exclusivo de efectuar demostraciones a la clientela.

En suma, en relación con la variable de manejo de tarifas, las SGC de ALC están en un proceso generalizado de concentración del recaudo a través de mecanismos centralizados para este fin o ventanillas únicas, en su mayoría como resultado de disposiciones legales y a partir del ejemplo del modelo brasileño, pero sin una reflexión sobre las lecciones del mismo. Las SGC de ALC tienen un importante nivel de discreción para fijar tarifas, establecer quiénes están obligados a pagar, cuáles son los usos que generan el pago, etc. Su recaudo no es del todo claro para los

usuarios y existe una sensación generalizada de injusticia sobre el mismo, además, existen polémicas sobre los espacios donde las SGC no deberían estar haciendo el cobro. El director de la autoridad de derecho de autor colombiana, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, reconoció en las entrevistas que las quejas más comunes de los usuarios se deben al “cobro agresivo por parte de las sociedades de gestión, ya que existe cierto cuestionamiento en relación a la forma como las tarifas son fijadas” (García, 2013). De otra parte, cabe recordar que en el recuento de los resultados de la investigación, los usuarios de la región arreglan muchos de sus conflictos en este tema a través de negociaciones directas. Sin embargo, están dejando de ser pasivos en este aspecto y han comenzado a buscar soluciones jurídicas (tanto en la corte como a través de modificaciones legales) para evitar cobros que consideren injustos.

3.3. Transparencia

El punto de partida para analizar esta variable se encuentra en la percepción del público (autoridades, usuarios y afiliados) sobre la gestión de las SGC objeto de esta investigación y la información que sobre su trabajo brindan estas entidades, acción que facilita que los diferentes interesados verifiquen si las labores que las SGC realizan están encaminadas efectivamente al cumplimiento de su finalidad.

La investigación ha corroborado que hay una sensación de desconfianza generalizada sobre la administración de las SGC en razón a la falta de transparencia de su gestión. Esta desconfianza incluso genera cuestionamientos profundos sobre la necesidad de la existencia de estas sociedades.

Entre los entrevistados, quienes mejor apuntaban a los retos generales de las SGC fueron, quizá, dos funcionarios públicos de Colombia y Chile, Felipe García (entonces director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor en Colombia) y Claudio Ossa (jefe del Departamento de Derechos Autorales en Chile). El colombiano mencionó que las quejas más frecuentes de los usuarios tenían que ver con tarifas, mientras que las de los socios —dijo—

se refieren, especialmente, a temas de recaudo y distribución por parte de la administración de la SGC. García cree que son reclamos por “la falta de eficacia, eficiencia y transparencia en la forma como se llevan estas actividades” (García, 2013). El chileno, por su parte, señaló que “si bien [las SGC] son entidades privadas, tienen un privilegio de funcionamiento que compromete también ese interés público que toda la ciudadanía puede tener, un interés particular sobre cómo se está llevando a cabo esa gestión” (Ossa, 2013). Por tanto, el principal reto para estas entidades consiste en “tener mayor cantidad de información disponible para la gente que será objeto de cobranza, pero también mayor cantidad de información para aquellos que van a ser objeto de reparto de lo que recauden, para tener muy claro unos y otros qué es lo que hace esa entidad y en qué los beneficia” (Ossa, 2013).

La investigación también estableció que otro de los aspectos problemáticos relacionados con la transparencia de las SGC es la baja representatividad de los afiliados. Las categorizaciones y tipificaciones de los afiliados realizadas por las SGC tienen una gran incidencia sobre la participación en la toma de decisiones, hecho que favorece la creación de grupos de poder dentro de estas entidades.

A continuación se revisará la forma como los anteriores temas se relacionan con el suministro de información en varios niveles.

3.3.1. Información accesible

Esta investigación trató de conocer, a través de sus respectivas páginas web y de información pública, más datos sobre las SGC estudiadas que pudiesen ofrecer un mejor panorama de las mismas. En primer lugar se trató de establecer la cantidad de afiliados que tiene cada una de estas sociedades y la cantidad de obras que administran. Como se puede apreciar en la gráfica 9, la cantidad de socios varía según el derecho que cada SGC gestiona y el país donde se encuentra.

En algunas SGC que se ocupan de derechos que están especialmente relacionados con personas naturales (como las dirigidas a compositores e intérpretes) las cifras de afiliados que se anuncian superan los miles (gráfica 9), aunque es de notar que por datos

Gráfica 9

Cantidad aproximada de asociados

PAÍS	SGC	CANTIDAD APROXIMADA DE AFILIADOS
ARGENTINA	SADAIC	No hay información
BRASIL	ECAD	536.000
	SCD	1600
CHILE	SCI	6000
	PROFOVI	6
COLOMBIA	SAYCO	6400 (Más de un millón de canciones)
	ACINPRO	2826 artistas asociados y 33 productoras asociadas
COSTA RICA	FONOTICA	6
	AIE	280 (187 canciones)
	ACAM	2406
ECUADOR	ACODERE	No hay información
	SAYCE	2900 (7120 obras registradas)
	SOPROFON	5
EL SALVADOR	SAPRIME	273
	SACIM	7
	ASAP	5
GUATEMALA	ACINPRO	8
	AGAYC	No hay información
	AEI	420
	MUSICARTES	206 (360 obras)
JAMAICA	JACAP	2850
	JAMMS	430
MÉXICO	SONEM	No hay información
	ANDI	No hay información
	EJE	140
	SACM	No hay información
	SOMEXFON	21
PERÚ	APDAYC	1500 (59000 obras)
	UNIMPRO	8
URUGUAY	SONIEM	No hay información
	UGADU	1830 (4310 Obras)

ADVERTENCIA: En esta gráfica aparece la información del tema recopilada en los diferentes países, es de notar que esta información no es la de todas las SGC citadas en la gráfica 3.

disponibles públicamente no fue posible establecer el número de afiliados para algunos países. Los datos utilizados en la gráfica 9 parecen referirse a los afiliados con capacidad para participar del gobierno de la sociedad (como se ha señalado atrás, esto depende de la categoría del afiliado y se resume en la tabla 4*).

La afirmación hecha en el párrafo anterior se comprueba con los datos del análisis que quedó documentado en un estudio de caso sobre las SGC de Uruguay. Allí se cuenta cómo

el sistema planteado en los estatutos genera que de los más de 10.000 socios de Agadu, menos del 15% se encuentre habilitado para elegir autoridades o ser electo. En concreto, en las recientes elecciones del pasado 20 de agosto de 2013 votaron tan solo 773 personas, es decir, menos del 8% de los socios. La lista ganadora se impuso con apenas 237 votos (Fundación Karisma, 2013b).

La diferencia entre los afiliados que poseen derecho a participar en el gobierno de la entidad y aquellos que no, son una de las piezas clave del funcionamiento de las SGC en ALC. A lo largo de los datos recogidos en este informe la “categorización” de los afiliados aparece como una acción corriente en estas entidades que tiene efectos profundos. Efectivamente, en los datos de la gráfica 9, Agadu aparece con poco más de 1800 socios, pero esta cifra invisibiliza a los afiliados que aunque no participan de la toma de decisiones sí deben confiar en la SGC para la gestión de sus derechos [afiliados que sumados llegan a unos 10.000, de acuerdo con el mencionado artículo (Fundación Karisma, 2013b)].

Es posible que la situación documentada en Uruguay se repita en otros países. Como se mencionó previamente, en ALC las SGC categorizan a sus afiliados según una serie de criterios, esto le permite a unos y le impide a otros tener acceso a ciertos beneficios y derechos. Más aún, en países como Argentina y Uruguay la cifra total de afiliados con y sin derechos invisibiliza a muchos más, pues para las SGC hay gestión universal de los repertorios, es decir, las SGC al final gestionan derechos de una cantidad desconocida de autores y artistas.

La forma como las SGC organizan a sus afiliados es bastante disímil pero coincide en que, al final, las diferentes categorías suponen necesariamente que la gestión de unos pocos (gobernanza como se verá más adelante) se aplique a lo que sucede con muchos más (incluye a todos aquellos que han dado mandato a la sociedad, incluso si es sólo para gestionar una obra, o a todos los autores y artistas si la ley obliga a la gestión universal del repertorio). Es posible entonces que la cifra que las SGC suelen hacer pública sea la de quienes tienen capacidad decisoria únicamente (es decir, una minoría).

Efectivamente, en países que suministran información como Colombia con Sayco, Ecuador con la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador (Sayce) y Perú con la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC) no se tiene suficiente información para saber si son datos de todos los afiliados (en las diferentes categorías) o si (como se sabe en el caso de Uruguay) sólo se ocupan de los que tienen mayores derechos.

Sumado a lo anterior, incluso los afiliados que reciben algo de información ponen en entredicho la confianza en las SGC por la complejidad de la forma como se les presenta esta información. Leoni, de Brasil, al responder sobre el boletín de pago del ECAD comenta que le echa un vistazo y añade: “Pero, me parece tan confuso de entender...” (Leoni, 2013). Por su parte, la cantante colombiana Silvia O reconoce que los músicos no saben o no entienden cómo hacen las SGC la distribución, al respecto comenta:

Uno no entiende, quién cuenta cómo se gestiona eso, qué parámetros tiene, ¿es la cantidad de público que va?, ¿es la de otros acompañantes que están ahí tocando?, ¿es si es televisado o no? O sea: es un enigma, uno nunca sabe qué va a pasar (...) por lo menos no entiendo, o no nos explican a nosotros como autores cómo se recauda ese dinero ni cuáles son los parámetros que se usan, para más o menos entender que está pasando. (O, 2013).

Por otra parte, Iván Benavides, productor y compositor colombiano, afirma

BMI³⁰, cada tres meses me envía un informe donde aparece (...) exactamente toda la información, de donde salió la canción de mi autoría, en qué emisora de radio, en qué país, a qué hora y cuántos centavos me está dando esa canción, entonces aparece: tal canción, Nueva Zelanda, tantos centavos de dólar. Aparece absolutamente todo el mundo, menos Colombia, lo cual habla exactamente de la falta de transparencia de la SGC, aunque Sayco tiene un convenio con BMI. (Benavides, 2013)

Al revisar la relación entre número de afiliados y número de obras, en la gráfica 9 se concluye que muy pocas de las SGC ofrecen públicamente información general sobre el número de obras que hacen parte de su repertorio y mucho menos detalles sobre sus catálogos (en la profundización de la investigación tampoco fue posible conseguir información al respecto). La ausencia de esta información no posibilita hacer seguimiento y control sobre lo que es, en esencia, la materia de la gestión de las SGC y devela una importante falencia de estas entidades al no ofrecer información efectiva al público sobre el total del catálogo que gestionan. Esta situación es particularmente delicada, pues se trata no sólo de las obras que administran para afiliados con privilegios de gobierno la SGC, sino también para muchos otros que deben confiar ciegamente en su gestión, lo que incluye obras de afiliados a otras SGC en el mundo con las que se tienen acuerdos o, como en el caso de Uruguay y Argentina, donde hay gestión obligatoria universal del repertorio. Si la SGC no ofrece información detallada sobre su catálogo, no puede gestionarlo al detalle ni garantizar que el recaudo y la distribución coincidan. En suma, la información disponible no permite llegar a este nivel de conocimiento de las SGC.

La gráfica 10 permite apreciar que en algunos países existe la obligación legal de suministrar información: Colombia, Ecuador, Chile, Uruguay y Perú coinciden en esta característica. Las SGC de estos países de manera periódica deben presentar informes sobre los rubros recaudados y distribuidos, las asambleas

³⁰ BMI es una de las sociedades de gestión colectiva de música que funciona en EE.UU., en este caso Iván Benavides no está afiliado a una SGC colombiana sino que sus obras están gestionadas desde EE.UU., por eso la comparación que hace.



y el balance general de todas las actividades que efectúan. Lo anterior, es una manera de verificar el rendimiento de las sociedades y facilitar las labores de control y vigilancia por cuenta del Estado.

La obligación de suministrar información para actividades de control y vigilancia en cabeza del Estado no implica per se que dicha información sea accesible, eficiente o pertinente. Con escasa frecuencia los informes de gestión y los balances de la SGC se publican completos en sus páginas web (en ocasiones sólo se ubican en carteleras informativas localizadas en sus instalaciones), hecho que implica que si terceras partes requieren acceder a este tipo de

documentos deben solicitarlos expresamente, pues por lo general estos se entregan sólo a las autoridades y/o a los afiliados. De hecho, Claudio Ossa (jefe del Departamento de Derechos Intelectuales de Chile) abogaba en su entrevista por un

mayor nivel de transparencia para efectos de los informes contables, las auditorías que se hacen, la entrega de esas auditorías en forma impresa con la debida anticipación, no al finalizar el año (...) y con muy escasa información. O sea: el estado contable, la información que se entrega es prácticamente minúscula y no permite desde el punto de vista del análisis hacer un trabajo muy profundo (...) (hace falta) que la misma entidad entregue, con mayor transparencia, mayor información, que la entregue con anticipación, no cuando ya la información no es muy valiosa. (Ossa, 2013)

El testimonio de Ossa es especialmente dicente si se considera que, de acuerdo con la gráfica 11, en Chile la información disponible es de todos los procesos.

De acuerdo con la información recaudada, se sabe que algunas SGC han incursionado en el uso de herramientas en línea. Por ejemplo, SCD de Chile, Sayco y Acinpro de Colombia o Agadu de Uruguay. En Brasil, a pesar de su gran extensión y aunque no existe obligación legal para las SGC de proporcionar información (gráfica 10), es posible encontrarla en Internet (gráfica 11) gracias al ECAD. La importante participación del ECAD en la función del recaudo obligó a incluirlo en el cuadro, aunque no sea SGC, porque ofrece información del sistema a través de su sitio (se debe tener presente que en el sistema de SGC de Brasil el ECAD es algo parecido a una *suprainstitución*). En todas las SGC de la muestra que ofrecen información en Internet, a excepción de Chile y Brasil, existe alguna clase de restricción como el uso de contraseñas o claves, lo que supone que esa información sólo está disponible para los afiliados que tengan acceso a dicho espacio.

Gráfica 11

Clases de acceso a información



PAÍS	NOMBRE	CLASE DE ACCESO E INFORMACIÓN
ARGENTINA	SADAIC	No tiene
	ABRAMUS	
BRASIL	AMAR	
	ASSIM	
	SBACEM	
	SICAM	Acceso público sobre información como declaración de derechos y pagos; balances anuales y canciones.
	SOCINPRO	
	UBC	
	ABRAC	
	SADEMBRA	
CHILE	SCD	Acceso público con información de todos los procesos dentro de la SGC
	SCI	No tiene
	PROFOVI	No tiene
COLOMBIA	SAYCO	Acceso restringido solo para socios respecto a gestión de derechos particulares. Acceso público sobre balances anuales.
	ACINPRO	Acceso restringido, solo asociados.
COSTA RICA	AIE	No tiene
	ACAM	Acceso restringido, solo asociados.
	ACODERE	No tiene
	FONOTICA	No tiene
ECUADOR	SAYCE	No tiene
	SOPROFON	No tiene
	SARIME	No tiene
EL SALVADOR	SACIM	No tiene
	ASAP	Acceso restringido, solicita contraseña.
GUATEMALA	AGINPRO	No tiene
	AGAYC	No tiene
	MUSICARTES	No tiene
	AEI	No tiene
JAMAICA	JACAP	No tiene
	JAMMS	No tiene
MÉXICO	SACM	No tiene
	SOMEXFON	No tiene
	EJE	No tiene
	ANDI	No tiene
	SOMEM	No tiene
PERÚ	APDAYC	
	UNIMPRO	
	SONIEM	
URUGUAY	AGADU	Acceso restringido, solo asociados.

De acuerdo con la gráfica 12, tan sólo en la mitad de los países de la muestra hay información de las SGC en línea. De los datos recogidos se puede deducir que las SGC de la región no están haciendo uso de las herramientas de Internet para comunicarse con el público aunque sí con sus afiliados. Nuevamente, se debe tener en cuenta que este dato no considera si la información publicada está completa, es pertinente, suficiente y accesible.

De este apartado se puede concluir que el acceso a la información, respecto al funcionamiento y gestión de las SGC, es restringido. A pesar de que hay obligaciones legales en algunos casos, éstas parecen concentrarse en la obligación de suministrar información a la autoridad competente. De otro lado, aunque hoy existen las herramientas tecnológicas que podrían posibilitar la divulgación de contenidos, son pocas las sociedades que las utilizan.

El cuadro descrito hasta ahora permite afirmar que la ausencia de información soporta las versiones de músicos y usuarios que ponen en duda la transparencia de las SGC en la administración de los dineros a su cargo. La falta de transparencia, como se ha venido reseñando, es un tema que surgió reiteradamente en las entrevistas realizadas durante la fase de profundización que, para el caso de los músicos, puede resumirse en la opinión de MC Leonardo de Brasil, quien dice:

Soy una persona que puede hablar del derecho de autor en el mundo, yo recibo [regalías] de Estonia ¿Eh? Así que puedo hablar. Pero no puedo evaluar con Abramus, [pues] en un mes recibo un cheque por 30 centavos de dólar [y] otro mes por tres millones de dólares. ¿Cómo sé que no estoy siendo robado? ¿Cómo puedo saber si están siendo justos conmigo? No sirve reunirse conmigo para decirme cosas, porque me dicen cosas de la página web de ellos. Son ellos los que escriben esas cosas. Así que mi visión del recaudo de los derechos de autor, hoy en día, es crítica. No porque sea injusta, sino porque no es transparente. (Leonardo, 2013)

En este aspecto también parece particularmente importante la reflexión del equipo de Jamaica que señala cómo los entrevistados, cada vez más, reconocen la importancia de las SGC como parte integral del desarrollo de la industria (Mona ICT Policy Centre, 2013), pero será el acceso a la información y, en especial,

Gráfica 12

Herramienta en línea con información



PAÍS	NOMBRE	HERRAMIENTA EN LÍNEA CON INFORMACIÓN
ARGENTINA	SADAIC	No tiene
	ABRAMUS	
BRASIL	AMAR	Si tiene
	ASSIM	
	SBACEM	
	SICAM	
	SOCINPRO	
	UBC	
	ABRAC	
	SADEMBRA	
CHILE	SCD	Si tiene
	SCI	No tiene
COLOMBIA	PROFOVI	No tiene
	SAYCO	No tiene
ACINPRO	ACINPRO	No tiene
	AIE	No tiene
COSTA RICA	ACAM	No tiene
	ACODERE	No tiene
	FONOTICA	No tiene
ECUADOR	SAYCE	No tiene
	SOPROFON	No tiene
	SARIME	No tiene
EL SALVADOR	SACIM	No tiene
	ASAP	No tiene
GUATEMALA	AGINPRO	No tiene
	AGAYC	No tiene
	MUSICARTES	No tiene
	AEI	No tiene
JAMAICA	JACAP	No tiene
	JAMMS	No tiene
MÉXICO	SACM	No tiene
	SOMEXFON	No tiene
	EJE	No tiene
	ANDI	No tiene
PERÚ	SOMEM	No tiene
	APDAYC	No tiene
	UNIMPRO	No tiene
URUGUAY	SONIEM	No tiene
	AGADU	Si tiene

a la correcta información, lo que permitirá revertir las percepciones negativas.

3.3.2. *Transparencia respecto a la toma de decisiones*

Dada la cantidad de afiliados y la multiplicidad de actividades que implica la gestión de los derechos, particularmente en el ámbito musical, las SGC, en concordancia con su naturaleza jurídica, están organizadas de tal forma que sus afiliados hagan parte de la estructura y funcionamiento a través de mecanismos societarios de toma de decisiones.

La tabla 6* expone una serie de datos que dan cuenta de la forma como se efectúan los procesos de toma de decisiones en las SGC. Éstos se encuentran, por lo general, en cabeza de los afiliados, pero sólo de algunos. En casos como Argentina, Chile o Colombia los acuerdos y controversias se resuelven en asambleas y se discuten asuntos como la definición de tarifas y la escogencia de los órganos directivos y administrativos. Las asambleas difieren según el tema a tratar y la forma como se convocan.

Es importante resaltar que en la toma de decisiones, generalmente, los afiliados tienen derecho a un voto por cabeza. Sin embargo, en algunas SGC la cantidad de votos se asigna dependiendo de la categoría del afiliado; en otros casos sólo se tienen en cuenta los votos de las personas que asisten efectivamente a las asambleas, porque no hay delegación ni representación. Como ya se anotó antes, es usual que sólo algunos de los afiliados participen en la toma de decisiones debido a que suelen estar “categorizados”; especialmente en las SGC que se ocupan de derechos de compositores y cantantes, la proporción de afiliados que han entregado sus derechos para ser gestionados por las SGC (incluso con respecto a una sola canción) es usualmente mucho más grande que el grupo de aquellos que tienen derecho a tomar decisiones.

Además de que sean pocos los afiliados que pueden tomar efectivamente las decisiones, la no representatividad directa de los

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

músicos también es un problema en las SGC. Esto se debe a que los titulares originarios de los derechos de autor y conexos (los músicos) no son quienes deciden, pues en realidad están representados por algunos pocos cesionarios de derechos: los editores.

En El Salvador no hay claridad sobre la forma como las SGC de productores de fonogramas y las editoras estipulan las tarifas, pues los sellos discográficos son afiliados de las SGC y sus usuarios a la vez. Así que se considera que pactan la forma en que hacen el uso de sus obras en los catálogos, de tal forma que sus pagos no sean demasiado altos.

En el caso de Brasil se evidenció una circunstancia similar a la anotada en una investigación que adelantó el Senado con la Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI) en 2012. Entre los resultados de dicha investigación fue posible encontrar que los editores tenían una representación mucho más grande en UBC y Abramus, por lo que, a su vez, tenían mayor poder indirecto sobre el ECAD. En Brasil los editores registran las obras sobre las cuales tienen derechos en el sistema del ECAD, presentando los acuerdos de cesión de derechos. Efectivamente, las dos mayores SGC (de las nueve que componen el sistema ECAD), Abramus y UBC, concentran el 80% de los votos en la Asamblea General del ECAD (Informe de la CPI, 2013:94). Debe considerarse que los votos en la Asamblea General del ECAD se distribuyen de acuerdo con el volumen recogido por cada asociación el año anterior.

La UBC es controlada por los intereses de EMI Publishing y de Sony Music Publishing, mientras que en Abramus Warner/Chappell y BMG/Universal son hegemónicos (Informe de la CPI, 2013:94). De acuerdo con lo anterior, los editores deciden quiénes representan a las asociaciones en las que tienen influencia y manejan más recursos. Es decir, a medida que el poder económico de los editores se transforma en votos dentro de las SGC, a través de éstos se van nombrando los miembros de las juntas directivas. De esta forma, un contador, representante por poder del grupo EMI, fue presidente de la UBC entre 1989 y 2006, y ese último año se convirtió en director, posición que mantiene hasta la fecha. Por su parte, el presidente de Abramus, abogado de profesión, ha estado

en el cargo desde su fundación (hace 31 años); mientras que en la junta directiva están los representantes de los editores y de la Asociación Brasileira de Productores de Discos.

De acuerdo con la investigación de la CPI, ésta sería la razón por la que en los últimos años se dio prioridad a importar y a organizar, para el cobro, bases de datos masivas de titulares, obras y fonogramas de las editoras en el extranjero; en contraste con la situación de las bases datos de los músicos brasileños que, en general, están descuidadas (incompletas e incoherentes). Son varios los problemas relacionados con la concentración de poder que denuncia la investigación, de acuerdo con la CPI la corrupción es uno de los principales.³¹

Esta situación se reflejó en las entrevistas realizadas para la presente investigación. El músico brasileño Leoni afirma que el ECAD funciona con base en los ingresos, de este modo las SGC que más recaudan son las que tienen derecho a decidir y éstas son “la UBC y Abramus, a las demás las ignoran: UBC creo que tiene 21 votos, el Abramus tiene 20, el resto tiene uno, dos, tres, y el otro es como si no existiera, incluso hay una que tiene derecho de ir a la reunión aunque no tiene derecho a voto” (Leoni, 2013). La anterior situación se agrava si se mira la representación en la UBC, pues, comenta este artista,

cuando entra en la UBC usted no tiene derecho a voto en la reunión de la UBC por un año y sólo lo tendrá después de un año de haberlo pedido, si no lo pide no lo tiene, y como la gente no sabe, entonces nadie va a votar. Los votantes tienen de 1 a 40 votos, todos los fundadores tienen 40 votos (...) los editores recogen la mayor cantidad de votos (...) por eso cuando el ECAD dice que habla en nombre de los autores, que los autores son los que determinan el precio, realmente, el autor no elige nada.

³¹ Esa era la situación en el primer semestre de 2013; debe aclararse que la Ley No. 12.853/13, que reforma la gestión colectiva en Brasil, tiene como uno de sus objetivos cambiar precisamente esa situación; a partir de ella sólo titulares de derechos de autor originarios pueden votar y ser votados en las asambleas de las asociaciones (los editores no son titulares de derechos originarios). En el caso de ECAD cada asociación pasa a tener un voto. De esta forma se busca evitar la concentración de poder en las manos de unos pocos actores económicos.

Evidentemente, dado el número de afiliados que pueden alcanzar algunas SGC (incluso contando sólo a quienes tienen derecho a participar de la toma de decisiones) es difícil manejar asambleas y hacer que una buena cantidad de afiliados asista a las reuniones, además no es fácil garantizar esquemas de gobernabilidad en los que todos estén representados. Es posible que a partir de lo que se sabe de Brasil se pudiera establecer si algo similar sucede en otros países, pero ese es un tema que queda pendiente para otro estudio. De otro lado, sí es posible anticipar que esta dificultad se complejizará aún más y será el gran reto para las SGC que piensen gestionar sistemas de compensación en entornos digitales, pues éstos son contextos mucho más masivos.

Al final, en la práctica lo que existe hoy es un desbalance de poder que facilita que sean sólo unos pocos afiliados quienes tomen las decisiones sobre tarifas, recaudo o distribución; opinen sobre los beneficios y escojan a los que dirigen estas sociedades, incluso (como se observó en el caso brasilero) que prioricen a los creadores extranjeros sobre los locales.

Mientras lo anterior no cambie las SGC verán limitada su capacidad para gestionar compensaciones en el entorno digital. Definitivamente, como señala Iván Benavides, lo que está pendiente es que “las SGC a nivel mundial deberían ser más transparentes en la información y la gestión, y permitir que los miembros, que son miles, tengan participación democrática en las decisiones de las sociedades” (Benavides, 2013).

3.3.3. *Proceso de recaudo*

El proceso de recaudo hace referencia a la forma como se recogen las regalías que se obtienen de la explotación de los derechos de autor que gestionan las SGC. La naturaleza jurídica del recaudo es la primera inquietud que surge al pensar en dicho proceso y aunque debería ser resuelta revisando los textos legales, como se verá a continuación, estos tampoco ofrecen claridad al respecto.

En Uruguay y Argentina existe la figura excepcional del “dominio público pagante”. Estos dos países van en contravía con la gestión del dominio público en el mundo. Una obra entra al do-

minio público cuando se vence el plazo de protección establecida en la ley, y a partir de ese momento la obra puede usarse sin autorización del titular y sin cobro. En Uruguay y en Argentina, por virtud de la ley, existe el “dominio público pagante” que supone que quien use una obra que está en el dominio público no requiere de autorización pero sí deberá continuar pagando por el uso, en esos casos el Estado es el beneficiario de tal pago. El dominio público permite a la sociedad en general usufructuar los resultados de las obras como construcciones culturales, una característica que se pone en entredicho con la existencia del *dominio público pagante* puesto que éste impone una barrera económica para el libre disfrute de tales obras.

En Uruguay recientemente se dio un debate que puede ilustrar la situación. La Ley de 1950³²⁴⁴ eximía al Servicio Oficial de Difusión Radio Electrónica (Sodre) de pagar “impuestos, derechos y gravámenes de toda clase por la utilización de obras del dominio público”. Hace poco el artículo 251 de Ley de rendición de cuentas, aprobada en octubre de 2013,³³⁴⁵ declaró por vía interpretativa que la excepción de pago a favor del Sodre no incluía el pago de tarifas por la explotación de obras consideradas de dominio público. Esta situación avivó la discusión sobre el dominio público pagante y sobre la naturaleza jurídica del dinero que gestionan las SGC, pues la nueva ley de rendición de cuentas considera el dominio público pagante como una tarifa.

La mencionada ley de rendición de cuentas en Uruguay puso sobre la mesa argumentos de interés público que se derivan de una figura propia del sistema de derecho de autor: el dominio público (Fundación Karisma, 2013c). Se planteó la discusión sobre un esquema ineficiente que obliga al Estado a pagar cuando el destino del dinero es el propio Estado, es decir, el pago genera exclusivamente costos de administración. Esto reavivó la discu-

³² Se hace referencia a la Ley 11.549 de 1950 en su artículo 10, que puede consultarse en <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=11549&Anchor>

³³ Documento que puede consultarse en http://www.diputados.gub.uy/wp-content/uploads/2013/10/RC2012_CRR2.pdf

sión sobre la naturaleza jurídica del cobro, pues por décadas el Sodre se había acogido a una excepción. El caso muestra cómo en Uruguay se le había dado al cobro por uso de las obras protegidas bajo el derecho de autor, la naturaleza jurídica de un impuesto (en los términos de esa excepción de pago), además, el término “arancel” aparece también en la ley para referirse a este pago. Las consecuencias de que entidades privadas como las SGC estén recaudando, administrando y distribuyendo entre sus socios un dinero que tiene la naturaleza de un impuesto no es menor, en especial si a medida que las obras pasen al dominio público su principal beneficiario será el Estado.

Esta discusión es relevante si se toma en cuenta que, en general, las SGC y los autores han buscado que el pago no se considere como un impuesto.

La sensación que tienen los usuarios del sistema de estar pagando un impuesto no es excepcional, como se constató a través de las entrevistas realizadas para esta investigación. Así, Luis Pardo, de la Asociación de Radiodifusores de Chile (Archi) comenta:

Yo creo que es una gestión que en la práctica es un poco mercantilista, está mucho más cerca de una oficina cobradora de impuestos que de una organización que representa a los músicos en toda su integridad y yo creo que esa relación desperfila y le resta potencia a lo que debiera ser una relación más armónica entre la radiodifusión y el mundo de la música. (Pardo, 2013)

Cuando se revisan las normas de los países que formaron parte de la muestra de esta investigación tampoco se consigue aclarar la situación. En el caso de Argentina, Guatemala y Uruguay la ley fija que el recaudo corresponde a un arancel. En Argentina, a pesar del nombre que se le ha dado en la ley —“arancel”, término que alude a un impuesto—, al preguntar a quienes han analizado esta discusión, como Beatriz Busaniche o Iván Ridel, existe divergencia sobre la naturaleza del recaudo, pues las obras no son consideradas un bien que se encuentra en el mercado, por lo que podría pensarse que, más bien, es un cobro sin una naturaleza específica, pero reconocen que la polémica,

como sucede en Uruguay, está servida debido al alcance de la gestión (ver gráfica 13).

En Brasil se habla de una contraprestación de derecho privado, en Colombia y Ecuador se habla de remuneración por el uso de las obras. En México se habla simplemente de regalía y, de modo similar a lo que sucede en Brasil, consiste en el pago que se realiza al titular de un derecho de autor por el uso o explotación de una obra sin que se haga alusión en la ley a impuestos.

De hecho, en Colombia la definición la hizo la Corte Constitucional en dos sentencias en las que concluyó lo siguiente:

Los demandantes asimilan el cobro por este concepto a un impuesto; respecto a lo cual la corte ha expresado claramente que tal cobro y su pago son remuneraciones a las que tienen derecho los autores y que ejercen por intermedio de sociedades de gestión que actúan como mandatarios de

Gráfica 13

Naturaleza del recaudo



BRASIL	Contraprestación de derecho privado
EL SALVADOR	Cobro
COLOMBIA	Remuneración por usos de las obras
ECUADOR	Remuneración por usos de las obras
CHILE	Remuneración por usos de las obras
ARGENTINA	Arancel
URUGUAY	Arancel
GUATEMALA	Arancel
PERÚ	Impuesto
COSTA RICA	Impuesto
MÉXICO	Regalía

aquellos, tales pagos no tienen carácter tributario, no implican una erogación con cargo al tesoro, y por lo tanto es incorrecto que se les considere como impuestos, más aún cuando no figuran en la Ley de Presupuesto, y ni van al tesoro público, ni vienen de él. (Gómez, 2014)

Ahora bien, sobre las decisiones relacionadas con las SGC, Oscar Daniel Gómez afirma que con respecto a las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, vistas como una tendencia, se han centrado en los intereses de los titulares “dejando de lado los intereses de los creadores y los usuarios, que son finalmente el origen y la finalidad de la gestión de los derechos, y por lo tanto los temas tangentes al fin mismo de la existencia de las SGC no se abordan (Gómez, 2014).

El alcance de esta investigación no permite dirimir la discusión sobre la naturaleza jurídica del recaudo a nivel regional, sólo constatar que la discusión está abierta y que se debe seguir indagando a futuro sobre ella.

Los datos recogidos en la primera fase de esta investigación se encuentran en las diferentes tablas que organizan los resultados y de ellos importa destacar algunos puntos. La distribución de lo recaudado, de manera general y por disposición legal, es decretada por las mismas sociedades a través de los mecanismos de participación de cada una. Tal como lo muestra la tabla 7*, algunas veces los porcentajes se determinan de forma taxativa, como en el caso del ECAD de Brasil, mientras que en otros se establecen topes, como sucede en Ecuador. Es muy común, como ya se había anotado, que los beneficiarios consideren que el sistema de distribución de lo recaudado en ALC beneficia más a los afiliados que gozan de mayor reconocimiento, cuyo volumen de ventas es alto y poseen influencia en las emisoras de radio.

Lo anterior fue denunciado por el músico brasileño Gustavo Antelli, quien sin desconocer la importancia de las SGC —pues considera que los servicios que éstas prestan son buenos— se queja del sistema de distribución por muestreo. Antelli considera injusta esa distribución, más aún si ya existe la tecnología para

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

identificar lo que realmente suena la radio. Señala que esa situación contrasta con lo que sucede en las presentaciones públicas, donde se da un retorno financiero más acertado. Reconoce, eso sí, que eso es más fácil de controlar pues lo hace incluso el mismo músico, “como se sabe que el contratante pagó a ECAD, usted. va y allí está. (Antelli, 2013)

Sobre lo recaudado en el extranjero existe muy poca información, sólo se sabe que en países como Brasil, Colombia y Costa Rica esta operación se hace de la misma forma que con los nacionales.

Como muestra la gráfica 11, la ley determina la obligación legal de suministrar información sobre lo recaudado en Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay. A pesar de esta disposición, no existen sistemas que permitan verificar estadísticamente lo recaudado y su distribución, lo que dificulta la administración de los recursos que se obtienen de y para la gestión de los derechos de autor. Un hecho que evidencia esta situación es la falta de información accesible al público sobre los montos recibidos en las SGC que hacen parte de este estudio.

3.3.4. Información sobre cobro

Es la operación que hacen las SGC en donde se informa a los usuarios que deben realizar un pago por hacer uso de la obra, en relación con el derecho de autor que ellas gestionan. La importancia del cobro radica en que permite conocer cómo las SGC llegan a los usuarios, si éstos realizan los pagos y si al hacerlos reconocen de dónde provienen, es decir, si reconocen las tarifas sobre los usos que realizan.

De la prioridad que tienen las SGC al momento de realizar el cobro no hay información alguna, sin embargo, por medio de los estatutos legales se verificó, que sin perjuicio de las excepciones y limitaciones legales, en la negociación de las tarifas bajo ningún concepto los usuarios pueden eximirse del pago por el uso de los derechos de autor. No obstante, en la práctica los usuarios sí negocian el pago con las SGC.

Usualmente las tarifas se definen bajo unos parámetros generales que determina la ley y, de manera particular, a través de

los estatutos de la misma. Como anotaba Claudio Ossa y como se evidencia en la tabla 8*, el marco de la definición de tarifas es regulado legalmente, sin embargo, existe discrecionalidad por parte de las SGC para estipular, negociar y cobrar las tarifas.

Como se verá más adelante, con los testimonios de músicos como Andrés Valdivia y Silvia O, las SGC obstaculizan y, en ocasiones, prohíben que los afiliados autoricen usos gratuitos de sus obras, de este modo impiden que sus afiliados no usen los nuevos esquemas de licenciamiento público diseñados para el entorno digital, como Creative Commons, por ejemplo.

Flexibilizar la gestión para reconocer las nuevas opciones de los artistas en la era digital es un tema pendiente aún para las SGC de ALC.

3.3.5. Efectividad sobre el modelo de recaudo en la región

Sobre la efectividad del modelo de recaudo empleado por las SGC de ALC es necesario señalar que cada una de las entidades recaudadoras posee sus propios estatutos y reglamentos para definir los procedimientos y trámites de recaudo. Sin embargo, como ya se expuso, el público no tiene libre acceso a informes o cifras que permitan reflejar con exactitud los recaudos, sus clases y utilidades.

Como se ha evidenciado a lo largo de este informe, a través de los estudios realizados y los testimonios de funcionarios públicos, músicos y usuarios del sistema, no existe la transparencia necesaria para dar tranquilidad sobre el ejercicio de una buena administración y distribución de lo recaudado por parte de las SGC de ALC. La información, cuando existe, es parcial, arbitraria y no permite su comparación, por tanto, la transparencia y la posibilidad de hacer seguimiento a las actividades de estas entidades está muy lejos de ser siquiera aceptable...

Se trata de un problema que no es ajeno a los países que se analizaron y se está trabajando en algunos de ellos para hacerle frente. Por ejemplo, Juan Carlos Silva, del Consejo Nacional de

* Ver tabla en: karisma.org.co/informeSGC/tablas

Cultura y Artes de Chile, comenta que —como una forma de enfrentar algunos problemas del sistema y hacerlo más eficiente—: “durante la última modificación de la LPI se introdujo un registro de árbitros y mediadores en el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA) para regular las tarifas que entidades gestoras colectivas de derecho publican y cuando éstas son objetadas por agrupaciones de usuarios” (Silva, 2013).

En todo caso, ejemplos de problemas administrativos se ven en Chile y Colombia, donde se han cuestionado los exuberantes sueldos que reciben los presidentes y miembros de los consejos directivos de las SGC de estos países, así como las indemnizaciones o bonos que son otorgados a algunos afiliados, sin que haya un control o una serie de requisitos establecidos para que se hagan merecedores a tales beneficios (Cabrera y Guzmán, 2013).

Cabe resaltar, sin embargo, que dentro de las entrevistas realizadas aparecen importantes testimonios de apoyo a las ventajas que ofrecen las SGC, que contrastan con las fuertes críticas que, con frecuencia, reclaman un sistema más actualizado, adaptado al entorno digital, a sus prácticas y dinámicas, y mucho más transparente.

3.4. Entorno digital

La gestión de los derechos de autor ha cambiado drásticamente gracias a los avances tecnológicos que han creado innovadoras formas de conocer y adquirir las obras. Como consecuencia de esta transformación, tanto en los productos como en los servicios del mercado musical, las SGC se encuentran ante la disyuntiva de seguir con las formas tradicionales de gestionar los derechos de autor o innovar su trabajo tomando en cuenta las nuevas dinámicas de comercio musical y explotación artística. Hay una oportunidad para evaluar, repensar y corregir muchas de las prácticas que actualmente se llevan a cabo y que necesitan ajustes, de acuerdo con las dinámicas de las nuevas realidades y de las tecnologías disruptivas que, tarde o temprano, impondrán la necesidad de implementar cambios.

Tales cambios se hacen imperativos en el sector y así lo expresaron varios entrevistados, entre ellos el músico Leoni, quien comenta al respecto:

Con el Internet llegó la posibilidad del contacto directo, sólo que la relación es otra, no es para que usted pueda vender su música sino para llegar al público, que es más importante. Es que el mayor enemigo del artista no es la piratería, es el anonimato. Empecé a comprender que teníamos otro mercado que ya no estaba basado en la protección y vender. Era llegar a la audiencia, y crear un derecho público. Era algo que no era antes de la Internet. Entonces tuve, incluso, interés por los derechos de autor, por el otro lado que es capaz de relajar el copyright para permitir un contacto directo con el público. Debido a que el derecho de autor es demasiado restrictivo (no se puede hacer ninguna copia de cualquier obra sin el permiso escrito del autor) e Internet es copiar todo el tiempo, es una máquina de copia, por otra parte, no te dan el original, es todo lo mismo, es digital. (Leoni, 2013)

Por su parte el compositor y productor colombiano Iván Benavides comenta:

el fenómeno más interesante que creo que ha ocurrido en Colombia, y en el mundo en los últimos años, es la circulación de música por redes sociales, el cambio de tecnología que abarató los costos de grabación, comparados con hace 15 años. En Colombia no se producían más de 300 discos, o algo así, no sé, pero eran poquitos. En este momento no es posible hacer la cuenta de las miles de grabaciones que existen en todo el país y de nuevos modos de circulación donde se destacan las redes, estas redes sociales digitales, pero también las redes informales callejeras, o sea la piratería. (Benavides, 2013)

El reto es grande y la posibilidad de alcanzarlo se dificulta si las SGC enfrentan el entorno digital con temor, es decir, no como una opción de cambio sino como un reto de control que les permita mantener los recaudos como hasta ahora. En entrevista con Javier Martínez Carrillo, coordinador de Derechos digitales de Sayco, ante la pregunta sobre la circulación en Internet de la música y si ésta era una oportunidad para los afiliados señaló:

No es una oportunidad para el autor, para el autor es muy complicado, o sea, es una oportunidad para el usuario, el usuario puede, gracias a la mayor accesibilidad, utilizarla como quiera, cuando quiera. En cambio, para el autor es un problema porque controlar todo esto, poder llegar a las personas que están obteniendo beneficio sobre esto, es muy difícil

ahí. Realmente no lo vería como una oportunidad, es una debilidad muy grande y más en un país donde los índices de piratería son grandísimos. (Martínez, 2013)

Para algunas SGC pareciera que la prioridad está en cómo controlar el uso y no en entenderlo para aprender a recaudar bajo las nuevas lógicas. Otras apenas se están planteando el paso a seguir, es el caso de Jamaica en donde están de acuerdo en que Internet crea nuevas oportunidades y que las SGC continuarán jugando un importante papel, sin embargo, en la actualidad hay poco o casi ninguna previsión para aprovechar tales oportunidades. De hecho, la página web de JAMMS indicaba, al momento de la investigación, que esta entidad no recaudaba por servicios de música por demanda, descargas, presentaciones interactivas o la reproducción de grabaciones en Internet.

Evidentemente, las SGC enfrentan un importante dilema entre romper el molde para ajustarse o quedarse encerradas en el pasado. Para indagar más sobre este tema se exploraron los posibles cambios en el recaudo, los acuerdos con los intermediarios de Internet y las tensiones por los nuevos licenciamientos que se están dando (o no) en las SGC de ALC.

3.4.1. Cambios del recaudo en el entorno digital

Hasta ahora la principal fuente de ingresos para las SGC ha sido la ejecución pública por radiodifusión, en este caso, la distribución suele estar asociada a la planilla que la propia estación de radio distribuye. Sin embargo, en los últimos años el crecimiento de usos como el de ambientación musical de locales abiertos al público (bares o restaurantes), el crecimiento del recaudo por usos de tecnología digital o la aplicación del canon sobre reproducciones digitales (pronto en Ecuador) ha incrementado la complejidad de la distribución de lo recaudado para las SGC. La razón es que estos usos generan fondos esencialmente para titulares no identificados. En estos casos el recaudo no se asocia con una obra, titular o intérprete concreto, por tanto, ese dinero alimenta fondos cuya distribución no responde a las lógicas normales, por-

que no es identificable directamente el beneficiario (lo que sí es posible hacer para el caso de los shows en vivo, o deducir de la planilla, como en los casos de radiodifusión).

El fondo al que van esos recaudos no identificados se conoce en Argentina popularmente como “el vuelco” y la distribución queda en manos de las decisiones que tome la SGC, es decir, los afiliados de la SGC que tienen poder de decisión son los que definen el destino de ese fondo. En Colombia, por su parte, durante la discusión del proyecto de ley 202 de Cámara de Representantes de 2013, que trató de reformar el marco legal de las SGC, se discutía el artículo 39 que buscaba legalizar la costumbre existente en Sayco para la distribución de ese fondo. El mecanismo consistía en que los socios distribuirían el dinero después de pasados cinco años de no haber sido posible identificar al titular específico de dicho ingreso (Botero, 2013). Considerando que la toma de decisiones es una actividad de unos pocos afiliados —usualmente quienes, como ya se vio, pertenecen a una determinada categoría y cumplen requisitos concretos que suelen estar asociados con la capacidad comercial de su música y que en Sayco se denominan socios—, lo que finalmente sucede es que éstos son quienes deciden. En las crisis de las SGC de los últimos años el destino y la distribución del dinero de este fondo ha sido objeto de múltiples cuestionamientos.³⁴ Este punto es de particular importancia en el entorno digital, pues en Internet la distribución es mucho mayor y se encuentra más disgregada.

Es muy importante estudiar más a fondo el caso de los recaudos por obras cuyos beneficiarios de la compensación no son identificados, pues no sólo se espera que este tipo de recaudos aumenten, sino que, además, este tipo de situaciones pone a prueba la capacidad y transparencia de las SGC e incluso cuestiona la

³⁴ Oscar Daniel Gómez explica, en su artículo “Los fallos de la Corte Constitucional sobre las sociedades de gestión colectiva en Colombia”, que uno de los problemas que se derivan de esta situación, al decir que para la Corte colombiana “los derechos patrimoniales de autor son de carácter particular y no de la comunidad, y por lo tanto es procedente la aplicación de la normas que regula la prescripción de los derechos patrimoniales de autor a favor de las SGC cuando los titulares de los derechos patrimoniales no reclaman los cobros dentro de un lapso de tres años” (Gómez, 2014).

propia naturaleza del recaudo y de la entidad. La importancia de profundizar en este tema se evidencia por las preguntas que pueden surgir al trabajar con los datos suministrados por el ECAD para Brasil. En 2010 las distribuciones pendientes por identificar llegaron a la suma de 11.435 mil reales. Una cifra significativa considerando que el monto distribuido ese año llegó a 162 mil reales. Pero surgen más preguntas, si se considera que para 2011 las distribuciones a identificar bajaron a menos de 4.000 reales mientras que lo distribuido subió a casi 218 mil.

Manejar los usos de música en Internet, con lógicas más cercanas a las de los usos realizados por restaurantes que a los de la radio, supone retos importantes para las SGC que deberán ser analizados con mayor detalle. De otro lado, acoger las formas de definición y distribución del recaudo por radiodifusión en Internet también supone considerar en el entorno digital los problemas del sistema (por ejemplo, la conocida práctica denominada “payola”, que consiste en que el mismo autor, o su representante, realiza un pago para ser incluido en la parrilla y en la planilla de las radiodifusoras). Los usos digitales son masivos y atomizados, exigen que las SGC sean capaces de recaudar y distribuir entre todos sin incrementar aún más la brecha entre artistas exitosos comercialmente y aquellos que no lo son, pues esa gran diversidad de autores pequeños e independientes, o incluso los amateurs, pueden tener en esos entornos mayores opciones de difusión, como lo expresaron en sus entrevistas especialmente los jóvenes músicos reseñados en este informe, y también Iván Benavides, reconocido productor musical colombiano. Sin embargo, el impacto de estas decisiones está todavía por verse.

3.4.2. Los negocios con intermediarios de Internet

Desde el punto de vista del manejo que hacen las SGC sobre la gestión de derechos autorales y conexos, los resultados así como en el punto anterior, no son alentadores. Las SGC en estudio no ofrecen información pública sobre el asunto, así que sólo se sabe que para lograr cobertura en la gestión de derechos de autor en

entornos digitales las SGC están buscando firmar acuerdos con proveedores de servicio de Internet, por ejemplo, YouTube. Esta tendencia se confirma al menos con dos informaciones obtenidas durante la investigación. De un lado, la revisión de los informes de gestión de los tres países en los que se hizo la profundización de la investigación muestra que, a partir de 2011 las SGC están reportando como ingresos por uso de derechos en nuevas tecnologías dineros que están asociados con el recaudo por el uso de música en servicios específicos de Internet (YouTube es el mejor ejemplo). En Chile se recaudaron durante 2011 cifras importantes de Nokia (casi 100 millones de pesos chilenos, una cifra superior a lo que recaudó la SCD en los tradicionales derechos de sincronización), mientras que en Brasil, también en 2011, se identificó un ingreso de YouTube (equivalente a 408 mil reales, una décima parte de lo recaudado por música en vivo).

Adicionalmente, en el encuentro internacional de Creative Commons en Buenos Aires realizado en agosto de 2013, durante el panel sobre las SGC en el que se presentaron avances de esta investigación, un funcionario de Sadaic confirmó que la entidad había suscrito un acuerdo con YouTube recientemente, pero no podía entregar detalles puesto que era confidencial.

Un primer tema, ya mencionado como problemático en este aspecto, es que las SGC no tienen la capacidad tecnológica para identificar y comprobar los usos de su catálogo en el entorno digital. En algunas SGC de México, Perú, Colombia y Brasil, como Abramus, Sayco, SACM y APDAYC, se estableció que lo que se usa en Internet para esta identificación es un mecanismo manual o de muestreo para recaudar y supervisar los usos de las obras protegidas.

Lo anterior da cuenta del atraso que hay entre la realidad de la industria musical y las actividades operacionales de las SGC. Javier Martínez, de Sayco, reconocía en entrevista que no trabajan en las mejores condiciones, indicó que: “se ha intentado llegar a ciertos niveles tecnológicos que permiten identificar algunos usos y hacer el rastreo. Existen algunas plataformas para hacer esto, pero son costosas, el rastreo por el momento se hace manualmen-

te” (Martínez, 2013). También señaló que, en ocasiones, son los mismos artistas quienes apuntan a las páginas donde se están usando sus obras sin autorización y, posteriormente, Sayco interviene y negocia. Agrega Martínez que “implementar unos mecanismos de control muy sofisticado resulta supremamente costoso y se hace más complicado el problema frente a la reducción que el legislador hizo del porcentaje en los costos de administración para las sociedades de gestión colectiva, lo que también ha afectado muchísimo a Sayco” (Martínez, 2013). Esto parecería indicar que no se planean cambios sustanciales más allá de plataformas que entreguen directamente la información a las SGC.

La suscripción de acuerdos con los intermediarios (YouTube o Nokia) es una buena medida, pero no es suficiente para identificar y gestionar los usos en Internet. El problema, por supuesto, radica en que las SGC no cuentan aún con métodos y herramientas que permitan medir con exactitud los rubros recaudados y mucho menos los usos en estas plataformas. Si las SGC no lo pueden hacer resulta aún más difícil para los músicos. Gustavo Moreno, quien se define como editor independiente en Colombia, comenta al respecto: “Como independientes muchas puertas se cierran a la hora de buscar acuerdos en las plataformas de música de Movistar y esas cosas, no hay espacio para independientes o las condiciones son mínimas, siempre al independiente se le negocia a partir de una posición de debilidad y no de equilibrio” (Moreno, 2013).

Para facilitar su negocio, servicios como YouTube han avanzado en la negociación de licencias que les permita, mediante la remuneración a los titulares de derechos de autor, evitar bloquear contenidos en su plataforma de Internet. Como se anotaba, YouTube tiene acuerdos al menos en Argentina y Brasil. El crecimiento y potencialidad que la gestión de derechos en YouTube supone para la región interesa a todos, pero no es posible conocer los detalles ni confirmar las estrategias.

