

LAS ENTIDADES DE GESTIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: BREVE COMENTARIO ACERCA DE LA INADECUACIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

por Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA
Becaria de Investigación en el Área de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: La creciente presión mediática a la que se están viendo sometidas en los últimos tiempos las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y el consecuente descrédito social que hacia ellas se está generando sirve de acicate a este trabajo, que tiene como propósito indagar en su régimen jurídico y exponer los principales problemas que éste presenta. En concreto, el sistema de gestión de derechos sin mandato, unido a la prohibición del ánimo de lucro y a la ausencia de controles externos sobre la actividad de estas entidades hace necesaria la búsqueda de medidas alternativas de fiscalización como pueda ser la adopción de códigos de buen gobierno.

PALABRAS CLAVE: Entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, asociaciones, ánimo de lucro, Ley de Propiedad Intelectual, códigos de buen gobierno.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. CARACTERIZACIÓN DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN; 1. SU IMPORTANCIA Y FUNDAMENTO; 2. NATURALEZA JURÍDICA: SU CONFIGURACIÓN COMO ASOCIACIONES; 3. LA PROHIBICIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO; III. ACTIVIDADES Y FUNCIONES ENCOMENDADAS A LAS ENTIDADES DE GESTIÓN; 1. LA GESTIÓN DE DERECHOS; 2. ACTIVIDADES ASISTENCIALES Y DE PROMOCIÓN DE LA CULTURA IV. EL PROBLEMA PRINCIPAL: 1. LA PROHIBICIÓN DEL LUCRO Y LA GESTIÓN DE DERECHOS SIN MANDATO; 2. UN SISTEMA DE CONTROL DEFICIENTE. V. UNA POSIBLE SOLUCIÓN.

TITLE: THE COPYRIGHT'S LICENSING BODIES: A SHORT COMMENTARY ABOUT THEIR INADEQUATE REGULATION.

ABSTRACT: The spur to this paper has been the increasing pressure of the Media and the consequent social discredit towards the Copyright's licensing bodies. Our purpose is to go into their le-

gal system and set out some of the problems that can arise. In particular, the management of rights without mandate, together with the prohibition of profit and the absence of external controls on the activity of these entities makes necessary the search for alternative measures of control such as the adoption of Codes of Good Governance.

KEYWORDS: Copyright's licensing bodies, Associations, profit motive, Corporate Governance.

CONTENTS: I. INTRODUCTION; II. DESCRIPTION OF THE LICENSING BODIES; 1.THEIR SIGNIFICANCE AND FOUNDATION; 2. JURIDICAL NATURE: THEIR CONFIGURATION AS ASSOCIATIONS; 3. THE PROHIBITION OF THE PROFIT MOTIVE; III. ACTIVITIES AND FUNCTIONS OF THE LICENSING BODIES; 1.THE MANAGEMENT OF RIGHTS; 2. WELFARE ACTIVITIES AND CULTURE'S PROMOTION ACTIVITIES; IV. THE MAIN PROBLEM: 1. THE PROHIBITION OF THE PROFIT MOTIVE AND THE RIGHT'S MANAGEMENT WITHOUT MANDATE; 2. AN INADEQUATE CONTROL SYSTEM. V. A POSSIBLE SOLUTION.

I. INTRODUCCIÓN

Muchas son las opiniones que se han vertido últimamente en los medios de comunicación acerca de las entidades de gestión y no precisamente para alabar su funcionamiento. Sin duda, ha sido en el ámbito de internet donde las entidades han sido objeto de las peores críticas; se las ha calificado como la nueva *censura* de la *libertad digital*, e incluso se han creado plataformas en internet cuyo *leitmotiv* es la denuncia de las supuestas injusticias y excesos cometidos por estos entes. Por su parte, el reciente informe emitido por la Comisión Nacional de Competencia, sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, no ha contribuido en absoluto a limpiar la emborronada imagen que las entidades de gestión presentan ante un público cada vez mayor.¹ Ciertamente, existe en la sociedad española la creencia generalizada de que las entidades de gestión, lideradas por la popularmente conocida SGAE, son instituciones de una perversidad intrínseca cuyo afán recaudador ha llegado a extremos insospechados hasta el punto de irrumpir en celebraciones fa-

¹ Se trata del informe elaborado por la Comisión Nacional de Competencia con fecha de diciembre de 2009 y hecho público por dicha institución en enero de 2010. El resultado del informe ha supuesto una dura crítica al sistema de gestión colectiva de derechos y a las entidades de gestión. Sostiene el texto que la configuración y funcionamiento de estas entidades, aun amparados por la Ley de Propiedad Intelectual, son contrarios a las normas de competencia. El informe habla de abuso de posición de dominio y falta de transparencia en la gestión, llegando hasta el punto de abogar por la supresión de este tipo de entidades tal y como se configuran en nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

miliars para obtener la prueba de la comunicación pública de obras musicales de su repertorio o reclamar beneficios en un concierto celebrado para recaudar fondos para niños discapacitados. Desde este punto de vista, las reivindicaciones de los agraviados pueden parecernos razonables y, en cualquier caso, legítimas. Pero más allá de los motivos o creencias personales que puedan conducirnos a adherirnos a esta *cruzada anti SGAE* hemos de preguntarnos si estas entidades están legitimadas para actuar de esta manera, cuál es su regulación y si es cierto que actúan al margen de ésta.