A pesar de la ausencia de información pública sobre algunos de estos acuerdos, parece ser que la intención de las SGC en ALC es unirse para negociar conjuntamente y usar estructuras comu-

nes que ya en el pasado han integrado a varias SGC de la zona en objetivos regionales (como el ya mencionado Latinautor). De confirmarse que éste es el modelo que se está imponiendo, debe analizarse si las ventajas para las SGC (en relación con eficiencia y precio, por ejemplo) supone desventajas similares en la medida que se estaría formando un monopolio (cartel) que obligaría a todo creador de la región a utilizar el mismo intermediario, disminuyendo considerablemente sus opciones en el mercado, especialmente para los más pequeños, nuevos y/o independientes. Este tema, central para pensar en un ambiente creativo productivo en el entorno digital, deberá ser objeto de mayor análisis posteriormente.

3.4.3. Los nuevos licenciamientos para el entorno digital

En todo caso, si hay un reto importante para las SGC derivado del entorno digital es el de entender a los músicos y las nuevas dinámicas. Los músicos más jóvenes que se resisten a entrar en el sistema señalan que estas entidades no entienden su música. Luis Vargas, quien se dedica a música tecno en Colombia, afirma:

Yo no he querido registrarme con Sayco porque la música que yo hago es música electrónica que normalmente no tiene líricas ni, digamos, un registro tradicional como el que se hace con la música, una partitura, por ejemplo, que fue un punto de partida donde yo dije: esto está mal. Sí. Porque tú vas a Sayco y entonces [dicen:] ‘Sí, tráigame la partitura de sus canciones’. Sí, pero mi canción es toda hecha con osciladores, secuenciadores, sintetizadores donde hay un software moderno donde tú metes la canción y te saca una partitura, pero realmente eso a ellos no les sirve de nada, entonces yo, digamos, hice una *misión* para que tratáramos de buscar otra mecánica, porque cómo iba yo a confiarle a una entidad que vele por mis derechos cuando ellos mismos no tienen claro, ni siquiera, como pueden tener un archivo de mi música. (Vargas, 2013)

También hay quejas que reaparecen con alguna frecuencia en las entrevistas, tanto de miembros como músicos no afiliados, relacionadas con la inflexibilidad en la gestión de las SGC para permitir usos gratuitos de las obras, impedimento que evita innovar en los usos de Internet, por ejemplo.

En todo caso, por los mismos testimonios, todo indica que el tema fue especialmente polémico hace unos años, ya que los músicos entrevistados reconocen que las SGC han moderado su intervención en Internet. Cuenta Mika Martini:

Al principio tuvimos muchas discusiones por el tema de Creative Commons; cuando llegaron las licencias a Chile hubo un montón de debate, mesas redondas, foros donde los representantes de la SCD ponían sus posturas y la gente de Creative Commons por otro lado y discutían acaloradamente en algunos momentos, hasta que la SCD dejó de ir a esos debates. Simplemente dejó de ir porque siempre eran súper atacados, claro, su postura era más bien lógica pero no iba de acuerdo a los cambios que venían; yo creo que eso se ha ido resolviendo con el tiempo, que era lo lógico. (2013)

En un tono similar, el también músico chileno Andrés Valdivia comenta que, si bien las SGC

van mejorando, están claramente en un criterio antiguo, y respecto de cómo recaudan están a un millón de años luz, o sea, es una tontera que la SCD se plantee como un enemigo de los autores que quieran regalar su trabajo o que quieran trabajar con otros tipos de licencia. La SCD debería ampliar su frontera, ayudar a todos los que estamos licenciando de otras maneras y que tenemos estas licencias híbridas y trabajar con ellos, me parece súper razonable, en ese sentido considero que la labor de la SCD en el uso de las plataformas para atender a sus clientes y en cómo trabaja en la recaudación de las plataformas es muy siglo XX. (Valdivia, 2013)

Es importante señalar que Valdivia usa licencias Creative Commons y no tuvo ni ha tenido problemas directamente con las SGC, en cambio, la cantante colombiana Silvia O tuvo una experiencia distinta que relata así:

Desde que empecé a grabar estuve con Sayco (...) cuando me metí al proyecto del CCmíxter, que fue con la licencia Creative Commons, quería retraer algunas de las canciones que tenía en Sayco porque eran las que iba a dejar libres para que las manipularan como quisieran. Entonces en Sayco me dijeron 'no, o las tienes todas o no tienes ninguna, o sea, no te permitimos sacar solamente algunas', me pareció una actitud absolutamente egoísta y ridícula, pero como yo quería trabajar con el Creative Commons saqué todas las canciones de Sayco. El año pasado cuando empecé a hacer otro proyecto comercial (...) sentía que era importante tener a Sayco otra vez, para tener algún tipo de protección para emisoras, y volví a meter

unas canciones a Sayco, las que estaban en Creative Commons las dejé en el Creative Commons (...) entonces en este momento estoy trabajando con Sayco y con Creative Commons. (O, 2013)

Por su parte, Rodrigo Santis, músico chileno, mencionó la siguiente experiencia:

Tuvimos una radio *online* en la que nosotros queríamos mostrar la música que hacíamos en *streaming* y nos llegó una carta de la SCD, que eso no lo podíamos hacer, que ellos administraban esos derechos y que teníamos que estar pagándoles por tener éstos, por hacer uso comercial de esta radio que habíamos creado nosotros mismos con nuestras canciones (...) [Pero] lo más importante, que es dejar los discos gratis para la gente, no se ha obstaculizado. (Santis, 2013)

La experiencia de los músicos muestra que las SGC ya no hacen una resistencia activa a la idea de facilitar al público la música y/o usar nuevos sistemas de licenciamiento para innovar en nuevos medios, pero tampoco se han atrevido a ir más allá a pesar de que los potenciales beneficiarios, es decir: los músicos, tienen en este sentido fuertes convicciones.

Así, por ejemplo, Gustavo Anitelli, del Teatro Mágico en Río de Janeiro, quien no utiliza las SGC, aunque sí explota comercialmente las obras, usa licencias Creative Commons con fines no comerciales, a este respecto comenta: “Yo autorizo con Creative Commons para fines públicos, es decir, si tienen fines comerciales deben consultarnos (...) nosotros entendemos que la obra es fruto de una serie de otras creaciones pero somos pragmáticos en los medios capitalistas al tener nuestra postura financiera y política también. (Anitelli, 2013)

Y es que al final mucho de esto está relacionado con posturas más sustanciales de los músicos, como lo explica un usuario de las SGC, el músico colombiano Héctor Buitrago, del grupo Aterciopelados: “nuestra posición es que defendemos la democratización de la información, que la gente pueda escuchar la música, que la pueda compartir más allá de cualquier cosa, me parece mucho más fácil escuchar la música ahora que hace años” (Buitrago, 2013) Para este músico el cambio ya es un hecho, y comenta: “Yo también ya dejé de comprar discos hace mucho tiempo”.

Los entrevistados, en general, creen que las SGC pueden tener posiciones más de avanzada, como lo resume Martini en el siguiente comentario:

Un par de años atrás había realmente tensión entre los artistas que encontraban que Internet era poco menos que terrible (...) un artista muy popular sacaba un disco y al otro día, o antes de que lo sacara, estaba puesto en Internet y se distribuía gratuitamente y perdían un montón de dinero (...) [Por otro lado,] los artistas que estaban partiendo y que no tenían ninguna posibilidad de sonar en la radio y ponían su disco en Internet (...) al otro día el disco estaba sonando y escuchándose en un montón de otros países, en fin... Básicamente yo creo que es más favorable el tema para los músicos que están partiendo. (Martini, 2013)

Ahora bien, su cuestionamiento a las SGC se refiere a su inacción para ocuparse de administrar los recaudos derivados de usos comerciales de “por ejemplo música que estaba licenciada con CC para ser distribuida libremente, para ser ocupada con fines no comerciales”. El músico no comprende la razón para que la SGC se margine de gestionar los usos comerciales que el titular se reserva en los casos de esas licencias aunque permita el uso gratuito sin recompensa.

Entonces, aunque las SGC han moderado su posición no han actuado para acoger las preocupaciones de los músicos. La situación se constató durante la reunión de investigadores con funcionarios de Creative Commons y algunos pertenecientes a SGC de Colombia y México.³⁵ En esa reunión se puso de presente cómo la apertura de las SGC a nuevas opciones puede servir para acercar a artistas jóvenes. Precisamente en ese sentido, Nicolás Jiménez, vocalista de una banda colombiana que ha nacido y crecido en Internet, cree que en la actualidad es mejor la autogestión pues un artista como él recibe pocos beneficios de las SGC, sin embargo, le gustaría aprovecharlos si pudiera mantener sus prácticas en lo digital, como el uso de licencias Creative Commons. Por su parte, aunque trabaja con las SGC, el joven artista chileno Andrés Valdí-

³⁵ Presentación del proyecto de investigación y discusiones sobre temas del entorno digital realizadas durante la reunión regional de Creative Commons en Ciudad de México el 20 de noviembre de 2012.

via también hace un llamado a que las SGC replanteen su visión de la gestión en la era digital, en este sentido comenta: “Yo creo que se podría hacer muchísimo más respecto de cómo maneja cada autor sus propios derechos de autor en una plataforma digital, en el mismo sitio de la SCD uno podría licenciar cosas para ciertos casos (...) podría generarles más flexibilidad en el uso de sus derechos de autor y al mismo tiempo en el uso de sus platas” (Valdivia, 2013).

4. Algunas conclusiones

¿Qué tan preparadas están las SGC de ALC para asumir la gestión de mecanismos de compensación masivos, propios del entorno digital, y que puedan ser pensados como herramientas de democratización del ingreso especialmente para artistas periféricos (nuevos, pequeños y/o independientes)? Esa es la pregunta que esta investigación busca responder y, aunque no hay una única respuesta, la investigación sí arroja varios elementos que pueden indicar algunas de las posibles respuestas.

Las SGC en el mercado musical de la región

El mercado influye altamente en las SGC. Los países con mercados más grandes tienen sistemas de gestión colectiva más complejos, los países con mercados pequeños tienen estructuras más básicas que suponen, incluso, la falta de gestión para muchos de los derechos de autor existentes en los países. Este es el caso de la fotografía o las artes escénicas. Lo que sucede con la gestión colectiva, vista como un sistema de administración de todos los derechos de autor en los diferentes países de la región, no se replica exactamente en el caso concreto de la gestión de la música como sector. En todos los países de ALC existen SGC dedicadas al mercado de la música, pero la complejidad y desarrollo del sistema no tiene relación evidente con el tamaño del mercado y su población. De acuerdo con los datos de la investigación, en el caso de la música, Guatemala y Uruguay ocupan el segundo puesto detrás de Brasil en relación con cantidad de SGC presentes en su

territorio para la gestión de derechos en el sector musical, es una relación que no podemos explicar como resultado del tamaño del mercado.

Cómo la relación entre el desarrollo del mercado y la complejidad del sistema de SGC presente en cada país afecta a los artistas y usuarios, es un tema que debe seguir siendo analizado. Pensando en mercados sin fronteras y masivos, como los que facilita la tecnología digital, esa relación puede suponer desventajas para autores, artistas, titulares y usuarios de países cuyo sistema de SGC es más débil o menos desarrollado. Para los efectos de una investigación más amplia se debe profundizar en esta relación, ya que cualquier sistema de compensación que dependa de la estructura de las SGC deberá contemplar esas posibles debilidades.

La distancia entre mercados grandes y pequeños, y lo que ésta supone para la eficiencia de las SGC, se materializa, por ejemplo, cuando se analizan los acuerdos que han firmado algunos países que cuentan con amplios mercados con países cuyo mercado es menor. En ese análisis aparece Brasil *aparentemente* bastante más desarrollado que el resto y Jamaica se ve aislada (gráfica 7). Es aparente porque en la mayoría de los países de la muestra la metodología empleada no incluyó la comprobación mediante otros instrumentos diferentes a la información pública accesible a través de fuentes primarias o secundarias. No obstante, su posible imprecisión representa un dato valioso que pone de presente la situación de debilidad en la que estarían los músicos y usuarios de algunos países, dadas las grandes diferencias con los pertenecientes a países con mercados más poderosos.

Sin embargo, en términos generales y en particular en el caso de la música, es evidente que existe un sistema desarrollado, regional y dinámico que es valorado positivamente por muchos actores del sector, como aparece en las entrevistas realizadas durante la investigación. Entre estos actores es común evidenciar un reconocimiento importante del rol que tienen las SGC en la circulación de la música en la región. Los entrevistados suelen considerarlas indispensables para el sector y en algunos casos re-

conocen los avances que estas entidades han hecho para gestionar cada vez mercados más grandes en forma eficiente. No obstante, como se verá más adelante, miembros y usuarios tienen críticas importantes sobre el quehacer de estas entidades.

La SGC típica de ALC

De los datos hallados en la investigación, la SGC modelo en ALC es una entidad privada sin ánimo de lucro sometida a un bajo nivel de vigilancia y control, que no tiene mayor obligación con relación al suministro de información al Estado, a la sociedad o a sus socios. La SGC promedio tiene una amplia libertad para definir tarifas, obligados al pago, formas de distribución del recaudo y esquemas de gobernanza. El gobierno de estas sociedades se caracteriza por una baja representatividad del total de sus afiliados (*total* significa considerar a todas las personas que les dan mandato para la gestión del derecho de autor, incluso si el mandato es sobre una sola obra). La SGC modelo en ALC es una entidad privada que actúa con competencia en un territorio y ofrece poca información a sus afiliados y autoridades de vigilancia, menos aún a terceros. Son sociedades que apenas están incursionando en el entorno digital y es poco lo que se sabe sobre la forma como lo enfrentan. Este panorama, evidentemente, ofrece dudas sustanciales sobre la capacidad de las SGC de ALC para ser competitivas y responder a las necesidades de usuarios y músicos en entornos digitales globales.

Como hasta ahora ha podido apreciarse, las SGC de música existen en todos los países analizados y su estructura es similar, pero hay importantes diferencias en lo relacionado con el grado de injerencia del Estado en temas de vigilancia y control que deben ser analizados con mayor profundidad. La vigilancia, control y obligación de suministro de información es escasa incluso en los países en donde había más datos de su presencia. En sistemas más masivos de gestión de ingresos por derechos de autor, como los que se derivan de Internet, se requieren datos públicos pertinentes para el gobierno, para los músicos y para los

usuarios, quienes deben tener capacidad de supervisión. Esto es particularmente importante si se considera que en el valor de eficiencia es donde, quizá, son más criticadas las SGC, puesto que la ausencia de información pública no permite un correcto análisis de la situación.

Principales problemas de las SGC hoy

La investigación alcanza a confirmar lo detectado en fases previas. Aunque los actores del sector reconocen su importancia hay una amplia sensación de insatisfacción entre afiliados y usuarios de las SGC por su gestión. La insatisfacción es peor entre los jóvenes más dinámicos en el entorno digital. Los resultados de la investigación permiten confirmar que hay razones suficientes para validar muchos de los cuestionamientos dirigidos a las SGC actuales.

Aunque no se puede hablar de un sistema legal monopólico en ALC, lo cierto es que el entorno jurídico de las SGC (que impone requisitos como mínimo de afiliados para la gestión de un derecho) en la práctica ha favorecido el desarrollo de un monopolio de facto. En ALC se ha sacrificado la diversidad en la creación de las SGC y la competencia entre ellas, por una aparente eficiencia que no es evidente en los resultados de la gestión del sistema. Aparentemente, según los datos recolectados en la investigación, durante los próximos años habrá una liberalización en la creación de nuevas SGC, así que la concentración se dará en el recaudo. Se puede establecer una tendencia a ordenar por ley la concentración del recaudo en entidades netamente administradoras. Las SGC mantendrán, entonces, las actividades de administración y distribución de ingresos para sus miembros. Si esa es la tendencia, la pregunta que surge es si el modelo a seguir será el del ECAD de Brasil. En consecuencia, se deberá revisar y evaluar tal modelo a la luz de las lecciones aprendidas después de cincuenta años de funcionamiento de dicha entidad y en ese sentido queda pendiente revisar la reciente reforma que no alcanzó a analizarse en este informe.

Los costos de administración de las SGC parecerían estar en niveles muy inferiores a los topes legales que existen. Sin embar-

go, es necesario adelantar estudios más profundos que permitan identificar exactamente cuánto de lo recaudado se distribuye realmente entre los afiliados para verificar cómo se presupuestan y pagan en general los costos de administración y, especialmente, los gastos vinculados a lo que se conoce como “bienestar social”.

Sin embargo, el tema más preocupante que obliga a repensar el modelo de administración de los ingresos de los músicos de ALC es el de las categorías con que las SGC identifican a sus afiliados. Estas categorías determinan los derechos de los afiliados en la sociedad, de este modo, según la categoría que tenga un afiliado podrá o no participar de la toma de decisiones de la entidad. Existen múltiples discrepancias y quejas respecto de la representatividad de este sistema de gobernanza, pues parece favorecer el control de la entidad por unos pocos. La insatisfacción existente por este concepto tiene bajo la lupa a las principales SGC de la región y es, tal vez, su mayor reto a superar en el entorno digital.

Es los casos de Perú, Brasil y Colombia se puede ver una crisis en la eficiencia del sistema con dos escenarios comunes: en primer lugar, la masificación de quejas sobre la gestión de las SGC y, en segundo lugar, el creciente interés de los medios de comunicación en las discusiones, lo que ha tornado las controversias en debate público. Otro ejemplo está en el caso de Argentina, en donde la inconformidad de un socio puso en tela de juicio la estructura organizacional de Sadaic. La situación de Sayco en Colombia es similar a la anterior, en este caso las denuncias de un organizador de eventos en 2012 detonaron muchas otras quejas de los afiliados, muchas derivadas del mal manejo de los recursos, lo que ha llevado a la toma de las instalaciones de la entidad y a intervenciones del Estado para mediar en la situación. La inconformidad de los asociados ha pasado a la esfera pública y los medios de comunicación se han visto convertidos en mediadores, así afiliados y usuarios aprovechan la influencia mediática para realizar allí la discusión pública sobre las SGC.

La forma como el poder de unos pocos, resultado del sistema de categorías, ha afectado la gestión y, especialmente, la distribución de lo recaudado no es clara, pero ha sido también un elemento importante a tomar en cuenta en conflictos, intervenciones y

reformas. Un análisis económico más detallado puede establecer quiénes son los más beneficiados con el recaudo que hacen hoy las SGC. Se podría determinar qué tanto del dinero se distribuye entre los afiliados de cada país o qué tanto sale de éstos, qué tan eficientes son las SGC recaudando dinero del exterior, etc. Si se contara con más y mejores datos se podría identificar si ha habido incidencia económica en la gestión general ligada a esa relación de poder que favorece la “categorización”. Un antecedente de tal relación aparece en la investigación del CPI en Brasil que sirvió de detonante para la reciente reforma del sistema. Si en otros países se comprobara la relación entre quienes tienen el poder efectivo de administración del sistema y la distribución de los dineros (al corroborar que se hace mayoritariamente en su favor) se verificaría que en la región existe un obstáculo mayor (caldo de cultivo de conflictos posteriores) para que las SGC tengan un rol protagónico en escenarios más masivos, propios de la tecnología digital, sobre todo en Internet.

Las SGC de ALC no se limitan a la gestión de los derechos autorales y conexos sino que de manera importante todas (a excepción de la de Jamaica) están cubriendo necesidades sociales y de recreación de sus afiliados (a través de lo que se conoce como el gasto social). El tamaño de los recursos que se usan para este fin, la forma como estos fondos son afectados por la gestión de unos pocos afiliados o las opciones para aprovechar esta función como mecanismo de inclusión de músicos, sin que sean absorbidas por unos pocos, son todavía temas que requieren mayor profundización especialmente si las SGC van a ser las encargadas de gestionar ingresos derivados de Internet.

No hay una única forma de cobrar en las SGC de la región, pues la definición de las tarifas ha corrido por cuenta de cada una. El Estado ha establecido en algunos casos, como el de Colombia, Argentina y Chile, la creación legal de una ventanilla única, en otros ha optado por crear una entidad administrativa, como en Brasil, que permita a los usuarios realizar un único pago y enterarse de los cobros que deben hacer. Aunque en países como Colombia las propias SGC han creado esquemas para hacer esto,

cada vez más el Estado parece ser quien lo exige. Las ventajas que estos sistemas ofrecen conviven con preguntas abiertas sobre las razones y los resultados de esa unificación en el recaudo, lo que incluye la exacerbación de los cobros en un sistema en el que una de las principales quejas es el cobro indiscriminado por usos que deberían estar exceptuados o ser parte de relaciones más complejas —no sólo de una visión de consumo— que requieren de una flexibilidad inexistente en el sistema actual. Hasta dónde la reciente reforma en Brasil corrigió algunos de estos problemas es un tema que aún está por analizarse, dado que tal reforma quedó fuera de este informe.

En relación con los obligados a pagar y la cuantía de las tarifas también hay una amplia variedad en la región. Pero, quizá sea la ausencia de tarifas diferenciales en Ecuador y Guatemala el hecho que más llamó la atención de este informe, sin que fuera posible, dada la metodología empleada, confirmarlo. Lo que sí se evidenció en la investigación es un amplio malestar entre los usuarios sobre el cobro que hacen las SGC, tema que obliga a un mayor análisis. Por ejemplo, aunque se evidencia el reconocimiento legal de excepciones y limitaciones, no es claro cómo éstas se hacen efectivas de un modo diferente a negociaciones uno a uno. En cambio, la sensación de “injusticia” se refleja en varios casos judiciales, peticiones de reformas y negociaciones de tratos diferenciales con grupos como las emisoras comunitarias. De hecho, se documentaron varios procesos de negociación caso a caso que hacen pensar en la necesidad de sistemas flexibles pero transparentes.

La variable de eficiencia está íntimamente ligada con la de información. No en todos los países hay obligación de suministrarla y, en todo caso, ninguna SGC está obligada a hacerla accesible a terceros. Esto explica en buena medida la dificultad para conseguirla y plantea dudas sobre la fiabilidad de su gestión, como se evidencia en las entrevistas. Las SGC, por lo general, ni siquiera publican sus informes de gestión y cuando lo hacen no siguen un formato que permita hacer comparaciones (ni en la información que una misma SGC presenta periódicamente, ni mucho menos entre ellas). Esta falencia es grave pues no permite profundizar

en muchos de los datos que facilitarían una mejor comprensión de las SGC en ALC por parte del público en general. De otro lado, resulta particularmente preocupante que no exista información pública completa sobre las obras (el catálogo) que las SGC gestionan.

De la información existente en la gestión de la música hay diferencias sustanciales entre las SGC cuyos afiliados son personas naturales y aquellas que representan a entidades jurídicas. Las SGC que se ocupan de los derechos de compositores y cantantes son, primordialmente, de personas naturales y aunque el número de sus afiliados varía considerablemente, contrasta con el número reducido de las que se ocupan de otros derechos conexos (como las que gestionan los derechos de las editoriales) cuyos afiliados son, esencialmente, entidades jurídicas. Esta situación puede explicar varios de los retos de gobernanza que afrontan las SGC para ampliar la participación de las personas en entidades con miles de afiliados. En primer lugar, los datos públicos de las SGC suelen ser los de los socios con derecho a participar en la toma de decisiones de la entidad, debido al esquema de “categorización” comentado anteriormente, lo que invisibiliza a muchos afiliados y deja en manos de unos pocos las decisiones, aunque los afectados directos de la gestión sean miles. De otra parte, como lo probó la investigación de la CPI en Brasil, la concentración de los votos de afiliados (personas naturales) en manos de editoras centra el poder en estas entidades donde las personas naturales parecen tener más influencia. La forma como estas flaquezas del sistema benefician, por un lado, a autores y artistas que cuentan con reconocimiento mundial y, por otro, afectan de modo negativo a los locales, es un tema pendiente de estudio y preocupante si se piensa en un futuro global y digitalizado. Ante este panorama, las SGC deberán hacer la transición de entidades de unos pocos a instituciones pensadas por y para muchos.

La naturaleza jurídica del recaudo no es un tema menor. Para muchos está asociado con un impuesto y genera importantes discusiones en la región. Aunque haya razones para diferenciar este recaudo de un impuesto, desde lo jurídico y económico, es un

tema que no puede despreciarse pues —unido a las falencias del sistema ya expuestas, especialmente las relacionadas con eficiencia y transparencia— provoca bastante preocupación. El tema deberá retomarse con mayor profundización, pues la disputa parece centrarse en el carácter de obligatoriedad y la forma como el recaudo se hace: un recaudo general, amplio, que termina beneficiando a unos pocos titulares.

Puntos a considerar sobre las SGC que tendrán especial incidencia en un entorno digital

Las SGC están recaudando más por usos en los que no resulta fácil determinar quién será el beneficiario de lo cobrado, por este motivo son fondos que tienen características y exigencias mucho más grandes para las SGC. El reto de recibir importantes cantidades de dinero sin identificar los beneficiarios de éstas radica en que su distribución dependerá, si se mantiene el sistema actual de las SGC, de las decisiones que tomen unos pocos socios (debido a las categorizaciones internas de las SGC). Esta situación preocupa, especialmente cuando se vincula con Internet. Aunque hay muchos temas que se asocian con este cuestionamiento, la ausencia de tecnología para que las SGC identifiquen a los beneficiarios del recaudo por usos propios del entorno digital parece ser el principal. Es así como actualmente el incipiente recaudo que hacen las SGC en estos medios se asimila al que reciben, por ejemplo, de restaurantes y bares, y no, como debería ser si aprovecharan la tecnología para identificar a los beneficiarios, a los derivados de presentaciones en vivo o transmisiones por radio.

Dado que Internet se percibe como un escenario de uso masivo de contenidos, donde se retan los mecanismos tradicionales de funcionamiento de las SGC basados en el control y no en la difusión, los músicos más dinámicos no ven que sus prácticas encajen. Un sistema nuevo de compensación para el entorno digital que articule los ingresos a través de las SGC sin cambios sustanciales en sus prácticas no facilitará tampoco información para el ejercicio de actividades de supervisión por parte de los in-

teresados (que en estos contextos están más acostumbrados a un amplio flujo de datos y al control de tal flujo, incluso en tiempo real, pues a través de Internet se puede monitorear el consumo de un teléfono celular o el trayecto de un mensaje por el sistema de correo, por ejemplo). Si la información pública sigue siendo prácticamente nula las SGC no habrán avanzado, ni repensado las características del nuevo medio para ofrecer mejores respuestas. Esto constituye una importante debilidad de las SGC frente a artistas y usuarios de tecnologías digitales ya acostumbrados a la inmediatez de la información en línea. El suministro de información confiable, comparable y oportuna sobre su gestión (informes financieros), detalles de distribución, catálogos de gestión de obras, etc., será, sin duda, uno de los retos que deberán superar las SGC para ser exitosas en entornos digitales.

Las SGC de la región parecen estar intentando concertar conjuntamente los derechos en el entorno digital a través de un único intermediario que negocie, recaude y distribuya. Esta actitud responde a la tendencia identificada en la investigación con respecto a su gestión tradicional. De lo anterior se desprenden preguntas como: ¿Cuáles son las ventajas y cuáles las desventajas de esta opción?, ¿realmente resultaría más eficiente esta posible concertación? Si el tema, como ya se ha visto, no se ha abordado de manera clara en lo local, quizá a nivel regional resulte aún menos clara la comprensión de los problemas, beneficios y desventajas de los sistemas de recaudo centralizado.

La demanda que los nuevos músicos están haciendo a las SGC para utilizar otros medios de licenciamiento y ser flexibles con los usos digitales gratuitos ha sido enfrentada por estas entidades con resistencia y temor. Las SGC se oponen desde lógicas de control para el cobro. Sin embargo, esta resistencia activa, ante la persistencia de la práctica, ha dado paso a una acción pasiva por parte de las SGC consistente en ignorar a estos músicos. De este modo, los artistas del sector musical utilizan mecanismos marginales para desarrollar sus prácticas y al mismo tiempo pertenecer también a las SGC. Así las cosas, no parece que por ahora las SGC

de ALC estén preocupadas por explorar e integrar en sus mecanismos de gestión las prácticas emergentes de los músicos que ensayan con estas tecnologías disruptivas, y mientras no lo hagan estarán alejando a los más jóvenes y marginándose de participar de las nuevas dinámicas de un sector cultural más amplio.

Un papel más amplio de las SGC en la sociedad

La importancia del rol de intermediación de las SGC en el mercado musical obliga a los Estados a repensar el sistema. Para éstos quizá el principal reto sea reconocer que el trabajo que hacen las SGC no se queda sólo en el mercado del entretenimiento y el interés particular, hecho que resulta clave en el ecosistema cultural y creativo, sino que también participan como instrumento fundamental en el ejercicio de derechos culturales y de acceso a la información de los públicos y audiencias (entre los que se cuentan los propios músicos). Además, su gestión despierta el interés de todos los autores y artistas, aunque no necesariamente todos sean miembros de las SGC. Esta dimensión tan amplia deberá influenciar los cambios regulatorios, de vigilancia, control y seguimiento que están en cabeza de las autoridades. Por ejemplo, es evidente que se deben fortalecer los mecanismos necesarios para hacer cumplir a las SGC su obligación de informar a todos los interesados sobre su gestión y hacer accesible la misma a autoridades, afiliados y público en general. De otro modo no podría evaluarse el desempeño de las SGC ni sería viable ejercer control sobre sus posibles prácticas monopólicas. El Estado debe entonces obligarlas a informar y establecer de manera precisa el alcance, la forma y el control de tal obligación.

En relación con la gobernanza de las SGC, las crisis que se han presentado recientemente en la región (Perú, Colombia o Brasil, por ejemplo) no habla bien del papel de los Estados como entes de vigilancia, control y seguimiento. Los gobiernos han intervenido en algunos casos, sin embargo se siguen presentando problemas que demuestran la falta de herramientas suficientes para lograr soluciones permanentes.

Finalmente, son múltiples los retos que el sistema de recaudo y distribución a través de las SGC enfrenta para el siglo XXI. Éstas

tienen una capacidad instalada y un desarrollo que pueden servir para fortalecer sistemas de compensación que promuevan la creatividad y la inclusión en entornos digitales, sin embargo, su éxito dependerá en gran medida de que puedan repensarse sustancialmente como entidades al servicio de un público muy amplio, que puedan ajustarse a las prácticas propias del nuevo entorno digital y ser facilitadoras de un ambiente creativo. Su gestión requiere repensar la relación con sus afiliados, sus audiencias y el Estado. De este modo, las SGC deberán reconstruir esas relaciones reconociendo la transparencia en su actuar y la supervisión de éste como elementos positivos y necesarios para fortalecer la confianza en su gestión. Además, tendrán que identificar y valorar su posición de intermediación, más allá del mercado, como agentes culturales de la sociedad y separarse de estructuras y prácticas que favorezcan a unos pocos, así podrán consolidarse, verdaderamente, como intermediarios necesarios, útiles y fiables.

5. Bibliografía

Anderson, Chris (2004). "The Long Tail". En: *Wired* Disponible en: <http://archive.wired.com/wired/archive/12.10/tail.html>, consultado el 31 de julio de 2014.

Ángel, Horacio (s. f.). "La Legitimación de la Sociedades de Gestión en el Derecho Autoral de Europa y América Latina". En: *Jurídica-Anuario*. p. 87-88. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr8.pdf>, consultado el 31 de julio de 2014.

Antelli, Gustavo (2013). Entrevista personal.

Aragón, Emilia (2004). "Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual". En: *Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_23.pdf, consultado el 31 de julio de 2014.

Barreto, Claudia (2013). Entrevista personal.

Benavides, Iván (2013). Entrevista personal.

- Botero, Carolina (2007). "Las músicas de fusión y el anarco punk en Bogotá y Medellín, Algunas percepciones de lo legal". En: *Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, Año LXVI, 2ª época*. Junio de 2007, Volumen LXIV, No. 143, Medellín, pp. 257 a 274.
- Botero, Carolina (2013). "Las obras huérfanas y la gestión colectiva en Colombia". En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Abril 30 de 2013. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/04/30/las-obras-huerfanas-y-la-gestion-colectiva-en-colombia/>
- Buitrago, Héctor (2013). Entrevista personal.
- Busaniche, Beatriz (2013). "Repensando la gestión colectiva del derecho de autor". En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Abril 10 de 2013. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/04/10/repensando-la-gestion-colectiva-del-derecho-de-autor>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Cabrera, Karen y Guzmán, Luisa (2013). "Sayco otra vez en el ojo del huracán". En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Octubre 30 de 2013. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/10/30/SAYCO-otra-vez-en-el-ojo-del-huracan>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Castañeda, John (2013). Entrevista personal.
- Cerda, Alberto (2013). "Una excepción a los derechos de autor para la comunicación pública de obras por pequeñas y medianas empresas". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. No. 40. Valparaíso. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n40/a03.pdf>, consultado el 31 de julio de 2014.
- César, Aureo (2013). Entrevista personal.
- Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD (2012). Relatório Final. Disponible en: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>
- Diccionario de Derecho Comercial (2000). Buenos Aires: Valetta Ediciones Limitada.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor (s. f.). "Infórmese en qué consiste la Ventanilla Única de recaudo derecho de autor y conexos". Disponible en: <http://derechodeautor.gov.co/web/guest/preguntas-frecuentes-vid>, consultado el 31 de julio de 2014.

- ECAD (s. f.). Sección "About Us". Disponible en: <http://www.ecad.org.br/en/about-us/the-ecad/Pages/default.aspx>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Editores Mexicanos de Música y la Sociedad de Autores y Compositores de México (s. f.). ¿Qué es la EMMACSACM? Disponible en: <http://www.emmacsacm.com.mx/emmacsacm.html>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Ekman, Pedro y Barbosa, Bia (2014). "Marco Civil aprobado: dia histórico para a liberdade de expressão" En: *Carta Capital*. Marzo 26 de 2014. Disponible en: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/marco-civil-aprovado-dia-historico-para-a-liberdade-de-expressao-8288.html>, consultado el 31 de julio de 2014.
- El Comercio.com* (s. f.). "Hasta USD 9 millones al año por el canon". Entrevista realizada a David Checa, director de Enrucopi. Disponible en: http://edicionimpresa.elcomercio.com/es/xml_noticia/3189965, consultado el 31 de julio de 2014.
- El País* (2009). "La gestión colectiva de los derechos de autor. Se propone aplicar un arancel razonable sobre los aparatos de reproducción y los soportes vírgenes a pagar por los importadores". Entrevista a Alexis Buenseñor, presidente de Asociación General de Autores del Uruguay (Agadu). Febrero 16 de 2029. Disponible en http://historico.elpais.com.uy/Suple/EconomiaYMercado/09/02/16/ecoymer_399033.asp, consultado el 31 de julio de 2014.
- Electronic Frontier Foundation (EFF) (2008). "A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing". Disponible en: <https://www.eff.org/wp/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Fakuta (2013). Entrevista personal.
- Fakuta y Martini, Mika (2013). Entrevista personal.
- Fernández, Carlos (2005). "El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital". En: *XI Curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina*. OMPI, SGAE Ministerio de Industria y Comercio Paraguay. Asunción, noviembre de 2005. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_3.pdf, consultado el 31 de julio de 2014.
- Fundación Karisma (2013a). "Internet sin gobierno pero con gobernanza: ¿cómo funciona?". Noviembre 12 de 2013. Disponible en: <http://karisma.org.co/?p=3476>, consultado el 31 de julio de 2014.

- Fundación Karisma (2013b). "Panorama de las sociedades de gestión colectiva en Uruguay". En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Septiembre 24 de 2013. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/09/24/panorama-de-las-sociedades-de-gestion-colectiva-en-uruguay>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Fundación Karisma (2013c). "Uruguay: dominio público pero pagante". En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Noviembre 8 de 2013. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/11/08/uruguay-dominio-publico-pero-pagante>, consultado el 31 de julio de 2014.
- García, F. (2013). Entrevista personal.
- Gemetto, Jorge (2013). "Acceso a la cultura y derechos de autor en Uruguay: #noal218, una victoria de la sociedad civil". En: *Digital Rights No. 13 Latin America & The Caribbean*. Septiembre 19 de 2013. Disponible en: <http://www.digitalrightslac.net/es/acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor-en-uruguay-noal218-una-victoria-de-la-sociedad-civil>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Gómez, Oscar. (2014). Los fallos de la Corte Constitucional sobre las Sociedades de Gestión Colectiva en Colombia. En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Marzo 20 de 2014. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2014/03/20/los-fallos-de-la-corte-constitucional-sobre-las-sociedades-de-gestion-colectiva-en-colombia>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Grassmuck, Volker (2009). "Inside Views: The World Is Going Flat(-Rate)". Disponible en: <http://www.ip-watch.org/2009/05/11/the-world-is-going-flat-rate>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Hoyos, Luis César (2013). Entrevista personal.
- Indecopi (2011). Estudio económico sobre la conveniencia de adoptar una ventanilla única. Documento de trabajo N° 02 - 2011/GEE. p.12. Disponible en <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/publicacionesqs/DocTrabN02-2011%281%29.pdf>
- Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (s. f.). "Sociedades de gestión Colectiva". Disponible en: <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/sociedades-de-gestion>, consultado el 31 de julio de 2014.
- La Nación.com* (2011a). "Suspenden el tratamiento del canon digital en Argentina". Junio 29 de 2011. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1385436-suspenden-el-tratamiento-del-canon-digital-en-argentina>, consultado el 31 de julio de 2014.
- La Nación.com* (2011b). "Un posible impuesto sobre productos electrónicos genera polémica en la Red". Junio 28 de 2011. Disponible en:

- <http://www.lanacion.com.ar/1385120-avanza-una-polemica-norma-antipirateria-en-el-senado>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Lemos, Ronaldo; Castro, Oona; Favareto, Arilson; Magalhães, Reginaldo; Abramovay, Ricardo; Tosta, Alessandra; Ignácio, Elizete; Simas, Marcelo y Menezes, Monique (2008). *Tecnobrega o Pará reinventando o negócio da música*. Río de Janeiro: Aeroplano editora e consultoria Ltda.
- Leonardo, MC (2013). Entrevista personal.
- Leoni (2013). Entrevista personal.
- Magariños, Paula y Tarán, Carlos (2009). *Informe Final de investigación sobre cumbia villera en Argentina*. Inédito.
- Martínez, Javier (2013). Entrevista personal.
- Martínez, Luis (2013). Entrevista personal.
- Martini, Mika (2013). Entrevista personal.
- Mona ICT Policy Centre (2013). "Open Business Models New Compensation Mechanisms for Creativity and Inclusion. Music, Media and Collecting Societies in Jamaica: An Analysis". Inédito. Mona: University of the West Indies.
- Montezuma, Óscar (2013). Aspectos regulatorios de la gestión colectiva frente a la tecnología digital en Latinoamérica: balance y perspectivas. En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Noviembre 18 de 2013. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/11/18/posibles-cambios-y-reformas-en-el-derecho-de-autor-peruano>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Moreno, Gustavo (2013). Entrevista personal.
- Mullings, Evon (2013). Entrevista personal.
- Navas, Ángel (2013). "Frances Moore directora de IFPI: 'América Latina es la región con más rápido crecimiento digital'". En: *Industria Musical*. Julio 1 de 2013. Disponible en: <http://industriamusical.es/frances-moore-directora-de-ifpi-america-latina-es-la-region-con-mas-rapido-crecimiento-digital>, consultado el 31 de julio de 2014.
- O, Silvia (2013). Entrevista personal.
- Ochoa, Ana María y Botero, Carolina (2009). "Notes on Practices of Musical Exchange in Colombia". En: *Popular Communication, Vol. 7, Issue 3*. Julio de 2009, pp. 158-168. Disponible en: <http://www.informaworld.com/smpp/content~db=all~content=a912824972~frm=titlelink>, consultado el 31 de julio de 2014.

- Ochoa, Ana María y Sanz, María Alejandra, "Champeta, Primera Audición". En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Julio 1 de 2013. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2011/07/01/champeta-primera-audicion>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Ochoa, Ana y Botero, Carolina (2009). "Pensar los géneros musicales desde las nuevas prácticas de intercambio sonoro". En: *Revista A contratiempo No. 13*. Disponible en: <http://www.bibliotecanacional.gov.co/CDM/acontratiempo/?ediciones/revista-13/articulos/pensar-los-generos-musicales-desde-las-nuevas-prcticas-de-intercambio-sonoro.html>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (s. f.). "Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos". Disponible en: http://www.wipo.int/about-ip/es/about_collective_mngt.html#P46_4989, consultado el 31 de julio de 2014.
- Organización Sayco-Acinpro (s. f.). Sección ¿Quiénes somos? Disponible en: <http://www.SAYCOacinpro.org.co/quienessomos.php>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Ossa, Claudio (2013). Entrevista personal.
- Pardo, Luis (2013). Entrevista personal.
- Parra, Roberto (2013). Entrevista personal.
- Piedrahíta, Anderzon (2013). "Emisoras universitarias culturales, en riesgo". En: *Alma Máter - UdeA*. Disponible en: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaAlmaMater/secciones/vida/2013/E0BBAAF0D4C-C7347E04018C83D1F47FC>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Rose, Lydia (2013). Entrevista personal.
- Santis, Rodrigo (2013). Entrevista personal.
- Sanz, María (2013). "Revisitando el picó, o lo que pasa en la Champeta colombiana". En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Junio 13 de 2013. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/06/15/revisitando-el-pico-o-lo-que-pasa-en-la-champeta-colombiana>, consultado el 31 de julio de 2014.
- Silva, Juan (2013). Entrevista personal.
- Soto, Bárbara (2013). "SCD en Chile: ¿entidad de gestión colectiva u órgano de lobby En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Octubre 27 de 2013. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/10/27/scd-en-chile-entidad-de-gestion-colectiva-u-organo-de-lobby>, consultado el 31 de julio de 2014.

Valdivia, Andrés (2013). Entrevista personal.

Valente, Mariana (2014). "O que aconteceu com a reforma do direito autoral no Brasil?". En: *Open Business Latin America & Caribbean*. Febrero 19 de 2014. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2014/02/19/o-que-aconteceu-com-a-reforma-do-direito-autoral-no-brasil>, consultado el 31 de julio de 2014.

Vargas, Luis (2013). Entrevista personal.

Vega, Alfredo (2013). Entrevista personal.

Yudice, George (2007). "Nuevas Tecnologías, música y experiencia". Barcelona: Editorial Gedisa.

Legislación

Decisión 351 de 1993. Comunidad Andina de Naciones.

Colombia

Decreto Ley 019 de 2012.

Decreto 2717 de 2012.

Decreto 3942 de 2010.

Ley 232 de 1995.

Resolución No. 291 del 18 de octubre de 2011 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA).

Sentencia Corte Constitucional C-784 de 2012.

Sentencia Corte Constitucional C-509 de 2004.

Sentencia Corte Constitucional C-784/12 de 2012.

Brasil

Ley No. 5988/73.

Ley Federal No. 9610/98.

El Salvador

Decreto No 204. Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual. El Salvador.

PARTE II

Artículos de Análisis



La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina

Por: *Beatriz Busaniche**
Fundación Vía Libre

Resumen. En el marco del debate sobre potenciales reformas y adaptación al entorno digital del sistema de derechos de autor en la región, las sociedades de Gestión Colectiva son un actor ineludible. Este artículo explora principalmente el rol, el perfil y los fundamentos de las entidades argentinas, su actuación en el debate sobre reformas al derecho autoral y su rol en el ejercicio de derechos de autor desde una perspectiva de Derechos Humanos, considerando especialmente los Derechos Culturales reconocidos y vigentes en la región tras la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Desde ese paradigma, el trabajo analiza el rol de la gestión argentina, el discurso hegemónico que la sustenta y los principales problemas en términos de transparencia, gobernanza, eficiencia y su abordaje de la cuestión digital, para proponer una estrategia de trabajo hacia la reconversión de las entidades de gestión desde el paradigma de los Bienes Comunes.

1. Introducción

En los últimos años las sociedades de gestión colectiva (SGC) se han constituido en un actor clave en el debate de derechos autorales en todo el mundo, en particular en Latinoamérica, donde

* Licenciada en Comunicación Social graduada de la Universidad Nacional de Rosario, es Magíster en Propiedad Intelectual de Flacso, Argentina. Es candidata al Doctorado en Ciencias Sociales en Flacso y becaria Profor del Ministerio de Educación de Argentina. Se desempeña como docente en Grado y Posgrado en la Universidad de Buenos Aires, trabaja como coordinadora de proyectos y campañas en la Fundación Vía Libre; es Líder Pública de Creative Commons en Argentina.

su rol trasciende la mera representación de autores e intérpretes. En esta región, especialmente en Argentina, las entidades de gestión colectiva tienen un lugar de privilegio a la hora de definir políticas públicas de derechos de autor y conexos gracias a su situación prominente en el debate público como representantes de un sector prestigioso del mundo artístico. Por su capacidad de realizar cabildeo son, probablemente, más fuertes que la propia industria discográfica, principal actor de estos debates en países como EE.UU. Las sociedades de gestión colectiva no sólo cumplen su tarea de recaudar en diversos medios, sino que se han consolidado como actores protagónicos de múltiples intentos de ampliar, en duración y alcance, los derechos de propiedad intelectual. Son, por otro lado, protagonistas de muchas instancias de judicialización de los conflictos vinculados con la propiedad intelectual. Además, impulsan políticas, defienden el statu quo y son voceros de un sector artístico que cuenta con un poder de cabildeo sólido, basado en su fortaleza económica y en la utilización de figuras destacadas de la industria del entretenimiento y la cultura popular como rostros visibles de su posición.

Cualquier debate vinculado a potenciales reformas del sistema de derechos autorales en la región, necesariamente, deberá cruzarse con las entidades de gestión colectiva y sus principales referentes. Lo mismo ocurre con cualquier intento de incorporar nuevas formas de sostén de la tarea artística vinculadas al mundo digital. En todas las potenciales iniciativas que incluyan licencias generales de repertorio las entidades de gestión colectiva, su integración, transparencia y forma de administración son factores clave.

Es en este contexto que se torna imprescindible entender, comprender y analizar el rol de las entidades de gestión colectiva en la región, pues ningún proyecto de flexibilización, modificación o cambio de las políticas de autoría en nuestros países puede realizarse sin considerar en el debate a las entidades de gestión colectiva, organizaciones centenarias —en muchos casos—, que ocupan un rol protagónico imposible de eludir en la discusión.

Es indispensable entonces recordar que las entidades de gestión colectiva pueden y deben buscar equilibrios en el ejercicio de

los derechos culturales, además de promover el abordaje de los derechos autorales en sintonía con los derechos de la colectividad al acceso y participación en la cultura, como parte de un mismo objetivo cuya finalidad sea el bien común y la promoción y diversidad en la cultura (Busaniche, 2013).

Muchos de los supuestos de trabajo en el campo se ven confirmados y detallados a partir de la lectura del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* (Botero et ál., 2014), que nos permite analizar y evaluar, con sólidos documentos obtenidos por medio de un riguroso análisis, la actual situación de la gestión colectiva en la región. Muchas de nuestras suposiciones se ven confirmadas a partir de este informe de sustantiva importancia para el trabajo en la materia.

Tomando dicha investigación como referencia fundamental, este artículo se propone analizar el discurso hegemónico sostenido por las entidades de gestión colectiva, su rol en relación a los derechos de autor y derechos culturales, y las posibles estrategias de reforma que permitan adecuar las entidades de gestión colectiva para servir a finalidades socialmente justas con relación a la práctica de los derechos culturales tal como fueron incorporados en los tratados internacionales de Derechos Humanos, especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 15 (ONU, 1966).

2. El discurso hegemónico de las entidades de gestión colectiva

Las entidades de gestión colectiva latinoamericanas han sostenido con firmeza el discurso basado en el derecho continental que considera los derechos de autor como derechos fundamentales. Así lo han promovido autoristas argentinos muy influyentes en la región como la Dra. Delia Lipszyc y el Dr. Carlos Villalba. En su obra *El derecho de autor en la Argentina* expresan que la inclusión del derecho de autor entre los derechos fundamentales — amparados por la Constitución Nacional y en las declaraciones y tratados sobre Derechos Humanos— reconoce que se trata de

un atributo inherente al ser humano cuya protección adecuada y eficaz no puede desconocerse (Villalba y Lipszyc, 2009:10).

En el paradigma hegemónico del derecho autoral (Raffo, 2011:53), la gestión colectiva que llevan a cabo las sociedades de autores está estrechamente ligada a la noción de *protección efectiva*, tal como contemplan las convenciones internacionales en la materia. Los Estados Miembros, tanto de la Convención Universal sobre Derecho de Autor como del Convenio de Berna, asumen el compromiso de asegurar una protección efectiva de los derechos de los autores (Villalba y Lipszyc, 2009:325). Los autores hegemónicos del derecho autoral latinoamericano han sostenido sistemáticamente que el pleno ejercicio de los derechos autorales depende de una sólida gestión colectiva.

De este modo, han sostenido que los derechos exclusivos del autor no tendrían vigencia efectiva si éste tuviera que administrar y defender sus derechos de manera individual. El autor, expresan Villalba y Lipszyc, no puede saber dónde, cuándo y cómo se están utilizando sus canciones en el mercado mundial de obras y productos culturales en el cual, frecuentemente, la explotación tiene lugar en muchos países al mismo tiempo y en medios de ejecución pública como locales para bailar, restaurantes y bares, entre otros.

Es indudable la función social de estas entidades en relación al ejercicio pleno de los derechos de los autores, sin embargo, con el correr de los años, generaron un denso sistema de postulados a favor del fortalecimiento de la intervención de estas sociedades, y de sus abogados, para atribuirse un estatus jurídico que les permitiera intervenir y actuar, muchas veces, aun en contra de la voluntad y los intereses de los propios autores que deben representar (Raffo, 2011:214).

Raffo indica que, sin ningún pudor, los autoristas del paradigma hegemónico sostienen que “toda persona que sea autor o titular de los derechos autorales se encuentra obligada por los estatutos de la sociedad de gestión, aunque nunca se haya asociado a la misma y aunque manifieste su expreso deseo de no asociarse”. Agrega este autorista que en este paradigma los autores o titulares de derechos tienen una incapacidad absoluta de hecho para

disponer de sus obras” y que “las entidades de gestión tienen el derecho exclusivo de determinar el precio mínimo de los derechos autorales, aun contrariando la voluntad del propio autor”.

Una de las críticas fundamentales que Raffo expresa contra el estado actual de la gestión colectiva en Argentina es el hecho de que las mismas entidades “si bien administran bienes ajenos (los bienes de los autores o sus derechohabientes), ellas entienden que no están obligadas a rendir cuentas a los titulares de esos derechos”.¹ La rendición de cuentas de estas entidades es, sin lugar a dudas, uno de los temas prioritarios a la hora de enfocar la investigación en curso, ya que constituye uno de los problemas más claros de la gestión colectiva tal como la conocemos en la región.

3. El derecho autoral como derecho humano

Sistemáticamente, las entidades de gestión colectiva latinoamericanas se han amparado en la noción de que los Derechos de Autor son Derechos Humanos, tal como expresa el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en 1948, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), de 1966, en su artículo 15.

Los pactos internacionales de Derechos Humanos reconocen los derechos de autores e inventores a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea[n] autor[es]”. Leído así, esto parece indicar que los derechos que gestionan las entidades son derechos fundamentales consagrados con el más alto nivel jurídico posible en el sistema legal vigente. Las entidades de gestión, y los autoristas del paradigma hegemónico, tienden a elegir esa interpretación para jus-

¹ Dice Raffo que existen diversas causas judiciales en las cuales la entidad Sociedad Argentina de Autores y Compositores (Sadaic) manifestó sin pudor alguno que no debe rendir cuentas a los autores. El más reciente caso es el expediente Ferré, G. c/ Sadaic s/ rendición de cuentas (Juzgado civil 64 exp. 52510) en cuya respuesta a la demanda, Sadaic negó que tuviese obligación de rendir cuentas respecto de sumas percibidas por el uso de las obras musicales de su representado Ferré (Citado en Raffo, 2011:214).

tificar su visión maximalista de los derechos autorales, que hace una lectura general y amplia de los tratados internacionales de derechos humanos en los cuales un equilibrio entre acceso y derechos autorales es clave.

Fue necesario un minucioso trabajo del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), para que podamos contar con una interpretación clara del sentido y alcance de esta cláusula integrada al Sistema Internacional de los Derechos Humanos.

En su Observación General No. 17,² publicada en el año 2005, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales estipula que estos derechos no son asimilables a los sistemas vigentes de propiedad intelectual y que tienen, en cambio, una relación directa con la necesidad de garantizar a los autores un nivel de vida digno. Poco se define sobre la metodología, aunque queda claro que no hace falta ofrecerles monopolios de por vida ni derechos absolutos sobre las obras de las que sean titulares, ya que es esencial equilibrar el ejercicio del inciso c) del párrafo 1 del artículo 15, con el resto del artículo que, por su parte, garantiza los derechos de la colectividad a gozar y participar en la cultura (Chapman, 2001).

Las entidades de gestión colectiva tienen amplia relación con el ejercicio de estos derechos y deben velar por aquellos que correspondan a los autores que representan, además tienen responsabilidades claras con el ejercicio de los Derechos Culturales consagrados en tratados de Derechos Humanos. Así las cosas, y por más que las entidades de gestión colectiva representen los intereses de los autores, su responsabilidad en el cumplimiento de los derechos humanos no puede ser ignorada.

La gestión colectiva de derechos es una posibilidad aceptable en el marco del análisis del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, incluso se considera que es una de las vías

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor (a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del pacto) (Unesco, 2005).

de ejercicio de los derechos patrimoniales sobre sus obras. Un sistema de gestión colectiva bien instrumentado puede ofrecer a los autores algunas oportunidades importantes en relación a la remuneración por su trabajo, asistencia mutua y laboral, entre otros beneficios, e incluso promover y facilitar la difusión de las obras, con su consecuente beneficio para la colectividad. Tal como claramente expresa el informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* (Botero et ál., 2014), estas entidades se originaron hace más de doscientos años en Francia para permitir que los autores parisinos obtuvieran una remuneración por la representación de sus obras en otras ciudades y provincias. En ese entonces, como ahora, la justificación de estas entidades se basaba en la imposibilidad de los titulares para ejercer sus derechos en forma individual. Es el marco legal global del derecho de autor y el corpus de normas internacionales en la materia, el marco jurídico que da entidad global a estas organizaciones de carácter nacional.

Sin embargo, con el correr de los años, muchas entidades de gestión han puesto más trabas que beneficios al acceso y participación en la cultura e incluso ocupan roles problemáticos en relación a los propios autores, a quienes deben representar.

Las entidades de gestión colectiva argumentan, a favor de su propia existencia, que los autores encuentran impedimentos para el efectivo ejercicio de sus derechos patrimoniales de manera individual en un entorno global donde las obras circulan más allá de las fronteras, tal como queda claro en el informe. En este contexto, las entidades de gestión aparecen como intermediarios esenciales para que los autores puedan ejercer sus derechos patrimoniales en el marco del sistema global de derechos autorales vigentes. Las entidades de gestión ayudarían también a reducir los costos de transacción en el ejercicio de esos derechos y facilitarían la negociación de licencias generales. En ocasiones, las entidades ejercen importantes tareas a la hora de ofrecer a los autores un nivel de vida digno, tal como manda el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, mediante la implementación de planes mutuales, servicios sociales y de salud e incluso promoviendo las artes con concursos y premios.

Desde una perspectiva de Derechos Humanos el rol de las entidades de gestión es importante. Esto queda de manifiesto con total claridad a partir de la lectura de *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*, que reporta que las sociedades de gestión colectiva establecen por sí mismas, en sus propios estatutos, los parámetros empleados para recaudar y distribuir las ganancias provenientes de la explotación de derechos de autor a sus respectivos titulares. Esto implica que el sistema de distribución no está generalmente determinado por la ley sino por la voluntad de los asociados con derecho a tomar este tipo de determinaciones, tal como se expresa en el reporte.

Una fuerte *colisión* de derechos se produce cuando las entidades de gestión colectiva se convierten en voceras directas de la profundización de los derechos de propiedad intelectual, sin medir ni considerar las consecuencias que tales medidas tienen en el derecho de acceso a la cultura. En muchos casos, las mismas entidades aspiran sólo a recaudar, sin considerar las consecuencias que sus propuestas tienen sobre los derechos colectivos. En Argentina, por ejemplo, entidades como la ya mencionada Sadaic, la Sociedad General de Autores de la Argentina (Argentores), la Asociación Argentina de Intérpretes (AADI) y la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas (Capif), entre otras, son responsables directas de modificaciones de la ley de propiedad intelectual que van contra los intereses del público (por ejemplo, la extensión de la duración de los monopolios de derechos autorales). En muchos otros casos, son esas mismas entidades las que sirven de bloqueo a proyectos presentados por entidades de bien público como, por ejemplo, las asociaciones de bibliotecarios, que han visto bloqueado sistemáticamente el avance de proyectos de flexibilización a favor de bibliotecas y archivos. En muchos casos, las entidades no sólo representan a los autores, sino que cuentan con una conformación compleja, ya que incluyen en sus filas tanto a los autores e intérpretes como a las corporaciones del entretenimiento, tal como ha quedado documentado en el informe.³

³ En Argentina, por ejemplo, la entidad de gestión de derechos conexos AADI-Capif representa a artistas, intérpretes y sellos discográficos.

4. Gobernanza, eficiencia y transparencia

La transparencia y la gobernanza de las entidades de gestión colectiva son aspectos cruciales a la hora de evaluar el funcionamiento de estas organizaciones. En muchos casos, una trama de intereses contrapuestos se articula en el trabajo que realizan. Estas entidades no sólo representan autores, sino que también se integran con sellos discográficos y editores de todas las envergaduras, incluyendo también a las corporaciones del entretenimiento, productores, intérpretes, entre otros.

Un aspecto poco analizado tiene que ver con la doble representación que realizan estas entidades. Por ejemplo, la entidad recaudadora AADI-Capif administra derechos de productores discográficos e intérpretes. Por su parte, Sadaic cuenta entre sus socios no sólo autores y compositores, sino también editores. Así, empleadores y empleados aparecen fusionados en una misma asociación, es decir, se aboga a la vez por dos partes cuyos intereses se encuentran muchas veces contrapuestos. Entonces ¿cómo saldan las entidades el dilema de ejercer una doble representación entre partes que no necesariamente están de acuerdo a la hora de celebrar contratos y negociaciones?

Tal como expresa el informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*,

la forma como las SGC organizan a sus afiliados es bastante disímil pero coincide en que al final las diferentes categorías suponen necesariamente que la gestión de unos pocos se aplique a lo que sucede con muchos más (incluye a todos aquellos que han dado mandato a la sociedad incluso si es sólo para gestionar una obra o a todos los autores y artistas si la ley obliga a la gestión universal del repertorio). Es posible entonces que la cifra que las SGC suelen hacer pública sea la de quienes tienen capacidad decisoria únicamente. (Botero et ál., 2014)

En buena medida, esta integración que mantienen las entidades de gestión dificulta el objetivo previsto en el Pidesc de otorgar a los autores un nivel de vida digno, ya que muchas veces esto únicamente se logra por medio de contratos que impliquen condiciones más justas de trabajo. La conformación societaria, la

posibilidad de tomar decisiones y la incidencia sobre los órganos de gestión de las entidades es un aspecto problemático.

En su aguda crítica al sistema de la gestión colectiva argentina, en particular al funcionamiento de Sadaic y Argentores, el Dr. Julio Raffo resume los principales fundamentos del paradigma hegemónico del derecho autoral en Argentina al expresar que el núcleo ideológico con el cual se auto justifica la actuación de las entidades de gestión se puede sintetizar en las siguientes premisas que ellas mismas sostienen:

Los autores tienen un derecho absoluto (del tipo de los Derechos Humanos) sobre los contenidos patrimoniales de sus creaciones (...)

La propiedad autoral, por ser fruto del trabajo de los autores, debe tener una tutela análoga a la que le brindan al trabajador las leyes laborales, y las entidades autorales, en consecuencia, deben ejercer una tutela sobre los actos y decisiones de los autores tal como hacen los sindicatos con los trabajadores (...)

Como consecuencia de las afirmaciones precedentes, las entidades autorales entienden que deben ejercer sobre el autor y sobre los contenidos patrimoniales de la obra, el derecho de supervisar sus contratos, rechazar cláusulas que los autores aceptan, establecer valores mínimos, impedir que el autor celebre el contrato aceptando condiciones o plazos, imponer su participación en la celebración del mismo, representarlos aún contra su voluntad, desconocer sus instrucciones en litigios en los cuales los representan, impedirles donar sus obras o disponer de ellas como aporte societarios, etc. (...)

En razón de que esas entidades tutelan a la totalidad de los autores, los reclamos de autores individuales respecto del examen de sus cuentas, de las sumas percibidas en razón del uso de sus obras y de las formas de aplicación y distribución de las mismas es considerado una impertinencia inaceptable, puesto que ellos no comprenden que 'si recaudar es difícil, repartir es más difícil aún' (...) por lo que entienden que no tienen obligación de rendir cuentas (Raffo, 2011:220).

Es lapidario el diagnóstico de Julio Raffo sobre transparencia y gestión en el sistema vigente en las entidades de gestión colectiva argentinas. En el mismo sentido redundan las conclusiones del informe que ha detectado, entre otras anomalías, que Argentina es uno de los pocos países, junto a Brasil y México, en los cuales

las sociedades de gestión colectiva no tienen obligación legal de rendición de cuentas.⁴

El sistema de gestión colectiva monopólica, vigente en el país, obliga a los autores a pasar, necesariamente, por una única entidad a la hora de administrar su repertorio que, quiera o no el autor, le es concedido en administración plena a la entidad de gestión colectiva.

Este planteamiento choca directamente con los derechos patrimoniales del autor, ya que si bien la Ley 11.723, vigente en Argentina, le otorga plenos poderes para disponer de su obra o de la obra heredada en caso de los derechohabientes, la vigencia de la normativa que otorga monopolio y administración de todo el repertorio a las entidades como Sadaic y Argentores, fija un límite a la potestad que la propia Ley de propiedad intelectual otorga a los autores.

Un aspecto clave a tomar en cuenta en esta situación es que los estatutos de la entidad de gestión colectiva no pueden estar por encima de la ley vigente y de la Constitución Nacional, por lo que las disposiciones estatutarias de las entidades que imponen a sus socios la renuncia general al ejercicio de ciertos derechos tienen dudosa validez.

Los estatutos de una entidad autoral reconocida por ley no son una ley en sí misma, aunque deben ser respetados por los socios. Quienes han aceptado incorporarse a la asociación no pierden por esto sus derechos surgidos de leyes vigentes ni mucho menos de la Constitución Nacional (Raffo, 2011:223). Sin embargo, el panorama para quienes deciden expresamente no asociarse a la entidad de gestión colectiva es diferente.

El Decreto No. 5.146/1969, que reglamenta la Ley 17.648 sobre la Sadaic, establece que la entidad “tendrá a su cargo la percepción en todo el territorio de la República de los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas, cualesquiera sean el medio y las modalidades” y agrega que “las personas físicas o jurídicas, na-

⁴ Véase: Gráfico 11 del informe sobre obligación legal de rendición de cuentas.

cionales o extranjeras, que hayan de percibir esos derechos económicos para sí o para sus mandantes, deberán actuar a través de Sadaic." De este modo queda establecido por ley que el monopolio de Sadaic alcanza a todo aquel que tenga derecho a percibir honorarios por derechos patrimoniales sobre obras musicales y literarias musicalizadas, atribuyendo la administración de todo el repertorio musical, en todo el territorio nacional, a una única entidad de gestión.

Este aspecto se torna todavía más problemático cuando se indaga la composición societaria de la entidad que administra todo el repertorio musical. El artículo 63 del Estatuto de Sadaic determina qué derechos le concede a la entidad la persona que se asocia a ella, de este modo se determina que

el ingreso del socio a la entidad (...) importa delegar en la Sociedad y sin limitación alguna, los siguientes derechos y facultades: a) Conceder o negar autorización para la ejecución de sus obras en el país y en el extranjero, establecer las condiciones en que esa autorización podrá ser otorgada y fijar, controlar y percibir los aranceles que correspondan. b) Otorgar autorización para la grabación de sus obras en discos, cintas, cassetes, magazines y demás medios fonográficos; para la composición e inclusión en películas cinematográficas; para las obras de publicidad; para grabaciones destinadas a radio y teledifusión y medios similares; para la radiodifusión y teledifusión incluyendo la comunicación en satélites; para la utilización en radio o teleteatro y obras teatrales o espectáculos con inclusión o aprovechamiento de música u obras literario-musicales; y para toda otra utilización de las obras que pudieren hacer los usuarios, fijando las condiciones económicas y morales, percibiendo y controlando los aranceles respectivos. c) Fijar en regímenes, contratos-tipo, contratos especiales o resoluciones y tablas arancelarias, las condiciones que en general favorezcan y aseguren los derechos autorales económicos y morales frente a usuarios, editores, sub editores, entidades extranjeras y demás terceros y entidades privadas o públicas. d) Dar alcance plenamente amplio a los derechos reconocidos a SADAIC, comprendiendo medios de utilización presentes y futuros, y tanto en el ámbito del país como del extranjero. e) Autorizar a la Sociedad para suscribir pactos de defensa común, ya sean unilaterales, bilaterales o colectivos. f) Administrar integralmente los derechos autorales económicos y morales, determinando el sistema de recaudación, reparto, liquidación, registros, títulos y demás actividades complementarias. A los fines de este artículo, la entidad podrá estar en juicio y realizar sin limitación alguna todos los actos que sean

necesarios para la mejor defensa de los derechos de autor pertenecientes a sus socios, a cuyo efecto, sin perjuicio de la representación estatutaria que de los mismos posee, con alcance de persona jurídica, podrá requerir de éstos la firma de los poderes, escritos y documentos que sean necesarios, siéndoles obligatorio facilitar a la entidad la documentación que se les solicite. El socio que se niegue a firmar los poderes requeridos se hará pasible de sanciones, corriendo con los daños y perjuicios, pues se considera dicha negativa como falta grave. (Sadaic, 2011)

La inclusión de todo el articulado pretende mostrar la magnitud de la cesión de derechos que el asociado debe hacer a la entidad, delegando en ella prácticamente todos sus derechos de gestión sobre sus obras.

Aún más problemático es el hecho de que los estatutos fijan esta cesión de derechos para los *no asociados*. Sadaic considera que esta atribución es aplicable a todo el repertorio, es decir, a todos los autores, sean o no afiliados a la institución.

Es evidente la enorme asimetría entre los autores, socios o no socios y la entidad que se arroga por ley y estatutariamente su representación en todo el territorio nacional.

Esta asimetría queda de manifiesto cuando se revisan en detalle los estatutos de la entidad en relación a los integrantes de Sadaic. Existen dos categorías, por un lado, los *socios*, incluyendo los participantes, honorarios, adherentes, administrativos y activos, y por el otro, una figura a lo menos controversial denominada “representados”, donde los *representados simples* son los compositores de todo el repertorio administrado por la entidad (autores nacionales y extranjeros no inscriptos) y los inscriptos (quienes se anotan en la organización pero no son socios, y quienes han dejado de ser socios).

Los *representados simples* son una curiosidad legal, expresa Raffo (2011:231), pues son, según el artículo 14 del estatuto de Sadaic, “todos los autores y compositores de música que no hayan realizado los trámites de su inscripción” (Sadaic, 2011). Esto es definitivamente algo muy extraño, ya que supone una delegación de poderes a una entidad por defecto, en forma automática, por el mero hecho de componer una canción y que ésta sea utilizada en el territorio nacional.

Esta polémica cláusula fue atacada muchas veces con el argumento de la libre asociación, ya que nadie puede ser obligado a ser miembro de una asociación o entidad si así no lo desea. Sin embargo, la defensa de Sadaic para sostener esto ha consistido en afirmar que ellos no obligan a los autores a asociarse, nadie tiene la obligación de hacerlo, sino que simplemente administran repertorios generales, es decir, todo el repertorio.

La asimetría de poder entre la entidad y los socios es inmensa, entre la entidad y los no socios es confiscatoria y brutal.

De más está aclarar que, si los socios tienen dificultades para entender los procesos de gestión y auditar las cuentas, aún más grave y crítica es la situación de aquellos cuyo repertorio queda bajo la administración de la entidad pero carecen de toda potestad de control y auditoría. Esta asimetría está claramente documentada en el reporte que indica que

especialmente entre los artistas nuevos hay dudas sobre la efectividad y transparencia de las SGC. No sólo no suelen cumplir los requisitos para entrar dentro de una categoría que les dé derechos para la toma de decisiones en la SGC sino que además, en ocasiones, deben pagar por pertenecer a la SGC a pesar de no obtener ganancias o que éstas sean escasas. (Botero et ál., 2014)

Los representados son todos aquellos autores o compositores que no reúnan los requisitos para ser socios de la entidad (Estatuto de Sadaic, artículo 5). A ellos, expresa el artículo 6, Sadaic “dispensará sus servicios de percepción integral, administración, reparto, liquidación, defensa y ejercicio de los derechos autorales”. El mismo estatuto dice que para percibir sus derechos económicos los representados deberán demostrar su condición de autor o compositor y aceptar de pleno consentimiento las normas legales y reglamentarias que regulan la entidad de gestión (Estatuto, artículo 9). Cumplidas las pautas de ese artículo, el representado subirá un escalón en la categoría y será “representado inscripto”, lejos aún de ser un socio de plenos derechos y poderes frente a la organización. Y como si esto fuera poco, el mismo estatuto dice más adelante que: “para los

representados se aplicará el mismo régimen disciplinario y de sanciones que se determina para los socios”.

Supera las ambiciones de este artículo el análisis minucioso del estatuto de una de las entidades de gestión colectiva más influyentes de la región, como es Sadaic. Este caso sirve como ejemplo para analizar el estado de la cuestión en la región. En todos los países, concluye este reporte, la gestión colectiva tiene carácter monopólico, sin embargo, en Argentina, se trata de un monopolio legal y compulsivo con características propias.

Vale la pena agregar otro dato que se desprende del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*. En él se consigna que sólo los socios activos de las SGC tienen potestad de votar autoridades y de ser elegidos para cargos en la asociación y que para ser socio activo se debe contar con una serie de condiciones que sólo una minoría de autores y compositores reúnen. Además, para contar con estos plenos derechos en la entidad, previamente hace falta haber sido durante cinco años socio adherente y durante tres socio representado. Como mínimo, hacen falta ocho años de contribución regular para poder ser incorporado a la entidad y ejercer el derecho pleno de elegir autoridades (Raffo, 2011:238).

Sin duda alguna, este tipo de gestión colectiva colisiona con el ejercicio de los derechos de autor tal como están reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos, ya que, en gran medida, expropiación de derechos patrimoniales a los autores y compositores, y los obligan a aceptar reglamentaciones de una asociación a la que muchos de ellos prefieren no estar afiliados.

5. El desafío digital

La gran mayoría de las entidades de gestión colectiva de la región son instituciones centenarias nacidas durante el siglo XX, fundadas en un contexto tecnológico que les daba sentido, pues en el entorno

analógico los usos comerciales de las obras en medios de difusión y ámbitos donde se realiza ejecución pública son claramente definidos. Hoy día las entidades enfrentan el desafío de adaptarse al entorno digital. No se trata de un asunto menor, sino de un contexto que complejiza notablemente la gestión de derechos.

Cualquier intento de actualizar el derecho autoral para adaptarlo al entorno digital necesita la apertura del diálogo con las entidades de gestión colectiva, por su posición de privilegio en la representación de actores clave de la ecuación como son los autores. Incluso, estrategias que los propios autores, intérpretes y artistas se den a sí mismos para promover su trabajo pueden entrar en conflicto con la entidad de gestión colectiva.

Un desafío importante se presenta a la hora de utilizar licencias de derecho de autor flexibles como Creative Commons. Una lectura profunda de los estatutos de Sadaic permite concluir que, si bien los autores pueden usar las licencias —que son perfectamente compatibles con el sistema de derechos autorales argentino—, la entidad de gestión colectiva sigue siendo, legalmente, la única capaz de percibir regalías por usos comerciales de las obras. También el artista que opte por promover la distribución y el acceso a su obra con licencias libres se ve obligado a pasar por la entidad de gestión colectiva que lo priva del derecho a hacer con su obra lo que su voluntad disponga.

Éste es uno de los principales problemas que deben enfrentar los artistas argentinos que desean innovar en la gestión de su obra, tal como claramente atestiguan las entrevistas en profundidad realizadas en el marco de esta investigación, ya sea a través de las licencias libres como por otras vías que les permitan comercializar y ofrecer en el mercado sus trabajos. La Entidad de Gestión Colectiva debe revisar los contratos para dar así por saldadas las cuentas. La única entidad legalmente autorizada para otorgar licencias generales es la gestión colectiva, misma que inhabilita al autor para comercializar su música y percibir ganancias de manera independiente.

La cuestión digital ha sido para la gestión colectiva un tema crítico. Nuevas ventanas de explotación comercial de obras se

abrieron y existen desafíos concretos a la hora de pensar la gestión colectiva en estos entornos. Sin embargo, paulatinamente, las entidades han iniciado el diálogo con, al menos, los principales jugadores de la industria de Internet para buscar acuerdos convenientes para ambos interlocutores, lo que no necesariamente significa un acuerdo conveniente para los autores representados o para el público en general.

Un ejemplo de estos avances son los acuerdos alcanzados por entidades como Sadaic con empresas como Google para el uso de obras musicales en la plataforma de videos YouTube. Lamentablemente, si bien se conoce la existencia del acuerdo, los responsables de ambas partes han declarado que los términos y condiciones del mismo se encuentran cubiertos por un acuerdo de confidencialidad. Así como es poco lo que se sabe sobre los montos, nada se sabe sobre los mecanismos para la distribución de los fondos entre los artistas. Una vez más, “si recaudar es difícil, repartir es más difícil aún” parece ser el *mantra* de las entidades de gestión.

Así, la apertura de nuevas ventanas de comercialización en el entorno digital brinda un nuevo fondo de ganancias para la entidad colectiva, más no una certeza de mayor y mejor remuneración para los artistas representados.

Por otro lado, la ventana digital aporta otras novedades: la creciente reproducción de obras de dominio público de pago (que en Argentina también es recaudado por intermedio de Sadaic) y el surgimiento de una enorme cantidad de nuevos autores e intérpretes, *hobbistas*⁵ muchos de ellos, que suben sus materiales a la plataforma en línea de videos más popular, pero que lejos están de constituirse en autores con derechos para la entidad de gestión colectiva, lo que representa para ésta más fondos para recaudar y menos beneficiarios a quienes distribuir.

⁵ Se entiende aquí como *hobbistas* a todas aquellas personas que, sin aspirar a una producción profesional, componen, interpretan, remixan, samplean, publican y compar-ten en línea obras propias o de autores diferentes por el sólo placer de hacerlo, es decir, por gusto personal y hobby.

Otra estrategia promovida por entidades de gestión colectiva para recaudar más en el entorno digital es la denominada “remuneración compensatoria por copia privada”, conocida popularmente como *canon digital*. En Argentina, las entidades lideradas por Sadaic hicieron grandes esfuerzos por obtener una regulación que las habilitara para cobrar un gravamen sobre todos los dispositivos que facilitan la copia, incluyendo memorias *flash*, discos duros, computadoras, escáneres, discos compactos y DVD vírgenes, entre otros. Sólo el férreo activismo de un sector de la sociedad argentina logró detener esta avanzada que sí prosperó en países como Paraguay y Ecuador.⁶ Una vez más, se trató de ampliar la ventana de cobranzas mientras se desconocía la forma en la cual esos montos serían distribuidos entre los artistas y autores.

Pese a los sistemáticos lamentos sobre los daños que la digitalización propinaría a las industrias del entretenimiento, y la queja generalizada contra la piratería que se escucha entre los voceros del paradigma hegemónico, lo cierto es que la apertura al mundo digital conlleva nuevas ventanas de negocio para las entidades de recaudación, que están tan ansiosas por ampliar sus ingresos como por seguir negándose a una reformulación de sus estructuras y a una flexibilización de los sistemas de derechos de autor para el beneficio público.

Por el momento, las entidades de gestión colectiva de la región han sido poco proclives a aceptar propuestas tales como el denominado *flat-rate* (tarifa plena o tarifa plana), una alternativa que resonó con fuerza en Brasil en momentos de álgido debate sobre la flexibilización del sistema de derechos autorales. Un sistema como éste permitiría reconocer legalmente las descargas de archivos entre pares (P2P) a cambio del pago de una suma fija incorporada en la cuenta de conexión a Internet de banda ancha.⁷

⁶ En Ecuador, la ley que lo estipula está vigente, sin embargo, para la fecha de redacción de este trabajo, el canon digital todavía estaba en etapa de implementación y no había entrado aún en vigencia.

⁷ Para ampliar información sobre este sistema, véase el trabajo de Volker Grassmuck disponible en <http://www.ip-watch.org/2009/05/11/the-world-is-going-flat-rate>, consultado el 19 de enero de 2014.

La principal objeción de los grupos de activismo de cultura libre locales a esta propuesta tiene que ver con la falta de transparencia y los problemas de gestión que presentan las entidades de gestión colectiva, que tornan inaceptable una excepción a favor del P2P como la planteada. Sin transparencia ni modificaciones profundas en las sociedades de gestión resulta impensable aprobar semejante transferencia de recursos del público a las manos de dichas entidades.

También es desafiante el hecho de que, con el auge de las nuevas tecnologías, los autores tienen cada vez más posibilidades de gestionar y controlar sus propias obras de manera autónoma e independiente y de generar así sus propias ventanas de negocios, por fuera de las entidades de gestión colectivas que se tornan reacias a aceptar tales tendencias.

Por consiguiente, parece indispensable pensar un nuevo paradigma para estas asociaciones que, bien podrían seguir brindando sus servicios para beneficio de autores y público en general.

6. Repensando la gestión colectiva del derecho de autor desde el paradigma de los bienes comunes

Como ya se ha visto, resulta evidente que las entidades de gestión, tal como están conformadas actualmente en Argentina, prevalecen por encima de los derechos de los autores y del colectivo. Si a esto se le suma la administración monopólica de todo el repertorio musical, independientemente de la participación de los autores en la asociación, estamos frente a un escenario donde la gestión colectiva merece ser repensada.

Si se entiende que la cultura y el conocimiento pueden ser parte del paradigma de los bienes comunes, podría usarse la perspectiva de los *commons* (bienes comunes) para buscar formas más justas y equilibradas de gestión colectiva que se adapten mejor al entorno digital (Ostrom y Hess, 2007). Si se entiende que la gestión colectiva es todavía necesaria, entonces es tiempo de pensar una estructura mejor adaptada y acorde a los intereses de la colectividad.

La lógica de los bienes comunes sólo puede funcionar en la medida que la comunidad evoluciona en un entendimiento colectivo sobre las relaciones y los recursos. Es esencialmente de eso de lo que tratan los bienes comunes: de ese *poner en común*, así emergen las reglas y las normas que son indispensables en los *commons*, que nunca son sólo recursos en sí, sino que también involucran todo el ecosistema social que los concierne. Entonces, es posible que el paradigma de los bienes comunes aporte un marco de referencia para repensar la gestión colectiva en el derecho de autor. Para lograrlo, es prioritario dismantelar el sistema monopólico vigente y habilitar la existencia de nuevas entidades más adaptadas al entorno digital y a sus nuevas reglas, que respeten además la voluntad de sus miembros y de la comunidad vinculada.

Para diseñar un nuevo modelo es menester recordar que la defensa de los intereses de los autores no puede ni debe estar aislada del ejercicio de los derechos de la ciudadanía con respecto a las obras, es decir, los derechos de acceso y participación en la cultura. En particular, en un entorno en el que las potencialidades de participación son más amplias que nunca gracias a las nuevas tecnologías, la restricción impuesta por el derecho autoral debe ser limitada, sometida a escrutinio y sopesada con el derecho de acceso y participación en la cultura. Esta perspectiva implica comprender que los derechos autorales y las políticas culturales no son prerrogativas exclusivas de un sector o una industria, sino que hacen y conciernen a todo el colectivo social, incluidos los autores y quienes no lo son.

Una mirada de la gestión colectiva desde el paradigma de los *commons* implica ver mucho más allá del cobro y administración de los derechos patrimoniales sobre las obras y la posterior distribución de los dividendos entre ciertos miembros de la organización, tal como opera actualmente el paradigma hegemónico de gestión colectiva. Implica, además, pensar estrategias de enriquecimiento del patrimonio común de obras y promover el acceso, la participación, la reutilización y la multiplicación de las obras y los autores. Implica una defensa de la diversidad más que el resguardo de intereses privados. Pero para hacer realidad todo lo

anterior, ciertamente, se hace necesario desligar la gestión colectiva de los problemas identificados en el modelo actual, es decir, se debe acabar la gestión monopólica, integrar a múltiples interesados, dotar de transparencia todo el sistema, respetar la voluntad de sus miembros así como la de aquellos que deciden no participar en el sistema y someterse a escrutinio público, dado que la importancia del patrimonio administrado trasciende por mucho los intereses privados y tiene fuerte arraigo en el interés público.

Una perspectiva amplia de la gestión colectiva hace imperativa la apertura de la gestión a múltiples interesados, la transparencia, la comprensión de que hacen falta reglas consensuadas en comunidad, una comunidad que respeta estas reglas y una gestión transparente del patrimonio cultural. Este tipo de gestión implica la libre participación y afiliación de los miembros, tanto en la administración como en la construcción de las reglas. Es fundamental la incorporación de los nuevos paradigmas de distribución y gestión de los derechos de los autores e intérpretes de las obras como las licencias Creative Commons, entre otras. En particular, si se consideran las nuevas tendencias, cada vez más arraigadas en la cultura popular, como la difusión a través de medios digitales, la construcción colaborativa de obras, el *remix*, el *mashup* y otras tantas expresiones propias de nuestro tiempo que no encuentran cabida en el paradigma hegemónico de la gestión colectiva actual.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) considera que la gestión colectiva es “el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses”. Esta mirada se basa aún en la idea de un autor único, aislado, incapaz de autogestionarse o de tomar decisiones sobre su trabajo, atado a un formato de industrias del entretenimiento y de la cultura anclados en la visión del siglo XX. Esa visión también excluye del panorama el interés público y las múltiples partes interesadas en la gestión colectiva: el público, el Estado, los usuarios de las obras, los nuevos actores.

Un nuevo paradigma de gestión colectiva necesita cambiar el foco del derecho privado de los autores hacia la defensa de

la diversidad cultural y la promoción de todos los derechos culturales, integrando lo que el Pidesc claramente estructuró en su artículo 15, el derecho de acceso, el derecho de participación y los derechos de autores e inventores a los beneficios que les correspondan por sus producciones científicas, literarias y artísticas. Es imprescindible recordar la integralidad de este artículo, ya que ninguna parte del mismo es factible sin el cumplimiento y el respeto del todo.

El logro de esta visión está todavía muy lejos de alcanzarse, sin embargo, esta perspectiva es una de las tantas posibilidades a evaluar a la hora de repensar la gestión colectiva: transparencia; ampliación en relación a la toma de decisiones; representación de aquellos que efectivamente desean ser representados; eliminación de la administración compulsiva de todo el repertorio; promoción de más y mejores canales de participación de las partes involucradas; inclusión de múltiples sectores interesados en la gestión; actualización hacia un modelo que promueva formas innovadoras de gestión de derechos patrimoniales y fomente la creatividad a la hora de innovar en materia de negocios. En definitiva, un sistema de gestión colectiva que promueva un mayor aprovechamiento de las potencialidades del entorno digital sin cerrar las posibilidades de acceso y participación en la cultura al colectivo social en su totalidad.

Mientras tanto, el Estado debe fortalecer sus capacidades de auditoría y control para asegurar que las entidades de gestión colectiva no expropian a los autores de sus derechos, impidan el acceso a nuevas alternativas y potencialidades de gestión y terminen así beneficiando a unos pocos, en menoscabo de los intereses de los más amplios colectivos culturales que no se ven ni se encuentran allí representados.

7. Bibliografía

- Botero Cabrera, Carolina; Guzmán Mejía, Luisa Fernanda y Cabrera Peña, Karen Isabel (2014). *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*. Bogotá: Fundación Karisma.
- Busaniche, B. (2013). "Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Tensiones existentes entre la Ley 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina". Tesis de Maestría en Flasco, Buenos Aires, Argentina. Disponible en http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.bea.org.ar/wp-content/uploads/2011/07/busaniche.final_AED_.pdf, consultado el 25 de abril de 2014.
- Busaniche, B. et ál. (2010). *Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Buenos Aires: Fundación Vía Libre, Fundación Heinrich Böll.
- Chapman, A. (2001). *La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes de apartado c) del párrafo I del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Boletín de derecho de autor, Unesco. Vol. XXXV, No. 3, 2001. Doctrina.
- Emery, M. (2004). *Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Helfer, L (2006). "Collective Management of Copyright and Human Rights: An Uneasy Alliance". Daniel J. Gervais, ed., Kluwer Law International, 2006; Vanderbilt Law School, Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 05-28.
- Lipszyc, D. (2004). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones Unesco, Cerlalc, Zavalía.
- Lipszyc, D. (2006). *Derechos de Autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones Unesco, Cerlalc, Zavalía.
- Lipszyc, D. y Villalba, C. (2009). *El derecho de autor en la Argentina*. 2da Ed. Buenos Aires: La Ley.
- ONU (1966). "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pidesc". Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>, consultado el 25 de abril de 2014.
- Ostrom, E. y Hess, C. (2007). *Understanding Knowledge as Commons. From Theory to Practice*. Cambridge: The MIT Press.
- Raffo, J. (2011). *Derecho Autoral. Hacia un nuevo paradigma*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Sadaic, (2011). "Estatutos de Sadaic". Disponible en <https://www.sadaic.org.ar/sadaic-estatuto.pdf>, consultado el 18 de enero de 2014.

Unesco (2005). "Observación General No. 17". Disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf, consultado el 25 de abril de 2014.

Gestão coletiva e transparência em sociedades complexas: Brasil

Mariana Giorgetti Valente (Brasil)
Fundación Getulio Vargas*

Resumo. As investigações de 2012 do Senado sobre o sistema de gestão coletiva no Brasil, o processo administrativo em sede de defesa de concorrência que resultou em condenação do ECAD, as entrevistas realizadas com compositores, intérpretes e advogados, a percepção geral de usuários de música, todos apontam para a questão que se repete pelos países da América Latina: falta de transparência no sistema de gestão coletiva dos direitos autorais. O sujeito dessa transparência é ora o associado, ora o usuário, ora o público em geral. Este ensaio busca mapear as demandas por transparência do sistema, e investiga as suas diversas fundamentações, tanto mais complexas por ser a gestão coletiva uma atividade que foge a classificações fáceis. O conceito é central para a disputa atual, no Supremo Tribunal Federal brasileiro, pela constitucionalidade ou não da Lei n. 12.853/2013, que regulamenta o sistema de gestão coletiva, e as discussões sobre sua aplicação têm se enriquecido nesse processo.

Palavras-chave: gestão coletiva; direito de autor; música; transparência.

Nota de atualização em 12 de maio de 2016

Depois que este artigo foi escrito, alguns acontecimentos alteraram consideravelmente o cenário que descrevi.

O Estatuto do ECAD foi atualizado e republicado em seu site, cumprindo exigências da Lei n. 12.853/2013, que reformou a gestão coletiva no Brasil. A Lei foi regulamentada em junho de 2015,

* Mariana Giorgetti Valente é pesquisadora do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas (CTS/FGV), Brasil, e professora da disciplina Direitos Intelectuais na mesma instituição.

pelo Decreto n. 8.469, que estabeleceu detalhadamente o processo de habilitação das associações de gestão coletiva de direitos autorais. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade de que eu trato no texto – ADIs 5062 e 5065 – começaram a ser julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em 28 de abril de 2016. Na ocasião, dos onze ministros do STF, seis (incluindo o relator das ações) proferiram voto pela constitucionalidade da lei, até que o ministro Marco Aurélio pediu vista do processo, interrompendo-o. Os autos já foram devolvidos para julgamento, mas não foi marcada ainda nova sessão. Os votos já proferidos pelos ministros podem ser modificados até o novo julgamento, mas temos certamente fortes indícios de que a lei 12.853/2013 será considerada constitucional, à revelia do ECAD e das associações que o compõem.

As controvérsias sobre a possibilidade de cobrança por parte do ECAD em plataformas digitais somente se aprofundaram, sendo hoje objeto de ação por ser julgada no Superior Tribunal de Justiça e de Instrução Normativa recém publicada pelo Ministério da Cultura (IN n.2/2016).

Ainda não é possível avaliar as mudanças efetivas em transparência no sistema de gestão coletiva, mas certamente passos importantes foram dados.

No dia 12 de maio de 2016, o Ministério da Cultura foi extinto, um dia após afastamento da presidenta eleita Dilma Rousseff de seu cargo por abertura de processo de impeachment no Senado Federal. A permanência das discussões que travei aqui está agora, infelizmente, no campo do imprevisível.

Se tivéssemos de eleger o problema central envolvendo sociedades de gestão coletiva na América Latina, dificilmente chegaríamos a outro resultado que não o da transparência. No Brasil, uma série de comissões parlamentares de inquérito indicaram a graves ocorrências de opacidade na gestão dos direitos de execução pública musical, seja em relação aos autores e detentores de direitos conexos representados, seja em relação aos usuários e às pessoas em geral, que são, afinal, os usuários em potencial. Existe uma percepção difusa de opacidade do sistema; uma re-

forma legislativa aprovada em agosto de 2013 buscou enfrentar o problema, e sua constitucionalidade está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal no momento desta publicação.

Neste ensaio, tratarei das demandas atuais por transparência no sistema de gestão coletiva no Brasil, por meio da análise dos documentos que registram processos de investigação e de questionamento da atuação das associações, bem como de resultados das pesquisas empíricas que estão sendo desenvolvidas no âmbito do projeto Open Business Models III. Pelo caráter da publicação a que se destina, as informações são direcionadas ao público internacional, no sentido de serem explicativas de um processo nacional; no entanto, um leitor mais familiarizado com o sistema brasileiro de gestão coletiva e com as políticas direcionadas à sua reforma pode interessar-se pela abordagem específica. Procurarei, também, dar forma mais precisa ao conceito de transparência, situando-o num debate mais amplo, que não se esgota em discussões sobre gestão coletiva ou sobre direitos autorais, mas está intrinsecamente ligado ao funcionamento das sociedades contemporâneas. Assim, espero, as polêmicas muitas vezes excessivamente particularistas podem ser avaliadas de uma perspectiva menos viciada.

1. Gestão coletiva e opacidade no Brasil

Modelo institucional

O sistema atual de gestão coletiva de direitos autorais e conexos sobre execução pública musical foi fundado em 1973, com uma Lei de Direitos Autorais que criava o ECAD, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, para funcionar como a única organização autorizada a arrecadar e distribuir recursos advindos de execução pública no Brasil. O modelo buscava dar fim à complexidade que envolvia a existência de diversas associações gerindo repertórios próprios: as associações continuariam a existir, mas, para poder continuar exercendo as atividades de arrecadação e distribuição, elas teriam de fazer parte do ECAD. O ECAD nas-

ceu, assim, como uma associação de associações, que foi efetivamente implementada em 1976. A mesma lei previa a existência de Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), vinculado ao Ministério da Cultura, com uma série de funções, dentre as quais o estabelecimento de normas para a gestão coletiva, sua supervisão, fiscalização e a intervenção, quando no interesse dos associados.

Em 1990, o então presidente Fernando Collor dissolveu o Ministério da Cultura, e com ele o Conselho Nacional de Direito Autoral. O ECAD, organização privada, continuou a existir e a realizar suas atividades em regime de monopólio legal, porém sem supervisão pública. Uma nova Lei de Direitos Autorais foi aprovada em 1998 (Lei n. 9.610), mantendo a previsão do ECAD, porém sem recriar o CNDA. Para muitos, essa sucessão histórica é a fonte dos diversos problemas relativos à transparência e eficácia do sistema.

Para fazer parte do ECAD, de acordo com seu estatuto atual,¹ as associações têm de administrar uma porcentagem mínima de ativos intelectuais em relação à média das associações que já fazem parte, e ser aceitas pela Assembleia Geral, dentre outros requisitos. Atualmente, são nove as associações que fazem parte do ECAD, sendo sete efetivas e duas administradas, sem direito a voto na Assembleia Geral. Elas se diferenciam por representar diferentes titulares de direitos de autor e conexos; são representantes das associações que votam nas Assembleias, aprovando e modificando os regulamentos de arrecadação e distribuição, e sempre em número de votos de acordo com o quantitativo de direitos autorais distribuídos no ano civil imediatamente anterior.

Apesar de o ECAD já ter sido sujeito a diversas outras investigações², exporei quais são os apontamentos relativos a trans-

¹ Estatuto em depósito com a autora - o ECAD não está, em 27 de janeiro de 2013, disponibilizando seu estatuto em sua página na Internet, por razões que desconheço. Uma versão não oficial pode ser encontrada neste link: <http://www.amar.art.br/estatutoecad.pdf>.

² Foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados (1995/96), e três nas Assembleias Legislativas do Mato Grosso do Sul (2005), de São Paulo (2009) e do Rio de Janeiro (2011). Nessas investigações, foram apontados crimes

parência feitos na Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado em 2012 e na decisão do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em 2013, que trazem as denúncias mais atualizadas e que foram levadas em consideração na reforma legislativa no mesmo ano de 2013. Passarei também por argumentos levantados em campo.

A CPI do ECAD

Em 2011, foi instaurada no Senado Federal brasileiro uma CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito, com o fim de investigar

“irregularidades praticadas pelo ECAD na arrecadação e distribuição de recursos oriundos do direito autoral, abuso da ordem econômica e prática de cartel no arbitramento de valores de direito autoral e conexos, o modelo de gestão coletiva centralizada de direitos autorais de execução pública no Brasil e a necessidade de aprimoramento da Lei 9.610/98 [Lei de Direitos Autorais]” (Relatório da CPI, 2012:5).

Dentre as irregularidades apontadas no relatório final, várias estiveram relacionadas à falta de transparência seja quanto ao usuário de música, seja quanto ao titular de direito de autor e conexo. Debruçando-se especificamente sobre a *arrecadação* por execução pública musical, a CPI identificou que (i) aos usuários de música não é oferecida informação plena sobre os parâmetros de cálculo. Além disso (ii), os critérios para arrecadação são decididos nas Assembleias Gerais do ECAD, mas as atas que divulgam esses critérios são publicadas meses após surtirem efeito. De forma mais geral, (iii) não há clareza quanto aos critérios, já que os usuários são submetidos a mais de um critério de interpretação ou de incidência das normas de arrecadação, e a aplicação de uma ou outra é discricionária³. Por fim (iv), o ECAD pratica

de falsidade ideológica, sonegação fiscal, apropriação indébita, enriquecimento ilícito, formação de quadrilha, formação de cartel e abuso de poder econômico, mas isso não levou a maiores consequências.

³ Uma experiência pessoal com um agente do ECAD confirma essa conclusão. Trata-se de cobrança mensal relativa a execução fonomecânica na modalidade sonorização ambiente. Embora existissem critérios de valor para essa modalidade, eles podiam ser aplicados tanto em função da área sonorizada quanto do público que frequentava o local e valor dos ingressos; não havia clareza se as gratuidades entrariam no cálculo ou não.

o sigilo quanto a contratos entre ele e seus usuários regulares. Para o relatório da CPI, esse sigilo seria justificado, no discurso e na prática do ECAD, por uma postura que prioriza a relação da instituição com os titulares de direito, ignorando outras relações importantes e para as quais a transparência seria essencial (Relatório da CPI, 2012:82):

i) transparência na relação entre usuários e titulares, já que aos titulares deveria ser garantido que o aproveitamento econômico de suas obras não fosse dificultado por preços inadequados ou por falta de informação – problemas nessa relação têm levado a números muito elevados de judicialização, que costumam ser utilizados pelo ECAD como um dado positivo, como se provassem que a instituição está defendendo os interesses dos associados.

ii) transparência na relação entre usuários e a população, na medida que são os usuários que dão efetivo acesso às expressões da cultura, e dependem da população para sobrevivência econômica.

iii) transparência na relação entre o titular de direitos e a população, que deveria ser guiada por processos naturais de legitimação artística. A CPI refere-se, aqui, à prática do *jabá* ou *payola*, favorecida, no Brasil, pela dominação exercida sobre o ECAD por grupos econômicos.

Ainda quanto à arrecadação, a CPI apurou que o ECAD é um órgão privado que cobra multas, mas não declara a destinação dos recursos dessas multas. Até a extinção do Conselho Nacional de Direito Autoral, elas eram direcionadas a um fundo – o Fundo do Direito Autoral. Atualmente, o ECAD justifica que não publica a destinação das multas por não ser obrigado a tal, já que um órgão privado.

Também na análise dos critérios de distribuição, a CPI encontrou problemas de transparência. O regulamento de distribuição do ECAD é extremamente vago e lacunoso. Como descreve o relatório detalhadamente, há diversas disposições do regulamento que remetem a outros regulamentos para informações completas, ou determinam que contratos e convênios com usuários passam a fazer parte das regras de distribuição, mas nem um nem outro estão disponíveis. Os contratos e convênios, em muitos casos, são

A incerteza que a negociação provoca leva a um alto grau de rejeição quanto ao ECAD, sensação que é bastante evidente nos círculos de produção cultural em geral.

guardados sob sigilo. Além disso, são estabelecidas regras excepcionais que permitem “acordos especiais”, não especificados (Relatório da CPI, 2012:100-103).

Como corolário dessas conclusões, a CPI investigou um episódio ocorrido em 2010, em que o ECAD trocou a empresa BDO Trevisan, contratada para fazer auditoria de balanço, por outra, Martinelli, alegando que a primeira estava solicitando documentos que não seriam necessários para os fins da auditoria, ou cujo acesso não poderia ser franqueado a não ser mediante autorização da Assembleia Geral. Os documentos sigilosos em questão seriam a relação e dados cadastrais dos clientes por segmento de rádio, televisão e empresas e geral, fluxograma do setor de distribuição, entre outros (Relatório da CPI, 2012:216).

Processo Administrativo no CADE

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é uma autarquia do Ministério da Justiça que tutela a prevenção e a repressão do abuso de poder econômico. Em 2010, a ABTA (Associação Brasileira de Televisão por Assinatura) instaurou processo administrativo (08012.003745/2010-83) perante o órgão, reclamando que o ECAD e as então seis associações efetivas, ou seja, que tinham direito a voto no sistema ECAD, estariam praticando cartel, por estabelecerem *valores unificados* de arrecadação, em vez de estabelecerem os preços cada qual por si. A ABTA alegava, além disso, que os preços praticados eram abusivos, que não havia margem de negociação, e que o ECAD impunha barreiras de entrada a novas associações no sistema de gestão coletiva.

Do longo processo, resultou a determinação de que, mesmo sendo as associações entidades sem fins lucrativos, e gerirem direitos constitucionais, elas deveriam resguardar a concorrência e poderiam ser condenadas por condutas anticoncorrenciais. Assim foi: o ECAD e as associações foram condenadas a multas elevadas por infração à ordem econômica, nas modalidades cartel e abuso de poder dominante. Embora a interessante discussão tenha se dado predominantemente no âmbito do direito concorrencial, os conselheiros, inclusive os que apresentaram votos divergentes

em relação aos que prevaleceram, indicaram como sugestão para evitar os problemas de gestão levantados no processo uma tutela estatal sobre as atividades do ECAD, “com vistas a: (i) fiscalizar a sua atuação, como forma de garantir a proteção dos direitos autorais e (ii) aumentar a eficiência do funcionamento deste setor como um todo, em benefício dos titulares de direito autoral e seus usuários” (Voto: Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça, 2013:119).

Alguns relatos de entrevista⁴

Advogados que representam titulares de direitos também se queixam da falta de transparência no sistema. Uma das principais questões diz respeito a um descompasso entre a eficiência arrecadadora e a de distribuição, já que a primeira está claramente explicada no regulamento de arrecadação, no site do ECAD, mas as regras da última não são claras; tampouco aos associados o regulamento é fornecido (QUEIROZ, 2008:1). Decisões esdrúxulas tomadas nas Assembleias seriam parcialmente decorrentes da proibição da presença de associados nelas, em que participam somente os representantes de associações. Um outro advogado da área, no Rio de Janeiro, indicou conseguir obter determinadas informações somente em função do desenvolvimento de relações pessoais com funcionários de associações⁵.

O estado de desinformação é ainda mais claro em cenas musicais consideradas periféricas, no sentido de subintegradas à indústria fonográfica tradicional⁶. Nas entrevistas que conduzimos

⁴ Aqui, adianto alguns resultados da pesquisa mais ampla sobre gestão coletiva que estamos realizando, como componente do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas, no âmbito do projeto Open Business Models III, com foco no caso brasileiro e em estudo de caso do funk carioca. Resultados mais aprofundados serão apresentados no relatório final desta pesquisa. Agradeço, desde já, a Elizete Ignácio dos Santos, Lídia Canellas e Pedro Augusto Francisco pelo trabalho em desenvolvimento e realização das entrevistas.

⁵ Entrevista, advogado de direitos autorais, 2013.

⁶ Utilizo a expressão periférica na ausência de uma expressão mais adequada. O termo evoca concepções diferentes e leva a uma padronização inadequada de situações distintas. No projeto Open Business Models III, estamos buscando estabelecer os problemas do conceito.

com agentes do funk carioca⁷ – produtores, DJs, MCs, representantes de equipes de som, jornalistas e pesquisadores, uma das principais conclusões foi que a gestão coletiva não faz parte da forma como os autores e titulares de direitos conexos são remunerados⁸.

Os poucos titulares de direitos que estão cadastrados no sistema ECAD alegam não receber muitos recursos e não contar com os direitos de execução pública para sua renda. Uma das razões para isso é que o ECAD não arrecada dos bailes de comunidade, e para isso há muitas razões históricas e sociais que fogem ao objetivo deste relatório, e dificilmente poderiam ser imputadas ao próprio ECAD. Outra das razões, e que nos interessa mais aqui, é que declaram não ter parâmetros para medir se o que recebem é justo; as falas em geral revelam um sentimento de desconfiança em relação às associações, que não leva a qualquer conclusão pela malversação de recursos, mas evidencia que nunca está claro, para eles, o que exatamente lhes seria devido. Entrevistas demonstram que eles compreendem que deveriam receber o equivalente ao que pagam quando executam um show com músicas próprias, e não têm informações sobre porque não recebem o valor integral

⁷ Uma das expressões artísticas mais significativas do Rio de Janeiro, o funk carioca surgiu no início da década de 1980 nos subúrbios do Rio de Janeiro e municípios próximos, influenciado pelos ritmos do funk norte-americano e gêneros brasileiros como o samba. Popularizou-se na década de 80, mas estruturou-se na década de 90, quando foi proibido nos clubes da cidade, e passou a ser tocado nos bailes das comunidades. Apesar de ter influenciado o funk de outras regiões do país, o ritmo, o teor das letras e o modo como se estrutura são bastante particulares, e, mesmo no estado do Rio de Janeiro, subdivide-se em estilos. O funk carioca é tanto um evento, o baile, quanto um gênero musical. De forma geral, é compreendido como um gênero kitsch, como não cultura, associado à pobreza harmônica e poética, apesar da riqueza rítmica.