Realmente es muy poco lo que se sabe acerca del régimen jurídico de las entidades de gestión y de las actividades que llevan a cabo, y ello se debe fundamentalmente a dos razones. La primera de ellas tiene que ver con la deficiente y en ocasiones sesgada información que llega al público a través de los medios de comunicación. Esto es algo que sucede con bastante frecuencia en todos los ámbitos, y en este caso concreto parece que el sensacionalismo mediático se ha cebado con las entidades de gestión. La segunda de las razones es atribuible, en nuestra opinión, a las propias entidades. Es cierto que la información que ofrecen en sus páginas web acerca de su funcionamiento es un poco confusa y, en ocasiones, escasa. Por otra parte, muchos de los preceptos estatutarios que rigen las ocho entidades actualmente existentes en España son deliberadamente ambiguos y pueden dar lugar a diversas interpretaciones.

Con el presente trabajo se pretende arrojar un poco de luz sobre esta materia, comentando brevemente el régimen jurídico de las entidades de gestión y presentando los principales problemas que plantean desde una óptica jurídica, a fin de que el lector pueda formarse una opinión mínimamente fundada acerca de su estatus y funcionamiento.

II. CARACTERIZACIÓN DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

1. SU IMPORTANCIA Y FUNDAMENTO

El deber constitucional de promoción y tutela del acceso a la cultura que recae sobre los poderes públicos pasa por asegurar a los autores, artistas y demás sujetos implicados en la producción y difusión de las obras las condiciones necesarias para poder obtener la justa remuneración por el uso y explotación de sus creaciones. Una adecuada protección de los derechos de autor y derechos afines supone, sin duda, un extraordinario aliciente para la creación cultural.

Las obras y demás prestaciones susceptibles de generar derechos de propiedad intelectual se caracterizan por la posibilidad de ser explotadas por varios sujetos desde los más diversos lugares y de forma simultánea. Ello implica que sus titulares, casi desde el primer instante en que aquéllas se divulgan, pierden el control sobre su explotación.

La inversión en términos de tiempo, esfuerzo y dinero que cada titular de derechos de propiedad intelectual tendría que realizar para poder controlar por sí solo el uso de sus obras o prestaciones, sobre todo en aquellas de uso masivo, sería tal que le impediría continuar con su actividad creativa y aún así difícilmente podría llegar a contar con los medios técnicos para lograr este fin.

Es en este escenario en el que las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual son llamadas para defender y promover los derechos e intereses de los autores y demás sujetos titulares de derechos de propiedad intelectual. Su papel de intermediarios entre los sujetos de derechos y los usuarios de los mismos se ha consolidado de tal manera que resulta casi imposible operar en el mercado de bienes y servicios culturales sin tratar con ellas. En algunos casos esta negociación se hace obligatoria, pues la ley impone que la gestión de ciertos derechos ha de llevarse a cabo necesariamente por las entidades de gestión autorizadas por el Ministerio de Cultura.²

Por otra parte, la labor que llevan a cabo las entidades de gestión facilita enormemente la tarea de los usuarios en orden a obtener las preceptivas licencias y gracias a aquéllas no se necesita recabar autorizaciones de cada titular en particular, sino que para determinados usos las entidades conceden licencias sobre *repertorios globales* que autorizan al usuario a explotar cualquier obra o prestación que se encuentre contenida en ellos. Este sistema se nos presenta como un instrumento útil y absolutamente necesario para hacer frente a una sociedad que demanda cada vez más y mayor variedad de contenidos culturales.

Así las cosas, resulta obvio que, a pesar de las críticas recibidas en los últimos tiempos, las entidades de gestión son, más que nunca, agentes imprescindibles en el mercado de la cultura.

Sin embargo, la enorme importancia de la actividad que llevan a cabo contrasta con el escaso interés que el legislador ha mostrado en su regulación y el deficiente sistema de control que sobre ellas se ejerce, cuestiones éstas sobre las que nos detendremos en las páginas siguientes.

² La gestión de derechos de propiedad intelectual está articulada en torno a dos sistemas. El primero de ellos es voluntario, de modo que los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual podrán decidir si encomiendan o no la gestión de determinados derechos a la entidad de gestión correspondiente. Existen otros derechos, sin embargo, cuya gestión queda encomendada por imperativo legal a las entidades de gestión, como ocurre con el derecho de compensación equitativa por copia privada (art. 25.8 TRLPI) o con el derecho de remuneración de los autores por el alquiler de obras audiovisuales (art. 90.2 y 7 TRLPI), entre otros.

2. NATURALEZA JURÍDICA: SU CONFIGURACIÓN COMO ASOCIACIONES

El Título IV (artículos 147 a 159) del actual Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 (en adelante, TRLPI) se encarga de la regulación del nacimiento, funciones, requisitos de constitución, ámbito de actuación, control, patrimonio, extinción y demás cuestiones relativas a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

Dos son los requisitos fundamentales que este texto legal exige en relación a la conformación de las entidades de gestión como personas jurídicas (tal y como se infiere de los artículos 147 y 151): que se configuren en torno a una pluralidad de personas y que carezcan de ánimo de lucro. Estas dos condiciones restringen inevitablemente las posibilidades de elección del tipo: sólo podrán ser asociaciones o cooperativas.