⁸ Há diversos fatores que afastam o funk do sistema de gestão coletiva. Alguns deles não dizem respeito necessariamente a uma falta de transparência do sistema de gestão coletiva, embora se possa certamente afirmar que tampouco existe um esforço de esclarecimento e inclusão por parte das associações. Estão ligados à própria cena musical: em parte a efemeridade de grande parte dos artistas, que, relatam as entrevistas, têm em geral carreiras curtas, associadas a um ou poucos sucessos. De outra parte, uma desinformação sobre a gestão de direitos, seja quando os atores não diferenciam entre, por exemplo, direito de sincronização de direito de execução pública, seja quando DJs, que atuam no arranjo das músicas, demonstram desconhecer da titularidade de direitos conexos. Também uma estrutura centralizada em apenas duas equipes de som, que fazem as vezes de editoras, embora o cenário esteja se transformando.

pago⁹. Um entrevistado que edita as próprias músicas explicitou que, nos relatórios que recebe de comprovação dos pagamentos, a rubrica geral *show* indica o montante a ser recebido, mas não discrimina por show em que sua composição foi tocada. Isso faz com que ele não consiga ter controle ou compreensão do quanto lhe é devido, e é um fator de desconfiança¹⁰.

De forma semelhante, uma MC relatou que faz controle próprio de em que rádios suas músicas estão tocando, e não consegue saber se a associação faz o mesmo controle¹¹. Outro entrevistado mostrou incompreensão de quando deve receber como intérprete e quando como compositor, e alegou ter buscado auxílio em sua associação e não ter recebido informações satisfatórias¹². E ainda uma outra entrevista revelou que o estado de desinformação faz com que titulares de direitos mudem de associação buscando receber mais, com base em informações genéricas de que colegas de outras associações estariam recebendo propriamente¹³. Alguns outros relataram problemas em tirar dúvidas e obter informações em suas associações. Dois entrevistados declararam também que são associados a entidades de gestão coletiva estrangeiras, e que

⁹ “Justamente por ser uma coisa difícil de ser compreendida, sabe! É difícil você entender como é que o ECAD poderia te representar. É difícil responder essa pergunta. Como que o ECAD poderia me representar, né? Eu acho que, assim como as leis que regem o direito autoral no Brasil, né? (Entrevista com MC, 14 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS).

¹⁰ Ele alega que suas composições já foram tocadas até por Ivete Sangalo, intérprete de renome no Brasil, e que não lhe parece que tenha sido remunerado proporcionalmente (entrevista com DJ, produtor musical, proprietário de estúdio e site, filiado à ABRAMUS).

¹¹ Entrevista com MC, 3 músicas editadas e cadastradas na SOCINPRO.

¹² Entrevista com MC, 21 músicas editadas e cadastradas na UBC. Um outro problema indicado, e que tem pouca relação com o debate sobre transparência, é o fato de os shows serem baseados em improvisação, mas o setlist de músicas ter de ser enviado sempre antes e não corresponder ao que foi efetivamente tocado. Às vezes, as listas são enviadas com músicas que não serão tocadas, para “fortalecer os amigos” (entrevista com DJ e produtor musical, 52 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS).

¹³ Entrevista com DJ e produtor musical, 52 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS.

essa condição faz com que percebam que não recebem informações suficientes ou claras das associações brasileiras¹⁴.

O problema não é só nosso: sociedades de gestão coletiva na América Latina

A pesquisa comparativa coordenada pela Fundación Karisma sobre sociedades de gestão coletiva na América Latina¹⁵ evidencia que o problema de opacidade encontrado na atividade de gestão coletiva brasileira não é uma questão meramente local. Dos resultados obtidos, sobressaíram quatro temas: governança, eficiência, transparência e ambiente digital.

As dificuldades relativas à falta de transparência colocaram-se, sustenta o relatório colombiano, também em relação aos esforços de pesquisa. Identificou-se, logo no início da coleta de dados, uma expressiva falta de informações sobre o tema – ou, melhor colocado, de informações relevantes. As sociedades da região, por vezes, divulgam dados em suas páginas na Internet, mas muitas vezes de caráter publicitário ou incompleto. O contato com as fontes foi dificultoso; no caso do Brasil, por exemplo, não se conseguiu entrevistar funcionários das sociedades de gestão coletiva, que alegam estar proibidos de dar entrevistas; foi possível entrevistar somente ex-funcionários.

Em alguns países, não foi possível aos pesquisadores conhecer com certeza o número de afiliados, para produzir informações comparativas. Muitas associações não oferecem dados tampouco sobre as obras que fazem parte de seu repertório; no Chile, no Brasil e na Colômbia, onde se produziram pesquisas aprofundadas, não se conseguiu obter informações completas. Dos países

¹⁴ Entrevista com MC, 14 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS, e com DJ e produtor musical, 52 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS.

¹⁵ “La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe” pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto Open Business III, financiado pelo IDRC, e que reúne esforços de equipes da Colômbia, Jamaica e Brasil. A maior parte dos esforços colombianos esteve concentrada em agregar dados descritivos sobre a Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Jamaica, México, Peru e Uruguai, com uma fase qualitativa de aprofundamento no Brasil, Colômbia e Chile.

pesquisados, somente na Colômbia, no Chile, no Equador, no Peru e no Uruguai existe a obrigação estabelecida por lei de divulgação de informação por parte das sociedades. Mesmo nesses casos, a obrigação de transparência não chega longe: as sociedades têm obrigações de informar autoridades e associados, ou de responder a pedidos determinados. O Chile é o único país que fornece informações completas e acessíveis ao público em geral. E, de forma equivalente ao que ocorreu com a equipe brasileira de pesquisa, as entrevistas revelaram que a transparência é uma preocupação dos artistas, como foi o caso com Héctor Buitrago na Colômbia ou de Andrés Valdivia no Chile.

Remetemos ao relatório de pesquisa da Fundación Karisma para informações mais aprofundadas sobre o tema. Resta ressaltar que, durante a coleta de informações para a análise comparativa feita pela equipe brasileira, em março de 2013, tivemos dificuldades em obter algumas informações básicas. Das nove associações que fazem parte do sistema ECAD, três (SBACEM, SICAM, SADEMBRA) não disponibilizavam seus estatutos no website, de forma que não era possível saber detalhes sobre direitos e deveres dos associados, política interna de representação, etc. Tentamos contato com todas, solicitando envio do estatuto, a título de interesse em fazer parte delas, sem sucesso em nenhuma. Atualmente, a SBACEM disponibiliza seu estatuto, possivelmente em resposta às demandas surgidas no processo de regulação da gestão coletiva do Brasil em 2013. No caso de uma delas, a SADEMBRA, fizemos contato telefônico, e os atendentes não sabiam informar a respeito dos critérios de admissão.

Pilares da reforma

O processo de disputa em torno da gestão coletiva no Brasil elegeu a transparência como um dos pilares fundantes de um sistema ideal. A partir de julho de 2013, uma articulação de artistas de renome da cena musical nacional, capitaneados pela equipe da Ministra da Cultura Marta Suplicy, pressionou pela aprovação de um projeto de lei que era parcialmente fruto das investigações

conduzidas no Senado. A Lei n. 12.853 foi aprovada em 14 de agosto de 2013, com o objetivo declarado de reformar o sistema de gestão coletiva no Brasil, determinando que a atividade de cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma, por parte das associações de gestão coletiva, deve seguir os critérios da isonomia, eficiência e transparência. Na esteira dos diversos dispositivos que exigem transparência por parte das associações de gestão coletiva e do ECAD, a lei declara que a atividade de gestão coletiva é atividade de interesse público, e, como tal, deve atender à sua função social.

Como foi o caso em muitos países, a atividade de gestão coletiva surgiu no Brasil de forma espontânea, mediante a associação livre de titulares de direito pelo interesse comum de facilitar a arrecadação e distribuição dos direitos de execução pública de suas obras. Não há registro de ter havido discussões anteriores sobre o caráter privado dessa atividade, ou, em outras palavras, sobre serem os interesses envolvidos na gestão coletiva de direitos autorais nada mais que privados. Privados, no sentido de pertencentes ao domínio econômico e às relações de troca. A aprovação da lei pôs a discussão: teria a atividade de gestão coletiva de direitos autorais caráter público ou privado? Se privado, o Estado não teria legitimação para propor medidas de regulamentação e exigências específicas de transparência?

Os termos mobilizados pela discussão sobre uma intervenção indevida no domínio econômico com essas medidas, e que exploraremos mais adiante, são deliberadamente simplistas e não levam em conta as manifestações contemporâneas do conceito de transparência. Retomemos a ideia de transparência, do ponto de vista da teoria social e da ciência política contemporânea, na medida do necessário para entender de que transparência tratamos quando a discussão é gestão coletiva no Brasil.

2. Transparência como política

Transparência é um “valor amplamente compartilhado, porém amorfo” (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:xi, tradução nossa), que merece concretização, sob risco de se tornar um conceito vazio. Sem empreender aqui a gênese do conceito, como ideia ou como prática, arriscamos dizer que transparência é vista como um valor intrínseco às democracias, essencial para seu funcionamento. A transparência, no sentido de publicidade dos atos do poder, é entendida como a chave da transformação de um Estado absoluto para um Estado de direito – nas palavras de Bobbio, a democracia é o governo do público em público (1986). Ocupa um lugar de destaque na construção conceitual da democracia deliberativa: o eixo de uma esfera pública é o conceito de publicidade, garantia fundamental da relação entre opinião pública e Estado, e da relação entre eleitores e representantes¹⁶. O declínio histórico da esfera pública burguesa estaria ligado à ascensão dos veículos de comunicação social, e, com eles, uma linguagem baseada na lógica de manipulação das relações, em vez de uma linguagem de lógica crítico-racional que seria responsável por promover a transparência do poder instituído. (HABERMAS, 1984:158)¹⁷.

¹⁶ A esfera pública, tal como desenvolvida conceitualmente por Jürgen Habermas, pode ser sintetizada como a rede na qual se comunicam conteúdos e se tomam posições e opiniões, onde os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, condensando-se em opinião pública. É um espaço que se reproduz por meio do agir comunicativo, e que se dá dentro do mundo da vida. Este é “um reservatório de interações simples; e os sistemas de ação e de saber especializados, que se formam no interior do mundo da vida, continuam vinculados a ele. Eles se ligam a funções gerais de reprodução do mundo da vida (como é o caso da religião, da escola e da família), ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicado através da linguagem comum (como é o caso da ciência, da moral e da arte). Todavia, a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções; por isso, quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada.” (HABERMAS, 1984:92).

¹⁷ A transparência é um eixo essencial na transformação do pensamento do filósofo: se, em 1962, a própria burocracia estatal seria fonte de opacidade, no sentido de resistir ao princípio da publicidade e colonizar o mundo da vida, em 1992, em *Direito e Democracia*, ele passa a entender o Estado, quando regulado por um procedimento dotado de legitimidade racional-discursiva, como um produtor *potencial* de transparência, sendo ele o influenciado indiretamente pela esfera pública, produtora de transparência. Transparência, então, é poder comunicativo.

A própria autonomia, entendida, no contexto da democracia deliberativa, como a capacidade de deliberar em conjunto sobre a vida pública ou privada por meio de reflexão informada, exige a transparência na forma de prestação de contas: se a complexidade da vida exige que se delegue parte da autonomia para que outros decidam e julguem por si, a autonomia só se mantém na medida que os delegados sejam capazes de eficazmente prestar contas das decisões que tomam em nome de outros (GUTMANN, 1995:21). “A exigência de prestação de contas (*accountability*), e não a participação direta, é a chave da democracia deliberativa (...). Aqueles que agem em nosso nome devem nos prestar contas, e nós devemos sujeitá-los a isso” (GUTMANN, 1995:23)¹⁸. A sustentação da autonomia inclui o desenvolvimento de práticas políticas que encorajem e permitam que as pessoas deliberem sobre política, particularmente práticas de transparência.

Se a transparência tem papel central nos sistemas políticos democráticos desde seu surgimento, é bastante claro que manifestações mais concretas do conceito e mobilizações em torno dele surgiram nas últimas décadas, com o avanço e a popularização da Internet. Para além da polêmica discussão sobre a existência ou não da chamada esfera pública interconectada (BENKLER, 2006; GEIGER, 2009; POSTER, 1995), a Internet no mínimo transformou os hábitos dos cidadãos, no sentido de as pessoas terem se tornado habituadas a buscar informações online, trocar experiências e informações com outras pessoas em tempo real ou reduzido, e, para uma parte dos usuários, bem como das empresas, tratar

¹⁸ *Accountability*, palavra de difícil tradução para o português ou espanhol, pode assumir, na terminologia de Guillermo O'Donnel, a versão vertical, e que diz respeito ao controle do governante por meio das eleições, e a horizontal, ausente historicamente na tradição democrática, e é entendida como “a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas” (1998:s/p). Também Arato discute o conceito de *accountability* política como forma de garantir a relação entre representantes e representados, cumpridas determinadas condições, sem estabelecer a distinção entre as duas formas de *accountability* (2002:s/p).

e cruzar grandes blocos de informações¹⁹. Em outros casos, a Internet tem garantido a publicização de informações classificadas como secretas, como o Wikileaks. Nesse contexto, a não divulgação de dados que são percebidos como públicos torna-se tanto menos justificável.

O que essa discussão não contempla é a extensão do conceito de transparência em sua transformação em política pública, ou seja, como, a quem e a qual tipo de informação se aplica. Em princípio, a teoria social parece dar conta de apontar para a adequação de políticas que podem ser enquadradas como *right-to-know*, ou direito-de-saber. São medidas relacionadas à legitimidade do poder público, a exigir a abertura geral em todas as instâncias de governo, de forma a controlar a burocracia e os funcionários públicos. Historicamente, os Estados Unidos tiveram proeminência, em 1960, com a edição de uma série de leis de transparência pública (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:155).

É também nesta chave de análise que devem ser compreendidas iniciativas como a Open Government Partnership, de 2011, uma plataforma internacional à qual aderem países que cumprem com um standard mínimo de abertura de dados governamentais. O Brasil iniciou seu processo de aderência à plataforma em setembro de 2011, e promulgou, em novembro daquele ano, a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), aplicáveis à União, aos Estados e aos Municípios. A lei prevê a divulgação de informações, bem como um procedimento para pedido de informações por qualquer cidadão, de qualquer órgão governamental, bem como de entidades privadas que recebam recursos públicos,

¹⁹ “A survey conducted by the Pew Internet and American Life project in June 2004 found that the 107 million Americans who used search engines conducted about 3.9 billion Internet searches a month, about half from home and half from work. Forty-four percent reported that they urgently needed the information they were seeking, and most people (87 percent) reported that they found the information they were looking for most of the time. Half of American adults searched for health information. Seventy-five million Americans sought political information on the Internet during the 2004 campaign. In surveys in 2004 and 2005 the Pew Project found that 60 million Americans had turned to the Internet for help with major life decisions, up from 45 million in 2002 surveys. People sought help with major investments, job changes, illnesses, and voting choices.” (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:155).

guardadas algumas condições. Aprofundaremos nesse processo mais adiante²⁰.

Há, porém, políticas de transparência que não estão inscritas de forma tão óbvia nesse contexto. Sem substituir as políticas anteriores, coexistindo com elas e por vezes delas indistinguíveis, passaram a ser desenvolvidas, a partir do início dos anos 80, nos EUA, especialmente por preocupações com poluição e riscos no ambiente de trabalho (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:29), políticas de transparência classificáveis como *targeted transparency*: são medidas específicas, direcionadas à exigência de divulgação de informação factual por parte de organizações privadas, com objetivos relacionados à redução de riscos ou perdas desnecessárias, melhoria da qualidade dos serviços públicos, ou mesmo combate à corrupção (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:xiii). Um exemplo elucidativo do funcionamento de uma política de *targeted transparency* é o das SUVs: nos Estados Unidos, no fim dos anos 90, ficou provado que uma série de acidentes automobilísticos envolvendo SUVs, que eram compreendidas pelo público como carros mais seguros, eram causados por falhas e riscos que eram conhecidos pelos fabricantes, mas guardados em segredo dos consumidores. Na dificuldade de se determinar um padrão consensual de segurança mínima para os fabricantes, principalmente devido aos interesses concorrentes na questão, uma lei de 2000 passou a obrigar a divulgação de informações precisas e adequadamente organizadas de forma a serem compreensíveis ao usuário comum. Um complexo tratamento dos dados oferecia uma representação visual, de uma a cinco estrelas, relativa ao risco associado àquele automóvel – evoluiu-se depois para a exigência de que a informação deveria ser fixada no próprio automóvel. O resultado, após a medida, foi a verificação de um aumento, ano após ano, no nível de segurança das SUVs (ver exemplo detalhado em FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:1-4).

Exemplos mais corriqueiros envolvem a exigência específica de divulgação de informações nutricionais de alimentos, riscos

²⁰ Ver <http://www.acessoainformacao.gov.br/>.

associados a um determinado procedimento médico, e mesmo divulgação de balanços financeiros, com a finalidade principal de informar adequadamente os investidores e evitar fraudes. Podem ser pensadas também políticas de divulgação de estatísticas de prestação de determinados serviços, como empréstimos financeiros, de acordo com raça, gênero e renda, ou outros índices, como requisito para ajuda governamental. “*The ingeniousness of targeted transparency lies in its mobilization of individual choice, market forces, and participatory democracy through relatively light-handed government action*” (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:5). A targeted transparency é mais caracterizável pelo escopo e objetivo específico, que por ser direcionada ao setor privado em vez do público; no entanto, o modelo é associado às políticas pioneiras de transparência no setor empresarial.

Políticas de *targeted transparency* obrigam a divulgação de informações que empresas, associações civis ou mesmo órgãos do governo possivelmente não divulgariam por iniciativa própria – a característica de não rivalidade da informação é apenas uma das razões pelas quais o mercado busca protegê-la. Por trás delas, a ideia de que, em uma sociedade complexa, mercados e processos deliberativos não dão conta de produzir aos cidadãos e consumidores as informações necessárias para determinadas escolhas que podem envolver riscos. Mas a necessidade ou conveniência de políticas mandatórias de transparência dirigidas ao setor privado é bastante controversa. Argumentos contrários são apontados ao menos desde Coase (1960), que insiste que transparência legislativa não seria necessária caso, numa questão ambiental, por exemplo, tanto o poluidor quanto o poluente tivessem as informações que precisassem. De outro lado, foram desenvolvidas desde então pesquisas indicando que, na prática, o mercado não fornece as informações necessárias para consumidores, investidores e funcionários poderem tomar decisões informadas (assimetrias), ou, quando fornecem informações, nem sempre elas são apresentadas de forma a serem devidamente processadas. (FUNG, GRAHAM, WEIL, p. 30). Isso constituiria uma possível legitimação para ação do Estado, mesmo num regime capitalista, por ser ele

o único capaz de, via legislação, obrigar entidades privadas de forma permanente e com o respaldo de processos democráticos.

Embora não seja necessário nos prolongarmos muito neste ponto, um terceiro modelo que estaria se tornando cada vez mais visível é o da chamada transparência colaborativa, no qual aqueles que em modelos anteriores eram usuários passam também a produzir informações; é a transparência que mais relação tem com a cultura da Internet que mencionei acima. A transparência colaborativa é construída em cima da primeira e da segunda gerações de transparência: na medida que informações sobre gestão governamental ou dados específicos de *targeted transparency* vão sendo publicadas na Internet ou mesmo em outros meios, mas especialmente em dados abertos, cidadãos e organizações podem produzir cruzamentos de dados que trazem novas perspectivas sobre as informações compartilhadas²¹. Do ponto de vista regulatório, o governo tem uma função de facilitador, mais que de interventor. Argumenta-se que deve assumir, também, uma maior responsabilidade em relação aos formatos da informação (SILVA, 2010:26).

No Brasil

No contexto brasileiro, o conceito de transparência tem sido colado à principal iniciativa nesse sentido – a Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n. 12.527/11), que obriga os órgãos da administração direta e indireta, bem como entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos em alguns regimes, a garantir a divulgação de informação, compreendendo, no mínimo, questões organizacionais e financeiras (art. 8º, §1º). Além disso, a lei prevê um mecanismo para pedido de informações, e

²¹ No Brasil, um exemplo bastante elucidativo é o projeto “Quem São os Proprietários do Brasil?”, do Instituto Mais Democracia e a Cooperativa EITA, e que mede concentração de poder econômico por meio de um cruzamento da receita das empresas com o controle, a propriedade sobre ações ordinárias (com direito a voto) que uma determinada empresa possui em relação a outras empresas e, assim, sua capacidade de influenciar a economia brasileira. Todas essas informações são públicas, mas trazem esse resultado quando recombinações. Veja o ranking: <http://www.proprietariosdobrasil.org.br/>.

a possibilidade de recurso. A LAI entrou em vigor em 2012, e os resultados ainda têm sido tímidos ou pouco satisfatórios (ARTIGO19, 2013). Há inúmeras iniciativas pontuais, classificáveis como de *targeted transparency*, que estabelecem a obrigação de informações específicas por parte também de empresas privadas. Como interessante exemplo, uma lei do Estado de São Paulo, promulgada no fim de 2013 (Lei Estadual n. 15.248/13), as 10 empresas com mais reclamações em órgãos de defesa do consumidor no ano anterior deverão fornecer esta informação em suas páginas. A Lei das Sociedades Anônimas, de 1976, também obriga à divulgação de resultados financeiros de forma bastante detalhada.

A questão que se coloca é onde se localizam as demandas de transparência do ECAD entre esses dois casos. Aprofundemos: como expusemos, o ECAD é uma organização privada, uma “associação de associações”; a associação de detentores de direitos autorais e conexos é livre no país, mas, para que eles possam arrecadar e distribuir valores relativos a execução pública, a associação precisa passar a ser associada ao ECAD. De um lado, o ECAD não movimenta recursos públicos, por administrar exclusivamente valores relativos a direitos patrimoniais de autor. Como tal, uma abordagem clássica de transparência no sentido de *right-to-know* não se aplicaria estritamente a ele. Embora haja espaço para questionamento, da letra da Lei de Acesso à Informação não parece decorrer que o ECAD deva prestar informações naquele modelo, por não gerir recursos públicos. Disso tudo, não parece que a transparência que se demanda do ECAD deriva da noção democrática de *accountability*, por não se tratar o ECAD de uma instituição paga com tributos, ou eleita pelo povo.

De outro lado, a legitimidade de políticas de *targeted transparency* deriva da constatação de que a desinformação gera riscos que devem ser minimizados mediante ação estatal, ou serviços que podem ser melhorados; se o ECAD, como organização privada, pode ser alvo de uma regulação de transparência de segunda geração, qual seria o risco evitado, ou qual o serviço que está sendo oferecido? É nesta chave que o ECAD tem argumentado, recorrentemente, que o caráter privado de sua atividade, e a previsão

legal de que ninguém pode utilizar obra alheia sem compensação prévia, colocam os usuários de música numa relação privada de licenciamento com os titulares de direitos – e não na posição de tomadores de um serviço. Na argumentação do ECAD, essa relação nada tem de interesse público.

3. ECAD e transparência: disputas determinantes

Essa disputa tornou-se ordem do dia com a aprovação da mencionada Lei n. 12.853, que por sua vez promove modificações na Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98). Em dezembro de 2013, na iminência da entrada em vigor da lei, os seus efeitos foram suspensos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, atendendo ao pedido de medida cautelar em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propostas pelas associações de gestão coletiva de direitos autorais que fazem parte do sistema ECAD.

A nova lei vem estabelecer um sistema mediante o qual um órgão vinculado ao Ministério da Cultura terá o poder de habilitar ou não uma associação para fazer parte do sistema ECAD, e, assim, participar da arrecadação e distribuição de direitos autorais por execução pública. Para ser habilitada, a associação terá de comprovar uma série de requisitos relativos à sua capacidade de administrar os direitos de forma eficaz e transparente. Alguns documentos deverão ser enviados anualmente ao Ministério da Cultura, e existe a previsão de um procedimento, com ampla defesa e contraditório, para anular a habilitação caso se comprove que a associação não cumpre mais as condições.

Há várias disposições direcionadas a problemas de representação, nas associações, dos autores e titulares de direitos conexos, e de provisão de eficácia na atividade. Determina-se também que o ECAD não poderá mais cobrar via *blanket license*, ou licença-cobertor, mediante a qual o pagamento de um valor único por usuário possibilita o uso de qualquer parcela do repertório do ECAD, seja ela pequena ou grande. Mas o coração da lei, bem como a parte mais controversa e a que nos interessa aqui, são as

medidas para trazer transparência em todo o sistema. Dizem respeito ora à transparência das associações em relação aos usuários, ora em relação aos próprios associados, mas, na maioria dos casos, dizem respeito aos dois.

a) As associações devem ter um cadastro centralizado dos contratos e outros instrumentos que comprovam autoria e titularidade, e disponibilizá-los em formato digital para quem quer que os solicite. Em caso de inconsistência nas informações, o Ministério da Cultura poderá retificá-las (art. 98, §§6º e 7º).

b) Os usuários poderão ter acesso a comunicação periódica da totalidade das obras e fonogramas utilizados; os titulares de direito terão acesso em tempo real (art. 98, §9º).

c) As associações devem fornecer, em seus websites, as formas de cálculo e critérios de cobrança de forma detalhada, bem como os critérios de distribuição, incluindo as planilhas fornecidas pelos usuários (sem necessidade de explicitar quanto cada titular recebe individualmente), bem como seus estatutos, atas de reuniões deliberativas e o montante de créditos retidos, ou seja, arrecadados sem identificação, com o motivo da detenção (novo art. 98-B, I e II).

d) Em relação ao associado, as associações devem prestar contas de forma direta e regular, inclusive dando meios de acesso ao balanço individual, “da forma mais eficiente dentro do estado da técnica” (novo art. 98-B, IV).

e) Como uma das maiores inovações, o usuário deve apresentar ao ECAD as listas do que executou (a cobrança será proporcional). Mas, além de entregar a lista ao ECAD, ele terá de deixá-la disponível no seu site, ou, se não tiver, em seu estabelecimento. Assim, ainda que a informação vá ser extremamente descentralizada, existe uma segunda fonte de informações além da fornecida pelo ECAD ou pelas associações (art. 68, §6º). Pode-se afirmar que o tipo de transparência que se está promovendo com esse modelo é o de terceiro tipo, o colaborativo, em que parte das informações são fornecidas de forma descentralizada, pelos usuários do serviço.

Argumentos do ECAD: a transparência é uma invasão

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionam o que consideram ser uma interferência desmedida no sistema, em especial com os argumentos de violação aos direitos de livre iniciativa e de propriedade. Os autores, todos associações de gestão coletiva, argumentam que o aproveitamento econômico dos direitos autorais tem natureza eminentemente privada (Petição Inicial, 2013:10), não havendo qualquer interesse público envolvido (*Idem*, 16). A gestão coletiva seria apenas uma forma de viabili-

zar o exercício desses direitos privados, que são assegurados pela Constituição Federal (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII).

Nada justifica que o Estado, ao ensejo de “dar maior transparência à gestão coletiva de direitos autorais”, exproprie de seus titulares o poder de dispor livremente de tais direitos, estabelecendo, por exemplo, a forma que julgarem conveniente de licenciamento das obras musicais (Petição Inicial, 2013:20).

Ainda na chave de serem privados os direitos de exploração econômica dos direitos autorais, argumentam os autores que as medidas de transparência previstas transferem a terceiros *informações privilegiadas*, “que constituem o *know-how* detido pelas Associações e pelo ECAD” (Petição Inicial, 2013:25).

Para os autores, a liberdade de associação garantida na Constituição Federal (art. 5º, incisos XVII, XVIII, XIX e XX) implicaria independência de qualquer autorização ou interferência estatal. Além disso, as exigências de transparência estariam esbarrando na proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X), na medida que o usuário deve expor ao público em geral as obras de que fez uso, e as associações têm de divulgar todos os critérios de cobrança, bem como montantes arrecadados e distribuídos. As informações seriam privadas, de interesse dos titulares; além disso, permitiriam que qualquer pessoa pudesse calcular quanto foi efetivamente pago a cada titular (Petição Inicial, 2013:40).

Assim, de uma forma geral, o ECAD e suas associações estão a questionar a constitucionalidade e legitimidade de uma intervenção estatal que exija a transparência em relação a determinados dados. Apesar disso, os autores pedem a impugnação da lei como um todo: declaram que as medidas de transparência são inadequadas, por interferir na “manutenção de um sistema que vigora, de forma eficiente, há 40 anos” (Petição Inicial, 2013:86); violariam os princípios da subsidiariedade e da consensualidade, dado que “estabelece[m] uma tutela estatal que se sobrepõe à vontade e à liberdade dos titulares de direitos autorais”, e para os titulares a transparência, dizem os autores, já estaria garantida pelo Direito Civil (Petição Inicial, 2013:37); desproporcionais, porque estariam a “estatizar esse sistema, expropriando de seus titulares direitos eminentemente privados e transbordando os limites

do que seria o ‘interesse público’ subjacente à questão” (Petição Inicial, 2013:34)²².

No momento em que escrevo, o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu o caso. Julgou que a matéria envolve uma complexidade não somente jurídica, e então convocou audiência pública para colher informações e opiniões, e que ocorrerá em 17 de março. A Procuradoria Geral da República, a Advocacia Geral da União e a Diretoria de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura ofereceram suas manifestações, seguindo linhas semelhantes, que apresentarei num esforço por sistematizar as posições colocadas, na medida que se relacionem com a discussão sobre transparência.

Argumentos opostos: a transparência já vem tarde

Discutindo a existência ou não de interesse público na atividade de gestão coletiva, as manifestações colocam que a criação do ECAD, associação de associações, por delegação legislativa, exclui a possibilidade de que outras instituições possam ser criadas para exercer a mesma função. Assim, a cobrança dá-se em relação a toda e qualquer execução pública musical, e, num sistema que cobra via *blanket license*, inclusive por músicas de titulares que não sejam associados. Mais que isso, um titular que não esteja no sistema ECAD não recebe por execução pública. De um lado, a falta de transparência quanto às atividades de gestão coletiva impede que um titular possa considerar o interesse em se associar ou não; de outro lado, ao titular de direitos autorais é tolhida a liberdade associativa negativa, também prevista na Constituição Federal (art. 5º, inciso XX), que lhe permitiria não fazer parte do

²² Ainda que não explicitamente, os autores da petição estão aqui, a fazer uma análise de proporcionalidade da medida. Estão a afirmar que o problema de transparência levantado não existe, que, se existisse, seria resolvido com o Direito Civil (relação entre associação e associados), e que o gravame imposto sobre o direito de propriedade e de livre associação é desproporcional aos fins a serem atingidos – eles estariam, na opinião dos autores, sendo extirpados. Como veremos adiante, esses argumentos serão respondidos pelas manifestações opostas apresentadas ao STF, ainda que também sem explicitar o método, e, provavelmente, serão enfrentadas pelo Tribunal no futuro. Agradeço a Alberto Cerda por chamar a atenção para explicitar este ponto.

sistema ECAD e ainda assim exercer seu direito patrimonial de autor ou conexo. O próprio caráter monopolista do ECAD só teria justificação por se tratar de atividade de importante função social. E seria o caráter monopolista por delegação legal do ECAD que garantiria a adequação de intervenções igualmente estatais que determinassem o delineamento dessa atividade.

Elas continuam, argumentando que o Estado tem o dever não somente de não intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas também de assegurar que eles sejam protegidos da agressão de terceiros, conforme estaria ocorrendo. Do ponto de vista da proporcionalidade, assim, uma restrição à liberdade associativa seria justificável e necessária, diante da restrição que a Lei de Direitos Autorais põe ao direito individual do autor – que não pode exercer o direito patrimonial de execução pública senão por meio da instituição criada pela mesma lei pra exercê-lo – e de sua liberdade associativa negativa. As medidas de transparência seriam o mecanismo para equilibrar os direitos fundamentais em questão.

Quanto ao debate acerca da violação da intimidade e autonomia privada dos associados, com a obrigação de publicação de dados sobre a gestão coletiva, as manifestações consideram que, por outro lado, as medidas concedem a esses mesmos associados mais poder para gerir os direitos patrimoniais de autor, também num estabelecimento de equilíbrio dos direitos em jogo. As informações das associações diriam respeito a direitos difusos (dos usuários) e coletivos (dos titulares), e sua publicidade seria justificável por serem inerentes ao funcionamento do sistema; a argumentação por parte das associações de que fazem parte de um *know-how* não fariam sentido num ambiente em que não impera a plena concorrência (Nota Técnica n. 027, DDI/SE/MinC, 2013:10). Resumindo a tônica dos argumentos,

(...) justamente por não se tratar de atividade tipicamente associativa, mas jungida a uma clara função social de garantir a máxima efetividade ao direito constitucional dos autores à justa remuneração pelo uso de suas obras em todas as suas modalidades de fruição, com transparência, imparcialidade e equilíbrio perante todos os potenciais detentores destes direitos, é que se justifica a extensão do modelo de supervisão até mesmo

ao estabelecimento de mecanismos de habilitação, fiscalização e eventual suspensão desta atividade específica, em caso de interesse público. (Informação n. 350/2013/CONJUR-MinC/CGU/AGU, 2013:7).

Em perspectiva: do que estamos tratando?

Os termos trazidos pelas associações de gestão coletiva no Brasil, que mobilizam ideias absolutizantes do direito patrimonial de autor e da livre associação, numa perspectiva de proeminência e de liberdade negativa, são típicos do paradigma monista e liberal do direito e do Estado, e pouco contribuem para a compreensão das instituições ou para a tomada de decisões em 2014. A discussão, nesses moldes, fica centrada de forma pouco funcional no caráter público ou não da atividade de gestão coletiva, quando, por mais que o ponto seja importante e interessante, não pareceria necessário o deslocamento. Como discutimos, políticas direcionadas à divulgação de dados por parte do setor privado são parte da ordem do dia há pelo menos três décadas – inclusive no meio empresarial, certamente mais inequivocamente privado que uma associação da sociedade civil constituída para defender direitos. Embora seja evidente que as discussões sobre legalidade devam pautar políticas públicas, o dever ou não de transparência está colocado, nessas discussões, em termos binários, que não levam em consideração uma série de complexidades que envolvem a regulação das sociedades contemporâneas. Em outras palavras, o tipo de intervenção que estabelece a obrigação de divulgação de informações tem precedentes legais sólidos e amplamente implementados.

Se voltarmos à distinção anteriormente posta entre políticas de transparências orientadas por *right-to-know* ou por *targeted transparency*, e então admitindo o papel de uma distinção aqui entre público e privado, mas de uma perspectiva menos simplista, uma possível conclusão seria que as exigências sociais de transparência em relação ao ECAD estariam situadas, do ponto de vista da legitimidade política, num híbrido entre os modelos. Numa situação em que existe um monopólio, em que a única forma de consumir música na modalidade execução pública no país se dá

mediante pagamento a uma única instituição, parece que não há que se diferenciar o ECAD de outros poderes públicos do ponto de vista da legitimação – a não ser que assumamos a posição de que bens culturais são absolutamente supérfluos na sociedade. O funcionamento do ECAD dá-se mediante delegação legal, e a adesão ao modelo é inescapável. Em alguma medida, tanto o associado quanto o usuário alienam sua autonomia de negociar por contra própria, em favor de uma clara vantagem, que é a da eficiência. Não é forçar demais o argumento entender que lhes seja legítimo exigir *accountability*, prestação de conta das atividades e modelos e de gestão de recursos. Nesta argumentação, a teoria encontra-se com a argumentação jurídica principalmente da Advocacia-Geral da União: a alienação da *accountability* está relacionada, aqui, com a privação da liberdade de associação negativa num modelo de monopólio legal.

Retomando a análise conjuntural da transparência num mundo de abundância digital, se, de um lado, o cada vez maior uso da Internet tem o condão de transformar a forma e a extensão de como se busca informação, do lado oposto, para as instituições existem novas e eficazes maneiras de se valer da tecnologia para promover transparência. Quando a lei que reforma o ECAD obriga-o a adotar uma arrecadação proporcional de uso de obras, em vez de uma *blanket license*, e uma distribuição direta, em vez de por amostragem, ela o faz também a partir da compreensão de que há meios de se identificar e controlar facilmente o que está sendo executado. Um entrevistado, representante do CADE, alegou que essa compreensão estava por trás do julgamento por cartel.

Nada impede que as associações sejam mais eficientes entre si. Eles fazem a quantificação do valor por amostragem. E já existe tecnologia de fácil acesso que permite ser por contagem. Não há nada que impeça o uso destas tecnologias para que tenha mais justiça. Além disso as novas tecnologias permitiriam mais transparência para os titulares (Entrevista, Representante do CADE, 2013).

É num ponto como esse que a transparência se torna, mais que meio de legitimação, escolha política de fins concretos, podendo ligar-se a outros objetivos a serem alcançados, em especial a

eficiência. Vejamos: no julgamento do CADE por abuso de poder econômico, os votos divergentes (Marcos Paulo Veríssimo e Ana Frazão) argumentaram pela impossibilidade de haver concorrência entre as associações do sistema ECAD; o motivo seria que, na gestão coletiva no Brasil, um mesmo repertório é representado por diferentes associações, na medida que, sobre uma canção, podem haver titulares em uma ou outra associação; a administração destes direitos, se tivessem preços diferentes, seria impossível. Assim, sobre uma gravação específica, o compositor da letra, o autor da música, o intérprete da gravação, os músicos da gravação, o produtor fonográfico, todos podem estar cada um em uma associação diferente. Nos parece, no entanto, que a determinação de um valor único por música, ainda que os direitos estejam fragmentados em associações distintas, não é tarefa de nenhuma complexidade no estado atual da técnica; o ECAD poderia ser o gestor de um banco de dados sólido e preciso, e utilizar um software que desse conta de juntar os valores determinados por cada uma das associações num valor total para a obra em questão.

Quanto às utilizações de obras online, parece não haver desculpas para uma gestão mais transparente²³. Os próprios dados dos usuários poderiam ser entregues em formatos que permitissem o acompanhamento em tempo real, pelos associados e pelos usuários, do que se está executando. De qualquer forma, certamente o estado da técnica empregado pelo ECAD está muito aquém do possível. Usuários ainda têm de preencher por conta própria planilhas com nomes dos artistas e das músicas, assinar e enviar escaneadas – algo que contribui para os elevados créditos retidos em função de não identificação das músicas. Também este serviço poderia ser oferecido em rede, em integração com os bancos de dados da organização.

²³ Há controvérsia jurídica sobre a cobrança, por parte do ECAD, em plataformas digitais de videostreaming e rádios online. De qualquer forma, o ECAD tem cobrado, e distribuído os valores de acordo com apenas duas rubricas: “Internet” e “YouTube”, sendo que o primeiro representa tudo que não é YouTube.

São muitos os objetivos que se atingem com uma gestão transparente de direitos autorais. Aos associados, confere-se o controle verdadeiro sobre o uso de suas obras, a possibilidade de avaliar a pertinência ou não da gestão coletiva em suas carreiras, ou mesmo, do ponto de vista do desenvolvimento de modelos de negócios, de decidir quanto à conveniência de investir mais numa rádio online ou em telenovelas. Aos usuários, permite-se compreender o sistema com o qual estão transacionando, seja para terem autonomia de decisão, seja como forma de incentivo à aplicação de recursos numa ou noutra forma de utilização comercial de música na modalidade execução pública. Como já mencionado, a própria legitimação da música como tal encontraria um lugar mais adequado na sociedade, longe do jabá e das desconfianças de que os critérios de seleção do que chega a nossos ouvidos não têm nada de musicais. A música ganha, e todos ganham.

Diante dos avanços tecnológicos, a gestão coletiva não só continua sendo um instrumento útil, mas cada vez mais necessário, se a intenção é que os artistas possam continuar se remunerando com certos usos de suas obras (GERVAIS, 2006:xxiii); mas, do mesmo jeito que a gestão coletiva é facilitada com a tecnologia digital, também aumentam as possibilidades de os autores exercerem por conta própria a gestão desses direitos, como via controle tecnológico de acesso – que, não regulado, pode ser ainda mais opaco. São grandes as exigências que se colocam às organizações para continuarem sendo uma opção relevante.

4. Bibliografia

- ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e accountability. Revista Lua Nova, edição 55-56, 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000100004.
- ARTIGO19, *Balanço de 1 Ano da Lei de Acesso à Informação Pública*. São Paulo, 2013. Disponível em <http://artigo19.org/?cat=161>.
- BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- COASE, Ronald. 1960. "The problem of social cost", in *Journal of Law and Economics* 3. Outubro de 1960, pp. 1-44.
- FUNG, Archon, GRAHAM, Mary, WEIL, David. *Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- GEIGER, Stuart. "Does Habermas Understand the Internet? The Algorithmic Construction of the Blog/Public Sphere". *Georgetown University Peer-Reviewed Journal of Communication, Culture and Technology*, 10.1. Disponível em <http://gnovisjournal.org/journal/does-habermas-understand-internet-algorithmic-construction-blog-public-sphere>. Acesso em Fev/2010.
- GERVAIS, Daniel (org). *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Kluwer Law International BV: Alphen aan den Rijn, 2006, 2a edição (2010).
- GUTMANN, Amy. "A Desarmonia da Democracia", in *Revista Lua Nova*, n. 36, 1995. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a02n36.pdf>.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre fatos e normas*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1992, vols. I e II.
- POSTER, Marc. *CyberDemocracy: Internet and the Public Sphere*. In *Reading Digital Culture*. Oxford: Blackwell, 2001.
- QUEIROZ, Daniel Campello. "Ecad tem de dar real publicidade a todos os atos da associação", in *Consultor Jurídico*, 28 de junho de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jul-28/ecad_dar_real_publicidade_todos_atos.

Documentos consultados

Informação n. 350/2013/CONJUR-MinC/CGU/AGU, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Informações n. 026/2013/GBA/CGU/AGU: Advocacia-Geral da União, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Manifestação: Procuradoria-Geral da República, n. 1.026/PGR-RJMB, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Nota Técnica n. 027 DDI/SE/MinC, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Relatório Final: Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (“Relatório da CPI”). Requerimento n. 547, de 2011 – SF. Presidente: Senador Randolfe Rodrigues (PSOL/AP). Vice-presidente: Senador Ciro Nogueira (PP/PI). Relator: Senador Lindbergh Farias (PT/RJ). Brasília, 2012.

Parecer: Advocacia-Geral da União, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Petição Inicial: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Autores: ABRAMUS, AMAR - SOMBRÁS, ASSIM, SBACEM, SICAM, SOCINPRO e ECAD.

Voto: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo n. 08012.003745 / 2010-83. Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, 2013.

Voto-Vogal: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo n. 08012.003745 / 2010-83. Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 2013.

Voto Divergente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo n. 08012.003745 / 2010-83. Conselheira Ana Frazão. Brasília, 2013.

Voto Parcialmente Divergente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo n. 08012.003745 / 2010-83. Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Brasília, 2013.

Entrevistas

As entrevistas foram conduzidas em condição de anonimato, razão pela qual só citarei a posição que ocupa a pessoa entrevistada. Cito somente as que foram efetivamente citadas no texto.

Entrevista, Advogado de Direitos Autorais, 2013

Entrevista, DJ, de funk produtor musical, proprietário de estúdio e site, filiado à ABRAMUS, 2013

Entrevista, DJ e produtor musical de funk, 52 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS , 2013

Entrevista, MC de funk, 3 músicas editadas e cadastradas na SOCINPRO, 2013

Entrevista, MC de funk, 14 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS, 2013

Entrevista, Representante do CADE, 2013

Desafíos de la gestión colectiva de derechos de autor ante las tecnologías digitales en América Latina

Por: *Alberto J. Cerda Silva**

Resumen: Las sociedades de gestión colectiva surgieron para salvaguardar los derechos de los creadores mediante la acción conjunta de éstos frente al uso de sus obras por terceros. En los recientes años, las sociedades latinoamericanas han estado sujetas a cuestionamientos, tanto de dichos terceros como de sus propios asociados, llevando incluso a la intervención pública de algunas de ellas. La base de dichas controversias se encuentra en los excesos de la regulación respecto de los usuarios, por un lado, y, en cierta crisis de representatividad respecto de sus asociados, por otro lado. Sí dichas sociedades juegan un rol significativo en la gestión colectiva de derechos de autor en el entorno en línea, cuyas tecnologías progresivamente empoderan la gestión individual, dependerá en parte de poner fin a los excesos y restablecer la credibilidad de las sociedades frente a los intereses de sus representados.

1. Introducción

Históricamente, las sociedades de gestión colectiva surgieron para salvaguardar los derechos de los creadores mediante la acción conjunta de éstos frente al uso de sus obras por terceros. En años recientes, las sociedades latinoamericanas de gestión colectiva han estado sujetas a cuestionamientos, tanto de dichos terceros como

* Profesor asistente de derecho informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. LL. M. in International Legal Studies por Georgetown University y Magíster en Derecho Público por la Universidad de Chile. Es, además, miembro fundador de la ONG Derechos Digitales, una organización de la sociedad civil que trabaja en la promoción y defensa de los derechos fundamentales en el entorno en línea. Actualmente, es becario de la Comisión Fulbright y cursa estudios doctorales en derecho en Georgetown University, con una disertación que explora la intersección entre derechos humanos y la regulación de Internet en América Latina. Correo electrónico: acerda@uchile.cl

de sus propios asociados, llevando incluso a la intervención pública de algunas de ellas. La base de dichas controversias se encuentra en los excesos de la regulación respecto de los usuarios, por un lado, y en cierta crisis de representatividad respecto de sus asociados, por otro. Si dichas sociedades esperan jugar un rol significativo en la gestión colectiva de derechos de autor en el entorno en línea, cuyas tecnologías progresivamente empoderan la gestión individual, deberán poner fin a los excesos y restablecer la credibilidad de las sociedades frente a los intereses de sus representados.

La primera sección de este artículo confronta el concepto normativo de las sociedades de gestión con la imagen que éstas dejan ver a terceros, de acuerdo con el informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* (Botero et ál., 2014). La imagen de dichas sociedades en la región es el resultado de la tensión que surge entre la aparente escisión que existe entre la prosecución de sus propios intereses y la protección de los intereses de los usuarios de las obras así como los de sus propios asociados, tema que será explorado en la segunda sección. Esta deteriorada imagen suscita dudas respecto de la labor de dichas sociedades en la gestión de obras en el entorno en línea, las que se describirán en la tercera sección. Si algún cometido queda para las sociedades de gestión colectiva en ese nuevo contexto, éstas deben enmendar sus excesos y sincerar sus intereses, aspectos que se abordan en las secciones cuarta y quinta. Finalmente, unas breves conclusiones reafirman el argumento central de este texto: si las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor en América Latina esperan jugar un rol significativo en el entorno en línea, esto dependerá, entre otros factores, de que pongan fin a los excesos con respecto a sus usuarios y de que restablezcan su credibilidad ante sus propios representados.

2. Concepto y realidad

Aun cuando se carece de uniformidad normativa en cuanto a las sociedades de gestión colectiva en la región, es interesante constatar que las legislaciones de diversos países incluyen elementos similares en su definición (Antequera, 2007: 127-128). Así, por

ejemplo, la legislación del Perú las concibe como asociaciones sin fin de lucro constituidas para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de autor o conexos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores o titulares de esos derechos, que han obtenido autorización para su funcionamiento de la autoridad pública. Con ligeras variantes, la definición normativa provista por otros países de América Latina es similar.

El estudio principal de este texto nos ofrece, en cambio, una mirada algo más realista respecto a qué son las sociedades de gestión colectiva. El estudio se basa en abundante análisis documental, observación etnográfica y múltiples entrevistas en profundidad con los más variados actores, lo que permitió cubrir sesenta de dichas sociedades en doce países de la región. Con tal acopio de antecedentes, los autores definen una sociedad de gestión colectiva como: una entidad privada sin ánimo de lucro sometida a precario control de la autoridad pública, con amplia libertad para definir tarifas, obligados al pago, recaudación y distribución de derechos autorales, y con esquemas de gobernanza de baja representatividad para sus afiliados. Las sociedades tienen competencia territorial, brindan escasa información acerca de sí a sus usuarios, miembros, y público en general, y apenas algunas están incursionando en el entorno digital. El concepto que expone el estudio, a diferencia de la definición normativa, evidencia significativas críticas a las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor de América Latina y, a la vez, traza algunos de los desafíos que éstas deben enfrentar de cara a las oportunidades que ofrece el entorno en línea.

Muchas de las críticas mencionadas no constituyen verdaderamente una novedad. De hecho, ya el propio Ricardo Antequera, quien haya sido probablemente uno de los defensores más acérrimos de los derechos autorales en la región, formulaba algunas de dichas críticas a las sociedades de gestión colectiva de derechos autorales (Antequera, 2007: 128-129). Lo que resulta más novedoso del referido estudio es que brinda una mirada comprehensiva respecto de dichas sociedades en América Latina. A pesar de sus limitaciones metodológicas, el estudio logra identificar los pro-

blemas comunes a tales sociedades a través de la región: déficit de gobernanza, subsistencia de ineficacias, falta de transparencia y disímiles niveles de incorporación de tecnologías.

3. Bajo fuego cruzado

Las sociedades latinoamericanas de gestión colectiva de derechos autorales han recibido críticas por parte de los usuarios desde hace bastante tiempo. En Chile, por ejemplo, los organismos de radiodifusión formulaban quejas contra dichas sociedades por la determinación unilateral de tarifas, a través de las cuales se abusaba de su posición monopólica. Esto llevó a iniciar acciones legales por las autoridades que velan por la libre competencia, las que condujeron a sugerir la introducción de mejoras en el sistema de tarificación.¹ Debió pasar una década para que dicha recomendación se concretara en una reforma legal que, aún pusilánime, provee algún mecanismo de resolución de controversias.²

No sólo los organismos de radiodifusión han criticado la falta de transparencia, discriminación y arbitrariedad de los procesos de tarificación de las sociedades de gestión colectiva. También lo han hecho establecimientos comerciales de menor tamaño, ante la arremetida de dichas sociedades para hacer cobros en casos de dudosa legitimidad. Con cierta dosis de razonabilidad es previsible el pago de derechos autorales por parte de establecimientos que lucran de la comunicación al público de obras musicales, como discotecas y bares. Sin embargo, en Chile, así como en otros países de la región, dichas sociedades han demandado a la más variada gama de establecimientos: hoteles, moteles, cafés, almacenes de barrio, zapaterías y panaderías (Cerda, 2013: 83-92). ¡Incluso si éstos se limitan simplemente a sintonizar una radioe-

¹ Véase: Comisión Resolutiva, Fiscal Nacional Económico contra de Sociedad Chilena del Derecho de Autor, Resolución N° 513 del 8 de abril de 1998.

² Véase: Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual (Chile), publicada en el Diario Oficial el 2 de octubre de 1970, modificada por Ley 20.435, publicada en el Diario Oficial el 4 de mayo de 2010.

misora local! Esto genera una doble e injusta retribución, pues dichas emisoras ya han pagado por el derecho a la transmisión radial.

El informe central de esta publicación ratifica que dichos excesos no son exclusivos de un país, sino que, salvo limitadas excepciones, tienen lugar a lo largo y ancho de América Latina. Pero el estudio va más allá. Pues deja ver que esta percepción negativa también contamina la relación que las sociedades de gestión colectiva tienen con sus propios miembros, particularmente con los creadores locales.