Respecto de esta última opción, se ha señalado por la doctrina que la adopción de la forma de cooperativa por parte de estas entidades es altamente improbable, dado que las cooperativas prohíben, como regla general, el voto plural, siendo ésta una característica presente en todas las entidades de gestión.³ Sin embargo, cabría entender que el sistema de voto que establecen los Estatutos de las diferentes entidades de gestión es subsumible dentro del artículo 26 de la Ley 27/1999, de 16 Julio, de Cooperativas, por cuanto el precepto contempla un sistema de voto plural para el caso de cooperativas con distintas modalidades de socios. En cualquier caso, hasta la fecha, ninguna entidad de gestión ha hecho uso de esta posibilidad.

Hay quien ha señalado también la fundación como tipo jurídico válido para las entidades de gestión⁴, si bien tal idea ha de ser desechada porque del articulado del TRLPI se desprende de forma inequívoca que tales entidades se asientan sobre una base asociativa.⁵

En la práctica, las ocho entidades de gestión existentes en nuestro país⁶ se han configurado como asociaciones, lo cual implica su sometimiento a una doble regulación; por una parte se regirán por el TRLPI y por otra, en cuanto asociaciones que son, han de respetar necesariamente lo establecido en la Ley

³ Vid. MARÍN LÓPEZ, JJ., «Artículo 147», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Tecnos, 3.ª edición, Madrid, 2007, pág. 1794.

⁴ Vid. CHICO ORTIZ, JM., «Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual», *RCDI*, 1988, pág. 129.

⁵ Cfr. arts. 151, 155 y 156 TRLPI.

⁶ Las ocho entidades de gestión autorizadas por el Ministerio de Cultura son: la *Sociedad General de Autores y editores* (SGAE), el *Centro Español de Estudios Reprográficos* (CEDRO), la *Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales* (AGEDI), *Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España* (AIE), *Visual; Entidad de Gestión de Artistas Plásticos* (VEGAP), la *Entidad de Gestión de los Productores Audiovisuales* (EGEDA), *Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión* (AISGE), y *Derechos de Autor de Medios Audiovisuales* (DAMA).

Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en adelante, LODA).

La LODA contiene preceptos de carácter orgánico y no orgánico.⁷ Los primeros son de aplicación directa a todo tipo de asociaciones, por ser desarrollo inmediato del derecho fundamental de asociación, mientras que los segundos sólo se aplicarán directamente a aquellas asociaciones que no se rijan por leyes específicas.

A las asociaciones reguladas en leyes especiales, como es el caso de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, se les aplican directamente los preceptos orgánicos de la LODA mientras que los no orgánicos sólo rigen para ellas de forma supletoria, esto es, para aquellas materias que no queden reguladas en el TRLPI.⁸

Dentro de la LODA es preciso distinguir también los preceptos que son de aplicación directa en todo el Estado (D.F.1.^a, apartados 1.º, 2.º, 3.º y 4.º) de aquellos otros que se aplican supletoriamente a las asociaciones de ámbito autonómico y sólo de manera directa a las asociaciones que operan en todo el territorio español (D.F.1.^a, apartado 5.º).⁹ Todas las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizadas por el Ministerio de Cultura son de ámbito estatal, por lo que todos los preceptos de la LODA que les son aplicables lo son de forma directa. En realidad, no podía ser de otra manera porque el artículo 148.1 TRLPI exige, entre las condiciones para el otorgamiento de la autorización por el Ministerio de Cultura, que *la entidad solicitante reúna las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio nacional*. Además, este precepto hay que ponerlo en relación con la norma del apartado siguiente que no hace sino reforzar esta idea al añadir a la condición anterior la de que la autorización *«favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España»*. No en vano el artículo 159 TRLPI concede al Ministerio de Cultura, entre otras, la facultad para otorgar y revocar la autorización regulada en los artículos 148 y 149 TRLPI, lo cual no es sino una evidencia más de que las entidades de gestión han de operar a nivel estatal.

Las entidades de gestión tienen, por tanto, la naturaleza jurídica de una asociación nacional. Sin embargo, su estatus jurídico no es el mismo que el de cualquier asociación. Como decíamos, estas entidades están sometidas a una

⁷ Para una visión más completa de la cuestión *vid.* la STC 173/1998, de 23 de julio, relativa a los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación.

⁸ *Vid.* Disposición final primera y segunda de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

⁹ *Vid. in extenso* PEREZ ESCALONA, S., *El Derecho de Asociación y las Asociaciones en el Sistema Constitucional Español*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 31-51 y SANTOS MORÓN, MJ., *La Responsabilidad de las Asociaciones y sus Órganos Directivos*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 57-62.

doble regulación; además de la LODA les será de aplicación el Título IV del Libro III del TRLPI. Para que queden sometidas a este régimen es preciso que el Ministerio de Cultura las haya autorizado como tales entidades de gestión. Así, el artículo 147 TRLPI establece que: «*Las entidades legalmente constituidas que pretendan dedicarse en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros derechos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, que habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado*».