Diversas han sido las críticas formuladas desde sus propios asociados en contra de las sociedades latinoamericanas de gestión colectiva de derechos autorales. Desde el cobro por la ejecución de su propio repertorio a los creadores locales, en Colombia y Chile, reclamaciones por la exclusión arbitraria de socios y la distribución fraudulenta de ingresos, en Brasil,³ hasta la denuncia de pago a los creadores en especie, en Perú. A todo lo anterior se suma el uso de fórmulas arbitrarias y carentes de transparencia para la distribución de ingresos, práctica común en toda la región. Más recientemente, irregularidades administrativas, en Chile, con acusaciones que van desde simples pagos injustificados hasta otras más serias, que envuelven prácticas cuasi criminales, como plagio de obras, espionaje a ciertos asociados y, paradójicamente, hasta piratería de derechos autorales. Mención aparte merece la literal intervención estatal de algunas sociedades de gestión colectiva a raíz de las irregularidades de que eran partícipes, particularmente en Colombia.

En suma, se observa que las sociedades latinoamericanas de gestión colectiva de derechos autorales están *bajo el fuego cruzado* de críticas que provienen de los usuarios de obras protegidas y de los propios creadores de dichas obras. En ciertos casos, tales críticas han forzado inclusive a la intervención de la más variada

³ Véase: Supremo Tribunal Federal (S.T.F.) RE 201.819/RJ, Relator: Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005, D. J. 27.10.2006 (resolviendo en contra de la entidad de gestión colectiva demanda por haber expulsado a uno de sus miembros con infracción a las garantías del debido proceso).

gama de autoridades estatales. Si, en lo sucesivo, las sociedades de gestión colectiva desean desempeñar algún rol, éstas deberán escuchar con atención las críticas y hacerse cargo de ellas, en caso contrario, las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías para la gestión individual les privarán de cometido alguno o, en un futuro próximo, minimizarán significativamente su labor.

4. Prescindiendo del intermediario

Desde finales de la década de los ochenta los países de América Latina han reforzado sistemáticamente la protección de los derechos autorales. La adhesión a los principales acuerdos internacionales en la materia —el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio— impulsó un proceso de reformas significativo a través de la región. Esto llevó a brindar una protección amplia y automática a los derechos económicos y morales de los autores respecto a creaciones de cualquier naturaleza, por períodos de tiempo cada vez más extensos. Por otra parte, en cambio, las excepciones que sirven a las necesidades de interés público son acotadas e interpretadas restrictivamente, a lo cual se ha sumado la enorme confianza que los países de la región ponen en el derecho criminal como herramienta para hacer cumplir la ley. Así, por ejemplo, mientras en Perú y Colombia las penas se empujan desproporcionadamente, en Argentina y Brasil las figuras criminales amenazan con cubrir toda infracción y en Chile el número de condenados duplica las cifras de China, Estados Unidos y México combinadas. Aunque las mejoras a la protección de derechos autorales son ostensibles, tanto la autoridad estadounidense como las asociaciones de empresas titulares de derechos no dudan en fijar más y nuevas exigencias a los países de la región, a los cuales tildan de piratas.

Desde mediados de la década de los noventa, las sociedades de gestión colectiva de América Latina gozaron de un cierto aliento de optimismo. A la notable mejora de los marcos normativos

se sumaba la constitución y puesta en marcha de varias de ellas, hecho que alentaba la idea de un futuro promisorio en donde se pondría fin a la explotación no autorizada de las obras. A ello se sumaba la adhesión en masa por parte de los países de la región a los tratados sobre Internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que brindaban nuevas herramientas para enfrentar el desarrollo tecnológico al reconocer derechos exclusivos en la puesta a disposición pública de las obras en línea, exigir protección adecuada y recursos efectivos contra la elusión de las medidas tecnológicas efectivas y requerir la provisión de medidas jurídicas eficaces contra acciones dirigidas al desmedro de la información de gestión de derecho, entre otras. De este modo, la gestión colectiva y el control tecnológico garantizarían la prosperidad del modelo de negocios de las sociedades de gestión colectiva de derechos autorales.

Más recientemente, la digitalización de los contenidos, la creciente penetración de Internet y el uso estandarizado de banda ancha han traído nuevos desafíos a la gestión colectiva de derechos de autor en América Latina. Las sociedades de gestión colectiva de la región, sin embargo, no han encontrado el mismo eco en la agenda legislativa. Su llamado a adoptar un canon por copia privada, obligando a los consumidores a pagar un sobrepago por la adquisición de tecnologías y soportes de copiado, no ha prosperado en la región,⁴ a diferencia de como sucedió en el viejo continente. Mientras, la responsabilidad de los prestadores de servicio por la infracción de derechos autorales cometidas por sus abonados sigue, con la salvedad de Chile y Costa Rica, carentes de regulación específica y, en consecuencia, bajo incertidumbre jurídica. Así, existen en América Latina sociedades de gestión colectiva que gozan de un marco jurídico y una cierta eficacia para gestionar derechos en el entorno analógico, pero, por lo general, se encuentran menos familiarizadas con tal labor en el entorno en línea.

⁴ Con excepción de Ecuador, en donde fue legalmente impuesta, aunque hasta la fecha no es aplicable, como se explica en el informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* (Botero et ál., 2014).

En años recientes se ha visto una explosión de servicios en línea, entre los cuales se encuentra, precisamente, el acceso a obras protegidas. Estos servicios incluyen descarga y *streaming* de contenidos, licenciamiento individual de obras y licenciamiento colectivo de contenidos en bases de datos, entre otros. Los operadores de dicho mercado son variados y van desde titulares de extensas colecciones de obras hasta creadores individuales que hacen uso de plataformas globales, pasando por quienes representan a unos y otros limitándose a intermediar entre éstos y los usuarios de sus obras, ya sean consumidores finales o nuevos prestadores de servicios.

En el entorno en línea, a diferencia de la gestión analógica, la participación de las sociedades de gestión colectiva de derechos autorales de la región es marginal. Así que, a no ser que éstas emprendan una rápida carrera por empoderarse tecnológicamente, su rezago será aún mayor. A medida que penetra la banda ancha en la región se incrementa el número de usuarios de Internet y se tornan más accesibles los medios de pago en línea, particularmente los servicios de micropago. Estos desarrollos pueden llevar no sólo a fortalecer la oferta individual de obras, sino también a originar una mayor demanda individual por contenidos, suscitando cuestionamientos respecto del rol que cumplen las sociedades de gestión colectiva.

Frente a tal escenario de transición hacia la tecnología digital, cabe preguntarse cuál será el rol de las sociedades de gestión colectiva en América Latina. Algunos autores han sugerido que la gestión individual eliminará a los intermediarios, como las sociedades de gestión colectiva (Castro, 2006: 336-337), mientras otros presuponen que un sistema de licencias globales para Internet requiere alguna participación de dichas sociedades (Pérez, 2013).

Las sociedades de gestión colectiva tienen aún bastante margen de maniobra en América Latina. En primer lugar, se debe recordar que, a diferencia de los países de *common law*, este tipo de sociedades además de recolectar regalías y distribuir derechos autorales tiene fines sociales y culturales (Lewinski 2008:61-62). De este modo, las sociedades de gestión colectiva son agentes de

difusión y promoción cultural, hacen las veces de clubes sociales, prestan servicios de seguridad social a sus asociados y representan no sólo un grupo de interés, sino también de presión ante autoridades reguladoras y legisladores. Esto permite presuponer que, incluso si la gestión colectiva no fuese su actividad principal, tales entidades podrían permanecer en funcionamiento. En segundo lugar, el grado de penetración de las tecnologías en la región es todavía bajo, lo que tiende a asegurar un período relativamente extenso de transición donde se mantenga en paralelo la gestión de derechos por medios análogos y digitales, lo que se traduce en una meta por cumplir para las sociedades de gestión colectiva, particularmente considerando el aún relevante rol que ellas llevan a cabo, inclusive en países con mayores índices de penetración tecnológica.

Cuál llegará a ser el rol que cumplan las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor de América Latina en el entorno en línea dependerá de diversos factores. Algunos de ellos ajenos a su propio albedrío, tal como la potencial articulación de servicios de licenciamiento global desde fuera de la región (ya sea por sociedades colectivas extranjeras u otros actores) o aquellos que dependerán de políticas públicas más amplias implementadas por los distintos países de la región, como la masificación de medios de pago en línea y la penetración de Internet. Sin embargo, cualquiera que sea el caso, las propias sociedades de gestión colectiva tienen cierta responsabilidad en definir su rol en el entorno en línea, lo que implica que deberán tomar múltiples medidas, como la incorporación de tecnologías en sus procesos y el diseño de prácticas de licenciamiento en línea. Medidas que, en algunos casos, han sido ya acertadamente identificadas por las propias sociedades de gestión colectiva (Schuster, 2008).

Para ampliar este tema, el resto del presente artículo se enfocará en dos de dichos desafíos que miran a la relación de las sociedades de gestión colectiva con sus usuarios y sus asociados, esto es, quienes demandan y quienes proveen obras protegidas. Respecto de los usuarios, para el futuro de las sociedades de gestión colectiva de la región es esencial cultivar una buena relación

con quienes solicitan licenciamiento de contenidos, de lo contrario éstos estarán más proclives a requerir dicho licenciamiento de servicios globales provistos por terceros, en vez de sus equivalentes locales. Respecto a los segundos, es necesario que las sociedades de gestión colectiva expresen con sinceridad hasta qué punto es el interés de los creadores locales el que representan y, eventualmente, adoptar medidas de resguardo que garanticen que sean éstos y no otros los intereses que prevalezcan en su labor cotidiana.

5. Enmendando excesos

Con miras a su relación con los usuarios, uno de los problemas que las sociedades de gestión colectiva deberían erradicar es el uso de prácticas abusivas de cobro. Es absolutamente razonable que dichas sociedades velen por los derechos de sus asociados, pero en ciertos casos se han excedido, exigiendo cobros donde no corresponde, sacando partido de la ambigüedad normativa y hasta formulando tarifas abusivas. Si este tipo de prácticas subsiste, las sociedades de gestión colectiva erosionarán aún más la relación con sus usuarios, instando a éstos a buscar fórmulas diferentes para acceder a las obras en desmedro de las sociedades de gestión colectiva locales y de sus asociados.

En ciertos casos, las sociedades de gestión colectiva y otros organismos que aglutinan titulares de derechos autorales han emprendido acciones de cobro indebido. Años atrás, por ejemplo, la Motion Picture Association dirigió cartas de cobro a diversas universidades y centros de enseñanza en Chile, requiriendo el pago de costos de licenciamiento por la exhibición de películas en el entorno académico. Algunos de dichos establecimientos pagaron para evitarse percances, otros simplemente rehusaron pagar por el uso de las obras, pues éste les estaba garantizado como derecho en el texto de la ley. En efecto, hasta antes de la reforma del 2010, la exhibición de obras en establecimientos educacionales era una de las pocas excepciones significativas prevista en la ley, sin embargo, los titulares de derechos autorales hacían caso omiso a ella y solicitaban el pago donde la ley lo hacía innecesario.

En otros casos, las sociedades de gestión colectiva de derechos autorales han pretendido pagos que están ciertamente más allá de la intención legislativa. El caso más claro lo presenta el cobro por derecho de comunicación pública emprendido contra pequeños establecimientos comerciales, que no se lucran de dicha comunicación, por simplemente limitarse a mantener encendido un radio o un aparato de televisión (Cerda, 2013). Este cobro se sustenta en una interpretación amplísima del derecho de comunicación pública, que podría aplicarse al taxista que mantiene su radio encendida, a quien canta canciones de amor a su enamorada por teléfono, a quien circula cargando a costas un radioreceptor encendido, o a quien se limita a silbar una melodía en la calle. Aun cuando cualquiera de dichas situaciones es técnicamente una comunicación al público, requerir autorización y cobro para ello está más allá de la protección que el legislador ha querido brindar a los titulares de derechos autorales. Algunos países han resuelto esto mediante la inclusión expresa de excepciones en la materia, es el caso de México, solución que, de no mediar cambio por parte de las sociedades de gestión colectiva, debería ser imitada por otros países de la región.

Otro caso lo provee Colombia que, inspirada en la protección comprehensiva de los derechos autorales y una interpretación restrictiva de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, permite el cobro por préstamos bibliotecarios. Y, por cierto, algunas sociedades de gestión colectiva locales ya han sacado ventaja de ello, emprendiendo cobros contra establecimientos educacionales que disponen de bibliotecas (Cerda, 2012: 454-457). Esta es una práctica que no requiere autorización ni pago de derechos autorales, siendo permitida, expresa o implícitamente, en todos los países. Su restricción en Colombia no sólo implica una práctica abusiva, sino que, además, menoscaba seriamente el derecho de acceso a la cultura de la población, así como el derecho al desarrollo individual y social, entre otros.

Similares abusos se constatan con relación al ejercicio de derecho de copia para uso personal que permiten diversas legislaciones. Las sociedades de gestión colectiva arguyen que dichas

copias deben ser efectuadas directamente por el usuario y niegan la posibilidad de que terceros faciliten dicha labor. Por tal razón, han emprendido acciones contra servicios de reprografía asociados al funcionamiento de bibliotecas en establecimientos educacionales. En Brasil, esta práctica ha llevado a acciones criminales y al escandaloso allanamiento de dependencias universitarias. En Costa Rica, las acciones legales amenazaron con cerrar los servicios de reprografía, privando con ello el acceso a contenidos educacionales a los estudiantes, esto llevó al legislativo a adoptar una ley que descriminalizaba la infracción a los derechos de autor por dicha práctica. Los titulares de derecho de autor presionaron al Ejecutivo, el cual vetó la ley, lo que llevó a masivas movilizaciones estudiantiles. Éstas finalizaron cuando el Ejecutivo adoptó un decreto interpretativo de la ley, lo que permitió el funcionamiento de servicios de reprografía anexos a centros de estudio.

Además de los cobros de las sociedades de gestión sus procesos de tarificación también suscitan críticas por parte de los usuarios. Ya se ha mencionado la actuación de las autoridades chilenas por la defensa de la libre competencia en contra del abuso del monopolio que las sociedades de gestión colectiva detentan. Aquí sólo resta instar por la adopción de tarifas transparentes, con criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios. Para prevenir abusos, especialmente cuando las tarifas son determinadas unilateralmente por las sociedades de gestión colectiva, deberían establecerse mecanismos de control, ya sea a través de tarificación pública o arbitraje privado. En este sentido, implementar sólo un sistema de mediación, que deja la resolución librada a la aquiescencia de las sociedades de gestión colectiva, es insuficiente para prevenir abusos. Aun cuando con sus limitaciones, parece más acertado el sistema implementado en Chile, que prevé una mediación, la que de ser infructuosa conduce a arbitraje obligatorio en la materia.

Sería injusto hacer suponer al lector que el abuso por las sociedades de gestión colectiva respecto de sus usuarios es una peculiaridad exclusiva de la región, por el contrario, se trata de una práctica recurrente también en otras latitudes. En España, por

ejemplo, el historial de abusos de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) ya alcanza los ribetes de culebrón televisivo y en Estados Unidos existe abundante literatura sobre el prontuario de los abusos de la gestión colectiva de derechos de autor (Mazzone, 2011). Ahora bien, independientemente del lugar donde se lleven a cabo dichos excesos respecto de los usuarios, lo cierto es que las sociedades de gestión colectiva deben poner coto a ellos si desean preservar algún rol en la gestión que en estos momentos realizan.

6. Sincerando intereses

Uno de los problemas que subyace en la polémica alrededor de la labor de las sociedades de gestión colectiva es la determinación sobre quiénes son, efectivamente, sus beneficiarios, es decir, a quiénes sirve el régimen de propiedad intelectual que dichas sociedades se encargan de hacer cumplir.

De acuerdo con las cifras del Banco Mundial, en el año 2012, por cada dólar que América Latina y el Caribe recibieron por conceptos de pagos asociados a derechos de propiedad intelectual, la región desembolsó nueve dólares. Ese año los ingresos acumulados de la región llegaron a 1061 millones de dólares, mientras que los egresos ascendieron a los 9612 millones de dólares (Banco Mundial, 2013). Más aún, el desequilibrio en la balanza de pagos de la región se ha agravado en los últimos cinco años; desde el 2008 los ingresos han incrementado un 25% y los egresos un 40% (Banco Mundial, 2013). Las cifras hacen evidente que la normativa sobre propiedad intelectual sirve para satisfacer, principalmente, intereses ajenos a la región.

El significativo rol que la propiedad intelectual juega al proteger intereses extranjeros queda en evidencia con cifras sectoriales relativas a derechos de autor. No viene al caso hacer alusión al pago por derechos de películas, audiovisuales, videojuegos y software, sectores donde, pese a ciertos esfuerzos locales por catapultar la economía digital, la región continúa siendo, en su mayoría, importadora.

De otra parte, en los sectores de libros y música, de acuerdo a los estudios del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlalc), en el 2011 la balanza comercial de la región exhibía un déficit anual de 540 millones de dólares, atribuibles a la importación de material impreso proveniente, en su mayoría, de España y Estados Unidos, dos de los principales productores internacionales (Cerlalc-Unesco, 2012: 51). En cambio, las exportaciones de la región apenas representaban el 3% del mercado internacional del libro (Cerlalc-Unesco, 2012: 51). De hecho, las series estadísticas de Cerlalc, que abarcan desde el 2000 a la fecha, demuestran un déficit sistemático en la balanza de pagos de la región (Cerlalc-Unesco, 2012). En un patrón histórico que viene desde la época colonial, se extiende a través del siglo XIX y llega hasta nuestros días (Taubert, 1984: 11-12 y Enríquez, 2008: 16), América Latina es una región que produce muchos menos libros de los que adquiere.

Por otro lado, de acuerdo a estudios de la industria musical, la participación de los creadores locales en el mercado de la música regional es significativamente baja. En los países de Centro América y Ecuador el 98% del repertorio es de artistas extranjeros, mientras en Venezuela llega al 96%, Brasil, por su parte, es el país con la tasa más favorable para los creadores locales, ya que sólo el 23% del repertorio es de extranjeros (Bernstein et ál., 2007: 86). Similares resultados brinda un estudio de la Unesco en donde se muestra que el repertorio local representa una proporción menor dentro del mercado: apenas 18% en Chile, 38% en México y 46% en Argentina, con excepción de Brasil donde llega casi al 68% (Unesco, 2005: 39). En suma, de acuerdo a las cifras públicamente disponibles, con la honrosa excepción brasilera, la participación de creadores locales en el mercado regional de la música es mucho menor a la participación de extranjeros.

Con respecto a la producción musical, con base en las cifras provistas por la industria, apenas una cuarta parte de la producción musical de América Latina está en manos de sellos independientes. Las tres cuartas partes restantes son controladas por Sony BMG, Universal, EMI y Warner (Bernstein et ál., 2007: 86). En definitiva, tal y como se observa en el sector del libro, la

participación de las productoras musicales en la región obedece preferentemente a intereses extranjeros. Aunque las cifras citadas no se refieren específicamente a pagos por derechos autorales o conexos, brindan una idea aproximada de los intereses que subyacen en tales derechos.

Un detalle más puntual sobre la actual composición de intereses en la gestión de derechos autorales lo evidencia el sector de la música en Chile. Aun cuando la información es escasa, según los propios asociados a la Sociedad Chilena de Derechos de Autor (SCD), principal entidad de gestión del país (*La Tercera*, 2012: 60), existen algunas cifras oficiales (Instituto Nacional de Estadística, 2012). Según éstas, entre los años 2003 y 2010 la SCD distribuyó entre los autores nacionales apenas un 11,9% de su recaudación anual y las remesas a sociedades de gestión en el extranjero llegaron a un 34,6%, lo que prácticamente triplica la cifra distribuida entre autores nacionales; el remanente se destinó a gastos administrativos y pago a editores. Puestos en orden de prelación sus intereses, la sociedad de gestión mencionada se ocupa, primeramente, de los derechos extranjeros, seguido muy de cerca por sus propios intereses corporativos, luego de los editores locales y, en último término, de los creadores locales, pese a ser estos últimos sus principales asociados.

El anterior balance permite, con todo y sus limitaciones, visualizar el conflicto de intereses que se gesta dentro de las sociedades de gestión colectiva de derechos autorales. Tal gestión favorece, preferentemente, intereses foráneos antes que locales, de ahí que un significativo monto del dinero recaudado no quede en los países de América Latina, sino que se envía al extranjero, sin que, en contrapartida, las remesas desde el extranjero alcancen el mismo monto. De otra parte, además de los costos de gestionar derechos extranjeros, las propias sociedades tienen costos administrativos, cuyo importe suele ser significativo. Los titulares de derechos locales ocupan una posición bastante rezagada en la distribución de ingresos, que debe dividirse entre autores, ejecutantes y productores. Esta pluralidad de intereses en la base de las sociedades de gestión colectiva requiere ser aclarada, no sólo al público en general, sino especialmente a sus propios asociados, quienes sólo entonces po-

drán juzgar hasta qué punto los intereses que protegen este tipo de sociedades están efectivamente alineados con los suyos.

7. Conclusiones

La incorporación de tecnologías digitales en la región tenderá a reducir la brecha entre los creadores y los usuarios de sus obras, lo que permitirá, muy seguramente, el desarrollo de sistemas de gestión individual y colectiva paralelos o alternativos a aquél que las actuales sociedades de gestión colectiva ejercen en el entorno analógico. En este contexto, la mayor o menor relevancia que dichas sociedades jueguen en la gestión de derechos de autor en el entorno en línea dependerá de diversos factores, entre los cuales resulta relevante, primero, poner fin a los excesos respecto de los usuarios y, segundo, restablecer su credibilidad frente a los intereses de sus propios representados. Ambos aspectos, de no ser resueltos, seguirán minando la relación de las sociedades de gestión colectiva con aquellos cuya relación intermedian, instigándolos a adoptar mecanismos alternativos de gestión y, con ello, menoscabando el rol de dichas sociedades en la gestión colectiva de derechos autorales en la región.

8. Bibliografía

- Antequera Parilli, Ricardo (2007). "La Observancia del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los Países de América Latina", en Carlos Fernández et ál. *Diagnóstico del Derecho de Autor en América Latina*, pp. 111-156. Bogotá: Cerlalc.
- Banco Mundial (2013). *World Development Indicators*. Washington D. C.: The World Bank.
- Bernstein, Arthur; Naoki Sekine y Dick Weissman (2007). *The Global Music Industry: Three Perspectives*. Nueva York: Routledge.
- Botero Cabrera, Carolina; Guzmán Mejía, Luisa Fernanda y Cabrera Peña, Karen Isabel (2014). *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*. Bogotá: Fundación Karisma.

- Castro, Alejandra (2006). *Derecho de autor y nuevas tecnologías*. Costa Rica: Euned.
- Cerda, Alberto (2012). "Copyright Convergence in the Andean Community of Nations". En: *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 20, pp. 429-470.
- Cerda, Alberto (2013). "Una Excepción a los Derechos Autorales para la Comunicación Pública de Obras por PyMES". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)*, Vol. 40, pp. 75-100.
- Cerlalc-Unesco (2012). *El Espacio Iberoamericano del Libro 2012*. Bogotá: Cerlalc-Unesco.
- Enríquez, Elena (2008). *El comercio de libros entre España y América Latina: Disonancia en la reciprocidad*. París: Alianza Internacional de Editores Independientes.
- Instituto Nacional de Estadística (Chile) (2012). "Cultura y tiempo libre. Informe anual 2012". Disponible en: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/cultura/cultura.php, consultado el 16 de julio de 2014.
- La Tercera* (2012). "Líder de Illapu y Fernando Ubierno abren polémica con SCD". *La Tercera*, viernes 13 de julio de 2012, p. 60.
- Lewinski, Silke von (2008). *International Copyright Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press.
- Mazzone, Jason (2011). *Copyfraud and Other Abuses of Intellectual Property Law*. California: Stanford Law Books.
- Pérez, Ana María (2013). "Hacia una mundialización de la explotación de obras en línea: proposiciones de un sistema internacional de administración digital de derechos de autor". En: *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, No. 10, pp. 2-30.
- Schuster, Santiago (2008). "Los Presupuestos Necesarios para una Gestión Colectiva en el Ámbito Digital". En: *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, No. 3, pp. 12-35.
- Taubert, Sigfred (ed.) (1984). *The Book Trade of the World: Volume II. The Americas, Australia, New Zealand*. Hamburgo: Verlag für Buchmarkt-Forschung; Nueva York: R. R. Bowker.
- Unesco (2005). *International Flows of Selected Cultural Goods and Services, 1994-2003: Defining and Capturing the Flows of Global Cultural Trade*. Montreal: Unesco Institute for Statistics.

El rol público de las Sociedades de Gestión Colectiva frente a los retos de la tecnología digital

Por: *Bárbara Soto Morales**
Derechos Digitales

Resumen. Este artículo explora el papel que ocupan las sociedades de gestión colectiva en Chile respecto de los cambios propios del siglo XXI, los cuales han repercutido en la legitimidad del discurso político que estas entidades sostienen, especialmente en lo que se refiere a las tecnologías de comunicación e información. Los artistas se encuentran un tanto desatendidos ya que la mayoría de ellos apuesta a internet como un medio útil para sus carreras, a veces incluso fundamental; en tanto estas sociedades se posicionan en favor de un derecho de autor restrictivo mientras ven con reticencia la aparición de las tecnologías digitales, dificultando la conservación del equilibrio que se busca en materia de derechos de autor y la adopción de compromisos políticos que tengan en cuenta tanto los intereses económicos y artísticos de sus asociados como los intereses del público en general.

1. Introducción

Las sociedades de gestión colectiva (SGC) que trabajan en el ámbito musical pasan en la actualidad por un momento determinante para el desarrollo de su labor: la disyuntiva entre continuar apegadas a los modelos tradicionales de gestión o adaptarse a las nuevas dinámicas que la tecnología ha impuesto a las industrias musicales. Esta encrucijada es consecuencia de los cambios que

* Egresada de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Ayudante de investigación en el Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Investigadora en la ONG Derechos Digitales.

ha traído consigo la proliferación de tecnologías de información y comunicación en las formas de uso y explotación de obras musicales, situación a la que se ven enfrentadas, en menor o mayor grado, la mayoría de este tipo de entidades en América Latina.

El entorno digital representa un reto tanto para los titulares de derechos de autor como para las entidades gestoras, en cuanto se ha facilitado la difusión y adquisición de obras musicales y las formas en que los artistas ponen a disposición del público estas últimas; a la vez, la gestión de tales entidades sobre los derechos que administran se ha hecho compleja y lo mismo ha sucedido con la ejecución de los procesos que deben llevar a cabo para la realización de sus funciones.

La aparición de Internet ha determinado un momento de cambio para la gestión colectiva. Por ejemplo, en lo referente a la legislación en materia de derecho de autor se pretende establecer un equilibrio entre los intereses de distintos sectores de la sociedad, un equilibrio que ha cambiado debido al desarrollo tecnológico y que ha modificado la relación de los autores con sus obras y con los demás entes que toman parte en la vida económica y cultural de la sociedad (Álvarez, 2006).

En este sentido, y ya que Internet se ha instalado de forma definitiva en los hábitos de creadores y audiencias, resulta oportuno preguntarse de qué manera las SGC están enfrentando el cambio en medio de la búsqueda de este equilibrio y los desafíos impuestos por la tecnología digital. En el caso de Chile, se explorarán las estrategias llevadas a cabo por estas entidades en los últimos años —en específico, por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD)—, de este modo, se analizarán tanto aquellas que han resultado exitosas de cara a la tecnología digital como aquellas que no lo han sido.

Dicho lo anterior, las estrategias llevadas adelante por esta SGC serán abordadas tomando en cuenta dos criterios: en primer lugar serán consideradas aquellas estrategias enfocadas directamente a la gestión que realiza la SCD como entidad recaudadora de derechos y, en segundo lugar, aquellas que generan consecuencias por la amplitud de esta gestión, como, por ejemplo, la

incidencia en la práctica legislativa nacional. Es decir, se tomará el desafío que comparten las sociedades de gestión respecto de su función de colecta y se ponderará también la función social y política que éstas asumen y ejercen.

El análisis será llevado a cabo en torno a la entidad más relevante en Chile en materia de gestión colectiva de derechos de autor, ya que la presencia de esta SGC define la gestión colectiva de derechos de autor en ese país. Su importancia no solamente radica en haber sido la primera en constituirse bajo el marco regulatorio actualmente vigente, sino también, en ser una de las instituciones más influyentes en el debate público sobre propiedad intelectual. Este poder de incidencia se explica por los numerosos asociados que posee y por el alto nivel de los artistas que representa, además, por el fuerte discurso que sostiene frente al tema de propiedad intelectual.

Cabe preguntarse entonces, qué caminos positivos ha escogido esta entidad para enfrentar las tecnologías digitales y qué caminos negativos ha seguido ante las iniciativas legislativas de propiedad intelectual, la cual, ahora más que nunca, requiere adecuarse a las realidades cambiantes, para hacer evidente la necesidad de cambiar las prácticas que las entidades de gestión se esmeran en mantener.

La importancia de hacer este análisis radica en que el entorno digital, inevitablemente, cambió y continuará transformando la forma de conocer, difundir y usar las obras, lo que convierte en un problema el hecho de que organizaciones de este tipo, con una agenda política plantada firmemente en el siglo pasado, se constituyan como actores tan importantes al momento de discutir políticas relativas a los derechos culturales.

2. Una flexibilización a medias

Para las entidades de cobro y distribución por uso de derechos autorales, habituadas a cubrir dentro de su gestión algunos usos “tradicionales” de las obras protegidas, no ha sido fácil el proceso de adaptación a la tecnología digital, que supone un cambio

permanente en las condiciones en que habitualmente se solía conocer, adquirir y difundir la música.¹

La gestión colectiva de derechos sobre obras musicales y fonogramas en Chile, como en toda Latinoamérica, se ha llevado a cabo siguiendo la pauta de un modelo tradicional, pensado para usos en lugares como espacios públicos, locales comerciales y medios de comunicación. En este modelo, las licencias representan el cobro por la autorización a los usuarios para ciertos usos públicos de la música. Todos los espacios y locales que utilizan obras musicales (por medio de fonogramas o por medio de interpretaciones en vivo) deben pagar una remuneración a los titulares de derechos de esas obras, que están representados por la SCD. Para ello existen distintos tipos de licencias, contando entre ellas las licencias por derecho de comunicación pública, por derecho de reproducción, por derecho de sincronización y las licencias *online* (en línea).²

Una estrategia positiva de flexibilización en cuanto a las tecnologías es la creación de licencias específicas pensadas para el mundo digital. La irrupción de Internet ha impuesto la necesidad de adaptación que, evidentemente, ha tenido que llevar adelante la SCD para enfrentar la aparición de estas nuevas herramientas de conectividad y medios de comunicación, así, las licencias mencionadas son una de las formas que tiene la entidad para enfren-

¹ Revisar el apartado "Entorno digital" del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* (Botero et ál., 2014), donde se detalla la situación relativa al cambio que han generado en la gestión de los derechos de autor los avances tecnológicos, y cómo éstos han afectado la labor de las SGC, sometiéndolas a la dualidad de seguir con las formas tradicionales de gestión y las nuevas dinámicas de comercio musical y explotación artística.

² Para más información, revisar en el informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* el apartado "Eficiencia", manejo interno respecto de tarifas (Botero et ál., 2014). En cuanto a las personas o entidades obligadas a pagar por derechos de autor, se señala que las SGC estipulan una lista detallada sobre quiénes están obligados a realizar los pagos. Esta parte del artículo detalla someramente el proceso llevado a cabo para gestionar los derechos de autor en cuanto a los "usos tradicionales" y los usos en línea, ahora incorporados al catálogo de tarifas de la SCD. Si bien la SCD se ha preocupado por mejorar su gestión hacia los usuarios, creando licencias cada vez más específicas respecto de los usos (en línea, en este caso), no ha estado preocupada por atender las necesidades de los artistas, especialmente aquellos emergentes que utilizan Internet como una herramienta esencial a la hora de dar a conocer sus obras.

tar este desafío. Su sola existencia revela la importancia de distinguir los usos en línea de los usos propios del mundo analógico.³

En palabras de la propia organización, estas licencias se encuentran pensadas para los casos de nuevas formas de comunicar públicamente música a través de las tecnologías digitales (SCD 2014). Son tres los tipos de licencia en línea:

1. Licencia de *webcasting* (radio en línea): para cualquier persona o empresa que explota un sitio web a través del cual se ofrece un servicio de transmisión de programas radiofónicos que permite al público escuchar obras y fonogramas musicales mediante la comunicación a través de una red digital en tiempo real. Se debe solicitar una autorización para esta comunicación.
2. Licencia de *streaming*: para cualquier persona o empresa que explota un sitio web a través del cual ofrece un servicio que permite al público escuchar obras musicales, mediante archivos computacionales o enlaces a archivos sonoros o de multimedia que contengan música, elementos a los que se accede a través de las páginas web de su sitio. Se debe poseer este tipo de licencia.
3. Licencia de descarga: para cualquier persona o empresa que explota un sitio web a través del cual ofrece un servicio *en línea* que permite al público acceder u obtener una reproducción o copia permanente, en soportes sonoros, audiovisuales, multimedia o en cualquier formato idóneo, comprimido o no, de las obras musicales puestas a disposición de los destinatarios del servicio. Se deben licenciar sus contenidos.

Esta adecuación al entorno digital se encuentra enfocada en sus licenciatarios (titulares de la licencia de explotación), al ser licencias creadas para las utilizaciones que ellos hagan de las obras. En principio, atendida su declarada intención, constituye

³ Para mayor información sobre la adaptación llevada a cabo por las SGC en relación al entorno digital, ver el apartado "Entorno digital, medidas internas y estado actual respecto al entorno digital", donde se exponen datos relativos a la adecuación de la gestión colectiva de derechos de autor a entornos digitales, como YouTube.

una iniciativa que podría calificarse como positiva, como ya se ha dicho. Sin embargo, se trata de un esfuerzo que no resulta del todo satisfactorio, pues aún existen ámbitos donde no ha habido un verdadero cambio.

En primer lugar, subsiste una deuda en cuanto a flexibilizar las actividades de gestión dirigida hacia sus asociados, de modo más acorde con los intereses de estos últimos; en segundo lugar, la práctica de la entidad en relación con sitios web que enlazan material alojado fuera de sus servidores ha revelado una limitada comprensión del funcionamiento de Internet en relación con las licencias antes descritas.

Un ejemplo de lo primero es la persistente y creciente necesidad de que se reconozcan las opciones que toman artistas en el entorno digital, en especial muchos grupos emergentes: la decisión de autorizar usos gratuitos de sus obras, o utilizar licencias abiertas como Creative Commons para facilitar la circulación legal de sus grabaciones. Esta carencia es reconocida por los artistas,⁴ quienes admiten estar disconformes en cuanto al manejo que cada músico tiene sobre sus propios derechos de autor en una plataforma digital, lo que en definitiva hace que se perciba a la SCD como una enemiga de los autores que deseen “regalar” su trabajo o que quieran utilizar otro tipo de licencias para aprovechar Internet y estimular la difusión de sus obras.⁵

Un ejemplo de lo segundo es provisto por la situación denunciada por la ONG Derechos Digitales en el año 2011 y que dio

⁴ Algunos artistas se han decidido a explorar nuevas formas jurídicas alternativas para gestionar sus derechos; otros modos que den cuenta de las transformaciones que las tecnologías imponen al desarrollo del campo musical local. La adopción de las licencias Creative Commons y el trabajo con las denominadas *netlabels* (sellos discográficos que distribuyen el material musical de sus artistas a través de medios digitales) son estrategias que los músicos elaboran para desenvolverse de manera flexible en el campo musical, de acuerdo a sus intereses, favoreciendo la difusión de sus obras en las audiencias y sin excluir una eventual relación con los sellos discográficos tradicionales (Palominos et ál. 2009).

⁵ Para mayor información, revisar apartado “Transparencia” del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*, información sobre cobro, donde se trata el tema de la falta de flexibilidad en la gestión como un conflicto para los artistas que optan por utilizar nuevos esquemas de licenciamiento de sus obras.

lugar a la creación de la campaña “Enlazar es bueno”:⁶ la SCD, esgrimiendo su legitimación como SGC, comenzó a enviar cartas de cobro a sitios web chilenos por el uso no autorizado de obras protegidas, argumentando que en ellos se habían insertado videos desde YouTube. Esos videos musicales son habitualmente puestos a disposición por los propios titulares de derechos de autor, quienes autorizan a su vez la posibilidad de su inserción en otros sitios web, pudiendo desactivar esa opción. En este caso, la SCD pretendía obtener el pago de una licencia de *streaming* por cada página que enlazara a YouTube, licencia cuyo precio está lejos del alcance de todas las personas que decidan tener un mero sitio personal con enlaces a contenidos externos. Con posterioridad al lanzamiento de la campaña, no han existido noticias adicionales relacionadas con esta práctica.

En síntesis, es loable la intención de la SCD por acercar su funcionamiento a exigencias propias de los usos en Internet, como la creación de licencias en línea que faciliten el uso de obras en entornos digitales, ya que esto denota un esfuerzo de parte de la entidad por adaptarse. Pero todavía faltan iniciativas que recojan las inquietudes de los mismos artistas con respecto a lo que ellos requieren cuando se trata de armonizar la gestión colectiva con el entorno digital y la difusión en Internet, además, todavía no parece del todo claro que la SCD haya comprendido la naturaleza de Internet para la circulación de tales contenidos desde el punto de vista de su funcionamiento técnico.

⁶ <http://www.enlazaresbueno.cl/>

3. La expansión de roles de las SGC⁷

Dentro de la gestión de la SCD existe una constante preocupación por entregar diversas prestaciones que beneficien a los artistas, más allá de la recaudación de ingresos que éstos puedan percibir.⁸ Por lo anterior, esta SGC amplía sus competencias más allá de la simple administración de los ingresos recaudados y su posterior distribución a sus asociados. De tal modo que termina asumiendo funciones diversas, como la asistencia social y la promoción de actividades culturales (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual 2014), que van complementando su gestión y otorgándole funciones especiales, que tampoco se encuentran excluidas por la ley, como se verá más adelante.

Esta idea de “entidad gremial” se ve reforzada por la percepción de los músicos sobre la institución, pues, si bien reconocen la gestión de derechos como la actividad fundamental de la SCD, piensan que la acción puramente administrativa no es la única labor de la institución. Lo que verdaderamente le da sentido a esta administración son los beneficios de carácter social financiados por medio de los recursos generados por la entidad. Incluso, muchos consideran a la SCD como la institución que más aporta al desarrollo de la cultura musical chilena (Palominos et ál. 2009).

⁷ Ver apartado “Eficiencia” del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* donde se señala —con respecto a cómo la organización y utilización de los recursos de las SGC hace que se cumplan o no los objetivos propuestos por ellas— que algunas SGC asumen gastos sociales importantes para sus afiliados, que tienen que ver con beneficios en salud, pensión e incluso educación o promoción musical (Botero et ál., 2014). Se desarrolla allí la idea mencionada al hablar de la expansión de los roles de las SGC y cómo en Chile esto forma parte vital de la gestión de la SCD, ya que la misma ley se lo permite y a la vez los artistas entrevistados lo destacan como uno de los mayores beneficios de encontrarse afiliados a esta organización, existiendo un amplio catálogo de prestaciones a las que pueden acceder los socios (no obstante, cabe destacar que en las entrevistas realizadas se recabaron opiniones que expresaban que estos beneficios no siempre cubrían a todos por igual). Lo anterior también se vincula con el tema del manejo interno con referencia a su funcionamiento, en específico sobre los programas adicionales que ofrecen las SGC a sus afiliados, desarrollados para contribuir al bienestar de éstos y de paso atraer nuevos socios.

⁸ Aunque algunos músicos consideran que la gestión de derechos es y debe ser la única función de la institución.

En principio, esta idea no es negativa: no es dañino que la SCD asuma un rol protector de sus asociados más allá del mero cobro y reparto, lo cual también ayuda a mejorar la percepción de su gestión ante ellos, ya que aumentan las ventajas de estar asociados a esta entidad y con ello se estimula la afiliación. No se desconoce que la función primordial de una entidad de gestión colectiva como la SCD es resguardar los intereses de sus socios con el fin de cobrar los derechos que les corresponden por los usos de las obras de las cuales son titulares, pero esta segunda función, más asistencial, es reconocida por la propia legislación. De acuerdo a la Ley de Propiedad Intelectual, el objetivo de las SGC es la realización de las actividades de administración, protección y cobro de los derechos intelectuales referidos en el Título V de la mencionada Ley⁹, sin perjuicio de las otras actividades que puede llevar a cabo para asistir a sus asociados.¹⁰ Dentro de esto último se enmarca la promoción de actividades y beneficios de carácter social.¹¹

El marcado énfasis del carácter gremial de la SCD reside en su propio discurso, al arrogarse una representación, quizás desmedida, de los intereses de los artistas (sin distinción de su condición de asociados o no, o de profesionales o no). Lo anterior ha llevado a los artistas a pensar en ella, primeramente, como una especie de sindicato defensor de los derechos de los artistas musicales. Así, la SCD se ha transformado en un actor importante

⁹ Ley N° 17.336, Art. 92.

¹⁰ La ley señala en su Art. 92, inciso segundo, que la entidad de gestión colectiva podrá destinar un porcentaje de lo recaudado a fondos sociales si así lo acuerda la asamblea general: “la respectiva asamblea general de socios podrá acordar, por mayoría absoluta de los afiliados, que hasta el 10% de lo recaudado y los remanentes de fondos sociales que se generen con motivo de su actividad, sean destinados a la promoción de actividades o servicios de carácter asistencial, en beneficio de sus miembros y representados, y de estímulo a la creación nacional, junto a otros recursos que les sean aportados para tales fines”.

¹¹ Para más información sobre las funciones primordiales que desempeñan las SGC, revisar en el informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* la sección introductoria que habla sobre las SGC de música en la región (Botero et ál., 2014).

que es considerado un representante de los artistas ante distintas instancias, incluidos los mismos artistas y el público en general.

Como se verá más adelante, sumado a los rasgos monopólicos¹² que posee esta entidad, en numerosas ocasiones esta su puesta representatividad lleva a la SCD a ir más allá de las actividades de carácter asistencial y de estímulo a la creación nacional que le encarga la ley.¹³

4. Las SGC y el debate público sobre derechos culturales en el entorno digital

Como se ha visto hasta ahora, la SCD se ha erguido como un actor relevante en la sociedad al convertirse en la cara visible de los artistas musicales —especialmente de aquellos ligados a la industria discográfica tradicional— frente al público, la clase política y el mundo artístico. Por otra parte, la misma entidad ha intentado posicionarse como una administradora moderna y capaz de operar en el entorno digital.

¹² No se configura un monopolio legal en el caso de la SCD, pero sí puede existir uno de facto, lo cual fue corroborado tanto en las entrevistas realizadas durante la investigación, siendo un rasgo de la SCD identificado por los artistas. Además hay que tener presente la Resolución N° 513, de 8 de abril de 1998, que acogió el requerimiento del Fiscal Nacional Económico deducido en contra de la SCD por abuso de posición dominante a través del establecimiento de un régimen arbitrario de tarifas para la ejecución de obras y producciones musicales registradas por sus autores en dicha entidad, por las radioemisoras.

¹³ Ver capítulo “Monopolio en las SGC de la región” del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*, donde se desarrolla en detalle este tema en cuanto en éste se relata la presencia de elementos de monopolio en las SGC en ALC, lo que si bien no constituye un monopolio legal, sí lo es de facto, ya que sólo una entidad es la encargada de recaudar los montos de la gestión sobre específicos derechos de los afiliados. En el artículo, al hablar de la expansión de roles de las SGC, se esboza la idea de que la SCD posee rasgos monopólicos al ser la única entidad gestora de importancia en el ámbito musical, representando a un amplio número de artistas (asociados o no), característica reconocida por los actores entrevistados al expresar que debería existir otra SGC en Chile distinta a la SCD, ya que los artistas no tienen alternativa a la hora de decidir afiliarse (Botero et ál., 2014). Por otro lado, se expone brevemente a pie de página lo relativo al fallo ARCHI con SCD de 1998, dictado en vista de los problemas antimonopolio que la entidad tuvo hace varios años (se le acusaba de abuso de posición dominante al establecer un régimen arbitrario de tarifas).

En este contexto, se ha comenzado a gestar una estrategia que aquí será considerada *negativa*, tanto para la adecuación del derecho de autor a la tecnología digital como para el avance de los proyectos de ley por un camino que vele por los intereses de todos, no sólo de algunos. Se trata del discurso público que sostiene SCD donde mantiene una postura de defensa del derecho de autor entendida como una normativa para la protección de los autores, y en ningún caso como un sistema equilibrado de intereses particulares y colectivos, donde se considere a las necesidades sociales de acceso. Entender el derecho de autor como un sistema de cobro condiciona la posición de la SCD ante las políticas públicas en materia cultural y también ante las modificaciones legislativas. De acuerdo con lo anterior, esta organización parece estar interesada en inclinar la balanza normativa hacia una concepción restrictiva del derecho de autor, lo que perjudica gravemente el interés público involucrado en este tipo de reformas.

De otra parte, la demonización que hace esta entidad sobre el uso de Internet y otras tecnologías la convierte en la mayor enemiga a la hora de armonizar la legislación de derecho de autor y la tecnología. La SCD, en su acción política en sentido amplio, no ve a las nuevas tecnologías como oportunidades para mejorar su gestión o desarrollar nuevos negocios, sino como algo que es sinónimo de piratería. Para algunos músicos, la demonización de los usos de Internet que conlleva el término “piratería” constituye una actitud retrógrada y reaccionaria frente a una situación considerada como inevitable (Palominos et ál. 2009).

Ya se anotó que parte importante de la crítica hacia la SCD proviene de los mismos artistas, actores importantes al hablar de nuevas tecnologías y gestión colectiva, ya que son ellos quienes de forma progresiva han adoptado variadas formas de distribuir sus obras y de atraer nuevas audiencias. Es por esto que se ha difundido la idea de que la gestión colectiva musical en Chile representa un sistema que bordea lo obsoleto, que urge su actualización al entorno digital y a las prácticas que ya se han establecido entre los artistas en cuanto a la creación y distribución de sus obras y entre el público en cuanto al acceso a éstas. Los mismos

artistas sostienen que la piratería¹⁴ no es la causante directa del declive de la industria discográfica, la que vendría en un proceso autónomo de declive. Los músicos sienten que la industria se ha apoyado en ellos para defender un modelo de negocios agotado (Palominos et ál. 2009).

Licencias *online* aparte, este modelo de negocios ha sido mantenido por la SCD, en un momento donde la mayoría de los artistas se encuentra aprovechando al máximo las ventajas ofrecidas por el entorno digital.¹⁵ Esta discrepancia hace que, a menudo, los artistas no puedan armonizar las formas que eligen para difundir sus obras con su rol como asociados de la SCD, entidad que ha desincentivado los usos no ortodoxos de las obras de los artistas, bajo la excusa de considerarlos como formas de piratería que debe ser combatida o por lo menos compensada.

La SCD parece utilizar la ley como un mecanismo de amedrentamiento a los usuarios de Internet, tratando así de desestimular el uso de la tecnología digital cuando se trata de obras musicales o de impulsar medidas que resultan desproporcionadas al hablar de derecho de autor.

La acción pública de la SCD, marcada tanto por el enfático discurso antipiratería como por el favorecimiento de una interpretación restrictiva sobre el derecho de autor, parece entrar en conflicto con lo que el ordenamiento jurídico le encomienda hacer, hecho que genera dudas sobre las funciones reales de la entidad.

¹⁴ El término “piratería” opera como denominador común en el lenguaje de los músicos para referirse a los usos sociales de las Tecnologías de Información y Telecomunicaciones (TICs), sin distinguir si se trata de actos que implican lucro económico directo para los involucrados (como la venta de CDs copiados, un acto de piratería en sentido tradicional) o si se trata del intercambio de archivos digitales por medio de Internet sin lucro entre las partes (Palominos et ál. 2009).

¹⁵ En el informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*, las opiniones expresadas por Fakuta, Andrés Valdivia, Rodrigo Santis y Mika Martini apoyan la idea del beneficio obtenido por los artistas, sobre todo los menos conocidos o aquellos que se encuentran comenzando sus carreras, al utilizar Internet como una plataforma primordial para la difusión de sus obras (Botero et ál., 2014). Estos artistas son críticos al hablar de la relación entre la SCD e Internet; varios tuvieron conflictos con esta SGC y otros expresaron su deseo de que Internet se quede tal cual está, sin la interferencia de las entidades gestoras, que no ven con buenos ojos el potencial que tiene el entorno digital en sus carreras.

Así, esta organización se atribuye una representación excesiva y mantiene una postura política extrema en escenarios políticamente sensibles, como el de una modificación a la normativa del derecho de autor. De este modo, se crea una sobreprotección a sus socios, y artistas en general, mediante la explotación de una privilegiada posición en la vida pública, que le permite influir en la política e incluso en el poder legislativo.

Es preocupante que las acciones de la SCD en el plano político puedan afectar el funcionamiento del entorno cultural del país al tener una influencia tan grande. Esto quedó evidenciado luego del proceso de reforma a la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) que culminó en el año 2010.

Esta reforma a la LPI (Biblioteca del Congreso Nacional 2014) comenzó en mayo de 2007 con un proyecto ley que pretendía implementar parte de las obligaciones contraídas por medio de TLC entre Chile y EE. UU. y actualizar la legislación, a fin de obtener una normativa más justa y equilibrada en materia de derecho de autor.¹⁶ La discusión del proyecto tardó poco más de tres años.¹⁷

Los puntos en contienda entre la entidad de cobro y los grupos de la sociedad civil surgieron en atención al contenido de las disposiciones que se querían reformar, éstas tenían que ver con la creación de procedimientos más efectivos para la persecución de delitos, el establecimiento de un sistema de limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, la incorporación de un amplio catálogo de excepciones y limitaciones a favor de bibliotecas, establecimientos educacionales, personas con discapacidades y público en general, y la instauración de un

¹⁶ Finalmente, el 13 de enero de 2010 el proyecto fue aprobado unánimemente por el Congreso Nacional de Chile, entrando en vigencia el 4 de mayo de 2010 como la Ley N° 20.435.

¹⁷ Para mayor información sobre el TLC entre Chile y EE.UU. se recomienda revisar el apartado "Entorno digital" del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*, situación política actual sobre implementación de medidas, donde se habla de los compromisos adquiridos por Chile en materia de derecho de autor que finalmente impulsaron la reforma a la ley de propiedad intelectual chilena (Botero et ál., 2014).

sistema de resolución de conflictos en el proceso de fijación de tarifas de las entidades de gestión colectiva.

La SCD no sólo estuvo presente en la discusión de este proyecto, también participó en proyectos anteriores, como los que dieron origen a las leyes contra la piratería —la N^o 19.912 y la N^o 19.914—, donde fue una de las partes interesadas, e incluso actuó como parte en la mesa de expertos que discutió el Boletín 5012-03.¹⁸ De este modo, la organización expuso en varias ocasiones, ante el Congreso Nacional, sus puntos de vista sobre las disposiciones que iban a ser reformadas. En esa discusión, la SCD nuevamente dejó clara su posición con respecto al derecho de autor, la cual favorecía el cobro de derechos a los proveedores de servicios de Internet como “compensación” por la circulación de obras musicales en línea (*El Mercurio Online* 2008). Además, durante esa discusión se reveló que, junto a otras entidades de gestión, la SCD suscribió un acuerdo con el Gobierno que apuntaba a eliminar algunos aspectos críticos del proyecto que iban, aparentemente, en detrimento de la actividad de las entidades de gestión colectiva.¹⁹

A diferencia de ocasiones anteriores, la reforma de 2010 contó también con la participación de otros grupos que hicieron valer sus opiniones e intereses: industrias de telecomunicaciones, bibliotecarios y grupos de la sociedad civil dedicados al tema de libertades en el entorno digital. La presencia de estos grupos y el marcado activismo a través de medios digitales fueron factores que permitieron exponer masivamente la posición de la SCD y señalar públicamente la celebración del acuerdo entre las SGC y el Gobierno (ONG Derechos Digitales 2008).