Es preciso aclarar que esta autorización y el hecho de que el Ministerio de Cultura ostente ciertas facultades de control sobre las entidades no otorga a éstas un estatus de ente público; las entidades de gestión son asociaciones y, por tanto, personas jurídicas de Derecho Privado, a las que se les aplica, por mor de esta autorización ministerial, el régimen privilegiado del TRLPI. Dicho de otra manera, la constitución de la persona jurídica no se hace depender en ningún caso de la autorización administrativa, ya que, aun en el supuesto de que tal autorización fuera denegada, la entidad podría seguir operando en el tráfico como mera asociación, sometida únicamente a la LODA. Nada impide que una asociación que no ha obtenido la autorización del Ministerio de Cultura, lo mismo que cualquier persona física o jurídica, pueda gestionar derechos de propiedad intelectual de forma independiente. Ahora bien, en estos supuestos no le serán de aplicación los artículos 147 y siguientes TRLPI. A estos efectos es ilustrativa la STC 196/1997, de 13 de noviembre, que en su fundamento jurídico 6.º establece que «*[l]a opción por las entidades de gestión, como cauce especialmente creado por el legislador para la gestión colectiva de los mencionados derechos, no excluye la gestión individual de los derechos de propiedad intelectual por el propio autor o titular o que éste confíe su ejercicio a un tercero, ni que la gestión de los derechos de propiedad intelectual de varios titulares sea encomendada a entes distintos de las entidades de gestión reguladas en el Título IV del Libro III de la L.P.I., los cuales, al no gozar de la cualidad de entidad de gestión, se regirán por las normas particulares del tipo de ente, no siéndoles aplicables el régimen jurídico específico y privilegiado que disciplinan los arts. 132 a 144 de la L.P.I.*»¹⁰

En resumen, podemos decir que las entidades de gestión que han sido autorizadas por el Ministerio de Cultura quedan sometidas al Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, de 12 de abril, y que la regulación contenida en este texto legal exige que estas entidades se configuren en torno a una base asociativa, carezcan de ánimo de lucro y gestionen derechos de propiedad intelectual a nivel nacional. Todo ello las obliga a adoptar la forma jurídica de asociaciones de carácter estatal.

¹⁰ LA LEY 66/1998.

La adopción de esta forma jurídica ha acarreado no pocos problemas. Señala la doctrina que el inconveniente fundamental radica en que nuestra Ley de Asociaciones no está diseñada para asociaciones cuyo fin principal es el desarrollo de actividades empresariales de la envergadura de las que realiza cualquier entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual.¹¹ El problema no consiste, a diferencia de lo que ocurría con la antigua Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, en la prohibición de este tipo de actividades. Al contrario, la vigente Ley 1/2002, si bien es parca en cuanto a la regulación de esta cuestión, y en parte gracias a ese laconismo, permite la realización de cualquier tipo de actividad económica siempre que los beneficios obtenidos se reinviertan en los fines de la asociación y en ningún caso sean objeto de reparto entre los asociados.¹²

La falta de idoneidad de la regulación de la LODA estriba, más bien, en la ausencia de regulación de las consecuencias de esa actividad empresarial: régimen de responsabilidad de los órganos gestores, imposición de controles externos... cuestiones todas ellas prácticamente olvidadas por el texto de la LODA y que deberían ser objeto de un desarrollo mucho más exhaustivo. El tipo de actividad que llevan a cabo las entidades de gestión y su volumen de negocio encajan con dificultades dentro del concepto de asociación sin ánimo de lucro que subyace en el espíritu de la LODA.¹³ Sería mucho más conveniente, como se ha señalado por algún autor, la creación de una figura *ad hoc* que contemplara todos los aspectos específicos de las entidades recogidos en el TRLPI (sociedad de puertas abiertas, promoción de actividades asistenciales y culturales...) y que estableciera un régimen de responsabilidad acorde con la envergadura de su negocio y algún tipo de control sobre su actividad, como el depósito de las cuentas anuales en un registro o el sometimiento a auditorías externas.¹⁴ Constituyen, en este sentido, un precedente las Sociedades anónimas deportivas que se regulan en la ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, o las sociedades profesionales, recogidas en la ley 2/2007, de 15 de marzo.

¹¹ A estos efectos, afirma CÁMARA ÁGUILA, P., («El ánimo de lucro en las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual» en *pe.i.*, *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 9 - Bercal. Madrid. 2001) que « (...) el principal inconveniente a la fórmula de la asociación se encuentra en la obsolescencia de sus normas, y su inadecuación a la actividad económica que desarrollan las entidades de gestión». Por su parte JJ. MARÍN ha señalado que, si como en el caso alemán, las entidades de gestión españolas pudieran configurarse como sociedades, «se facilitaría a las entidades la consecución de sus fines al disponer de una estructura interna más acomodada a su participación en el mercado de los derechos de propiedad intelectual». («Artículo 147» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Tecnos, 3.ª edición, Madrid, 2007, pág. 1794).

¹² Cfr. art. 13.2 LODA. Vid. *Infra*. epígrafe I.3.

¹³ La Comisión Nacional de la Competencia, en el citado informe sobre la gestión colectiva de derechos, pone de manifiesto su perplejidad en cuanto al hecho de que las entidades de gestión hayan de configurarse como asociaciones si se tiene en cuenta que se trata de *personas jurídicas genéticamente predisuestas por Ley a realizar una actividad típicamente empresarial como la gestión comercial de derechos de naturaleza económica*.

¹⁴ Vid. CÁMARA ÁGUILA, P., «El ánimo de lucro...», *cit.*», pág. 20.

3. LA PROHIBICIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO

El artículo 147 TRLPI es contundente: «*Estas entidades, a fin de garantizar la protección de la propiedad intelectual, no podrán tener ánimo de lucro*». Ahora bien, ¿en qué consiste exactamente el ánimo de lucro? La cuestión no es pacífica y merece alguna reflexión. Para el estudio de esta cuestión tomaremos como referencia la clasificación que hace C. PAZ-ARES.¹⁵ Para éste, la palabra lucro tienen dos acepciones distintas, que no siempre son empleadas de manera correcta por la doctrina y por los tribunales. Estamos hablando del lucro objetivo y del lucro subjetivo.

El lucro objetivo es el lucro de la persona jurídica; aquél que obtiene mediante la realización de actividades de intermediación con terceros en el mercado. Si una entidad no realiza actividad económica alguna en el mercado carecerá de lucro objetivo, por mucho que pueda percibir aportaciones dinerarias de sus miembros.

En el caso que nos ocupa, parece claro que no estamos ante personas jurídicas sin ánimo de lucro, toda vez que las entidades de gestión sí realizan actividades con terceros, en el sentido de que operan en el mercado de derechos de propiedad intelectual. En efecto, las entidades de gestión, además de cumplir con su cometido principal —la administración de derechos de propiedad intelectual—, llevan a cabo una serie de actividades de promoción de la cultura que las convierte en verdaderos agentes económicos.¹⁶

Por su parte, el lucro subjetivo se identifica con el reparto de beneficios entre los miembros que forman parte de la persona jurídica. Para que pueda darse este lucro es necesaria la existencia de unas ganancias que integren el patrimonio de la entidad. El lucro objetivo es, pues, un paso previo y necesario para la existencia del lucro subjetivo. De tal manera que resulta inconcebible una sociedad que tenga ánimo de lucro subjetivo pero no objetivo.¹⁷ Lo que sí es posible es que la sociedad tenga ánimo de lucro objetivo, porque realiza actividades económicas en el mercado, pero no proceda al reparto de las ganancias entre los socios. Es éste el caso de las entidades de gestión de derechos de

¹⁵ CÁNDIDO PAZ-ARES, («Artículo 2.2 LAIE» en *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*. Coord. A. PAU PEDRÓN. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 36-42) a propósito del análisis del artículo 2.2 de la Ley 12/1991, de 19 de abril, de Agrupaciones de interés económico, sienta un importante precedente en la doctrina mercantil española respecto del significado y categorización del ánimo de lucro. El estudio de C. PAZ-ARES tiene como base, principalmente, la distinción ya asentada previamente en la doctrina italiana entre ánimo de lucro objetivo y subjetivo. A estos efectos véase G. MARASÀ, *Le «società» senza scopo di lucro* A. Giuffrè editore, Milano, 1984.

¹⁶ *Vid. infra* epígrafe II. 2.

¹⁷ Así lo señala MARASÀ, G.: «*Mentre è concepibile il lucro oggettivo senza il lucro soggettivo —per esempio, in quelle società che si prefiggono la produzione di utili per destinarli altruisticamente— l'ipotesi contraria sembra irrealizzabile (...)*Vale a dire: i soci possono dividersi un utile che non hanno prodotto(...)» (*Le «società» senza scopo di lucro* A. Giuffrè editore, Milano, 1984, pág. 236).

propiedad intelectual y de todas las asociaciones que realizan actividades económicas.

Lo que sucede es que tanto la doctrina como la jurisprudencia¹⁸ han venido entendiendo el concepto de ánimo de lucro exclusivamente como ánimo de lucro subjetivo. Igualmente ha quedado plasmado este concepto *inexacto* de ánimo de lucro en la legislación. Así, salvo en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de interés económico, la cual, al establecer que «*[l]a agrupación de interés económico no tiene ánimo de lucro para sí misma*», aboga por un concepto objetivo de ánimo lucro, tanto la Ley 1/2002, de Asociaciones, como la Ley 50/2002, de Fundaciones, al prohibir el ánimo de lucro lo que vetan es, en realidad, el lucro subjetivo. Lo mismo sucede con el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aunque con matices, como veremos a continuación.

En lo que respecta a las asociaciones, la regulación de esta materia por la Ley 1/2002, de Asociaciones, resulta concluyente: por una parte su artículo 2 sólo incluye dentro de su ámbito de aplicación a aquellas entidades que *no tengan fin de lucro* y, por otra, el artículo 13.2 establece que «*[l]os beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo*». Por un lado se prohíbe el fin de lucro y, por otro, se admite que las asociaciones puedan obtener beneficios, de lo cual se deduce necesariamente que el legislador identifica fin de lucro con reparto de ganancias.

El texto de la Ley de Propiedad Intelectual va más allá. Por una parte se prohíbe el reparto de beneficios entre los miembros de la entidad, lo cual se indica de forma expresa en el apartado 12 del artículo 151 TRLPI: «*En los estatutos de las entidades de gestión se hará constar (...) el destino del patrimonio activo o neto resultante en los supuestos de liquidación de la entidad que, en ningún caso, podrá ser objeto de reparto entre los socios*». Pero a diferencia de lo que ocurría en la Ley de Asociaciones, la Ley de Propiedad Intelectual no permite la realización de cualquier tipo de actividad económica. El apartado 2 del ar-

¹⁸ En este sentido la Sentencia de 1 de marzo de 2005 del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso-administrativo, establecía que «*si quienes constituyen una «asociación» prevén en los estatutos que en el supuesto de disolución de la misma, si queda un patrimonio con saldo positivo, éste se lo repartirán entre ellos, no cabe duda de que existe un ánimo de lucro, un ánimo de repartirse las ganancias, al menos las que resulten en el momento de la disolución y liquidación de la asociación.*» Por su parte, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, ha afirmado en una sentencia reciente que «*el ánimo de lucro que se encuentra en el fundamento de creación de las sociedades mercantiles y dirige su actuación al logro de ganancias que posteriormente puedan ser objeto de reparto entre sus partícipes*» (STS de 2 de julio de 2008, LA LEY 96463/2008).