Fue esta discusión legislativa la que debilitó uno de los flancos de la función de la SCD en el ámbito público. La supuesta “representatividad del mundo artístico”, que le permitió dominar el debate público sobre los derechos de autor por mucho tiempo, no fue argumento suficiente para lograr reformas exclusivamente

¹⁸ Posterior Ley N^o 20.435.

¹⁹ Parte de lo que fue el acuerdo secreto se encuentra documentado en el texto “El Gobierno acuerda las pautas de la SCD y acepta una ley abusiva para todos” (ONG Derechos Digitales 2008).

te afines a su discurso. Por el contrario, la discusión puso a la SCD como actor en uno de los extremos del debate, y en el otro, a varios representantes de grupos que acusaron su sesgo. Esto permitió que buena parte del público comprendiera el riesgo de no asumir posturas equilibradas en relación con los derechos vinculados a la cultura y el conocimiento. Además, el debate mostró a la SCD como una institución firmemente opuesta al desarrollo logrado por Internet, distanciándola así tanto del público en general como de varios de sus asociados. De este modo, Internet se convirtió en el elemento que detuvo el dominio del debate público de la SCD en materias ligadas a los derechos de autor, en lugar de impulsar su participación en la vida pública del nuevo siglo.

5. Conclusiones

Los cambios que han sufrido algunas prácticas de la vida cultural en el siglo XXI ponen bajo cuestionamiento los modelos de operación económica de las sociedades de gestión colectiva, su representatividad y, en consecuencia, la legitimidad de su discurso político, especialmente en lo referente a las tecnologías de información y comunicación.

El entorno digital representa una oportunidad para que creadores y consumidores de obras musicales aprovechen las ventajas que esta plataforma ofrece. La gestión colectiva no debe constituir un obstáculo para el adecuado equilibrio entre los intereses de los involucrados en la industria musical, esto sucede cuando se trata de imponer a todos reglas que sólo benefician y representan a una parte de los interesados.

Enfrentar los desafíos de las tecnologías digitales requiere suplir tanto las necesidades de los usuarios de estas entidades (los licenciarios) como los requerimientos de los artistas (sus asociados). Si bien estos últimos son atendidos por las SGC mediante beneficios sociales —además de la recaudación de sus derechos, función primordial de las SGC— se encuentran un tanto abandonados en su apuesta por aprovechar Internet como medio que los ayude en sus carreras, además, muchas veces se enfrentan al

hecho de que resulta incompatible el uso del entorno digital y estar asociados a una SGC.

Por otro lado, el principal aspecto negativo de la SCD es su marcada posición en favor de un derecho de autor restrictivo, misma que ha llevado hasta instancias legislativas en un intento por imponer su propia concepción de cómo debe aplicarse el derecho de autor, lo que, de paso, ha degenerado en prácticas de escasa transparencia y cuestionable respeto por el resto de actores del mundo de la música.

La adecuación al entorno digital también requiere la implementación de sistemas y mecanismos que, por una parte, se desarrollen de acuerdo con lo que la tecnología requiere y, por otra, que sean diseñados de una forma que conserve el equilibrio que se busca en materia de derechos de autor, ya que nunca debe dejarse de lado el principio de acceso a la cultura y al conocimiento. Pero esa adecuación es también política. La adecuación a las prácticas sociales y culturales del siglo XXI, llevadas adelante en el entorno digital, requiere la comprensión de los fenómenos sociales de creación y participación colectiva del desarrollo artístico, asimismo, la adopción de compromisos políticos que tengan en cuenta tanto los intereses económicos de sus asociados como sus intereses artísticos, sin soslayar los intereses del público en general.

6. Bibliografía

- Álvarez, Lillian (2006). “¿Derecho de autor? El debate de hoy”. Disponible en http://www.archivochile.com/carril_c/cc2012/cc2012-045.pdf, consultado el: 3 de febrero de 2014.
- Biblioteca del Congreso Nacional (2010). “Historia de la Ley N° 20.435. Modifica la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=ley+17336>, pp. 116 a 124, consultado el 31 de enero de 2014.
- Botero Cabrera, Carolina; Guzmán Mejía, Luisa Fernanda y Cabrera Peña, Karen Isabel (2014). *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*. Bogotá: Fundación Karisma.

EMOL (El Mercurio Online) (2008). "Artistas salieron a la calle a protestar por la ley de propiedad intelectual". Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/magazine/2008/07/23/314392/artistas-salieron-a-la-calle-a-protestar-por-la-ley-de-propiedad-intelectual.html>, consultado el 31 de enero de 2014.

Ley N° 17.336, Art. 92. Chile.

ONG Derechos Digitales (2008). "El Gobierno acuerda las pautas de la SCD y acepta una ley abusiva para todos". Disponible en: <http://www.derechosdigitales.org/997/el-gobierno-acepta-las-pautas-de-la-SCD-y-acepta-una-ley-abusiva-para-todos>, consultado el 31 de enero de 2014.

Open Business (2013a). "Desafíos de la gestión colectiva en Chile". Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/04/22/desafios-de-la-gestion-colectiva-en-chile>, consultado el 3 de febrero de 2014.

Open Business (2013b). "SCD en Chile: ¿entidad de gestión colectiva u órgano de lobby?". Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/10/27/scd-en-chile-entidad-de-gestion-colectiva-u-organo-de-lobby>, consultado el 3 de febrero de 2014.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2014). "Gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos". Disponible en: http://www.wipo.int/about-ip/es/about_collective_mngt.html, consultado el 3 de febrero de 2014.

Palominos, Simón; Farías, Elías y Utreras, Gonzalo (2009). "Música en tensión. Producción simbólica en tiempos de globalización". Disponible en: <http://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/259/8/978-956-319-859-1.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2014.

SCD (2014). "Licencias *on line*". Disponible en: http://www.SCD.cl/licencias_online.html, consultado el 3 de febrero de 2014.

Recaudo multiterritorial unificado, mecanismo para enfrentar los retos de la gestión colectiva en la era digital

*Por: Andrés Espinoza Pulecio**

Ex-director Sayco (durante la intervención estatal)

Resumen. Los usuarios de las sociedades de gestión colectiva no son hoy simples espectadores, son quizá el jugador más importante a quien el Estado protege para hacer efectivos sus derechos. El mercado de la industria musical en la región crece y el recaudo aunque crece no lo alcanza. La gestión de la información y la documentación de repertorios es la piedra angular de una gestión colectiva transparente, eficiente y técnica. La falta de información es tal vez el problema de mayor relevancia que afecta hoy por hoy la gestión colectiva, el artículo hace una reflexión sobre esta realidad para proponer esquemas de recaudo unificados que reduzcan los costos de licenciamiento, eviten el cobro especulativo de tarifas y garanticen el suministro de información. El texto hace especial mención el caso colombiano, al ECAD de Brasil y a una reciente alianza regional que busca activar un modelo de recaudo unificado para el entorno digital.

* Abogado Universidad del Rosario, estudios de especialización en Derecho Financiero, MBA en UC Berkeley, invitado del workshop de negociación de Harvard University experto en temas de propiedad intelectual y derechos de autor. Director del Comité Académico de la Maestría de Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia (2012). Presidente de la comisión de reforma de la ley 44 de 1993 nombrada por la DNDA de Colombia, representante de la Business Software Alliance. Miembro y presidente del Comité de Derechos de Autor de la Cámara de Comercio de Bogotá. Miembro del Comité de Derechos de Autor del American Chambers of Commerce. Representante del gremio de software nacional ante el Gobierno Colombiano y de USA para las negociaciones del TLC entre las dos naciones. Gerente Interventor de la sociedad de gestión colectiva SAYCO. Fundador de la asociación para la protección de los derechos de autor 100% Legal Colombia.

Latinoamérica ha experimentado en los últimos años un incremento muy importante en el mercado de la música con respecto al crecimiento que se ha registrado en el resto del mundo. El mercado de música grabada en América Latina para el año 2012 fue de US\$ 505 millones, un 10% más respecto al año 2011, lo anterior es muy notorio teniendo en cuenta que el crecimiento del mercado de música grabada en el promedio mundial tan sólo fue del 1%. (Guardianes de la música, 2013).

En cuanto a las ventas digitales éstas aumentaron un increíble 55%, lo que representa la considerable suma de US\$ 153 millones, número para resaltar si se entiende que esa cifra significa un 30% del total del mercado discográfico regional y su potencial apunta hacia un crecimiento mucho mayor. En la media mundial la música digital representa el 38% del mercado total de la música, con tendencia al aumento (Guardianes de la música, 2013).

En contraste con lo anterior, en América Latina la venta de productos físicos, CDs y DVDs, cayó un 2% y llegó sólo a US\$ 353 millones, esta tendencia a la baja seguramente se mantendrá y se hará más dramática año tras año (Guardianes de la música, 2013).

Lo anterior, sin duda, es un resultado esperado cuando se tienen en cuenta factores específicos como, por citar algunos: la entrada al mercado local de proveedores de contenido (iTunes, Napster, Spotify, por ejemplo); el vertiginoso crecimiento en el desarrollo de nuevas aplicaciones (WhatsApp, Facebook, Twitter, entre otras); el impresionante incremento en la cantidad de aparatos y en el uso de telefonía móvil con acceso a diversos contenidos (teléfonos inteligentes); el mejoramiento del hardware, etc., entre otros aspectos que facilitan que cada vez más personas consuman y compartan archivos musicales.

Todo lo anterior se ve altamente potencializado por la tendencia actual hacia el consumo de lo digital; el aumento de tecnologías y canales que permiten el este tipo de consumo; el aumento de contenidos de interés y la disminución de precios entre otros.

Para la industria musical éste es, claramente, un nuevo, refrescante y alentador panorama que debe ser adecuadamente entendido y eficientemente administrado por las Sociedades de

Gestión Colectiva (SGC). Éstas deberán reinventar los modelos sobre los cuales han realizado hasta hoy su gestión, tendrán que implementar cambios en sus metas y modificar su visión. Es el momento de enfrentar el verdadero reto de un modelo que fue creado y fundamentado en una modalidad de consumo diametralmente distinta a la que imponen hoy la realidad del mercado y del consumo digital.

El informe de investigación “La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe” (en adelante el informe) muestra un panorama de retos importantes para las SGC, pero no se detiene en los que resultan evidentes por el cambio en la naturaleza del negocio de la música, ni discrimina entre los usuarios de las SGC y sus diversas necesidades. El éxito de la gestión colectiva en la región obliga a analizar escenarios diversos, actores varios y, seguramente, diferentes tipos de aproximaciones. El presente artículo abordará una forma de fortalecer la industria de la música digital que exige mejorar la relación entre las SGC y los proveedores de contenidos (que son grandes usuarios de aquellas). Con este fin, el presente artículo mostrará cómo la estructura de las SGC en la región responde a un mercado musical de una época anterior que se enfrenta a una industria musical digital en crecimiento. Del sistema de gestión colectivo las SGC de hoy han heredado dos problemas esenciales: fraccionamiento en la gestión de los derechos y ausencia de información; ambos pueden solucionarse mediante el recaudo multiterritorial unificado. Esta solución se presenta a través de experiencias regionales que pueden servir a las SGC para afrontar un entorno digital más sano.

1. Antecedentes

La gestión colectiva en América Latina y los cambios que trae la música digital

Las primeras SGC en aparecer en América Latina fueron sociedades de obras dramáticas; el 11 de setiembre de 1910 nace la Sociedad de Autores Dramáticos y Líricos en la Argentina, que

en 1934 pasó a llamarse Argentores; en Brasil, en 1917, se funda la *Sociedade Brasileira de Autores Teatrais* (SBAT); la Sociedad General de Escritores de México (Sogem) fue creada en 1976, aunque hay que anotar que proviene de fusiones y sucesiones de sociedades desaparecidas, que se remontan a la creación de la Sociedad Mexicana de Autores Líricos y Dramáticos (Smald), en 1902; la más reciente de las sociedades de obras dramáticas es la Sociedad de Autores Nacionales de Teatro, Cine y Audiovisuales (ATN), de Chile, fundada en 1995.

En el campo de las obras musicales la primera fue la Asociación General de Autores del Uruguay (Agadu), fundada en 1929; le siguió la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (Sadaic), en 1936; en Brasil se crea en 1938 la ABCA, reemplazada en 1942 por la Uniao Brasileira de Compositores (UBC), fundada al sumarse un grupo de autores provenientes del Sistema Brasileiro de Televisão (SBAT); la Sociedad de Autores y Compositores de México (SACM), en 1945; la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco), en 1946; mismo año en que surge la Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBACEM) en Brasil; en 1951 aparece Autores Paraguayos Asociados (APA); la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), , en 1952; la Asociación Guatemalteca de Autores y Compositores (Agayc), en 1954; la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (Sacven), en 1955; en Brasil se forma la Sociedade Administradora de Direitos Execução Musical do Brasil (Sadembra), en 1956, la Associação Defensora de Direitos Autorais do Brasil (Addaf), dedicada exclusivamente a derechos fonomecánicos, en 1958, y la Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (Sicam), en Sao Paulo, en 1960; la Sociedad Panameña de Autores y Compositores (SPAC) se crea en 1972; la Sociedad de Autores del Ecuador (Sayce), en 1977; la Associação de Músicos Arranjadores e Regentes (Amar), en Brasil, en 1980; la Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD) surge en 1987; ese mismo año nace Agencia Cubana de Derecho de Autor Musical (Acdam); la Asociación de Compositores y Autores Musicales de Costa Rica (ACAM), en 1990; la Sociedad Bo-

liviana de Artistas y Compositores (Sobodaycom) nace en 1992; en tiempos más recientes surge la Sociedad General de Autores Compositores y Editores Dominicanos de Música (SGACEDOM), en 1996, y la Asociación de Autores, Compositores, Intérpretes y Músicos de Honduras (AACIMH), en 2002.

En el sector de los Derechos Conexos el primer antecedente es la Sociedad Uruguaya de Artistas intérpretes (SUDEI), fundada en 1951, la Asociación Argentina de Intérpretes (AADI) se crea en 1957; en Colombia, desde 1982 funciona la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos (Acinpro), que junto con la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia crean la entidad recaudadora Sayco-Acinpro; en Brasil aparece una institución del mismo tipo que la anterior, la Sociedade Brasileira de Administração e Proteção dos Direitos Intelectuais (Socinpro), en 1962; en México se crea la Asociación Nacional de Intérpretes (ANDI) y la Asociación Mexicana de Productores de Fonogramas y Videogramas (Somprofon), en 1963; la Asociación Venezolana de Intérpretes y Productores de Fonogramas (Avinpro), en 1993; la Asociación Boliviana de Artistas y Ejecutantes de Música (Abaiem), la Asociación Boliviana de Productores de Fonogramas (Asboprofon); en el Perú Anaie y la Unión Peruana de Productores Fonográficos (Unimpro), en 2001; en Paraguay funciona desde 2002 la Sociedad General de Productores Fonográficos (SGP), a la cual se unió en el año 2004 la Entidad Paraguaya de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (AIE-Paraguay).

Los productores de fonogramas se han organizado alrededor de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI), creada en 1933, que posee en Miami su filial IFPI Latinoamérica, que reemplazó a la legendaria Federación Latinoamericana de Productores de Fonogramas y Videogramas (Flapf).

El extenso listado de entidades que se ha citado permite deducir, de acuerdo con las referencias cronológicas que señalan la creación de las SGC en América Latina, que éstas, al haber sido fundadas la mayoría ellas entre principios y mediados de los años noventa, poseen modelos de gestión, estructuras y estrategias cimentadas en las formas, hoy revaluadas, en que se daba

el consumo de la música para esos años (esto en referencia a las SGC que son creadas para gestionar el derecho proveniente de dicha industria en particular). De manera que la incuestionable realidad de hoy, les impone a las SGC el inmenso reto de modernizarse, cambiar la visión y la forma de su gestión para proceder a tono con la realidad de la industria de la música, que será la de migrar la gran mayoría de su mercado al mundo digital.

Claramente, el negocio de la música resulta cada vez más atractivo en la región, esto se evidencia por el surgimiento de alianzas para ofrecer servicios de comunicación más atractivos para los usuarios que brindan a éstos un valor agregado al incluir contenidos musicales, a semejanza de Estados Unidos, país líder en la negociación de contenidos digitales.

Es así como la realidad del mercado está llevando a diversas empresas —como por ejemplo las de telefonía móvil y telecomunicaciones, que antes no incluían a la industria de la música en sus ofertas de servicios, o la incluían de manera muy tangencial (*ring tones*)— a cerrar alianzas de exclusividad con proveedores de contenido. Es sabido que en Colombia la empresa Telefónica cerró un acuerdo de distribución global de contenidos musicales con Napster (*El Comercio*, 2013), ideasmusik se convirtió en la tienda digital exclusiva de Claro (Telmex) FayerWayer, 2012) y Deezer la de Tigo (Tigo s. f.).

El avance de la tecnología convierte a la industria musical en un aliado estratégico del sector de las tecnologías de la información, sin embargo, la técnica en la gestión de derechos y la eficacia en los procesos de licenciamiento y distribución de los mismos por parte de las SGC y de los diferentes actores de la región, no muestran todavía un escenario que se compadezca con el apresurado desarrollo de la industria digital.

De otra parte, como intenta evidenciarlo el informe, este proceso no podrá hacerse sin considerar que hoy por hoy existe un nuevo, vital e importantísimo actor en el entorno de la música: el consumidor de la música. Ahora bien, el informe en cuestión pareciera concentrarse en el *consumidor final* de la música, es decir, el público en general, pero olvida a los proveedores de contenido

o “grandes usuarios”, que son protagonistas del sector al facilitar, masificar y globalizar digitalmente el consumo de los usuarios individuales o finales. Estos grandes usuarios no son simples espectadores en la gestión de derechos, son, tal vez, los jugadores más importantes, a quienes los Estados deben proteger adecuadamente para hacer efectivos sus derechos.

Poco a poco los Estados han ido comprendiendo el reto que impone proteger efectivamente tanto el derecho de los grandes usuarios como el de los usuarios individuales. En Colombia, por ejemplo, durante los últimos años se ha presentado un importante incremento de facultades de inspección, vigilancia y control para los órganos de regulación y, en general, autoridades de competencia, protección de datos y de derechos de autor.

Sin duda, este es un nuevo escenario para la gestión colectiva, no sólo en el ámbito digital, sino también en todas las áreas de negocio de las cuales los titulares pueden derivar una remuneración. La gestión de la información y la documentación de repertorios será la piedra angular de una gestión colectiva transparente, eficiente y técnica. El fortalecimiento de este escenario es especialmente importante para los grandes usuarios, aquellos que licencian contenidos musicales de las SGC en América Latina y que están desarrollando la naciente industria digital de la región. Los grandes usuarios son actores, consumidores y público del sistema de gestión colectiva que no aparecen como protagónicos en el informe de investigación que aquí sirve de pretexto para analizar la situación actual de las SGC de la región frente al reto del entorno digital, sin embargo, son pieza fundamental de ese futuro y el eje de análisis de este texto.

2. Sobre los problemas de la gestión colectiva para desarrollar el mercado digital en América Latina

Para analizar los retos que enfrentan las SGC en el entorno digital se propone pensar en la respuesta a una pregunta concreta: ¿Cómo se pueden mejorar los resultados del recaudo para fortalecer el sistema de gestión colectiva y aprovechar los beneficios

que la creciente industria de música digital representa para quienes licencian música en la región?

Los principales obstáculos que enfrentan las SGC de América Latina para facilitar el desarrollo de un mercado digital competitivo son la ausencia de información y una gestión fraccionada de los derechos. Estos problemas hacen que los grandes usuarios que pretendan ingresar al mercado digital se enfrenten a un camino largo y dispendioso que encarece los procesos de licenciamiento.

3. La ausencia de información sobre el recaudo

Efectivamente, como lo sugiere el informe, la falta de información es, tal vez, el problema de mayor relevancia que afecta hoy por hoy la gestión colectiva, principalmente en el mercado digital por tratarse de derechos con menos historia y práctica comercial que otros (sincronización, reproducción fonomecánica, radiodifusión).

El problema radica en que actualmente no hay una base de datos Latinoamericana unificada que permita el acceso a una documentación adecuada y global de los repertorios musicales, lo que resulta básico en un mercado multiterritorial y masivo, como lo es el digital. Además, tampoco existe una base de datos con la información mínima necesaria para garantizar una distribución real entre los beneficiarios de las regalías que esté acorde con los parámetros técnicos y estándares de uso efectivo (como sí ha sucedido en Estados Unidos y Brasil, países que han desarrollado eficazmente sus sistemas de tecnología en dicho sentido).

4. La gestión fraccionada de los derechos

Cuando el gran usuario quiere ingresar al mercado digital se ve enfrentado a la ausencia de información y a la dispendiosa tarea de negociar la tarifa de los derechos sobre la música con cada uno de los gestores de los derechos que coexisten en el mercado, a saber: casas disqueras, casas editoras, SGC de intérpretes, SGC de

compositores e incluso titulares independientes.¹ Todos con derechos diferentes frente a una misma obra o cada uno con plenos derechos pero frente a diversas obras.

Para ilustrar la dificultad que representa una gestión fraccionada de derechos, se expondrá a continuación la práctica comercial que se lleva a cabo en Colombia para la negociación de contenidos digitales por parte de un proveedor de contenido o gran usuario que quiere lanzar su tienda de música virtual para ofrecer descargas o *streaming* de cualquier género de música.

Un proveedor de éstos se enfrentará a la siguiente travesía. Negociar con el aliado que ponga a disposición su tienda (la empresa de telefonía móvil, la empresa que provea servicios de Internet u otras que garanticen cobertura con usuarios) y tomar en cuenta que la práctica comercial para estos casos indica que se debe dar como mínimo el 60% de los ingresos operacionales. Posteriormente deberá negociar con las casas disqueras que representan a los intérpretes para negociar el derecho conexo (este paso puede implicar negociaciones con hasta tres casas disqueras). Paralelamente, debe llegar a acuerdos con las casas editoras que representan a los compositores y autores de las obras, así como con las SGC que agrupan a los intérpretes y aquellas que reúnen a los compositores, pues ellas representan los derechos sobre el repertorio que les hayan entregado para administrar. Finalmente, si dentro del repertorio hay alguna obra o derecho que no ha sido transferido por el autor o artista deberá también hacer la negociación directa con esa persona.

Las anteriores negociaciones pueden durar entre 3 y 6 meses, incluso más. En este punto es necesario percibir el impacto tanto por desgaste frente a las negociaciones con múltiples titulares como por el tiempo destinado a ello, lo que contrasta notoriamente con un modelo ágil, dinámico y moderno de consumo digital.

¹ Algunos titulares actuando dentro de los alcances de su derecho, resuelven no hacer uso del sistema de gestión colectiva y se reservan toda o parte de la gestión de sus obras, es decir, resuelven directamente hacer el recaudo por lo que les corresponda de su obra o de los derechos que no hayan transferido a la SGC.

A la confusión que genera este esquema se suma el hecho de que en Colombia, tal y como sucede en otros países de Latinoamérica, las SGC no son sólo administradoras de derechos, sino que también son sus titulares, pues, en varios casos, sus afiliados han optado por ceder la titularidad de sus derechos a cambio de un esquema de regalías.

5. El recaudo unificado y multiterritorial como solución para enfrentar el entorno digital

El avance de la tecnología digital, la proliferación de usos digitales y la necesidad de enfrentar los problemas planteados por este nuevo escenario obligan a las SGC de América Latina a analizar la implementación de un esquema de recaudo unificado y multiterritorial que organice el mercado, evite el cobro especulativo de tarifas y proteja el derecho de los grandes usuarios, lo que además puede representar mejoras sustanciales en los derechos de otros usuarios: los consumidores finales. Como se verá más adelante, la experiencia nacional significativa en este tema se halla en Brasil y se conocen también nuevos ensayos interesantes en México y Colombia, de este modo empieza a surgir una iniciativa regional que, aunque todavía no muestra resultados evidentes, puede ser una solución interesante.

El caso de Brasil

Brasil podría considerarse un país pionero en sistemas de recaudo unificado, esto como resultado de una decisión del gobierno motivada por el gran número de SGC que recaudaban derechos de la misma categoría de acuerdo con sus repertorios y como una medida para facilitar el libre comercio entre los usuarios.

De esta forma, el Escritorio Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), creado en 1973 en Brasil, puede ser descrito como un ente *sombrilla* que agrupa a 6 sociedades de gestión colectiva (Abramus, AMAR, SBACEM, Sicam, Socimpro y UBC) y a 4 asociaciones que, aunque no tienen el carácter de sociedad de ges-

ción, representan repertorio de titulares, Abrac, Anacim, Assim y Sadembra, todas ellas del sector de la música.

ECAD, como modelo en gestión unificada, licencia y recauda frente a los grandes usuarios y en representación de las entidades mencionadas los derechos de los autores, editores e intérpretes, unificando de esta forma el recaudo de los derechos de autor y del derecho conexo. La gestión operativa se hace viable en la medida que la información de los repertorios se centraliza digitalmente en una base de datos global que contiene la información de los derechos que representa cada sociedad, de esta forma, con la intervención de sistemas de monitoreo en cada área de gestión, se hace efectivo el proceso de distribución a cada una de las SGC —con base en el uso de la música de los asociados de éstas— y a las sociedades hermanas con las que existen contratos de reciprocidad en el extranjero.

Además de lo anterior, el ECAD, como ente único de recaudación, gestiona los derechos de autor y conexos (de los intérpretes, de los autores y de los editores), de comunicación al público en radio, televisión, ejecución en vivo, ejecución pública en establecimientos abiertos al público y digital (actualmente para los usos de *webcasting* y *simulcasting*, pero que pronto se extenderá a otros usos digitales como streaming, descargas etc.). Este modelo de recaudo muestra un notorio crecimiento en el ingreso proveniente del negocio de la música durante los últimos cinco años, pues se ha pasado de un recaudo de US\$ 182.152,626 en el 2008 a US\$ 320.869,611 para el 2013, de acuerdo con los reportes financieros que la entidad publica en su sitio oficial (ECAD s. f.). Así mismo, los costos de funcionamiento de esta entidad no superan el 17% de lo recaudado, porcentaje que descuenta como gastos de administración a cada sociedad de gestión o asociación que representa.

El modelo brasileño de gestión unificada del ECAD ha reportado para los titulares de derechos cubiertos por esta entidad un aumento significativo en sus ingresos, también ha facilitado la competencia entre los grandes usuarios al brindar un camino fácil y expedito que centraliza la información y la documentación de repertorios, además de licenciar en forma unificada gigantescos repertorios de obras.

Sin embargo, como lo menciona también el informe, este sistema ha presentado inconvenientes frente a la autoridad de competencia por el ejercicio de prácticas restrictivas (Lemos, s. f.). Es importante considerar que, aunque el monopolio no es ilegal por sí mismo, cuando una operación se centraliza debe seguirse con especial atención la legislación en materia de protección al consumidor y de libre competencia, el respeto por estas normas debe evitar que se abuse de posiciones privilegiadas en el mercado. Si el sistema de recaudo unificado muestra mayor eficiencia para recoger y distribuir los ingresos generados por la industria musical y se consigue tener los controles necesarios para evitar los efectos nocivos se está frente a una herramienta eficaz para enfrentar los retos de la era digital.

Las recientes experiencias en México y Colombia

Otro ejemplo de recaudo unificado que vale la pena mencionar es la experiencia de México con la creación de una ventanilla única entre el Grupo de Editores Mexicanos (Emmac) y la Sociedad de Gestión Colectiva Mejicana (SACM), que produjo la Emmac/SACM, entidad que ha quedado encargada de conceder licencias para el uso de obras nacionales y extranjeras en línea, a través de teléfonos móviles y cualquier otro medio que surja en el ámbito digital. Esta entidad es un importante precedente en la creación de ventanillas únicas por toda América Latina (SACM 2011).

Por su parte, Colombia está en una posición de ventaja para iniciar un modelo de gestión digital eficiente, pues además de haber experimentado el cobro unificado de los derechos de ejecución pública de la música en establecimientos abiertos al público, también cuenta con una ventanilla única de origen legal creada por el Decreto Ley 0019 de 2012 o Ventanilla Única de Recaudo. Ésta aparece con la finalidad de centralizar el recaudo de los derechos que se causan principalmente por el uso de música y de audiovisuales en establecimientos abiertos al público.

La implementación de la ventanilla única en lo relativo a la música, como lo indica el informe, corre a cargo de la Organización Sayco/Acinpro, entidad que recauda los derechos de los

autores e intérpretes en establecimientos abiertos al público. Recientemente la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia (DNDA) manifestó, en la Circular 020 del 26 de diciembre de 2013, que la norma que crea la Ventanilla Única de Recaudo se refiere exclusivamente a los derechos de autor generados por la música, excluyendo a los audiovisuales, reprográficos y otros derechos de la obligación de pertenecer a dicha ventanilla (Dirección Nacional del Derecho de Autor, 2013).

La consagración legal de una entidad para facilitar la gestión colectiva y promover la libre competencia en Colombia supone el recorrido de un largo camino. No obstante, además del esfuerzo que deben hacer los participantes de la industria, el Gobierno debe auspiciar la implementación de un modelo unificado de gestión que sea de obligatorio cumplimiento para las SGC, por lo menos en el área de establecimientos abiertos al público, y promover que el mismo se implemente para el mercado digital y otras áreas de negocio a través de las cuales los titulares deriven una remuneración. Esto debe realizarse por medio de la modernización y depuración del obsoleto y altamente congestionado modelo legislativo, sumado a la sensibilización y participación activa de todos los interesados.

El ensayo regional

Existen inquietudes entre las SGC de la región en torno al reto que les impone la era digital, la necesidad de remodelar los esquemas y de modernizar la gestión, haciéndola ágil y dinámica. Dentro de este contexto, en el año 2013 se creó en Ciudad de México la Ventanilla Única Digital de Latinoamérica, entidad concebida para gestionar y negociar contratos con los grandes usuarios de contenido musical del mundo bajo el concepto de licencia multiterritorial, dicha ventanilla está compuesta por todas las SGC de Latinoamérica, las productoras y las editoras internacionales más representativas.

Este acuerdo se adoptó para dar vida al proyecto Latinautor, cuyos principales fines son negociar, administrar y distribuir el producto derivado del derecho de autor, recaudado en el am-

biente digital, de manera proporcional entre las diversas SGC de Latinoamérica que hacen parte del proyecto. Algo similar ocurrió en el caso de una iniciativa derivada de Latinautor: Latinnet, una base de datos de los catálogos representativos regionales que trata de agrupar un catálogo regional lo suficientemente fuerte como para poder equilibrar la carga de la negociación entre los usuarios digitales masivos y las SGC.

El tiempo dirá si esta experiencia regional se concreta en un modelo eficiente que garantice una adecuada gestión de recaudo, amén de un adecuado modelo de garantías para los grandes usuarios y para los consumidores individuales de la música en el entorno digital.

El fraccionamiento de derechos es un problema que, por la propia naturaleza del recaudo unificado, se enfrenta en forma directa; pero el éxito de este mecanismo dependerá, en cualquier escenario, de una correcta implementación de los principios que propenden por el deber de información de las SGC y los dos están íntimamente ligados con la tecnificación del recaudo. De forma tal que en un entorno en donde la tecnología hace cada vez más apetecidos los contenidos musicales —mientras éstos se transforman en motores que impulsan la expansión de la oferta comercial de aliados en el mundo de las tecnologías— cada país pueda implementar medidas que permitan a los titulares recaudar sus derechos a través de entes con capacidad e infraestructura y a los grandes usuarios realizar procesos de licenciamiento expeditos que no afecten sus derechos de libre competencia.

6. Conclusiones

Un esquema unificado de recaudo reduce los costos de licenciamiento para los grandes usuarios, lo que redundaría en beneficio de los consumidores finales de la música. Este esquema también ayuda a evitar los desgastes propios de una administración individual para las SGC, que siguiendo un modelo como el brasileño no intervendrían en la parte operativa del recaudo ni del licenciamiento frente a los grandes usuarios, en cambio, centrarían su

actividad tanto en la distribución de las sumas recaudadas por el ente único entre sus derecho habientes como en el refuerzo e implementación de modelos de bienestar social que beneficien a los titulares.

El informe llama la atención sobre los posibles abusos de los monopolios y se ocupa de darle una mirada de interés público al entorno de la gestión pública frente a los retos de lo digital. La visión del informe constituye un importante llamado de atención tanto para los países de la región como para los sectores públicos y privados, sin embargo, el aspecto comercial o de mercado no puede dejarse de lado y su análisis es clave para pensar en las SGC.

De otra parte, en los últimos años la región ha evidenciado un importante incremento en las facultades de inspección, vigilancia y control que tienen los órganos de regulación y autoridades de competencia en lo referente a protección de datos y de derechos de autor, así como sobre las actividades de las SGC. El caso colombiano es un ejemplo de que hay lecciones por aprender y mucho por desarrollar (Congreso de la República de Colombia, 2011) en lo que atañe a brindar una correcta respuesta tanto a los actores del mercado como a los intereses de una sociedad plural que exige el acceso a los bienes culturales.

La creación y fortalecimiento de esquemas de recaudo unificado nacional y multiterritorial para la región beneficiará ampliamente a los grandes usuarios y por ende al consumidor y usuario final. El desarrollo de estos mecanismos debe estar armonizado con la idea de incrementar la eficacia y libre competencia en el mercado, la implementación de controles que eviten los efectos indeseables de esquemas monopólicos y la adecuación de estructuras que permitan a los usuarios finales acceder a la cultura en entornos de *no mercado*. Por tanto, para constituir esquemas como los descritos se requiere de la voluntad política de los gobiernos, de la voluntad de los titulares y del esfuerzo decidido de las SGC.

En concreto, las SGC deberán tomar medidas para la renovación de sus modelos de gestión y de sus herramientas de tecnología, pensar en la reinversión de sus recursos en sistemas de centralización y documentación de repertorios, así como en sistemas

de monitoreo que garanticen un reparto transparente y permitan suministrar suficiente información a los usuarios (grandes y finales) sobre los criterios de construcción de la tarifa, repertorio administrado, etcétera.

Finalmente, el éxito de una empresa de este tipo requiere, por parte de todos los involucrados en este nuevo paradigma impuesto por la realidad de la era digital, un compromiso de transparencia en la gestión y consumo de los derechos de autor derivados de la música en América Latina.

7. Bibliografía

- Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1493 de 2011, Capítulo VII. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1493_2011.html, consultado el 3 de julio de 2014.
- Dirección Nacional del Derecho de Autor (2013). Circular N° 20. Disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Circular++No+20+del+26+de+diciembre+de+2013.pdf/dd7baf30-0826-4f9a-bdff-8fd16c4f23f8>, consultado el 4 de julio de 2014.
- ECAD (s. f.). Sección “Noticias”. Disponible en: <http://www.ecad.org.br/pt/Paginas/default.aspx>, consultado el 1 de julio de 2014.
- El Comercio* (2013). “Telefónica se alía con Napster para ofrecer música vía *streaming*”. Portafolio: Economía y negocios. Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/negocios/telefonica-se-alia-napster-ofrecer-musica-viastreaming-noticia-1645679>, consultado el 28 de junio de 2014.
- FayerWayer (2012). “ideasmusik: la tienda de música en línea de Telmex y Telcel”. Disponible en: <http://www.fayerwayer.com/2012/02/ideasmusik-la-tienda-de-musica-en-linea-de-telmex-y-telcel>, consultado el 4 de julio de 2014.
- Guardianes de la música (2013). “Las ventas de música en América Latina registraron un aumento del 10% en 2012”. Disponible en: <http://www.guardianesdelamusica.org/newsletterabr13esp.html>, consultado el 4 de julio de 2014.
- Lemos, Ronaldo (s. f.). Brasil: Nueva ley que fiscaliza al ECAD [SADAIC-BR] es victoria de los artistas. En: BLOGNOOFICIAL: <http://blognooficial.wordpress.com>. Disponible en: <http://blognooficial>.

wordpress.com/2013/07/04/brasilnueva-ley-que-fiscaliza-al-ecad-sa-daic-br-es-victoria-de-los-artistas, consultado el 30 de junio de 2014.

SACM (2011). "SACM y Emmac unidos para licenciar los Derechos Digitales de la Música". Disponible en: http://www.sacm.org.mx/archivos/noticias_detail.asp?id=322, consultado el 6 de julio de 2014.

Tigo (s. f). "Música Ilimitada - Deezer en tu Tigo". Aplicaciones. Disponible en: <https://www.tigo.com.py/entretenimiento/música-ilimitada-deezer-en-tu-tigo>

Las Sociedades de Gestión Colectiva en la nueva economía de las redes y las ideas

Por: Juan Camilo Cárdenas*

Facultad de Economía, Universidad de los Andes

Resumen. Desde la imprenta hasta el MP3 hemos presenciado innovaciones tecnológicas que por una parte han preocupado el bolsillo de los artistas, pero que han aumentado dramáticamente las audiencias de sus obras. Las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) han surgido como sistemas de recaudo de ingresos asociados al consumo de las creaciones artísticas con el fin de distribuirlos a los autores a cambio de un porcentaje. Aquí se hace un análisis desde la economía política de la pertinencia y eficacia de las SGC en el contexto de la revolución digital a partir de a) los problemas de acción colectiva y confianza entre asociados y la SGC, b) las crecientes dificultades para monitorear el consumo y difusión de las obras artísticas, c) el crecimiento de sistemas descentralizados de copia y reproducción entre pares y por fuera del mercado. El texto elabora sobre estos retos y la necesidad de adaptar las SGC a este nuevo contexto.

Desde la perspectiva de la economía política, el presente texto hace un análisis sobre la pertinencia y eficacia de las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) en el contexto de la revolución digital a partir de tres ejes fundamentales. En primer lugar, los problemas de la acción colectiva y la confianza o desconfianza de los asociados en las SGC; en segundo lugar, las crecientes dificultades para monitorear el consumo y difusión de las obras artísticas y, en tercer y último lugar, el crecimiento de sistemas descentralizados de copia y reproducción entre pares y por fuera del mer-

* Vinculado a la Facultad de Economía, Universidad de los Andes. Correo electrónico: jccarden@uniandes.edu.co

cado. El texto plantea las dificultades que implican estos retos y la necesidad de adaptar las SGC al nuevo contexto tecnológico.

1. Introducción

La industria de la música se encuentra en una encrucijada derivada de los avances tecnológicos que han reducido dramáticamente los costos de reproducir y distribuir las obras musicales entre audiencias cada vez más numerosas. Esto no sería negativo si se considerara como cierto que el sueño de un artista contempla que sus obras lleguen al mayor número de personas posible que puedan admirar y disfrutar su creación artística. Sin embargo, podría aseverarse que el sueño de un artista también contempla poder vivir dignamente de su oficio y, en ocasiones, aunque estos cambios tecnológicos aumentan el acceso del público a las obras no conllevan necesariamente más ingresos para los artistas que las han creado.

No es la primera vez que los artistas se enfrentan a encrucijadas de este estilo. Con la aparición de la imprenta se reprodujeron partituras a mucho menor costo; con el fonógrafo se pudo ejecutar música sin tener músicos presentes; al pensar un acetato, o más adelante al grabar un casete, se redujo enormemente el costo de imprimir y reproducir música para ser disfrutada por públicos cada vez más amplios, lo que redujo la demanda de músicos en vivo.

El paso del formato análogo al digital a través de CDs y la fácil transmisión de archivos MP3, o cualquier otro formato digital, a través de redes y otros dispositivos electrónicos continúa reduciendo los costos para que un individuo pueda escuchar la creación musical de un artista a miles de kilómetros de distancia de éste. Mark Kryder, el científico estadounidense conocido por la famosa “Ley de Kryder” (que describe cómo la densidad de almacenamiento de los discos está aumentando de una manera exponencial), señala a este respecto que el ritmo al que aumenta la capacidad de almacenar información en dispositivos cada vez más pequeños y la reducción de los costos para hacerlo permite

pronosticar que para el 2020 un disco de 2.5 pulgadas será capaz de almacenar más de 14 terabytes y costará cerca de 40 dólares (Kryder y Soo Kim, 2009). De otra parte, hoy en día la *nube de información* se ha convertido en un nuevo entorno para el almacenamiento y la reproducción de música y, así, tal y como suele decirse, “el cielo se convierte en el límite”.

Uno de los resultados de estos cambios tecnológicos ha sido el aumento de la audiencia, factor fundamental del que dependen los ingresos de la mayoría de los creadores de la música, gracias a las ganancias que se derivan de los conciertos o las compras de copias de sus creaciones musicales.

Los avances tecnológicos imponen a la industria de la música retos más grandes para generar ingresos que compensen el esfuerzo creativo de los artistas, ante la existencia de audiencias más grandes con mayores posibilidades de compartir entre ellas copias cada vez más baratas de productos musicales.

En este permanente cambio tecnológico han aparecido en la industria de la música las sociedades de gestión colectiva como mecanismos jurídicos y económicos, amparados por el derecho de autor, para recaudar fondos derivados del aprovechamiento, disfrute o utilización de la música por parte de terceros y transferirlos a los creadores originales de la misma.¹ La razón fundamental de su existencia radica en que sería prácticamente imposible que cada artista, amparado en la ley de autor, fuera a cada fuente que se beneficia de la reproducción de su música y recaudara el aporte² por dicho concepto. Con millones de obras musicales, miles de artistas y cientos de miles de usuarios obligados a pagar,

¹ “La gestión colectiva hace referencia a un sistema mediante el cual los titulares de los derechos de autor y derechos conexos delegan a una entidad la administración y negociación de las condiciones en las que sus obras serán utilizadas por los difusores y otros usuarios; así como el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes para su uso; la recaudación de las remuneraciones devengadas y el reparto de las mismas entre sus beneficiarios” (Ortiz citado en Botero et ál., 2014).

² El concepto por el cual se hace el aporte varía en cada país de la región, así, las diferentes legislaciones pueden considerar el mismo como “regalía”, “cobro”, “contra-prestación”, “arancel” o “remuneración”, por citar algunos ejemplos.

sería poco viable llegar a realizar transacciones descentralizadas entre autores y usuarios finales de la música.³

El cambio tecnológico, sin embargo, ha ido mucho más rápido que el cambio en los sistemas sociojurídicos y en los esquemas económicos que rigen la industria musical. Las leyes jurídicas y las leyes económicas que rigen la industria musical se encuentran rezagadas, razón por la cual no logran armonizar estos avances tecnológicos con los intereses de los creadores musicales ni con las preferencias y bolsillos de sus audiencias. El ritmo de distribución de las obras musicales que son compartidas y reproducidas por parte de los usuarios finales, o por parte de los usuarios que se benefician de su reproducción, sobrepasa con creces la capacidad de las SGC para monitorear y recaudar los aportes por su uso.

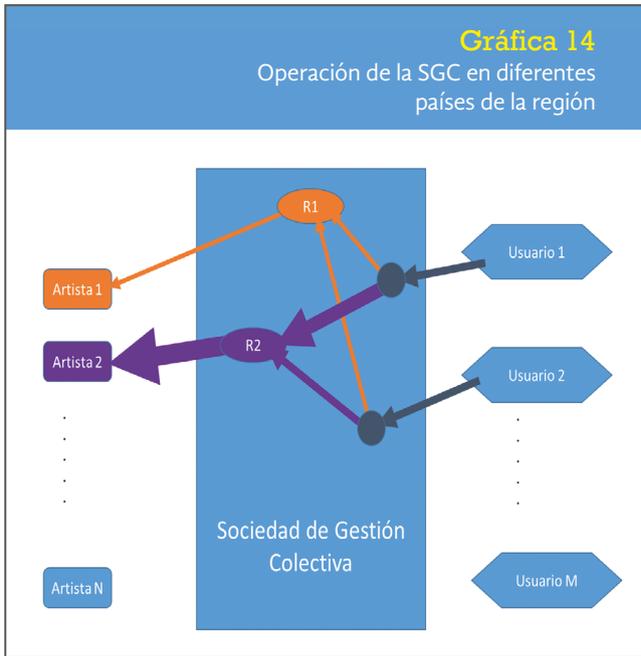
Estas tres dimensiones, tecnológica, sociojurídica y económica, afectan la forma como se construyen las relaciones entre los consumidores de música y los creadores de la misma a través de las SGC.

El presente escrito concentrará su atención en la dimensión económica, aunque su relación con las dimensiones sociojurídica y tecnológica será constante. De otra parte, dado que la velocidad a la que han respondido tanto los sistemas legales (o jurídicos) como los económicos ha sido relativamente lenta con respecto del cambio tecnológico, al final se presentarán algunos argumentos para promover una reacción más innovadora por parte de los sistemas económicos y jurídicos, para que logren estar a la par con la innovación tecnológica que ha permitido masificar el consumo de las creaciones artísticas.

2. El sistema de recaudos y distribución de las SGC

En el siguiente diagrama se muestra de manera simplificada cómo operan las SGC en los diferentes países de la región.

³ Nota del editor: el autor presenta el principal argumento de justificación para la gestión colectiva, pero es importante señalar que la gestión individual, por difícil que pueda resultar, existe como una opción legal en varios países, por ejemplo en Colombia.



En la parte izquierda se encuentran los artistas que se afilian a una SGC con el fin de que ésta recaude los aportes que la ley obliga pagar a los usuarios⁴ que hacen uso de sus obras musicales. En el centro está la SGC que, una vez recibe los recaudos, debe hacer la redistribución entre los artistas de acuerdo con diferentes reglas de proporcionalidad.

Nótese que cada establecimiento hace un pago único a la SGC y que cada artista recibe un pago único de la misma entidad, sin embargo, al interior de la SGC se deben reasignar las cantidades recaudadas de acuerdo a la utilización de las obras artísticas y a los autores de éstas.

En un escenario sin SGC los artistas tendrían que ir a recaudar la fracción correspondiente de sus derechos de autor a los estable-

⁴ Entre éstos se encuentran emisoras de radio y televisión, así como establecimientos comerciales que utilizan las obras musicales.

cimientos y éstos tendrían que preparar un pago individual para cada artista. Escenario inviable desde todo punto de vista.

Las SGC utilizan una serie de recursos y procedimientos que permiten realizar el proceso de recaudar un solo aporte por establecimiento y distribuir un pago único por artista, lo que simplifica enormemente el proceso para todos. Sin embargo, en esa potestad que tienen las SGC se encuentra la raíz de los problemas que se han generado entre estas entidades, la sociedad en general y los artistas en particular.

Lo anterior puede ser analizado desde dos aproximaciones económicas. Por un lado, desde un análisis conservador donde la atención se centre en el carácter normativo de los derechos individuales de autor y la pertinencia de las SGC como intermediarias entre los establecimientos que están obligados a aportar y los artistas que tienen derecho a recibir sus regalías por su obra. Por otro lado, y a partir de una visión más contemporánea, puede realizarse un análisis desde la “nueva economía”, en donde importan los problemas derivados de contratos incompletos entre establecimientos, SGC y artistas. Por contratos incompletos se hace referencia a que en la práctica es imposible construir un contrato verificable ante un tercero para asegurar que el pago realizado por un establecimiento sea redistribuido de manera correcta entre todos los artistas.

3. Visiones económicas del problema

La economía convencional (ortodoxa) defiende el argumento de los derechos de propiedad y la necesidad de regular y evitar el *free-riding* (disfrutar de un bien o servicio sin pagar por él) por parte de usuarios y establecimientos mediante la acción de las SGC.

La teoría económica de los bienes privados y públicos ha servido para defender el caso de los derechos de propiedad sobre las obras intelectuales, bajo el argumento de que sólo al salvaguardar los derechos individuales (*copyrights*) se puede garantizar la generación de ingresos para los creadores de dichas obras, lo que además permite mantener los incentivos para la creación intelectual, así como para la distribución y uso de creaciones artísticas.

La creación de una obra musical requiere asumir un costo fijo a riesgo, derivado del esfuerzo del artista, y los demás costos asociados a su composición, grabación y producción final, antes de saber si dicha creación tendrá acogida entre su posible audiencia. Es un costo a riesgo porque no se tienen garantizados los ingresos derivados de las ventas y reproducción de la obra, excepto en los muy contados casos donde los sellos disqueros establecen un contrato con el artista transfiriendo usualmente los derechos a quien asume el riesgo; sin embargo, en una cantidad considerable de casos el riesgo es asumido por el artista a través de sus propios recursos. Una vez asumido el costo fijo inicial se suman a éste costos variables, como la reproducción de copias de la obra que serán dispuestas en los diferentes canales de distribución utilizados en el negocio de la música. Estos costos variables se irán asumiendo a medida que el mercado vaya demandando copias de la obra musical en cuestión.

Ahora bien, debido que una misma copia puede ser reproducida muchas veces y por tal razón resultar beneficiosa para otros, además de su poseedor original —como sucede en el caso de un bar o una discoteca, pues utilizan las obras musicales ya reproducidas y obtienen beneficios económicos por su uso—, las leyes de protección de autor buscan que el lucro que genera la utilización de las obras sea compartido con los artistas, es allí donde aparecen en escena las SGC para recolectar esos aportes y distribuirlos a los artistas que en ellas se agremian.

Desde esta perspectiva económica conservadora, el argumento principal para tener estas leyes que protegen al autor, incluido en éstas el recaudo por parte de las SGC, es que ante la posibilidad de reproducir copias de las creaciones a muy bajo costo, se reducen los incentivos de los consumidores a adquirir dichas creaciones a través de los distribuidores legalmente autorizados para este fin, hecho que conlleva la reducción de los ingresos percibidos por sus creadores.

Las copias de estas obras, disponibles en cantidades abrumadoras debido a los avances tecnológicos, sirven como sustitutos perfectos de las copias autorizadas y se obtienen a precios mucho

más bajos que estas últimas. Dado que los costos fijos iniciales asumidos por el artista para crear su obra son asumidos ex-ante y sin tener garantía de que se generarán los ingresos necesarios para recuperar dichos costos, surge la necesidad de defender los derechos de los artistas sobre su obra a través de las SGC, entidades que buscan recaudar aportes de los establecimientos que se lucran de la reproducción de la música.⁵

El principal fundamento de esta perspectiva se halla en el clásico problema de bienes públicos y el *free-riding*, de este modo se justifica la necesidad de estos mecanismos de protección legal de los derechos de autor, así como la prohibición de la copia y reproducción no autorizadas, con el fin de evitar que tal práctica destruya la creación artística.

Ahora bien, las nuevas perspectivas de la economía de la información, la prosocialidad y la economía de redes ofrecen visiones alternativas sobre cómo enfrentar el reto de un progreso tecnológico que facilita cada vez más compartir las obras intelectuales y distribuir las entre audiencias más amplias, así como las dificultades de los medios tradicionales que hasta ahora han utilizado las SGC para hacer los recaudos y la distribución entre los artistas. El argumento central es que ante los cambios tecnológicos el análisis económico de las SGC tiene que salirse del esquema del *enforcement* (cumplimiento) de la ley actual, para construir sistemas soportados en la tecnología misma y aumentar la confianza de los miembros y la sociedad en general en estas entidades.

La efectividad de las SGC para cumplir con su misión ha sido cuestionada en muchos países del mundo. Los problemas detectados en el informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*, que sirve como base para el presente escrito, claramente identifican que ha habido problemas por parte de las SGC para mantener su legitimidad ante los artistas y la sociedad en general. Problemas similares también asociados a baja legitimidad y muy bajos recaudos para la mayoría de artistas han sido

⁵ La prohibición de la reproducción y venta de copias de las obras musicales es otra estrategia legal para impedir que estos sustitutos perfectos reduzcan la demanda de las copias vendidas por los artistas o sus distribuidores.

reportados en otras latitudes, como es el caso del Reino Unido (Towse, 2009).