título 151 establece que las entidades *podrán realizar actividades distintas a la gestión de los derechos de propiedad intelectual siempre que las mismas estén vinculadas al ámbito cultural de la entidad y se cumpla el requisito de ausencia de ánimo de lucro establecido en el artículo 147*. Efectivamente, el lucro al que se refiere el artículo 147 es un lucro subjetivo, —el reparto de beneficios—, sin embargo, la prohibición de realizar actividades que queden fuera del ámbito cultural de la entidad supone una limitación a la obtención de ganancias provenientes de terceros. Lo que resulta de todo esto es que si bien el concepto de ánimo de lucro al que se refiere el artículo 147 TRLPI se identifica con un lucro subjetivo, del resto del articulado, y en concreto del artículo 151.2 TRLPI, se desprende que las entidades de gestión sólo podrán obtener beneficios de aquellas actividades que estén vinculadas a su ámbito cultural.

¿Cuáles son estas actividades concretas que las entidades pueden realizar? Además de la gestión de derechos, en el texto de la Ley de Propiedad Intelectual se pueden apreciar claramente otras dos: las actividades de promoción de la cultura y las actividades de carácter asistencial.¹⁹ En el siguiente epígrafe estudiaremos con más detenimiento cada una de estas tres actividades.

III. ACTIVIDADES Y FUNCIONES ENCOMENDADAS A LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

1. LA GESTIÓN DE DERECHOS

La actividad principal y en torno a cuyo eje giran las entidades de gestión es la gestión de derechos. Consiste básicamente en la administración de los derechos de propiedad intelectual en virtud de un contrato de mandato en exclusiva. En este aspecto, las entidades de gestión actúan como intermediarias entre los titulares de derechos y los potenciales usuarios de los mismos.

La gestión de derechos puede estudiarse desde dos perspectivas diferentes: la del titular de derechos y la del usuario o explotador. Analizaremos cada una de ellas.

I) El titular de derechos de propiedad intelectual que desee que los derechos sobre sus obras sean gestionados por una entidad de gestión no tiene más que celebrar con ella un contrato de gestión. Las entidades están obligadas a gestionar todos los derechos que les sean encomendados siempre y cuando queden dentro de su objeto social.²⁰

¹⁹ Cfr. artículos 147 y 155.1 TRLPI.

²⁰ Cfr. art. 152 TRLPI.

El TRLPI no califica este contrato de gestión, y los Estatutos de las diferentes entidades son bastante ambiguos en este punto. Así, por ejemplo, el artículo 14 de los Estatutos de SGAE habla de *cesión en exclusiva de los derechos a los solos efectos de su gestión* para determinados derechos, y de *mandato en exclusiva* para otros. De la misma forma se establece en el artículo 11 de los Estatutos de VEGAP. El artículo 14 de los Estatutos de AIE habla, sin embargo, de mandato. Por su parte, el artículo 8 de los Estatutos de CEDRO distingue entre mandato exclusivo y no exclusivo en función de los derechos de cuya gestión se trate.

La cuestión estriba en determinar si estamos ante un mandato o ante una cesión de derechos.²¹ La doctrina ha señalado que fuere cual fuere el nombre que se le dé a ese contrato de gestión, lo que resulta claro es que en ningún caso estamos ante una cesión en el sentido de los artículos 43 y ss TRLPI.²² Reflexionemos sobre las consecuencias que acarrearía una cesión de los derechos a la entidad de gestión. En primer lugar, cualquier cesión, exclusiva o no, faculta al cesionario para explotar la obra en los términos de la cesión (art. 50 TRLPI), pero si además se trata de una cesión en exclusiva, el cesionario podrá explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona, incluido el propio cedente. Esto llevaría a la situación absurda de que el autor, titular originario de derechos, al habérselos cedido a la entidad, no podría disponer de su obra, pues carecería de derechos sobre ella. En segundo lugar, la entidad de gestión estaría obligada a la explotación de la obra (art. 48 TRLPI) y a remunerar proporcionalmente al autor (art. 46 TRLPI). Más discutible resulta la cuestión de los derechos de mera remuneración.²³ Como quiera que tales derechos no confieren a su titular sino la facultad para percibir una remuneración, sin que en ningún caso pueda controlar la explotación de la obra, la posición que aboga por la cesión de los derechos a la entidad resulta bastante razonable en este supuesto. Sin embargo, teniendo en cuenta que la mayoría de estos derechos se presentan por la ley como *irrenunciables e intrans-*

²¹ La doctrina se encuentra dividida en este aspecto. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., (*«La cesión en exclusiva de los derechos de autor»*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992) entiende que la relación que existe entre titular de derechos y entidad de gestión es equiparable a una cesión en exclusiva.

²² Vid. MARÍN LÓPEZ JJ., «Artículo 153», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3.^a edición, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 1892-1893.

²³ La distinción entre derechos exclusivos y de mera remuneración es fundamental para entender el sistema de gestión colectiva instaurado por el TRLPI. Los derechos exclusivos son derechos reales, con eficacia «erga omnes», que confieren a su titular la facultad de autorizar o prohibir el uso de la obra por terceros. Podemos decir que son los genuinos derechos de propiedad intelectual. Por el contrario, los derechos de mera remuneración son derechos de crédito, que no confieren a su titular facultad alguna para decidir sobre el uso de su obra, sino que consisten precisamente en una remuneración, una compensación dineraria por el uso que de ellos se hace. Por lo general, los derechos de mera remuneración suelen ser derechos de gestión colectiva obligatoria (con alguna excepción, como por ejemplo, el derecho de participación, regulado en la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original), mientras que los derechos exclusivos suelen ser de gestión colectiva voluntaria [salvo el derecho a autorizar la retransmisión por cable, que es de gestión colectiva obligatoria *ex art. 20.4.b) TRLPI*].

misibles, resulta patente que, en puridad, no tiene lugar una cesión, siquiera temporal, de derechos a la entidad. Antes bien, se trata —en ambos casos— de un mandato representativo, por el que el titular de derechos encomienda su gestión a la entidad sin perder en ningún momento la titularidad sobre los mismos. Constituye, además, una actuación en nombre ajeno porque, aunque el artículo 147 TRLPI establece que la gestión de los derechos se hará «*en nombre propio o ajeno*», en la práctica las entidades no actúan como «*dueñas del negocio*», ya que en el mercado de derechos de propiedad intelectual todo usuario conoce perfectamente que aquéllas representan a los titulares de los derechos; por lo que puede decirse que la relación se entabla directamente entre éstos y los usuarios.²⁴ Es, además, un contrato oneroso, porque el titular de derechos debe abonar a la entidad ciertas cantidades en concepto de gastos de gestión.

En cuanto al contenido del contrato, el TRLPI sólo establece —*ex* artículo 153— que la duración máxima será de 5 años indefinidamente renovables, y que la entidad no podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni de la totalidad de la obra o producción futura, aunque en la práctica se trata de contratos prerredactados por los que el titular encomienda a la entidad la gestión en exclusiva de todos sus derechos. Parte de esta función de gestión consiste en el reparto de lo recaudado por la utilización de las obras y demás prestaciones objeto de propiedad intelectual a cada uno de los titulares. El artículo 154 establece que ese reparto debe hacerse «*equitativamente*» y de manera «*proporcional a la utilización de las obras*». Este mandato no predetermina el mecanismo concreto de reparto que cada entidad de gestión debe adoptar, si bien habrán de respetarse en todo caso los principios de equidad y proporcionalidad. Así, por ejemplo, DAMA realiza el reparto de sus derechos mediante un sistema basado en el uso real y efectivo de las obras, atendiendo al tiempo real de proyección de las mismas, de tal manera que lo recaudado por cada una llega directamente a su titular tras aplicarle la tasa de descuento por gastos de administración. Otras entidades, sin embargo, para determinados derechos reparten las cantidades recaudadas calculando el uso de las obras mediante muestreos y estadísticas que no han de corresponderse necesariamente con el uso real de las mismas.²⁵

Por lo que se refiere al estatus que la celebración del contrato otorga al titular de derechos es necesario hacer alguna precisión. Debe partirse de la premisa de que la celebración de un contrato de este tipo no supone, en modo alguno, la adquisición de la condición de socio de la entidad. Así lo establece claramente

²⁴ Vid. MARÍN LÓPEZ JJ., «Artículo 147», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.) *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*. 3.^a edición, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 1782-1783.

²⁵ Vid. por ejemplo, el artículo 87.3 de los Estatutos de SGAE, que reza así: «*Los sistemas de reparto podrán prever un procedimiento estadístico o de muestreo para la constatación y cómputo de las utilidades de las obras con los índices correctores que se consideren oportunos cuando, por la extensión generalizada de la autorización concedida al usuario, la posterior determinación individualizada de tales utilidades sea muy difícil, no revista garantías de exactitud o certeza o resulte económicamente desaconsejable por su coste.*»

te el artículo 14.1 de los Estatutos de SGAE: «*El contrato de gestión tendrá absoluta autonomía respecto de la relación de asociado que pueda vincular a su otorgante con la sociedad (...)*».

Sin embargo, la terminología estatutaria es ambigua a este respecto, ya que se habla de contrato de adhesión para referirse al contrato de gestión²⁶ y de miembros o afiliados adheridos para referirse precisamente a aquellos que no son asociados, pero cuyos derechos son gestionados por la Entidad.²⁷ Es cierto que los contratos de gestión son contratos de adhesión en la medida en que son redactados de forma unilateral por las entidades de gestión sin que el titular de derechos pueda negociar sobre su contenido, de modo que pueden tener la consideración de condiciones generales de la contratación.²⁸ Lo que sucede es que en el concreto ámbito en que nos movemos denominar *contrato de adhesión* al contrato por el que el titular de derechos encomienda su gestión a la entidad puede inducir a confusión sobre el posible ingreso del sujeto en la entidad. De la misma manera, la denominación de miembro afiliado o adherido da a entender que el sujeto forma parte de la entidad, cuando en realidad no lo es, o no debería ser así.

Pero lo cierto es que la oscuridad en torno al concepto y condición del socio y del administrado no es casual, ya que en la práctica la celebración del contrato de gestión supone la adquisición en ese mismo acto de la condición de asociado, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los Estatutos, quedando el estatuto del mero administrado reservado para los adquirentes derivativos de derechos. El caso más extremo lo encontramos en los Estatutos de AGEDI, en los que ni siquiera se diferencia entre ambos tipos de relaciones. Los productores de fonogramas que deseen que sus derechos sean gestionados por AGEDI deberán solicitar de la entidad su admisión como socios. No existe la categoría de administrado. La vinculación con la entidad ha de ser necesariamente asociativa, de manera que se obliga al titular a asociarse para que sus derechos puedan ser gestionados.²⁹

²⁶ Art. 8 Estatutos de CEDRO.