El diagrama mostrado anteriormente evidencia claramente los problemas que conllevan los contratos incompletos, característicos del sistema. En la práctica sería prácticamente inviable que cada artista pudiera verificar si la SGC a la que se encuentra adscrito está recaudando la cantidad correcta en cada establecimiento y que su pago corresponde efectivamente y de manera proporcional a sus derechos. En la práctica se presentan diversos problemas de confiabilidad entre las SGC y los artistas, derivados del desconocimiento de esa información por parte de estos últimos. Además, existe el problema de la distribución desigual entre los artistas afiliados, hecho que se presenta en muchos países. La distribución de los recaudos muestra un alto índice de desigualdades, así, unos pocos artistas reciben una porción muy alta de recursos y la inmensa mayoría de artistas recibe cantidades muy pequeñas, hecho que disminuye su credibilidad en el sistema, no sólo por la cantidad que recibida sino por la desigualdad en la distribución, en muchos casos como resultado de procesos que no son transparentes o claros para todos.

Con respecto a lo anterior, está ampliamente documentada la importancia de las preferencias por la justicia y la aversión a la desigualdad como elemento fundamental que afecta las actitudes y comportamientos de quienes se involucran en transacciones comerciales o intercambios sociales en general (Bowles, 2004). De este modo, la aversión a resultados injustos genera procesos de reciprocidad negativa y de desconfianza que minan las posibilidades de que los artistas sientan que las SGC están representando sus intereses. Mientras que la gobernanza de las SGC se basa en un miembro-un voto, la distribución de beneficios se da de formas ampliamente desiguales que son percibidas como injustas por muchos de sus miembros.

Cuando se evalúan las características de la mayoría de las SGC y la forma como se expresan en la práctica, se observa que hay cuatro grandes fuentes de poder donde puede hallarse la raíz de problemas como la desconfianza ante el público y ante la comunidad de artistas.

La primera está relacionada con **su posición legal**, la que les permite sancionar a un establecimiento que utilice las obras musicales si no realiza el aporte a la SGC sustentada en la ley de autor del país respectivo.

La segunda tiene que ver con el carácter **monopólico de facto** que tienen las SGC en muchos de los países en que se han evaluado; incluso en casos donde la ley permite (*de jure*) crear tantas SGC como se quiera.

La tercera atañe a la **información asimétrica** que poseen las SGC, información que no tienen autores ni artistas sobre el recaudo y la reproducción reales de su obra. En términos económicos lo anterior se denomina *caso del principal-agente*, donde el principal (el autor) que comisiona a un agente (cualquier SGC) para que haga un recaudo a nombre suyo no puede verificar que la información que le provee aquel sea certera, y donde el agente puede, aprovechando esta asimetría de información, generar rentas económicas no reportadas al principal. Towse (1999), al diferenciar el caso de los derechos de autor (*copyrights*) de otros tipos de derechos (como las patentes), también muestra el problema de principal-agente, destacando que la relación, supuestamente armónica, entre autor y distribuidor o reproductor (*publisher*) es en realidad una relación con información asimétrica en una línea similar a la mencionada anteriormente, en donde también se presenta un posible conflicto de intereses entre los autores y los distribuidores.

La cuarta se centra en control sobre la distribución de los recaudos que se encuentra a cargo de las SGC y que, como ya se ha anotado, resulta **altamente desigual para** sus afiliados, hecho que genera problemas profundos entre éstos al percibir injusticia en la distribución de los ingresos recaudados.

Sumado a las cuatro condiciones anotadas, el avance tecnológico ofrece cada vez más, y a un ritmo acelerado, caminos y estrategias para que los usuarios accedan a las obras y los artistas puedan distribuirlas. Los costos fijos de la producción musical se han abaratado gracias a la generación de nuevas herramientas tecnológicas, de *software* y *hardware*, que tienen menor costo

que las tradicionales y que permiten su distribución a través de las redes sociales, lo que permite compartir tales producciones con audiencias más amplias. Además, los sistemas de música compartida han reducido enormemente el costo unitario de copiar y reproducir música entre las audiencias. Las alternativas jurídicas a través de licencias de *creative commons* y otras formas de asignación de derechos de propiedad sobre la música han abierto espacios a los artistas, pero el sistema legal y económico asociado a las SGC parece no responder de manera rápida y efectiva a tales cambios.

4. Conclusiones

El cambio tecnológico debe ser acogido por las SGC en lugar de ser visto por éstas como una amenaza a los derechos de autor. Las redes sociales están abriendo nuevos espacios para la creación musical y no hay evidencia de que la aparición de sistemas de música compartida entre pares esté amenazando esa tendencia. En un estudio de Waldfogel (2011) se evaluaron las obras musicales de mayor popularidad desde el año 1960 y se midió el cambio derivado de la aparición de la plataforma Napster. El autor halló que no hay evidencia de un cambio en la cantidad de nuevos artistas o nuevas obras grabadas en el mercado. Su explicación es que la reducción en la posible demanda de obras musicales pagadas se vio compensada con la reducción de los costos para poner las obras musicales en el mercado y la aparición de sellos disqueros independientes.

Por el lado de la demanda de música también se han presentado fenómenos importantes a lo largo de esta rápida carrera tecnológica. Aguiar y Martens (2013) analizaron datos en Europa de 16.000 consumidores de música por Internet y encontraron que el *efecto sustitución* que estaría en los supuestos de la visión económica conservadora descrita en la sección anterior es errado. De hecho, la elasticidad sería esencialmente nula e incluso positiva. Es decir, un aumento en el número de descargas digitales *ilegales* llevaría a un aumento de descargas o compras legales por Inter-

net, y en el caso de servicios de *streaming* de música el efecto es incluso de complementariedad, pues el mayor uso de servicios de *streaming* de música está asociado a un aumento en compras legales de obras musicales.

Detrás de estos fenómenos se encuentra lo que en términos económicos es denominado *economías crecientes a escala derivadas de las economías de redes*. Así, en la medida en que se puedan enlazar más usuarios y más artistas a través de las redes sociales, aumentan las posibilidades económicas de la industria musical. En ese sentido, las SGC tendrán que reinventar la forma como construyen mayores niveles de confianza entre sus afiliados y la opinión pública. Para ello resulta fundamental que el manejo de la información que poseen sea cada vez más transparente. A partir de allí su posición monopólica tiene dos caminos posibles: autorregularse y aprovechar esa situación para generar sistemas de distribución de sus recaudos de modos que sean percibidos como más justos entre los afiliados y ante los ojos de los usuarios y la opinión pública, o permitir que en la práctica surjan SGC que compitan en tecnología y calidad en la realización del mismo proceso.⁶

Cada vez más artistas hacen uso de las nuevas tecnologías y podrían beneficiarse de las SGC si éstas fuesen sus aliadas en la generación de ingresos por sus derechos de autor. Un primer paso para que esto sea una realidad es que la información de las mediciones y prorrateo que hacen las SGC para estimar la distribución de sus recaudos sea más transparente. Así las cosas, en la medida que la información de los monitoreos y transacciones de las SGC pase a manos de sus afiliados y del público —dado que son entidades sin ánimo de lucro, en su gran mayoría—, el sistema podría ser visto por parte de la sociedad como justo con los artistas y con los usuarios, lo que redundaría en un aumento y fortalecimiento de la confianza en estas entidades.

⁶ Por ejemplo, con el surgimiento en Estados Unidos de BMI (Broadcast Music Inc.) se ofreció una alternativa tanto para los artistas como para los usuarios, ante las permanentes quejas de los primeros con la ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers) por los aumentos de tarifas que quiso imponer esta entidad.

5. Bibliografía

- Aguiar, L. y B. Martins (2013). "Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data". Institute for Prospective Technological Studies. Digital Economy Working Paper 2013/04. JCR technical reports. European Commission.
- Botero Cabrera, Carolina; Guzmán Mejía, Luisa Fernanda y Cabrera Peña, Karen Isabel (2014). *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*.
- Bowles, Samuel (2004). *Microeconomics*. New Jersey: Princeton University Press. Versión en español disponible en: <http://bowlesmicroeconomia.uniandes.edu.co>, consultado el 2 de octubre de 2014.
- Kryder, Mark; Chang Soo Kim (2009). "After Hard Drives - What Comes Next?". IEEE Transactions on Magnetics 45 (10). DOI:10.1109/TMAG.2009.2024163
- Towse, Ruth. (2007) "Copyright and Economic Incentives: An Application to Performers Rights in the Music Industry". KYKLOS. Vol. 52, No. 3, pp. 369–390, agosto de 1999. DOI: 10.1111/j.1467-6435.1999.tb00223.x
- Waldfoegel, Joe (2011) "Bye, Bye, Miss American Pie? The Supply of New Recorded Music Since Napster". NBER Working Paper No. 16882.

Líneas borrosas en las partituras latinas: una mirada desde el público hacia la industria musical actual

*Por: Pablo Francisco Arrieta**

Resumen. Este texto explora la realidad tecnológica desde la óptica de un consumidor, se adentra en la producción y consumo de música que se encuentra hoy en día facilitada por Internet, recorre los datos del mercado de la música y los modelos de negocio que se han desarrollado para establecer el desfase que se está dando con las formas de gestión que ofrecen en las Sociedades de Gestión Colectiva en la región. El artículo muestra un mercado internacional dinámico frente al cual los artistas locales no logran competir y avisa un futuro que requiere de mucha creatividad. El análisis lo llevará a varias afirmaciones tajantes como que “Si las SGC quieren mantenerse relevantes en los años por venir tendrán que invertir con más fuerza en áreas que han descuidado, como lo es el desarrollo tecnológico y el procesamiento de la información” o que la brecha entre realidad y la práctica de estas entidades se aumentará si ellas no empiezan a aceptar y dar cabida a otras formas de licenciamiento.

El panorama actual de la creación y distribución musical en América Latina es muy diferente al que enfrentaban sus actores en 1994. Entre ese entonces y ahora ocurrió un fenómeno radical llamado Internet, que, increíblemente, no ha modificado la forma como algunas partes de la industria musical siguen desarrollando sus actividades. Mientras tanto, el otro lado del negocio, el que

* Arquitecto de formación, pero desarrollador digital desde 1994. Profesor universitario en la Universidad de los Andes, la Universidad Jorge Tadeo Lozano y la Pontificia Universidad Javeriana. Presentador y consultor para América Latina de empresas como Macromedia, Adobe, Wacom y, más recientemente, Apple. Melómano desde niño, disfruta de la música y apoya el trabajo y la exploración de los músicos.

tiene que ver con el público, sí que ha variado su manera de actuar y consumir. La misma web ha dejado de ser un medio de comunicación unidireccional en el que algunos pocos podían participar para convertirse en una red en la que cualquier usuario es capaz de hacer sentir su voz de las maneras más variadas, gracias a la masificación de las herramientas digitales que conforman lo que se conoce como *redes sociales*.

El presente texto busca explorar la realidad actual de la industria musical desde la perspectiva de un observador externo que, más que producir y distribuir, es público comprador. Ante los permanentes ataques verbales y acciones judiciales que muchos productores han iniciado casi en paralelo con la evolución de Internet, es interesante revisar los desarrollos tecnológicos y las posibilidades que éstos han brindado a los artistas, entre ellas la posibilidad de plantear soluciones de negocio viables a las comunidades en las que sus obras van a ser distribuidas.

Si bien no hay manera de volver atrás el modo como se hacen los negocios, existen nuevas vías para que las compensaciones económicas lleguen hoy a las manos de quienes las buscan, tal vez no utilizando las mismas herramientas de antes sino implementando cambios tanto en los medios de distribución como en las actitudes ante ellos.

El presente artículo hace parte de un conjunto de textos en los que se analizan estas situaciones en América Latina y el Caribe, pero como las grandes casas quedan en Estados Unidos y Europa, este texto en particular muestra casos que, aunque no son del todo comunes en Latinoamérica, sí representan la tendencia global y posiblemente la ruta que nuestra industria local siga.

Hoy se toman decisiones globales en torno a combatir ciertos temas, como la piratería, a pesar de estar muy lejanos en la implementación local de opciones legales y viables para nuestros pueblos. ¿No es éste un problema que debería ser resuelto cuanto antes para poder alivianar las cargas de lo legal? ¿No debe el cambio iniciar con una industria propositiva antes que reactiva?

América Latina es uno de los territorios con la más acelerada penetración de Internet (eMarketer, 2013) en los últimos años, pero más allá de conectar a los ciudadanos mediante líneas de

banda ancha se aprecia el crecimiento del Internet móvil (GSMA, 2013) en manos de una población muy joven (CIA, s. f.) (en algunos países la media está por debajo de los 30 años). En América Latina y el Caribe cada vez más personas llevan consigo herramientas que les permiten acceder a la web para comunicarse y, tal vez en mayor medida, entretenerse [a juzgar por el fuerte uso en la región de redes sociales y otros servicios no muy utilizados con fines laborales (ETC, s. f.)]. Finalmente, según estudios recientes, la región muestra algunos de los más agudos avances en el terreno de las ventas digitales, sobre todo en países como México, Colombia, Argentina, Chile y Perú (Cushman & Wakefield, 2013).

Es ante esta realidad que la lentitud paralizante de la industria musical en aceptar, permitir y modificar la manera como se aproxima a sus audiencias es problemática. Si bien hace un par de décadas se podía sentir que se controlaba el mercado con herramientas básicas y leyes, en la realidad actual es necesaria una actitud diferente de parte de quienes ejercen dicho control, mismos que deben desempeñar un rol de liderazgo que no necesariamente ha de reflejarse en convencer a los mandatarios de turno para que expidan leyes que protejan viejas formas de hacer las cosas.

Mientras los índices de penetración de Internet son positivos y la población latinoamericana ha aceptado y empezado a utilizar de manera activa las herramientas de comunicación digital, hay un renglón en el que aún se presenta un rezago: compras digitales (por más que es positivo y fuerte su crecimiento (eMarketer, 2014), en países como Argentina, por ejemplo, estas actividades han tenido que restringirse (BBC News Latin America & Caribbean, 2014). Y tal vez no sea únicamente por desconfianza en los medios de pago o los sistemas de conexión; esta realidad puede verse influida por la actitud desdeñosa con la que muchas empresas han asumido la necesidad de presencia digital de sus negocios y el tímido establecimiento de canales de compra en ellos, sumado al hecho de que no toda la población de la región en cuestión tiene acceso a los medios de pago que se requieren usualmente [tarjetas de crédito y, por consiguiente, bancarización (VISA, s. f.), algo que en la región es bastante precario].

En el 2013 la firma Morgan Stanley presentó en Estados Unidos un reporte en el que indicaban los productos que los compradores estaban más tendientes a adquirir de manera digital. A la cabeza de la lista se encontraban los libros, en el primer lugar, siguiendo en la escala los artículos digitales y los deportivos (Stanley, Morgan, 2013). En la lista de 14 ítems sorprende no encontrar, en ninguno de los puestos, a la música. La ausencia no significa, en lo absoluto, que la misma haya dejado de escucharse o adquirirse. Si acaso, lo que indica el reporte es que ahora la gente prefiere otros mecanismos de acceso a las grabaciones sonoras, en un tiempo de *streaming* y distribución por servicios digitales. Al parecer, lejos quedará la imagen del melómano rodeado de miles de acetatos que prueban su lealtad tanto con los artistas como con la industria musical.

Finalmente, para que estos espacios digitales sean atractivos para el gran público debe facilitarse su acceso. En los últimos años, ante el avance de servicios de *streaming*, los proveedores de internet han empezado campañas para ofrecer “mejores servicios” de planes de datos y conexión a las empresas dispuestas a pagar por ello. El concepto de neutralidad web, que tan lejano parece del quehacer creativo, se convierte en un punto relevante en tanto que las empresas que distribuyen contenidos pueden ver golpeada la calidad de su oferta si el servicio presenta interrupciones o fallas. El caso más relevante ocurrido en los primeros meses del 2014 viene del mundo de los contenidos audiovisuales y lo protagonizó Netflix cuando se vio obligada a pagar a los proveedores de internet un dinero extra para garantizar el correcto funcionamiento de su servicio. Esto llevó a la empresa a publicar un airado comentario sobre el riesgo que esto conlleva (luego de haber tenido que pagar) (Netflix, 2014a), así como empezar a publicar reportes sobre la calidad del servicio de conexión (Netflix, 2014b) en los países donde tiene presencia.

Al parecer, los artistas conscientes de la importancia de los entornos digitales tendrán que ser más activos y vocales al momento de entablar batallas con lo digital. En vez de tanto esfuerzo contra los usuarios, seguramente obtendrían mejores resultados apoyando su beneficio y seguridad al momento de consumir.

1. Cambiamos el ritmo para seguir bailando, las entidades deberían ajustar el paso con estos tiempos

Quiero ver un mundo digital que provea los artistas jóvenes con el tipo de oportunidades que tuve la fortuna de tener al iniciar mi carrera. Los artistas aún necesitan poder beneficiarse de la inversión por parte de las disqueras para construir una carrera. Esto sólo puede suceder si los gobiernos alrededor del mundo juegan su parte en asegurar que las leyes que protegieron a los creadores en la era de la distribución física son actualizadas para la era de la distribución digital. Ese es el mensaje que intento entregar cuando viajo por el mundo y hablo con los dirigentes políticos. (International Federation of the Phonographic Industry, 2014)

Son las palabras que el Director de la International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) escribe como introducción del reporte de música digital del 2014. Se trata de Plácido Domingo, el reconocido tenor español, ahora convertido en directivo de una agremiación que vela por salvaguardar el valor de la música grabada y los intereses tanto de las empresas relacionadas como los de los artistas que encuentran sustento a través de este medio.

Al leer estas palabras surge la pregunta sobre si las entidades locales encargadas de gestionar los dineros que recaudan nacionalmente los artistas están a la altura que exigen los tiempos. Al leer el presente reporte sobre el estado de las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) en América Latina y el Caribe (ALC) —de acuerdo a los resultados arrojados por la investigación y las entrevistas a funcionarios y músicos de la región— éstas se encuentran preparadas de manera muy precaria para afrontar los retos que establece el mundo digital.

En palabras de sus investigadores, “para algunas SGC pareciera que la prioridad está en cómo controlar el uso y no en entenderlo para aprender a recaudar”. En la región puede apreciarse cómo la industria da prioridad a la propaganda negativa sobre la tecnología digital, la cual inició hace años por medio de ataques a usuarios y compradores que fueron señalados como “piratas” por adquirir productos copiados o intercambiar archivos (o incluso sólo vincularlos, cuestionando de este modo la legalidad de los hipervínculos) (Centro Regional para el Fomento del Libro

en América Latina y el Caribe, 2013) y que se ha dedicado en los últimos años a convencer a los políticos de las diferentes naciones de la zona para que aprueben leyes que reprimen comportamientos no autorizados, haciendo fuerza en las penas a los infractores (BBC Mundo, 2012). Entre tanto, el panorama de la innovación en las rutas para crear, mantener y monetizar los públicos existentes es menos evidente. Hay un desbalance que debería corregirse pronto, sobre todo al no tener resultados tan efectivos con la prohibición (como en Francia y Rusia) como los conseguidos con una mejor oferta comercial: “los mercados que ofrecen alternativas legales atractivas que son —entre otras cosas— fáciles de usar y que cuentan con amplias colecciones de contenido, están reduciendo la piratería” concluye el estudio de TV and Media, del Ericsson Consumerlab en el 2013 (Ericsson ConsumerLab, 2013).

Rebecca Giblin, experta en temas de tecnología, derecho y acceso, publicó un estudio que analiza el impacto y los resultados de las leyes antipiratería que incluyen respuestas graduales que terminan penalizando y castigando a usuarios, la autora concluye que

hay muy poca evidencia que estos resultados hayan sido causados por respuestas graduales. Los reguladores internacionales que estén considerando implementar nuevos sistemas de respuesta gradual deben estar más que seguros que nunca de considerar cuidadosamente los objetivos que buscan conseguir con la política, y evaluar si las propuestas en la mesa pueden colaborar activamente a lograrlos. Y los reguladores que ya han promulgado leyes de respuesta gradual deberían ver con cuidado la evidencia y considerar si es deseable mantenerlas en su forma actual. También deberían considerar fomentar o requerir a aquellos que piden mantener los esquemas que hagan disponibles los datos pertinentes para que investigadores elaboren análisis rigurosos e independientes, elevando los niveles de pruebas de lo que se acepta actualmente. Mucho puede hacerse para diseñar legislaciones de propiedad intelectual que ayuden a alcanzar los objetivos deseados. Pero por lo que puede decirse basado en la evidencia disponible, las respuestas globales escalonadas fallan abrumadoramente (Giblin, 2014).



A la vez que se discutía en diversos países de la región sobre las legislaciones represivas, Apple anunciaba la liberación de sus tiendas musicales en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela (Apple Press Info, 2011), ya México había abierto la suya en el 2009. En la actualidad, Apple es la empresa más importante de distribución musical en los Estados Unidos, con el 80% de las ventas; debido a esa posición, han empezado a presionar a los sellos disqueros para que les mantengan contenido exclusivo pues los servicios de streaming les han empezado a canibalizar sus ventas (Chmielewski y Lewis 2014).

En los primeros meses del 2014 las ventas digitales de canciones y álbumes han sobrepasado las ventas de discos físicos (Caulfield, 2014)., esto hace pensar a los analistas que el 2014 será el año en el que se incline finalmente la balanza hacia el lado de lo digital a nivel global, pues esto ocurrió ya en Estados Unidos en el 2012 (Segall, 2012).

Son días extraños por los que atraviesa la industria musical, mientras las ventas de CDs son cosa del pasado, las de LPs (discos de larga duración en acetato) se han disparado (o retornado) y, según las cifras más recientes, entre el 2002 y el 2012 en Estados Unidos las ventas de este formato han crecido un 250% (Richter, 2014). Si bien no representan económicamente una gran cifra, son signos de un público que hoy tiene la calidad del sonido digital en un medio virtual pero que aprecia tener un objeto que simbolice su apoyo al artista. Sin embargo, en esta tendencia retro no es donde deberían estar puestas las aspiraciones de la industria.

Ya en el 2011 Michael Degusta, para Business Insider, analizaba el estado del negocio y anunciaba que se vendrían cambios radicales en la disminuida industria musical (Degusta, 2011). Mostraba cómo el negocio que hasta el 2007 se consideraba el espacio para los móviles (los ringtones) había empezado a desaparecer y le daba lugar a algo más grande: la venta de sencillos y nuevos servicios como Spotify. De esta manera, los teléfonos empezarían a reemplazar a radios y otros aparatos usualmente considerados como la ruta natural de la música.

En la actualidad los sistemas de suscripción son el modelo de distribución de preferencia para grandes segmentos de la población. Las empresas que lideran este espacio son Pandora, Spotify, Deezer, Grooveshark y otras más de pequeña escala, unas con mayor aprobación de la industria que otras pero todas generan impacto en la manera como los consumidores encuentran y consumen música.

Para la IFPI es claro que los servicios de *streaming* y suscripción son un buen modelo de negocio para la industria. En 2011 había 8 millones de usuarios suscritos a diferentes tipos de estos servicios y en la actualidad ya alcanzan los 28 millones (International Federation of the Phonographic Industry, 2014). Otros reportes indican que los servicios digitales han contribuido a un repunte de las ventas de contenido en video y audio (BBC News Entertainment and Arts, 2014). La IFPI publicó un listado de los artistas más exitosos en ventas físicas, descargas digitales y servicios de *streaming* (incluyendo a YouTube como uno de ellos) (In-

ternational Federation of the Phonographic Industry, 2014). De igual manera, la revista Billboard publica ahora un listado llamado Social50 (Billboard, 2010), en el que reportan la popularidad de los artistas compilando datos y utilizando una fórmula matemática que mezcla adiciones de seguidores y vistas de páginas en MySpace, YouTube y Facebook.

De acuerdo a las conclusiones del reporte, las SGC de la región objeto de este artículo aún realizan muestreos de manera manual o con herramientas bastante precarias. ¿Cómo pueden entonces garantizar a sus afiliados certeza en cuanto la recolección de ingresos teniendo en cuenta esta multiplicidad de canales? ¿Son ellas la opción para una nueva generación de artistas que ha nacido y crecido consumiendo material de manera digital y ahora quiere monetizar su propia obra en esta vía?

Como se puede leer en las páginas del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* (Botero et ál., 2014), es prioritario que las SGC actualicen sus métodos de acción y se adapten a estos nuevos modelos pues “la apertura de las SGC a nuevas opciones puede servir para acercar a artistas jóvenes” (Botero et ál., 2014). Como todo sistema que se basa en colectividad, es fundamental que exista un relevo generacional y, para poder conseguir que nuevos afiliados mantengan un caudal de ingresos suficiente para mantener en funcionamiento las sociedades, es vital que estas nuevas generaciones encuentren respuesta a sus necesidades en las agremiaciones locales.

De lo contrario, la realidad conectada permitirá que encuentren soluciones en agrupaciones extranjeras lo que acarreará consecuencias no sólo económicas sino de carácter cultural pues sus obras abandonarán el país originario. Paradójicamente podríamos enfrentar situaciones en las que la música siga siendo un negocio vibrante pero que sirva para enriquecer empresas y sociedades foráneas y, aunque nos preciemos de “los artistas locales” estos lo serán sólo de nacimiento pues sus intereses serán garantizados de manera multinacional.

Y no estamos muy lejos...

2. Somos el lado B: los problemas de representación para los independientes

Ahora bien, en la región las SGC han dividido sus miembros en distintos niveles, dando prioridad a los que pertenecen a los segmentos más exitosos (o comerciales) de la industria (Botero et ál., 2014). Al carecer de reportes de transparencia, muchos de los afiliados se ven en la triste situación de desconfiar de la misma organización que los agremia y en la que están depositando sus ilusiones de conseguir una estabilidad y, en el futuro, un apoyo en caso de pasar por tiempos difíciles.

El negocio de la música grabada tiene actualmente tres grandes protagonistas: la empresa francesa Universal Music Group, la japonesa Sony Music Entertainment y la norteamericana Warner Music Group. Todas las demás compañías que se dedican a la grabación, que no hacen parte de las filiales de las anteriormente mencionadas, se conocen como independientes. Esta clasificación hace mucho más grande el espectro que compone el sector independiente de la música. Las innumerables agrupaciones y artistas que trabajan en solitario y se encargan de todo el proceso también son llamados de la misma manera, pero las diferencias en recursos y magnitud pueden llegar a ser abismales.

De acuerdo a los resultados de la investigación

no existe un modelo matemático o estadístico impuesto por la ley en [América Latina y el Caribe] ALC para hacer el recaudo. Cada SGC puede determinar cómo lo realiza, cuáles son los porcentajes de éste que se repartirán entre los asociados, qué deducciones se harán para financiar el funcionamiento de la sociedad, etc. (Botero et ál., 2014)

Y si las decisiones las toman los miembros elegidos por votación, mismos que provienen de compañías como las arriba mencionadas, es muy complicado que se decida seguir rutas que sean más beneficiosas para los independientes (en cualquiera de sus variaciones) que para los socios mayoritarios que representan los grandes grupos consolidados.

Otro punto preocupante es el descrito por algunos entrevistados en lo que tiene que ver con presentaciones en vivo; según Roberto Parra, productor de eventos en Chile,

nos castigan más por el hecho de trabajar de la música [...] supuestamente por el tema de que tenemos que pagar un porcentaje de las ventas de los conciertos a la SCD por los derechos de autor. Inicialmente nuestra 'rebel-día' de no pagar era porque considerábamos súper ilógico que nosotros estuviéramos pagándole a una banda por presentarse y aparte estemos, también, pagando derechos, si en el fondo ya les estamos pagando para que toquen y, obviamente, para que toquen sus temas. (Botero et ál., 2014)

Esto difiere bastante con la situación internacional que puede observarse en países como Estados Unidos, allí LiveNation es la fuerza principal en temas referentes a conciertos. Esta empresa nació como subsidiaria de Clear Channel, la compañía más grande de cadenas radiales en este país. Hace unos años, LiveNation ganó notoriedad cuando los artistas más reconocidos de la música pop mundial [incluyendo a Madonna (Associated Press, 2007) y la colombiana Shakira (Rolling Stone, 2012)] empezaron a abandonar sus empresas tradicionales para ser manejados por esta compañía, gracias a su nueva visión del negocio, donde se da mucha importancia a las ganancias vía conciertos, así como a los "acuerdos de 360^o" en los que los artistas reciben ingresos por acciones que no están del todo relacionadas con la música.

Un contrato de 360^o quiere decir que el artista entrega a Live Nation la responsabilidad de licenciar, vender *merchandising*, organizar los tours y manejar los derechos de publicación. La empresa recibe un porcentaje de lo anterior, más la taquilla y la venta de CDs, por su parte, el artista obtiene parte de las entradas de parqueaderos y las concesiones que venden durante las presentaciones.

La empresa no sólo maneja artistas sino que se encarga de la venta de tiquetes, lo que la convierte en un poderoso aliado de los artistas en este nuevo panorama de la industria. Al dar el giro hacia la parte promocional y las giras de los artistas, Live Nation Entertainment nace al fusionarse la empresa con Ticketmaster, la empresa más grande de venta de tiquetes en el territorio nor-

teamericano [(luego de la fusión ocurrida en el 2010 controlan el 80% de las ventas e incluso recientemente han incursionado en el negocio de la reventa de boletas (Knopper, 2013)]. Dueños de enormes salas para hacer eventos tanto en Estados Unidos como en el extranjero, crecen anualmente al anexarse empresas locales de otros países (Doby, 2014), la actuación de Live Nation es vista por muchos como monopólica y nociva para la industria (Depillis, 2013)¹.

Dentro del modelo tradicional del negocio musical, donde las disqueras firmaban acuerdos con los artistas y se preocupaban sobre todo del manejo y los ingresos de las grabaciones, la parte referente a las presentaciones en vivo fue siempre importante. Los economistas Mary Connolly y Allan B. Krueger lo explican así:

Es claro que los conciertos son una fuente mayor de ingresos para los artistas que las ventas de discos o las regalías de publicación. Sólo cuatro de los mayores 35 generadores de ingresos hizo más dinero de las grabaciones que de conciertos en vivo, y gran parte de los ingresos récord para estos artistas, probablemente representó un avance en un nuevo álbum, y no las regalías en curso de las ventas de CD. Para los 35 primeros artistas en su conjunto, los ingresos por toures de presentaciones superó los ingresos de las ventas de discos en una proporción de 7,5 a 1 en 2002. Los derechos de publicación de música fueron un poco menores que los ingresos de las grabaciones. (Karubian, 2008).

Y, debido a la manera como las disqueras exigían recuperar su inversión manteniendo hasta el 95% de las ganancias producidas por las ventas de grabaciones, esto llevaba a que las presentaciones en vivo, aunque menores en cantidad, fueran más lucrativas para los artistas:

En el 2003 el valor total de ventas de grabaciones (incluyendo CDs, sencillos, LPs, etc.) en los Estados Unidos fue de 11.8 mil millones de dólares, mientras que el valor total de la venta de entradas para los conciertos

¹ Véase: "Too Big To Fail? The Live Nation & Ticketmaster Merger, One Year Later" (Future of Music Coalition Fractured Atlas, 2011). Para un detallado análisis de los problemas de la fusión, el análisis del Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre por qué este caso no generaba monopolio, es recomendable leer: "The merger and the damage done: how the DOJ enabled an empire in the live music industry" (Baker, 2013).

fue de 2,1 mil millones. Así, desde la perspectiva de los consumidores, las grabaciones son un mercado mucho más grande, pero desde la perspectiva de los artistas, los conciertos representan una fuente de ingresos mucho más importantes. (Karubian, 2008).

Y en otra parte del mundo, caracterizada por niveles de piratería de contenidos superiores al 80%, el investigador Jiarui Liu detecta las nuevas maneras como los artistas obtienen ingresos de sus obras musicales, según su estudio, éstas son: actuaciones en vivo, patrocinios, *bundling* (regalar la música al comprar otros productos), música patrocinada por publicidad, venta de *merchandising* (camisetas, afiches, muñecos, entre otras), sincronización (además de los discos y proyectos individuales, los artistas hacen música para televisión, películas de cine o videojuegos) (Liu, 2010). Todo esto ocurre de manera independiente y es una solución para mantener a flote una industria que es insostenible con el modelo tradicional, es justo allí donde se centra el trabajo de LiveNation, en concentrar en un sitio lo que antes se encontraba disperso.

De vuelta a Estados Unidos, la unión entre marcas y artistas se hizo patente en el más reciente South by Southwest (SXSW), evento en el que no sólo aparecieron artistas independientes, como es costumbre, sino que fue tomado en el 2014 por mega artistas que actuaban patrocinados por empresas de los más diversos productos (Carr, 2014). ¿Se sacrifica independencia y creatividad por seguridad económica alienando la audiencia de paso (Pareles, 2014)?

La siguiente gráfica muestra una comparación entre los dos modelos de negocio existentes en la actualidad, de acuerdo a estos cambios:

Gráfica 16
Comparación entre los contratos tradicionales y los de 360°

	Traditional Contract	360° Contract
Term	Usually 5-7 album cycles for new artists, with one firm commitment followed by options. Established artists have more firm commitments.	Labels have incentive to increase the term. New artists get longer terms; established artists have more leverage.
Record Royalties	New Artists: 13-16% of PPD Mid-level Artists: 15-17% Superstars: 18-20%	Likely higher royalty rate allocated for artists.
Touring Provisions	Sometimes artists are provided with recoupable touring support.	More financial support for tours, but promoter-based 360° deals require exclusivity.
Recording Fund	New Artists: under \$300,000 Mid-level: \$500,000-\$1 million Superstars: \$1.5 million+	Likely no significant change.
Financial Arrangement	Artist retains excess funds from recording and collects royalties once label is recouped.	Artist gets larger, unrecoupable upfront payment in return for granting company access to various, non-cross-collateralized revenue streams.
Participation	Label participates only in business of recording music. Promoter participates only in the tour.	Companies participate in areas beyond their previous focus.

Source: Sara Karubian, "360° Deals: An Industry Reaction To The Devaluation Of Recorded Music"

Durante las entrevistas que se llevaron a cabo en la investigación, se evidenciaron los problemas que los artistas independientes tienen con los cambios de legislación que les impiden permanecer con dicho estatus. Un ejemplo claro lo muestra este caso:

durante la investigación el cantante colombiano de Urbambu, Luis Martínez, comentó cómo su grupo perdió uno de sus principales escenarios, el de la Biblioteca Luis Ángel Arango en Bogotá, porque hasta hace un tiempo esta biblioteca pagaba directamente a los artistas, pero hubo un

cambio y ahora “resulta que el Estado y las leyes del Estado obligan a la Luis Ángel Arango a no pagar directamente los derechos de autor sino a pagarlos a través de Sayco y Acinpro”. Si la decisión de la Biblioteca es no remunerar directamente a los artistas sino sólo a través de la SGC se concreta una desventaja para quienes, como ellos, hacen gestión individual”. (Botero et ál., 2014)

Aunque en países como Estados Unidos muchos artistas independientes han empezado a recurrir a sus fans para conseguir dinero e iniciar un proyecto (lo que se conoce como *crowdfunding*) y están utilizando plataformas como Kickstarter² o algunas más específicas para este fin, como PledgeMusic³, en Latinoamérica y el Caribe esta alternativa parece ser desconocida por los artistas. Podría pensarse que tales plataformas son utilizadas por personas que recién se inician, sin embargo está comprobado que han servido para revivir, revitalizar y fomentar el trabajo de creadores que ya cuentan con una audiencia ganada luego de décadas de estar en la escena pero que, paradójicamente, no cuentan con el apoyo de las grandes empresas de la industria. Sin respeto ni apoyo claros a los artistas independientes por parte de las sociedades de gestión que han de guiarlos en la nueva ruta de la industria, se corre el riesgo de abandonarlos a su suerte y de esta manera perder mucho talento en el camino.

Al ver las trabas jurídicas impuestas a los artistas, quienes se ven obligados a tomar la decisión de pertenecer a una SGC, cabe preguntarse ¿qué poder de negociación terminan teniendo los artistas locales ante los cada vez más fuertes y activos monopolios industriales extranjeros que actúan en la región? Hablando informalmente con algunos artistas colombianos se siente la displicencia con la que observan a estas entidades nacionales pues, según ellos, sus intereses están mejor manejados por agremiaciones de otras naciones (como pueden ser Ascap, BMI, Sesac, Harry Fox o Soundexchange). Si en la actualidad las SGC locales no tienen programas de apoyo en temas de salud y los artistas, como “Leo-

² <http://www.kickstarter.com>

³ <http://www.pledgemusic.com>

ni, de Brasil, afirma que en Brasil no hay apoyos de este tipo y dice que esta es la causa para que algunos prefieran afiliarse en el exterior” (Botero et ál., 2014), pareciera que la competencia en los años por venir será cada vez más desigual y como resultado existirá una mayor presión sobre los creadores.

3. No sólo abandonamos los CDs... Nuevos formatos ¿están dentro de las cuentas?

En la actualidad los CDs y otras formas físicas de venta de música siguen siendo las opciones preferidas por los compradores, pero esta situación no durará mucho tiempo así. Los públicos actuales, esos que están compuestos por personas conectadas de manera permanente a la web, parecen preferir el acceso a la posesión, lo que lleva a pensar que las descargas y ventas físicas están condenadas a ser reemplazadas por el acceso a servicios de *streaming* que permiten ubicuidad en todos los dispositivos. Según datos de la IFPI, los canales digitales representan ya el 39% de las ganancias anuales de la industria (International Federation of the Phonographic Industry, 2014).

La radio es un territorio que, si bien aún subsiste, está siendo modificado ante la aparición de nuevas formas de distribución de sonido por medios digitales. La radio satelital y aquella que es distribuida por Internet son dos ejemplos de ello. En los países de la región no existen negocios de radio satelital, como Sirius XM en Estados Unidos. En el caso de lo segundo, es diciente que Frances Moore, directiva de IFPI, ponga como negocio innovador la radio que Apple lanza globalmente dentro de su servicio de iTunes (International Federation of the Phonographic Industry, 2014). Si bien este servicio nace de la que es hoy la empresa más grande en venta de música en los Estados Unidos, existen muchas otras opciones a explorar en el terreno de la radio digital. Spotify, Pandora, Rdio, Grooveshark, Rhapsody, Deezer, por mencionar algunos de los más conocidos.

Con respecto a Spotify, en los últimos meses se han conocido protestas de músicos reconocidos mundialmente que alegan

que por más que el servicio cobra y tiene dentro del catálogo sus canciones, los creadores no están bien compensados [(la empresa reportó en el 2013 pagar a los derecho habientes, por cada reproducción, entre 0.06 y 0.86 centavos de dólar (Sawyer, 2013)]; así, por más que Spotify entregó como pago de regalías 500 millones de dólares, a los artistas sólo les llegan pocos centavos como pago, y esto pasa con los más populares (Guttenberg, 2012 y McArdle, 2013)⁴. No obstante, al mismo tiempo aparecieron voces como la de Zoë Keating, que explican cómo el servicio les ha sido benéfico pues, al final, los artistas no han de pensar que sólo van a vivir de esta fuente sino que ella se debe sumar al resto de vías disponibles para recibir ingresos (Keating, 2013). Esto ha llevado a soluciones ingeniosas, como la propuesta por la banda Vulpeck: aquellos fans de la banda que quieran que ésta reciba suficiente dinero de parte de Spotify lo único que tienen que hacer es poner a sonar la música de ellos en repetición mientras duermen (para lo cual han incluido dentro de su discografía un álbum completamente en blanco) (Knopper, 2014). Si bien esta es una respuesta con humor a una situación problemática actual, muy seguramente pronto se tendrá una solución que satisfaga a los creadores y permita que el servicio continúe activo.

De otra parte, Sony, Universal, Warner y ABKCO han abierto recientemente una disputa en contra de Pandora en busca de regalías por canciones compuestas antes de 1972 (Sisario, 2014a). De acuerdo con la ley de los Estados Unidos, las grabaciones hechas antes de febrero 15 de 1972 estaban siendo utilizadas por la empresa sin pagar regalías. Aunque es incierto el resultado de esta querrela, lo importante es que podría llegar a sentar un precedente con respecto a la manera de actuar que tendrían que

⁴ En una serie de textos publicados por The Guardian, en Inglaterra, algunas de las más reconocidas figuras del pop mundial expresan sus opiniones sobre el tema. Estos son: "Spotify vs Musicians: 10 things to read to better understand the debate" (Dredge, 2013b); "Thom Yorke calls Spotify 'the last desperate fart of a dying corpse'" (Dredge, 2013c); "David Byrne: 'The internet will suck all creative content out of the world'" (Byrne, 2013); "Billy Bragg: labels not Spotify deserve streaming music payout scrutiny" (Dredge, 2013a); "Moby compares Thom Yorke to 'an old guy yelling at fast trains'" (Guardian Music, 2013); "Johnny Marr claims Spotify 'hampers' new bands' potential" (Michaels, 2013).

asumir Pandora y Sirius XM, que cuentan con 70 y 26 millones de usuarios/suscriptores respectivamente y ya representan la mayoría de los pagos por regalías que recibe SoundExchange. Esta nueva acción es tan sólo la más reciente maniobra de una serie dirigida contra Pandora por parte de la industria musical en el tema de las regalías (Sisario, 2014c).

Un cambio radical que caracteriza a estos servicios es la desaparición de humanos en la parte de programación (o al menos la reducción a niveles mínimos de sus acciones), así como la trazabilidad de los temas. Si las SGC esperan mantener presencia en estas nuevas arenas, un paso importante que deben dar es aceptar la posibilidad de manejar creaciones musicales bajo los sistemas tradicionales de propiedad intelectual así como los nuevos, como Creative Commons, pues como se detectó en la investigación, “quejas que reaparecen en las entrevistas, tanto de miembros como músicos no afiliados, se relacionan con la inflexibilidad en la gestión de las SGC para permitir usos gratuitos de las obras” (Botero et ál., 2014) lo cual impide que muchos artistas puedan licenciar de otra forma sus obras. Los nuevos sistemas de radio digital hacen posible registros fidedignos que obligan el cambio en las SGC en este sentido, algo que deberían implementar de manera urgente.

Servicios como Soundcloud son malentendidos por grandes sectores tanto de la industria como de los usuarios. Dicha plataforma es similar a YouTube o Flickr, que son redes sociales donde los usuarios intercambian videos o fotografías, respectivamente. Si no se entienden las oportunidades de una plataforma digital se corre el riesgo de bloquear la innovación y ventajas que ésta traería. Músicos como el italiano Fabrizio Paterlini no dudan al momento de hablar positivamente sobre su uso: “esta es LA plataforma donde todo está ocurriendo ahora” (Paterlini, 2012). Ahora bien, en los últimos meses Soundcloud parece haber iniciado conversaciones (Kafka, 2014) para licenciar contenido, lo que hace pensar que empresas de la música han comprendido que la utilización de este espacio permite, a diferencia de la radio, que los artistas entablen conversaciones con sus seguidores, lo

que lleva a crear comunidades y posibilita otro tipo de relaciones, más estrechas que las permitidas por la radio tradicional o incluso sus contrapartes digitales (Resnikoff, 2013).

Sin embargo, al revisar los datos presentados por Next Big Sound en su reporte de consumo digital para el 2013 se puede ver cómo el campo de consumo en medios digitales que mantiene el liderazgo es el de los espacios de videos (Next Big Sound, (2014). Si bien la televisión tradicional ya no presenta tantos programas de videos como en décadas pasadas, son espacios como YouTube y VEVO donde los fans prefieren ver videos musicales hoy. Cabe recordar que, ante el impacto que tuvo YouTube un grupo de empresas disqueras creó VEVO como respuesta (que aprovecha el canal de YouTube), pero está geolocalizada y sólo disponible en ciertas regiones del mundo. El dato más destacado del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* es que son los artistas que están en los rangos de súper estrellas quienes acaparan la presencia en redes sociales y sistemas de distribución de videos (el 0.2% de los artistas tiene más del 50% de seguidores y vistas de sus videos). ¿Cómo puede una SGC reaccionar a estas cifras y, llegado el caso de que haya forma de monetizarlas, distribuir equitativamente los beneficios que éstas representan entre sus afiliados?

En nuevos territorios donde la música está siendo incluida, como en el caso de los videojuegos, los Estados Unidos cuenta con una asociación gremial dedicada a velar por los intereses de los creadores: Game Audio Network Guild (G.A.N.G.)⁵, entidad que cuenta con el apoyo de Ascap.

Al revisar el estado de las SGC en materia de transparencia y entrega de información, tanto a sus afiliados como al público en general, la situación no es halagadora, como demuestra la investigación. El malestar de los creadores radica en la incapacidad de las SGC de entregar información relevante y de manera continua sobre el desempeño de las obras, algo inaceptable en esta época donde las herramientas digitales permiten obtener estadísticas de manera inmediata.

⁵ <http://www.audiogang.org>

Lo anterior se evidencia en las palabras del músico y productor colombiano Iván Benavides, quien comenta:

BMI cada tres meses me envía un informe donde aparece toda la información, de donde salió la canción de mi autoría, en qué emisora de radio, en qué país a qué hora y cuántos centavos me está dando esa canción. Entonces aparece: tal canción, Nueva Zelanda, tantos centavos de dólar, aparece absolutamente todo el mundo menos Colombia, lo cual habla exactamente de la falta de transparencia de la SGC, aunque Sayco tiene un convenio con BMI. (Botero et ál., 2014)

En un reporte reciente de la American Society of Composers, Authors and Publishers (Ascap), la asociación reporta en su sitio web haber distribuido en el 2013 una cifra superior a los 800 millones de dólares entre sus más de 500.000 miembros (Ascap, 2014). Claro, es una entidad que cuenta ya con 100 años de historia. John LoFrumento, CEO de Ascap, asegura que “la habilidad de Ascap para distribuir de manera transparente y eficiente las



Fuente: sitio oficial de Ascap 100 años.

regalías utilizando la más avanzada tecnología no tiene paralelo en la industria” (Ascap, 2014) y una de las estrategias de conseguir este logro consistió en la simplificación de la estructura de las licencias concedidas a establecimientos públicos y sistemas digitales de reconocimiento de música de fondo que aparece en TV, cable y radio, a la vez han desarrollado licencias para empezar a recoger dinero por la utilización de música en sitios web y aplicaciones Ascap (2014b). Este panorama parece muy distante al estado del arte de las SGC en Latinoamérica y el Caribe.

Otro ejemplo es el sitio web de SoundExchange, allí aparece de manera sencilla información sobre cómo un artista puede esperar recibir dinero e incluso hay un buscador que permite saber si la entidad tiene algún dinero por cobrar para algún artista en particular SoundExchange (2014). Herramientas de este estilo están notoriamente ausentes en las páginas de las SGC de la región de ALC, que son sitios web informativos donde no es posible realizar transacción alguna.

Para dar un poco de contexto a la realidad de la región que aquí interesa, al revisar los sitios web de empresas transnacionales dedicadas a entregar reportes, como Nielsen, por ejemplo⁶, se visibiliza la abismal diferencia que existe entre el norte y el sur del continente americano. Mientras que el sitio web de la empresa en Estados Unidos cuenta con un listado actualizado de las preferencias de los compradores en shows de televisión, libros, música, videojuegos y películas. Por su parte, el sitio de Brasil muestra deportes, productos de la canasta familiar y libros. Los sitios de México, Chile y Argentina, en cambio, están tan atrasados que parecen pertenecer a otra empresa. Esta disparidad deja a la región de ALC en un aislamiento que impide conocer realidades que podrían, tal y como sucede en otras latitudes, llevar a tomar decisiones más acertadas y contextualizadas tanto de negocio como de gobierno.

⁶ Sitios de Nielsen para la región: Argentina: <http://ar.nielsen.com/site/index.shtml>
Brasil: <http://www.nielsen.com/br/pt.html> (el más desarrollado) Chile: <http://cl.nielsen.com/site/index.shtml>, México: <http://www.nielsen.com/mexico/es.html>.

Es evidente, como señala el informe de investigación que se está comentando, que la transparencia de las SGC ha de ser una meta a conseguir para poder ser auditadas tanto por las entidades de control como por el público, pero sobre todo para servir verdaderamente a sus afiliados.

4. Grabando el futuro: las SGC y su paso a un mundo de datos

No es claro cómo será el futuro del negocio musical, lo que sí resulta evidente es que quienes quieran hacer parte de ese futuro han de arriesgarse y de experimentar. Las formas de distribución están siendo cuestionadas y deben replantearse, así como la manera como se retribuye la labor y se benefician los creadores, los artistas y otras personas que dependen de este tipo de oficios.

La tecnología jugará un rol clave en este desarrollo y las SGC deben estar al tanto de estos cambios. Dentro de las labores de las SGC ha de estar, cada vez más, la de guiar a sus afiliados en la manera como pueden maximizar oportunidades. Cuando las disqueras tradicionales deciden asociarse con empresas de tecnología para ‘descubrir’ artistas, como en el caso de la Warner y Shazam! (empresa dedicada al reconocimiento de canciones mediante dispositivos móviles que escuchan el sonido y consultan una base de datos para darle respuesta al usuario sobre el tema que busca⁷), se hace evidente que aún existen espacios inexplorados e insospechados en el negocio de la música. El futuro podría, incluso, obviar algunos de los canales de distribución tradicionales y no sentir la pérdida, ya que muchos de los artistas que utilizarán los nuevos quizás no hubiesen tenido cabida en los viejos, debi-

⁷ El pacto de Warner permitirá que la empresa conozca los artistas más buscados por los usuarios del servicio de Shazam!, más de 88 millones a nivel global. La idea es contratarlos para un nuevo sello que se va a dedicar a este tipo de descubrimientos. En palabras de Rich Riley, directivo de Shazam!, “la cantidad de veces que la aplicación es usada para reconocer el nombre de una canción popular es tan sólo una pequeña parte comparado con las veces que se utiliza para reconocer bandas que aún no están en acuerdo con alguna compañía discográfica” (Sisario, 2014d).

do a las reglas que regulaban a éstos. Por ejemplo, en el caso de muchos de los jóvenes creadores de géneros como la champeta⁸, si bien su música tiene niveles creativos aceptados y reconocidos, muchas de sus prácticas están mal vistas por la industria ya que incluyen el *sampleo* de sonidos de otras obras y su reutilización, cosa que hacen sin mucho ‘respeto’ por los músicos originales. Igual pasa en Brasil con la “tecnobrega”⁹ y a nivel mundial con el tipo de música conocido como “mashups”¹⁰. Para los artistas de

⁸ Se pueden ver ejemplos de esto en los videos: CCTV Americas Now, “Tecno Brega”. Junio 17 de 2013. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=BOHSiTHIRFU>, consultado el 30 de julio de 2014; Cabu Vi, “Champeta con acid pro... aprendiendo a samplear”. YouTube. Noviembre 5 de 2012. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=66T8OQgLS2o>, consultado el 30 de julio de 2014; Jarry Castillo, “Dj jarry castillo como hacer una champeta con sobre bajo en adobe audition 3.0 (dj jarry castillo)”. YouTube. Enero 28 de 2014. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_c9pWTE4eQ, consultado el 30 de julio de 2014.

⁹ Para comprender este fenómeno, revisar: Gordinho, Gustavo. “DJ David Sample”. YouTube. Diciembre 8 de 2010. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=4fAFmCuThNU>, consultado el 30 de julio de 2014; “Tecnobrega”. TVBrasil. Mayo 25 de 2012. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CsYgxHHfOKg>, consultado el 30 de julio de 2014, y Murilo, Paulo (2014). “Estética legitimadora do tecnobrega em Belém”. En: BregaPop. Disponible en: <http://www.bregapop.com/historia/333-paulo-murilo-guerreiro-do-amaral/4951-estetica-legitimadora-do-tecnobrega-em-bel-em-paulo-murilo>, consultado el 30 de julio de 2014.

¹⁰ Estos tipos de creaciones son elaboradas por artistas que toman canciones de otros muy reconocidos y las utilizan como punto de partida para nuevas mezclas donde combinan canciones populares, de todo ello resulta una nueva y provocadora combinación (que, de seguir la ruta tradicional de la industria y pagar el valor de cada sample utilizado, haría inviable cubrir los gastos de cada disco elaborado de esta manera). Claro que la imagen más difundida de este tipo de creaciones es la de algo ilegal y poco creativo: “Un mashup es la unión de dos o más canciones sin agregar música original, se une la capella de una canción con la base musical de otra totalmente distinta. El periódico Clarín daba el toque final a esa definición. Lo llaman en un artículo: ‘algo totalmente diferente, ilegal y, gracias a Internet, cada vez más popular’” (Paniagua, 2008). Ejemplos de este tipo de proyectos pueden verse en: Bruneaux <https://soundcloud.com/bruneaux>; 3LAU <http://www.3lau.com/home>; Milkman <http://www.milkmanmusic.com>; The White Panda <http://www.thewhitepanda.com>; GirlTalk <http://illegal-art.net/girltalk>; DJ Danger Mouse <https://soundcloud.com/the-high-society-llc/the-grey-album-remastered> (remastered by the High Society, LLC). En la lista anterior se incluye a DJ Danger Mouse, quien se hizo célebre al crear un mashup entre el Álbum Blanco de los Beatles y el Álbum Negro de Jay-Z. Lo interesante de su caso es que, en vez de demandarlo, los mismos Paul McCartney y Jay-Z aprobaron su creación. En la actualidad, Danger Mouse es uno de los más exitosos y reconocidos productores de la industria musical tradicional. Casos como el de él sirven de ejemplo de las posibles pérdidas que las SGC pueden sufrir si no son capaces de reconocer el valor de este tipo de rutas creativas.

estos géneros en particular, hacer las cosas de otra manera no sólo ha sido posible sino necesario, pues no tienen cabida en los canales tradicionales ya que desde la óptica legal crean de manera inaceptable, lo que no evita que sus obras tengan recepción masiva.

Si los datos son el *nuevo oro*, el gran problema es que hay tantos que es necesario tener talento para poder entenderlos y sacar información coherente de los mismos. En la actualidad hay muchas fuentes pero pocas personas realmente capaces de darles sentido. Si las SGC quieren mantenerse relevantes en los años por venir tendrán que invertir con más fuerza en áreas que han descuidado, como lo es el desarrollo tecnológico y el procesamiento de la información.

Empresas como Gracenote (Sisario, 2014b), Next Big Sound, the Echo Nest, entre otras, cuentan con la capacidad de reconocer datos claves para la industria musical. De hecho, esta última empresa reconoce en su informe sobre música digital del 2013 estar siguiendo las menciones en redes sociales que se hacen de “más de un millón de artistas en total”. Esta sola cifra pone a pensar en el poder que tienen sobre la información global. Por otro lado, Gracenote es capaz de analizar los contenidos que los espectadores ven en las pantallas de televisión y sus computadores, reconociendo y entregando datos sobre ellos Gracenote (s. f.). ¿Existe acaso alguna SGC en la región de ALC en la que este tipo de datos puedan ser manejados?

De acuerdo con la Future of Music Coalition¹¹ y Fractured Atlas¹² (dos organizaciones dedicadas a buscar empoderar a los artistas para que sean capaces de moverse en la nueva realidad de la industria) es clave pensar en la “Portabilidad de datos”. En “The Future of Digital Infrastructure for the Creative Economy” (Future of Music Coalition, Fractured Atlas, 2010) ambas organizaciones abogan por la “infraestructura de las plataformas”. “El acceso a las plataformas tecnológicas es una necesidad para cualquier creador u organización artística, y estas plataformas deben seguir siendo fundamentalmente neutrales y abiertas a todo el

¹¹ <https://www.futureofmusic.org>

¹² <http://www.fracturedatlas.org>

mundo". Esto significa que deben ser de código abierto, interoperables (multiplataforma), de estándares abiertos, transparentes y adaptables, que minimicen los géneros (insisten en la importancia de la pluralidad y cómo la música clásica puede beneficiarse de estar relacionada con cualquier otro género, por ejemplo) y finalizan con la importancia de recoger y poder entender datos: "Debemos documentar cada uno de nuestros logros, como para no tener que reinventar la rueda con cada nueva oportunidad o reto. Si podemos hacer esto de manera efectiva, vamos a redefinir lo que significa ser organizaciones sostenibles y eficaces y ayudar a señalar el camino a seguir para otros grupos e individuos que buscan mejorar las condiciones en sus comunidades."

Mucho dinero ha sido gastado intentando hacer que la gente deje de piratear y compartir contenidos. Al ver las otras posibilidades abiertas por la democratización de las tecnologías digitales es imposible no cuestionar si ese dinero estaría mejor invertido en el desarrollo de herramientas que detecten y ayuden a monetizar, en nuevas formas, estos públicos. El reporte de Música Digital 2013, Next Big Sound concluye que "La audiencia está lista y esperando, el truco es empoderarlos a consumir y compartir contenido" Next Big Sound (2014). ¿Las SGC de América Latina y el Caribe estarán interesadas en asumir este reto?

Lo cierto es que si las SGC de ALC siguen rehusándose a incluir dentro de las posibilidades de sus afiliados el manejo de obras bajo Creative Commons, o licencias abiertas similares, la brecha entre la realidad y la manera de actuar de estas instituciones seguirá desconociendo posibilidades de negocio y complicando opciones de interacción en la región, donde dichas licencias pueden contribuir a la difusión protegida de ciertas obras.

Finalmente, la situación actual de los servicios de música digital por *streaming* sigue siendo similar a un concierto: el artista comparte su obra con el público pero éste no puede interactuar con aquel, lo que impide entablar conversaciones o generar comunidades. En la capacidad de habilitar dichas interacciones yace el futuro de una industria que, por más sensibilidad auditiva y ritmo, parece haber hecho oídos sordos a los reclamos de una audiencia digital que demanda entablar una conversación.

5. Bibliografía

- Apple Press Info (2011). "Apple Launches iTunes Store in Brazil & Latin America" Diciembre 13 de 2011. Disponible en: <https://www.apple.com/pr/library/2011/12/13Apple-Launches-iTunes-Store-in-Brazil-Latin-America.html>, consultado el 29 de julio de 2014.
- Ascap (2014a). "ASCAP Reports Strong Revenues in 2013". Febrero 12 de 2014. Disponible en: <http://www.ascap.com/press/2014/0213-2013-financials.aspx>, consultado el 30 de julio de 2014.
- Ascap (2014b). "Websites & Mobile Apps". Disponible en: <http://www.ascap.com/licensing/types/web-mobile>, consultado el 30 de julio de 2014.
- Associated Press (AP) (2007). "Madonna announces huge Live Nation deal". Octubre 16 de 2007. Disponible en: http://www.today.com/id/21324512/ns/today-today_entertainment/t/madonna-announces-huge-live-nation-deal/#.U1WEh8dnPMd, consultado el 30 de julio de 2014.
- Baker, Josh (2013). "The merger and the damage done: how the DOJ enabled and empire in the live music industry". En: *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol 3:76. Disponible en: http://jipel.law.nyu.edu/wp-content/uploads/2013/12/3_Baker_TheMergerAndTheDamageDone_NYUJipel_F13.pdf, consultado el 26 de julio de 2014.
- Botero Cabrera, Carolina; Guzmán Mejía, Luisa Fernanda y Cabrera Peña, Karen Isabel (2014). *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*. Bogotá: Fundación Karisma.
- BBC Mundo (2012) "¿Cuán seria es la lucha antipiratería en América Latina?". Julio 16 de 2012. Disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/07/120713_tecnologia_lucha_pirateria_aa.shtml, consultado el 30 de julio de 2014.
- BBC News Entertainment and Arts (2014). "Digital services boost sales of video and music sales". Enero 1 de 2014. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/entertainment-arts-25559821>, consultado el 22 de julio de 2014.
- BBC News Latin America & Caribbean (2014). "Argentina Restricts Online Shopping as Foreign Reserves Drop". Enero 22 de 2014. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-25836208>, consultado el 30 de julio de 2014.

- Billboard (2010). "Rihanna, Eminem, Bieber Top Billboard's New 'Social 50' Chart". Diciembre 2 de 2010. Disponible en: www.billboard.com/articles/news/949950/rihanna-eminem-bieber-top-billboards-new-social-50-chart, consultado el 20 de julio de 2014.
- Byrne, David (2013). "David Byrne: 'The internet will suck all creative content out of the world'". Octubre 11 de 2013. En: *The Guardian*. Disponible en: <http://www.theguardian.com/music/2013/oct/11/david-byrne-internet-content-world>, consultado el 1 de agosto de 2014.
- Guttenberg, Steve (2012). "Is Spotify unfair to musicians?". Octubre 28 de 2012. En: C/net. Disponible en: <http://www.cnet.com/news/is-spotify-unfair-to-musicians>, consultado el 22 de julio de 2014.
- Carr, David (2014). "A New Model for Music: Big Bands, Big Brands". En: *The New York Times*. Marzo 16 de 2014. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2014/03/17/business/media/a-new-model-for-music-big-bands-big-brands.html>, consultado el 27 de julio del 2014.
- Caulfield, Keith (2014). "CD Album Sales Fall Behind Album Downloads, Is 2014 The Year Digital Takes Over?". En: BillboardBiz. Febrero 11 de 2014. Disponible en: <http://www.billboard.com/biz/articles/news/digital-and-mobile/5901188/cd-album-sales-fall-behind-album-downloads-is-2014-the>, consultado el 28 de julio de 2014.
- Central Intelligence Agency (CIA) (s. f.). "The World Factbook". Disponible en: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2177.html>, consultado el 25 de julio de 2014.
- Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlalc) (2013). "Lucha contra la piratería en América Latina". Disponible en: http://www.luchacontralapirateria.com/shared/img/upload/19_DA_Diagn%C3%B3stico%20de%20lucha%20contra%20la%20pirater%C3%ADa.pdf, consultado el 30 de julio de 2014.
- Chmielewski, Dawn C. y Lewis, Randy (2014). "Apple Pressures Labels for More Exclusive Music Deals as iTunes Growth Flattens". En: *Los Angeles Times*. Marzo 10 de 2014. Disponible en: <http://www.latimes.com/entertainment/envelope/cotown/la-et-ct-apple-record-labels-itunes-20140311,0,6935994.story#axzz2vcfe2SIb>, consultado el 29 de julio de 2014.
- Degusta, Michael (2011). "The REAL Death Of The Music Industry". En: Business Insider. Febrero 18 de 2011. Disponible en: <http://www.businessinsider.com/these-charts-explain-the-real-death-of-the-music-industry-2011-2>, consultado el 26 de julio de 2014.
- Depillis, Lidia (2013). "How Ticketmaster ruined the concertgoing experience, and how it might be saved" En: *The Washington Post*. Agosto

- 17 de 2013. Disponible en: <http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2013/08/17/how-ticketmaster-ruined-the-concert-going-experience-and-how-it-might-be-saved>, consultado el 23 de julio de 2014.
- Doby, Jerry (2014). "Live Nation Entertainment assumes sole ownership of Live Nation Japan". En: AXS Entertainment. Abril 18 de 2014. Disponible en: <http://www.examiner.com/article/live-nation-entertainment-assumes-sole-ownership-of-live-nation-japan>, consultado el 23 de julio de 2014.
- Dredge, Stuart (2013a). "Billy Bragg: labels not Spotify deserve streaming music payouts scrutiny". Noviembre 7 de 2013. Disponible en: <http://www.theguardian.com/technology/2013/nov/07/billy-bragg-spotify-artist-payouts>, consultado el 1 de agosto de 2014.
- Dredge, Stuart (2013b). "Spotify vs Musicians: 10 things to read to better understand the debate". Julio 29 de 2013. Disponible en: <http://www.theguardian.com/technology/2013/jul/29/spotify-vs-musicians-streaming-royalties>, consultado el 1 de agosto de 2014.
- Dredge, Stuart (2013c). "Thom Yorke calls Spotify 'the last desperate fart of a dying corpse'", Octubre 7 de 2013. En: *The Guardian*. Disponible en: <http://www.theguardian.com/technology/2013/oct/07/spotify-thom-yorke-dying-corpse>, consultado el 1 de agosto de 2014.
- eMarketer (2013). "Majority of Latin America Finally Becomes Web-Enabled". Septiembre 25 de 2013. Disponible en: <http://www.emarketer.com/Article/Majority-of-Latin-America-Finally-Becomes-Web-Enabled/1010246#q2vxbxLbmHvls0t.99>, consultado el 25 de julio de 2014.
- eMarketer (2014). "Global B2C Ecommerce Sales to Hit \$1.5 Trillion This Year Driven by Growth in Emerging Markets". Febrero 3 de 2014. Disponible es: <http://www.emarketer.com/Article/Global-B2C-Ecommerce-Sales-Hit-15-Trillion-This-Year-Driven-by-Growth-Emerging-Markets/1010575>, consultado el 30 de julio de 2014.
- Ericsson ConsumerLab (2013). "TV and Media: Identifying the needs of Tomorrow's video consumers". Disponible en: <http://www.ericsson.com/res/docs/2013/consumerlab/tv-and-media-consumerlab2013.pdf>, consultado el 1 de agosto de 2014.
- European Travel Commission (ETC) Digital Portal (s. f.). "Consumer Trends". Disponible en: <http://etc-digital.org/digital-trends/consumer-behaviour/consumer-trends/regional-overview/latin-america>, consultado el 25 de julio de 2014.
- Future of Music Coalition, Fractured Atlas (2010). "The Future of Digital Infrastructure for the Creative Economy". Febrero 16 de 2010. Dis-

- ponible en: <http://futureofmusic.org/article/article/future-digital-infrastructure-creative-economy>, consultado el 25 de julio de 2014.
- Future of Music Coalition, Fractured Atlas (2011). "Too Big To Fail? The Live Nation & Ticketmaster Merger, One Year Later". Abril 18 de 2011 Disponible en: http://futureofmusic.org/sites/default/files/LNTM_MergerEdGuide2011.pdf, consultado el 20 de julio de 2014.
- Gracenote (s. f.). "Gracenote recognition technology is transforming the TV experience". Disponible en: <https://www.gracenote.com/video/recognition>, consultado el 30 de julio de 2014.
- GSMA (Groupe Spéciale Mobile Association) (2013). "Mobile Economy Latin America 2013". Disponible en: http://gsma.com/newsroom/wp-content/uploads/2013/12/GSMA_ME_LatAm_Report_2013.pdf, consultado el 25 de julio de 2014.
- Guardian Music (2013). "Moby compares Thom Yorke to 'an old guy yelling at fast trains'". Noviembre 27 de 2013. Disponible en: <http://www.theguardian.com/music/2013/nov/27/moby-compares-thom-yorke-old-guy>, consultado el 1 de agosto de 2014.
- International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) (2014). "IFPI Digital Music Report 2014". Disponible en: <http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2014.pdf>, consultado el 22 de julio de 2014.
- Kafka, Peter (2014). "SoundCloud Has a New Pile of Cash, and Wants to Cut Deals With Big Music". En: *re/code*. Enero 24 de 2014. Disponible en: <http://recode.net/2014/01/24/soundcloud-has-a-new-pile-of-cash-and-wants-to-cut-deals-with-big-music>, consultado el 30 de julio de 2014.
- Karubian, Sara (2008). "360° Deals: An Industry reaction to the devaluation in recorded music". En: *Southern California Law Journal*, Vol. 18:395. Disponible en: <http://www-bcf.usc.edu/~idjlaw/PDF/18-2/18-2%20Karubian.pdf>, consultado el 27 de julio del 2014.
- Keating, Zoë (2013). "My \$streaming data", zoekeating.tumblr.com, Enero 18 de 2013, <http://zoekeating.tumblr.com/post/16086277627/my-treaming-data>, consultado el 1 de agosto de 2014.
- Knopper, Steve (2013). "Inside Ticketmaster's New Scalping Plan". En: *Rolling Stone*, Septiembre 13 de 2013. Disponible en: <http://www.rollingstone.com/music/news/inside-ticketmasters-new-scalping-plan-20130913>, consultado el 25 de julio de 2014.
- Knopper, Steve (2014). "'Silent Spotify Album' Creator Talks Strategy Behind Unique Plan". En: *Rolling Stone*. Marzo 21 de 2014. Dispo-

- nible en: <http://www.rollingstone.com/music/news/silent-spotify-album-creator-talks-strategy-behind-unique-plan-20140321>, consultado el 28 de julio de 2014.
- Liu, Jiarui (2010). "The Tough Reality of Copyright Piracy: A Case Study of the Music Industry in China". En: *Cardozo Arts & Entertainment*, Vol. 27:621. Enero de 2010. Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=jiarui_liu&sei-redir=1&, consultado el 27 de julio de 2014.
- McArdle, Megan (2013). "Spotify Isn't Why Musicians Can't Make a Living". En: *BloombergView*. Diciembre 9 de 2013. Disponible en: <http://www.bloombergview.com/articles/2013-12-09/spotify-isn-t-why-musicians-can-t-make-a-living>, consultado el 28 de julio de 2014.
- Michaels, Sean (2013). "Johnny Marr claims Spotify 'hampers' new bands' potential", Diciembre 19 de 2013. Disponible en: <http://www.theguardian.com/music/2013/dec/19/the-smiths-johnny-marr-spotify>, consultado el 1 de agosto de 2014.
- Netflix (2014a). "Internet Tolls And The Case For Strong Net Neutrality". Marzo 20 de 2014. Disponible en: <http://blog.netflix.com/2014/03/internet-tolls-and-case-for-strong-net.html>, consultado el 30 de julio de 2014.
- Netflix (2014b). "The ISP Speed Index From Netflix". Disponible en: <http://ispsspeedindex.netflix.com>, consultado el 30 de julio de 2014.
- Next Big Sound (2014). "2013: The Year in Rewind". <https://www.nextbigsound.com/industryreport/2013>, consultado el 30 de julio de 2014.
- Paniagua, Arturo J. (2008). "El fenómeno llamado mashup". En: RTVE.es. Diciembre 24 de 2008. Disponible en: <http://www.rtve.es/radio/20081224/fenomeno-llamado-mashup/210746.shtml>, consultado el 25 de julio de 2014.
- Pareles, Jon (2014). "Big Money Upends a Festival". *The New York Times*. Marzo 16 de 2014. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2014/03/17/arts/music/south-by-southwest-festival-starts-to-feel-corporate.html?action=click&contentCollection=Media&module=RelatedCoverage®ion=Marginalia&pgtype=article>, consultado el 23 de julio de 2014.
- Paterlini, Fabrizio (2012). "Why Facebook/Twitter/Soundcloud are still leading (at least for us musicians)", entrada de blog en Google+. Septiembre 27 de 2012. Disponible en: <https://plus.google.com/109466823732853858889/posts/dEbd4ivagT3>, consultado el 30 de julio de 2014.

- Resnikoff, Paul (2013). "The 13 Biggest Mistakes Artists Make on Soundcloud...". En: Digital Music News, Noviembre 19 de 2013. Disponible en: <http://www.digitalmusicnews.com/permalink/2013/11/19/biggestsoundcloudmistakes>, consultado el 30 de julio de 2014.
- Richter, Felix (2014). "The LP is back". En: Statista. Enero 6 de 2014. Disponible en: <http://www.statista.com/chart/1465/vinyl-lp-sales-in-the-us>, consultado el 27 de julio de 2014.
- Rolling Stone (2012). "Report: Shakira to Sign \$30-\$60 Million Deal With Live Nation and Sony". Mayo 7 de 2012. Disponible en: <http://www.rollingstone.com/music/news/report-shakira-to-sign-30-60-million-deal-with-live-nation-and-sony-20120507>, consultado el 22 de julio de 2014.
- Sawyer, Miranda (2013). "Why are artists removing their music from Spotify?". Julio 24 de 2013. Disponible en: <http://www.bbc.com/culture/story/20130724-thom-yorke-v-spotify-the-facts>, consultado el 27 de julio de 2014.
- Segall, Laurie (2012). "Digital music sales top physical sales". En: CNN Money. Enero 5 de 2012. Disponible en: http://money.cnn.com/2012/01/05/technology/digital_music_sales, consultado el 27 de julio de 2014.
- Sisario, Ben (2014a). "Big labels take aim at Pandora on royalties". En: *The New York Times*. Abril 17 de 2014. Disponible en: http://www.nytimes.com/2014/04/18/business/media/lawsuit-against-pandora-seeks-royalties-for-golden-oldies.html?_r=0, consultado el 25 de julio de 2014.
- Sisario, Ben (2014b). "Music Data Firms to Collaborate on Internet Radio Platform". Enero 29 de 2014. Disponible en: http://www.nytimes.com/2014/01/30/business/media/music-data-firms-to-collaborate-on-internet-radio-platform.html?_r=0, consultado el 29 de julio de 2014.
- Sisario, Ben (2014c). "Pandora Wins a Battle, but the War Over Royalties Continues". *The New York Times*. Marzo 20 de 2014. Disponible en: http://www.nytimes.com/2014/03/21/business/media/pandora-wins-a-battle-but-the-war-over-royalties-continues.html?_r=0, consultado el 29 de julio de 2014.
- Sisario, Ben (2014d). "Warner in Deal to Sign Acts Found on Shazam". *The New York Times*. Febrero 19 de 2014. Disponible en: http://www.nytimes.com/2014/02/19/business/media/warner-in-deal-to-sign-acts-found-on-shazam.html?alg=44K8W&_r=0, consultado el 30 de julio de 2014.

Stanley, Morgan (2013). "eCommerce disruption-A global theme". En: Business Insider. Enero 6 de 2013. Disponible en: <http://www.businessinsider.com/morgan-stanley-ecommerce-disruption-2013-1#-5>, consultado el 30 de julio de 2014.

SoundExchange (2014). "Artist & Copyright owner". Disponible en: <http://www.soundexchange.com/artist-copyright-owner>, consultado el 30 de julio de 2014.

VISA (s. f.). "Emerging segment in Latin America". Disponible en: http://members.visa.com/ushcc/pdf/Emerging_Segment_in_Latin_America_VISA_Research.pdf, consultado el 30 de julio de 2014.

Aspectos regulatorios de la gestión colectiva frente a la tecnología digital en Latinoamérica: balance y perspectivas

Por: Oscar Montezuma Panez*

Resumen. Oscar Montezuma hace un detallado recuento del marco legal de las sociedades de gestión colectiva en la región a partir de un recuento histórico que contraponen luego al nacimiento de Internet a sus características propias y a la regulación que inspiró a nivel internacional. En el artículo se mencionan diferentes iniciativas internacionales y se conectan con los retos que enfrentan las sociedades de gestión colectiva. A lo largo del artículo el autor ofrece algunas recomendaciones y comparte la situación que se vive en otros países fuera de la región para plantear algunas alternativas.

El presente artículo pretende explorar, desde la óptica legal y regulatoria, el estado actual de las sociedades de gestión colectiva en Latinoamérica frente a los retos que imponen las nuevas tecnologías digitales sobre la base del informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* (Botero et ál., 2014).

En la primera parte del artículo se hará un recuento histórico de los antecedentes que llevaron a este proceso que se denomina aquí *la sobrerregulación del derecho de autor en Internet*, tendencia que no es, en absoluto, ajena a Latinoamérica. Seguidamente, se describirá la aparición e importancia de Internet como fenómeno

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú con Maestría en Derecho (LLM) de la Universidad de George Washington. Ex miembro de la Comisión de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Profesor del curso de derechos de autor de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Montezuma & Panez Consultores Legales.

tecnológico. Luego, se repasarán algunas iniciativas que han venido desarrollándose en el plano internacional a nivel multilateral y plurilateral. Posteriormente, se abordará el marco regulatorio de las sociedades de gestión colectiva en la región y sus retos frente a los nuevos entornos digitales. A lo largo del artículo se hará referencia al informe mencionado y sus hallazgos, los cuales resultan de particular relevancia para el presente trabajo. Finalmente, se expondrán las conclusiones.

Las premisas que fundamentan la elaboración del presente artículo son las siguientes:

1. El derecho de autor es un eje importante del sistema de propiedad intelectual.
2. El derecho de autor es sano y puede contribuir a fomentar la creatividad y la innovación si es regulado de manera razonable equilibrando dos variables: compensación y acceso. Ello cobra aún mayor sentido ante el surgimiento de entornos digitales como Internet.
2. Internet y su estructura han fomentado significativamente la innovación y el acceso al conocimiento y la información.
3. En el campo de la gestión colectiva los marcos normativos y las autoridades de cada país deben garantizar una mayor transparencia en su funcionamiento, más aún cuando el aporte de las nuevas tecnologías digitales puede contribuir en gran medida a dicho propósito.

1. La regulación tradicional del derecho de autor o regulación pre-Internet

El primer antecedente normativo internacional en la regulación del derecho de autor es el Convenio de Berna que data del año 1886. Dicho tratado propone armonizar los dos sistemas preponderantes de protección de la actividad creativa humana, el copyright (proveniente de la tradición jurídica del Common Law) y el derecho de autor (proveniente de países de tradición jurídica romano-germánica). El Perú ratificó dicho Tratado en el año 1988

y reformó su ley de derechos de autor mediante el Decreto Legislativo 822 en el año 1996. Dicha ley se encuentra aún vigente. En síntesis, las normas antes mencionadas proponen lo siguiente:

- El Estado protege la actividad creativa humana a través del derecho de autor.
- El derecho de autor protege la expresión de ideas creativas y originales sin que sea necesario el cumplimiento de formalidades, es decir, la protección es automática y opera desde el momento de la creación de la obra. De esta manera nadie puede disponer de ninguna obra sin la autorización del autor.
- El derecho de autor se compone de derechos patrimoniales y morales.
- Los derechos patrimoniales son transferibles y le permiten al autor explotar sus obras de manera exclusiva durante un período de vida del autor más un número determinado de años, en el Convenio de Berna son cincuenta (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, s. f.) y en el Perú setenta años (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1996).
- Vencido este plazo las obras pasan al dominio público.
- Existen ciertas excepciones o limitaciones a los derechos patrimoniales que permiten ciertas utilidades sin autorización tales como la excepción de cita.¹
- Los derechos morales son intransferibles y permanecen siempre en cabeza del autor.

El modelo legislativo antes planteado es compartido por la mayoría de países de América Latina y el Caribe cubiertos por el informe y funcionó bien en un mundo analógico donde el modelo de negocio de las industrias creativas dependía en gran medida del control de la copia y éste era relativamente sencillo. Sin embargo, el desarrollo de nuevas tecnologías y la aparición de Internet simplificaron poco a poco y cada vez más dicho proceso de reproducción y diseminación de obras protegidas por derechos de autor.

¹ Revisar los artículos que componen el Título IV del Decreto Legislativo 822 en el año 1996 denominado "De los límites al derecho de explotación y de su duración" (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1996).

2. La aparición de Internet y la importancia de su estructura

Podrá sonar curioso pero Internet tiene sus orígenes en un proyecto militar desarrollado por el Gobierno de los Estados Unidos. Así, en el marco de la Guerra Fría y ante un eventual ataque nuclear de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), el Gobierno de los Estados Unidos creó en septiembre de 1969 la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada —Defense Advanced Research Project Agency (Darpa)—, una división casi clandestina del Departamento de Defensa —Department of Defense (DoD)—. En el seno de Darpa nace el proyecto ARPANet (Advance Research Project Agency Network) que es el primer antecedente de lo que hoy se conoce como Internet. Así, Internet ha pasado de ser concebido inicialmente como un sistema militar de telecomunicaciones para luego ser entendido como una infraestructura para el intercambio de información académica y, finalmente, constituirse en una plataforma para el intercambio comercial que cobra relevancia a inicios de los años noventa.

Técnicamente, los sistemas de comunicación existentes antes del surgimiento de Internet, como el telégrafo, el teléfono o la televisión, operaban sobre redes centralizadas, cerradas y con un mínimo nivel de interactividad entre el receptor y el emisor de la información. Internet, a diferencia de los sistemas mencionados, surgió como una red abierta y descentralizada diseñada en función al argumento “end-to-end”. Éste fue conceptualizado por primera vez en 1981 por los arquitectos de redes Jerome Saltzer, David Clark y David P. Reed quienes lo concibieron como un principio de diseño de redes que permite distribuir funciones dentro de un sistema de computadores y que facilita el desarrollo de protocolos y aplicaciones (Reed et ál., 1984).

El argumento *end-to-end* propone colocar la inteligencia en los extremos de la red, es decir, en los dispositivos desde los cuales se accede a la misma. La idea es que estos últimos se encarguen de las tareas complejas, mientras que los dispositivos a lo largo de la red se encarguen de tareas mucho más sencillas como, por

ejemplo, el simple transporte de la información (Lessig, 2001: 34). Las ventajas derivadas de un diseño abierto y flexible se fueron descubriendo a medida que se desarrollaba el proyecto.² Dicha estructura ha fomentado la innovación y el desarrollo de nuevas aplicaciones tecnológicas que progresivamente han proliferado y se perfeccionan de manera libre y sin mayores restricciones. Las ventajas de una estructura neutral, como la propuesta por el argumento *end-to-end*, ha creado un entorno competitivo de innovadores que ha hecho posible que cualquier persona, que cuente con una conexión a Internet y un dispositivo para acceder a la misma, diseñe y desarrolle nuevos programas y aplicaciones que permitan hacer un mejor uso de la red a un costo muy reducido.³

Por otro lado, el surgimiento de Internet ha facilitado notablemente la distribución y transferencia de contenidos en formatos digitales. Sin embargo, la creciente evolución tecnológica no depende únicamente de Internet sino de las diversas tecnologías digitales nacidas en su periferia, las cuales han reducido significativamente los costos de creación de contenidos, como el sistema de hipertexto que hace posible la existencia de los famosos *links* (vínculos) y los blogs. Así, la tecnología digital no se ha limitado únicamente a reducir los costos de distribución de contenidos, sino también aquellos rubros vinculados a su creación, de manera que hoy en día cualquier persona puede convertirse en un repu-

² En definitiva, la historia parece indicar que si no tenemos certeza sobre los usos que tendrá determinada invención tecnológica resulta conveniente actuar con flexibilidad y cautela con respecto a su estructura y su regulación. Gaspar Ariño ha descrito dicha situación en los siguientes términos: “[los] tiempos de innovación son también tiempos de incertidumbre y riesgo; tiempos de inseguridad, en los que nadie sabe muy bien a dónde va el futuro. En el pasado, el desarrollo de nuevas tecnologías —el ferrocarril, la electricidad o el automóvil— transformó los modos de producción industrial y del comercio, afectó las estructuras de nuestras ciudades, a la ubicación y el diseño de nuestras casas, a la organización del trabajo” (Ariño citado en Beneyto, 2003: 307).

³ Al respecto, Lessig señala tres consecuencias importantes de la arquitectura con la que se construyó Internet: 1) dado que las aplicaciones (por ejemplo, programas de software) son utilizadas en las computadoras de la periferia cualquier individuo puede desarrollar nuevas aplicaciones; 2) teniendo en cuenta que la red no ha sido diseñada para operar con base en una aplicación particular, este aspecto se encuentra abierto a la innovación; 3) el diseño reposa sobre una plataforma neutral y, dado que no es posible discriminar algunos paquetes de datos a favor de otros, la red no se encuentra diseñada para discriminar en perjuicio de la invención de cualquier innovador (Lessig, 2001: 36-37).

tado autor o un líder de opinión desde su *laptop* o su *smartphone*. De este modo, Internet representa una poderosa herramienta de promoción de la libre expresión humana.

Por lo tanto, podría decirse que, dada la estructura de Internet, el desarrollo de la banda ancha, la aparición de nuevos dispositivos de acceso a ésta y la introducción de las nuevas tecnologías digitales, se ha debilitado y reducido significativamente la capacidad de control que tenían los autores y titulares de derechos de autor sobre sus obras. Dicho control era posible debido a dos factores: 1) en un mundo analógico la reproducción y distribución de obras era compleja, costosa y de baja calidad, y, 2) siendo ello así, el sistema legal de protección de los derechos de autor vigente guardaba sintonía con lo que ocurría en la realidad, es decir, con la capacidad de control que tenían los titulares sobre el soporte físico que contenía la obra protegida.

3. La regulación internacional del derecho de autor post-Internet

El contexto tecnológico antes expuesto presentó muchos retos para el derecho de autor. Ante éstos se recurrió al planteamiento de iniciativas legales que pudiesen devolver el control a autores y titulares de derechos de autor sobre sus obras en Internet. En el ámbito multilateral la historia se inicia en el año 1996, cuando en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y tras una iniciativa liderada por Estados Unidos, nacen los conocidos Tratados de Internet de la OMPI: Tratado sobre derecho de autor (WCT) y Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT).⁴ Dos tratados multilaterales donde el objetivo era claro: generar normas para combatir la denominada piratería digital. Ambos tratados fueron ratificados por el Perú en el año 2002.

⁴ Véase al respecto «Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor» y «Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas». Disponibles en: <http://www.wipo.int/copyright/es/activities>, consultado el 21 de julio de 2014.

Los artículos 11 del WCT y 18 del WPPT contienen disposiciones similares que básicamente indican que “las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas”. En términos sencillos, ello implica que los Estados deberán contar con normas adecuadas que protejan, por ejemplo, al músico o titular de los derechos que utilice un mecanismo anticopia en su obra musical, de manera que quien trate de eludir esa medida de protección tecnológica para beneficiarse de la obra sin permiso incurra en infracción y sea sancionado. Asimismo, los artículos 12 del WCT y 19 del WPPT hacen referencia importante a la “información sobre la gestión de derechos”, es decir, aquella que “identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información” cuya aparición cobra particular importancia en entornos digitales.

Estados Unidos fue el primer país en implementar los Tratados Internet y los plasmó en lo que se conoce hoy como la Digital Millenium Copyright Act (DMCA).⁵ En dicha norma, Estados Unidos definió, yendo mucho más allá de lo establecido en los Tratados Internet, cómo debían ser esas medidas de protección tecnológicas (MPT) desde el ámbito legal y bajo qué excepciones deberían regularse (que no eran las mismas del sistema de *copyright* tradicional, sino un nuevo régimen de excepciones).⁶

Otra de las novedades de la DMCA, no contemplada en los Tratados Internet de la OMPI, fue el desarrollo de un régimen de limitación de responsabilidad para prestadores de servicios de

⁵ Véase al respecto U. S. Copyright Office Summary (1998). «The Digital Millenium Copyright Act of 1998». Disponible en: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>, consultado el 12 de enero de 2014.

⁶ La aplicación de esta normativa fue duramente cuestionada en Estados Unidos y generó mucha jurisprudencia surreal cuyo recuento se puede apreciar en el excelente documento elaborado por la [Electronic Frontier Foundation](#) titulado “[Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA](#)”. La conclusión principal del informe es que estas normas han generado consecuencias no deseadas, como desincentivar la innovación y afectar la libertad de expresión (Electronic Frontier Foundation, 2010).

Internet (ISP). Los ISP pueden ser desde empresas de telecomunicaciones que ofrecen el acceso a Internet hasta buscadores en línea, es decir, intermediarios entre el usuario y el contenido. De este modo se concebía a dichos intermediarios como ‘aliados’ en la lucha contra las infracciones al derecho de autor en Internet, para que ante cualquier reporte de infracción actuaran con la diligencia debida y así poder quedar liberados de responsabilidad ante cualquier inacción alegada. En ese sentido, la DMCA establece un sistema de notificación y contra-notificación, de acuerdo con éste si un titular detecta que un tercero viene difundiendo alguna obra o creación suya sin su permiso (por ejemplo, una obra audiovisual de su autoría a través de YouTube) deberá notificar al ISP y adjuntar las pruebas respectivas para el retiro. Si se cuenta con dichas pruebas y el ISP no toma acción alguna estaría incurriendo en responsabilidad.

A nivel bilateral, Estados Unidos a través de su oficina de comercio, United States Trade Representative (USTR), ha venido exportando el estándar establecido para limitar la responsabilidad de los ISP en la DMCA a otras jurisdicciones a través de acuerdos de promoción comercial o tratados de libre comercio (TLC).⁷ Por otra parte, de los países cubiertos por el informe, Perú,⁸ Chile, Colombia, Costa Rica, México, El Salvador y Guatemala mantienen acuerdos comerciales bilaterales equivalentes con Estados Unidos.

Como se puede apreciar, el marco normativo anterior ha sido determinante en la regulación interna del derecho de autor en diversos países latinoamericanos. Dicho marco normativo, lejos de gestarse sobre la base de las necesidades puntuales de cada país, se ha ido adecuando en función a las diversas negociaciones internacionales entabladas por dichos países, primordialmente con Estados Unidos. En síntesis, se observa una progresiva extensión

⁷ Véase al respecto «Trade Agreements» [Office of The United States Trade Representative (s. f.)].

⁸ El Perú firmó el TLC con Estados Unidos en el mes de abril del 2006 pero éste entró en vigencia el 1º de febrero de 2009. Véase al respecto “Peru Trade Promotion Agreement” [Office of The United States Trade Representative (s. f., b)].

de los alcances del derecho de autor a fin de evitar la utilización no autorizada de obras de sus titulares en entornos digitales.

Si bien es abundante la regulación sobre derechos de autor en dichos entornos, no existe tal desarrollo en el plano internacional respecto de la gestión colectiva donde la regulación interna de cada país ha tenido un rol preponderante⁹. A manera de ejemplo, basta revisar el capítulo 16 referido a la propiedad intelectual en el Acuerdo de Promoción Comercial celebrado entre el Perú y Estados Unidos para verificar que únicamente existe una mención muy general a la gestión colectiva en los siguientes términos: “7. Las Partes reconocen el importante papel que las sociedades de gestión colectiva con participación voluntaria pueden desempeñar en casos apropiados al facilitar, de forma transparente, la recolección y distribución de regalías”.

En ese sentido, el informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* presenta un aporte relevante, ya que parte de la revisión de los marcos normativos de diversos países latinoamericanos, a fin de llegar a algunas conclusiones importantes respecto de cómo se maneja la gestión colectiva en Latinoamérica frente al impacto de las nuevas tecnologías digitales.

4. Marco normativo de la gestión colectiva pre-Internet

La Ley peruana de derechos de autor define en su artículo 2 a las sociedades de gestión colectiva como:

42. Sociedad de Gestión Colectiva: Las asociaciones civiles sin fin de lucro legalmente constituidas para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de autor o conexos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores o titulares de esos derechos, y que hayan obtenido de la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —Indecopi— la autorización de funcionamiento que se regula en esta ley. La condición de sociedades de gestión se adquirirá en virtud de dicha autorización.

⁹ La única excepción que se encuentra es el capítulo XI de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones que adopta el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. No obstante, es una regulación mínima que deja espacio a cada Estado miembro para desarrollar legislación puntual sobre la materia.

Definiciones muy similares se encuentran contenidas en los marcos normativos de los países cubiertos por el citado informe y que pueden desagregarse de la siguiente manera:

1. Salvo en el caso de El Salvador las sociedades de gestión colectiva deben adoptar la forma de una entidad sin fines de lucro.
2. Para su funcionamiento requieren de una autorización estatal.
3. Cumplen un rol esencial en el sistema de protección de los derechos de autor ya que permiten reducir los costos de transacción involucrados en la cobranza de regalías derivadas del uso masivo de obras, tal como ocurre con el caso de las obras musicales.
4. Se constituyen en intermediarios entre los usuarios y los titulares de derechos de autor, lo que permite al autor concentrarse en el proceso creativo de su obra.

Son innumerables las ventajas que ofrecen los sistemas de gestión colectiva. Sin embargo, es también cierto que en los últimos años algunas de estas entidades, en particular las hispanoamericanas, han sido objeto de duros cuestionamientos. Pueden citarse los casos de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) en España, la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco) y muy recientemente el de la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC). Ello ha llevado a reflexionar sobre un aspecto fundamental: ¿estas entidades cuentan con un adecuado marco regulatorio y mecanismos de observancia efectivos? Resulta necesario explorar con detenimiento ambos aspectos.

El informe *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* presenta hallazgos muy relevantes al respecto, ya que no sólo parte de una revisión normativa comparada sino que complementa la misma con entrevistas de campo que han llevado a conclusiones bastante importantes. El informe se centra en el análisis de sociedades de gestión colectiva en el campo de la música en Latinoamérica, región donde, como bien indica el informe, no existen investigaciones ni estudios formales sobre la materia. Los ejes de análisis son cuatro 1) gobernanza, 2) eficiencia, 3) transparencia y 4) entorno digital.

Con respecto a la gobernanza, se aprecia que existe, a nivel formal, cierto control estatal y que la ley es la encargada de delimitar el objeto social de las sociedades de gestión colectiva. Sobre la eficiencia y transparencia quizás los aspectos más sensibles tienen que ver con la determinación de las tarifas y la gestión interna en relación con los afiliados y la distribución de regalías a éstos, que no siempre cuentan con reglas claras y precisas al respecto. Sobre la transparencia, el tema central es la poca información accesible para el público en general, lo cual resulta preocupante, como se desprende del informe.

Con relación a los puntos de análisis antes referidos, resulta relevante brindar algunos aportes desde la experiencia peruana. Luego de las graves denuncias efectuadas en contra de la AP-DAYC, a finales del año 2013, se presentaron diversos proyectos de ley en el Congreso peruano proponiendo reformas normativas sobre los siguientes temas:

- Evitar reelección de los Consejos Directivos de manera indefinida.
- Aumentar las multas y sanciones para sociedades de gestión colectiva que actúen de manera contraria a la ley.
- Reformar la legitimación procesal activa de sociedades de gestión colectiva de manera que éstas deban probar fehacientemente los derechos que les han sido encomendados.
- Crear nuevos mecanismos para vigilar las tarifas fijadas por sociedades de gestión colectivas que sean aplicadas de manera abusiva.
- Regular nuevas causales de incompatibilidad que eviten que funcionarios del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (IN-DECOPI) puedan ocupar cargos directivos en sociedades de gestión colectiva luego del transcurso de un período de cinco años, así como causales destinadas a evitar que contraten con terceros que sean, a su vez, parientes.
- Se pone énfasis en el rol de recaudación y distribución de regalías (y no otro) que deben cumplir las sociedades de gestión

colectiva. Cabe precisar que el INDECOPI recientemente impuso una elevada multa contra la APDAYC por la compra de frecuencias radiales, lo que iría en contra del objeto social de una sociedad de gestión colectiva¹⁰.

Los aspectos antes expuestos se relacionan muy de cerca con algunos temas cubiertos por el informe vinculados a la gobernanza, transparencia y eficiencia de las sociedades de gestión colectiva en varios países de la región. Podría considerarse que la conclusión más importante que se desprende del informe respecto de dichos puntos radica en que, si bien existen a nivel formal ciertas disposiciones legales que regulan la actividad de las sociedades de gestión colectiva, en la práctica, dicha regulación es insuficiente. El informe resalta algunas legislaciones más fuertes en materia de vigilancia y control, como sucede en Chile, México, Colombia y Costa Rica, sin embargo, es necesario repensar el modelo de la gestión colectiva a nivel internacional en aras de una mayor uniformidad que permita un funcionamiento más transparente y eficiente de dichas entidades.

Quizás la cuestión principal que debería ser abordada en dicho debate sería si — dado que las sociedades de gestión colectiva intermedian entre el autor y el mercado usuario de sus creaciones, además de administrar el dinero de terceros— convendría tener un marco normativo más garantista de los autores y del público usuario de sus obras, donde exista una intervención más clara por parte del Estado. Si esto se diera, se abriría la discusión sobre diversos aspectos, como cuáles deben ser los criterios específicos para la definición de tarifas y mecanismos de cobranza, o cómo regular los conflictos de interés y los procesos de toma de decisiones equitativas dentro de una sociedad de gestión colectiva. Algo muy similar a la regulación que existe en torno a las entidades financieras o a aquellas entidades que operan en mercados regulados. Dadas las experiencias recientemente ocurridas en Colombia y Perú (países cubiertos por el informe), podría decirse que

¹⁰ “Dicho procedimiento administrativo se encuentra aún en trámite”. Ello toda vez que en el 2013 esto era así.

la presencia del Estado debe ser mayor, esto podría conseguirse a través de la implementación de mecanismos de monitoreo y mecanismos de observancia muy rigurosos.

En concordancia con lo anterior, se propone tomar en cuenta algunos aspectos de la experiencia comparada que pueden constituir referentes importantes en dicho debate:

- Estados Unidos es uno de los pocos países donde existe competencia en la gestión colectiva de derechos de autor. La American Society of Composers, Authors and Publishers (Ascap) se fundó en 1914 y agrupaba a la gran mayoría de autores, compositores y editores de la época. Al ser la única entidad de su tipo llegó en algún momento a copar el 80% del mercado y a incurrir en prácticas abusivas, dada su posición de dominio en el mercado. Ello motivó al Departamento de Justicia de los Estados Unidos a iniciar investigaciones al respecto. En 1934 un grupo de *broadcasters* radiales deciden formar su propia asociación dados los abusos en que incurría la Ascap, así surgió la Broadcast Music Incorporated (BMI). En 1941, el Departamento de Justicia denunció a la Ascap y la BMI argumentando que su “sistema de licencias sábana” (*blanket licenses*) calificaba como práctica restrictiva de la competencia. Lo importante vino después, y es que el Estado acordó con ambas entidades, a través de una suerte de transacción extrajudicial (*consent decree*), la autorización a su coexistencia con la condición de no establecer acuerdos exclusivos con sus afiliados, de manera que éstos pudiesen contratar con ambas. Este precedente muestra que sería sano evaluar la promoción de competencia en la gestión colectiva latinoamericana.
- Otro aspecto interesante que se puede extraer de la experiencia estadounidense es la existencia del Copyright Royalty Board (The Library of Congress, s. f.), un panel de jueces de *copyright* que depende de la Biblioteca del Congreso y está encargado de establecer el valor de determinadas tarifas en el mercado. Quizás este modelo podría resultar interesante de explorar a fin de lograr acuerdos en temas puntuales, en particular, aquellos que suelen ser escenarios de controversia.

5. La gestión colectiva y los entornos digitales

Como ya se ha indicado, Internet y las nuevas tecnologías digitales han permitido enormes posibilidades de difusión de contenidos. Asimismo, se ha señalado ya que existe muy poco avance en el terreno regulatorio internacional sobre el manejo de la gestión colectiva en entornos digitales. Al respecto, resulta conveniente citar algunas reflexiones de Santiago Schuster, autoralista chileno y ex director general de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD) quien anota lo siguiente:

- La gestión colectiva tradicional dependerá de la forma como los grandes sectores de usuarios evolucionarán en sus demandas de obras artísticas en el futuro.
- La segunda respuesta al futuro de la gestión colectiva tradicional es la reafirmación del principio general del derecho de autor de la independencia de las explotaciones.
- Las entidades de gestión deben hacer uso de las nuevas herramientas que ofrece el desarrollo tecnológico, para los efectos de prestar un mejor servicio no sólo a los titulares de derechos sino también a los utilizadores de las obras y producciones que éstas administran.

Sobre un retorno a la gestión individual producto de las nuevas tecnologías digitales, Schuster señala que quizás ello aplique para ciertos usos pero no para la totalidad de utilizaciones vigentes (Schuster, 1997).

Cabe señalar al respecto que, aunque pueden compartirse algunas de las conclusiones a las que se refiere el autor antes mencionado, la nueva regulación del derecho de autor en entornos digitales no debe partir de la premisa de que la tecnología es necesariamente una amenaza. Por el contrario, existe la necesidad de atender a los nuevos patrones de consumo en entornos digitales y desarrollar un marco normativo lo suficientemente flexible, como para no desincentivar el desarrollo tecnológico y el acceso a información y contenidos, y lo suficientemente firme, como para permitir la compensación económica y sancionar a aquellos que

procuren un aprovechamiento indebido de obras protegidas por derechos de autor cuando ello afecte a sus titulares.

Sobre este punto, *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe* sostiene que el escenario para América Latina sobre la utilización de recursos digitales por parte de sociedades de gestión colectiva no es alentador. Aunque existen diversas iniciativas como la Common System Information (CIS), promocionada en el marco de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (Cisac), no parece que las entidades de gestión colectiva de la región hayan desarrollado nuevas maneras de relacionarse con sus asociados y usuarios a efectos de lograr mayor transparencia y eficiencia en la prestación de sus servicios. Podría aseverarse que las nuevas tecnologías ofrecen infinitas posibilidades para poder identificar obras e ir acercándose cada vez más al cobro por uso efectivo de obras cuando ello lo amerite. Es importante abrir esta posibilidad y permitir que la tecnología haga más eficiente y transparente la labor de la gestión colectiva. Asimismo, será importante que, en aquellos casos donde resulte más eficiente, se privilegie la gestión individual o aquellos mecanismos de licenciamiento flexible como los provistos por Creative Commons. Si bien la gestión colectiva presenta innumerables ventajas y beneficios es importante que pueda interactuar con otras modalidades de recaudación y de licenciamiento vigentes en entornos digitales.

Finalmente, podría concluirse que la gestión colectiva debe adaptarse a los nuevos retos que presentan los entornos digitales. Es necesario que dichas entidades operen de acuerdo a un marco normativo que garantice su correcto funcionamiento, en aras de la legitimidad del sistema de protección de los derechos de autor. No resulta muy útil, tal como demuestra el informe, robustecer progresivamente el derecho de autor si no se implementan medidas regulatorias y de observancia que permitan el desarrollo de una gestión colectiva eficiente para los nuevos entornos digitales, donde sean las propias sociedades de gestión colectiva las interesadas en incorporar tecnología en sus procesos en busca de lograr mayor eficiencia a favor del bienestar de todos sus asociados.

6. Bibliografía

- Ariño, Gaspar (s. f.). "La Banda Ancha: ¿Es necesaria la regulación en los nuevos servicios?". En: Beneyto, José María (2003). *Regulación y Competencia en Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson.
- Botero Cabrera, Carolina; Guzmán Mejía, Luisa Fernanda y Cabrera Peña, Karen Isabel (2014). *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*. Bogotá: Fundación Karisma.
- Electronic Frontier Foundation (2010). "Unintended Consequences: Twelve Years Under the DMCA". Disponible en: https://www.eff.org/sites/default/files/eff-unintended-consequences-12-years_0.pdf, consultado el 21 de julio de 2014.
- Lessig, Lawrence (2001). "The Future of Ideas: The Fate of Commons in a Connected World". New York: Random House.
- Office of The United States Trade Representative (s. f., a). "Trade agreements". Disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements>, consultado el 21 de julio de 2014.
- Office of The United States Trade Representative (s. f., b). "Peru Trade Promotion Agreement". Disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa>, consultado el 21 de julio de 2014.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1996). "Ley sobre el Derecho de Autor (Decreto Legislativo N° 822 del 23 de abril de 1996)". Artículo 52. Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=129301, consultado el 21 de julio de 2014.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (s. f.). "Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas". Artículo 7. Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html, consultado el 21 de julio de 2014.
- Reed, David P.; Saltzer, Jerome y Clark, David (1984). "End-To-End Argument in System Design". Disponible en: <http://mit.edu/Saltzer/www/publications/endtoend/endtoend.pdf>, consultado el 21 de julio de 2014.
- Schuster, Santiago. "La Gestión Colectiva Tradicional ante la Tecnología Digital". En: Foro Internacional de la OMPI sobre el ejercicio y la administración del derecho de autor y los derechos conexos ante los desafíos de la tecnología digital. Sevilla: 1997.
- The Library of Congress (s. f.). Copyright Royalty Board. Disponible en: <http://www.loc.gov/crb>, consultado el 21 de julio de 2014.