²⁷ Artículos 9 y 10, Estatutos de CEDRO y artículo 7, Estatutos de AIE. La confusión se hace patente en este último artículo, cuando en su último apartado señala que «[l]as referencias genéricas al término «afiliado», efectuadas en los presentes Estatutos, se entenderán realizadas, conjunta e indistintamente, a los afiliados adheridos y a los afiliados asociados».

²⁸ Vid. MARÍN LÓPEZ, J.J.; «Artículo 153»; en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*; 3.^a edición, 2007, págs. 1896-1897.

²⁹ Esta identificación entre asociado y administrado, que se desprende los Estatutos de AGEDI, no resulta excesivamente sorprendente si se atiende, fundamentalmente, a dos razones. En primer lugar, que esta entidad aglutina en la actualidad únicamente a 266 productoras, una cifra muy inferior a los 90.000 afiliados de SGAE o los 15.645 de CEDRO. En segundo lugar, que AGEDI gestiona dos derechos remuneratorios de gestión colectiva obligatoria: el de comunicación pública de fonogramas (116 TRLPI) y el de compensación por copia privada (25 TRLPI), y tan sólo un derecho exclusivo, —el de reproducción instrumental— [art. 5 e) Estatutos de AGEDI]. Sólo para este último es preciso un contrato de gestión. El escaso número de miembros, debido fundamentalmente a que se trata en su mayoría de empresas, así como el reducido objeto de la actividad de AGEDI en comparación con el resto de las entidades, hace innecesario articular un mecanismo de diferenciación entre asociados y administrados, si bien su falta de previsión no deja de ser cuestionable desde un punto de vista jurídico.

Tratándose de dos vínculos distintos e independientes, a excepción del caso de AGEDI, no puede dejar de sorprendernos que la celebración del contrato de gestión lleve consigo la adquisición automática de la condición de asociado, principalmente porque incorporar a alguien a una asociación sin que haya prestado su consentimiento expreso podría vulnerar el artículo 22 CE.

En efecto, en virtud del artículo 2.3 LODA, que desarrolla el contenido del derecho de asociación en su vertiente negativa: «*Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente establecida*». Para devenir socio de una entidad de gestión, como de cualquier otra asociación, se precisa de una nueva declaración de voluntad que refleje precisamente la intención de formar parte, de integrarse dentro de la estructura corporativa de la misma, sin que quepa entenderse ésta implícita en otros actos que no tienen carácter asociativo.

A estos efectos, es ilustrativa la STC 113/1994, de 14 de abril, en la que el TC declaró inconstitucional la afiliación obligatoria a una Cámara Oficial de Propiedad por infringir el derecho fundamental de asociación.³⁰ En esta sentencia se hace referencia a una dilatada jurisprudencia (SSTC 67/1985, sobre Federaciones deportivas; 89/1989, en relación a Colegios profesionales; 132/1989 y 139/1989, sobre Cámaras agrarias) y se establecen los requisitos mínimos para que la restricción a la libertad negativa de asociación se mueva dentro de los márgenes de la constitucionalidad. Estas exigencias son tres: la no vulneración de la vertiente positiva del derecho, esto es, la posibilidad de asociarse paralelamente a otra entidad; la excepcionalidad de la restricción y la existencia de una justificación suficiente, que tenga por base, bien disposiciones constitucionales, o bien los fines de interés público que persigan, de manera que no sea posible, o al menos resulte dificultoso, obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a estas entidades.

Las Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad intelectual no son agrupaciones de tipo corporativo de creación legal, ni cumplen una función pública, lo cual no hace sino reforzar la exigencia de establecer límites a las restricciones al «derecho de no asociarse». Si el Tribunal Constitucional pone coto a estas restricciones en entidades del tipo de los Colegios Profesionales o las Cámaras Agrarias, con mayor razón debe hacerse en personas jurídico privadas como son las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Por otra parte, aunque no existe en el TRLPI ni en ningún otro texto legal una obligación de adscripción a estas entidades, la firma del contrato de gestión por parte del titular de derechos supondrá, en la práctica, su adhesión a aquéllas.

³⁰ LA LEY 2548-TC/1994.

Nos encontramos, por tanto, ante una curiosa situación, ya que por mucho que se haga constar en los Estatutos la diferencia que existe entre el contrato de gestión y el acto de integración en la sociedad, el titular de derechos, cuando contrata con la entidad, deviene socio de la misma sin él saberlo.

II) La otra cara de la moneda de la gestión de derechos la constituye la relación entre la entidad de gestión y el usuario. El TRLPI impone a este respecto tres obligaciones a cargo de aquéllas: (i) Contratar con quien lo solicite la concesión de autorizaciones no exclusivas de explotación de los derechos gestionados en condiciones razonables y bajo remuneración; (ii) establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio con reducciones para las entidades culturales que carezcan de fin lucrativo; y (iii) celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.³¹

Nos interesa especialmente el primero de estos deberes. El TRLPI dice que las entidades están obligadas a conceder licencias *bajo remuneración*, lo que significa que no depende de su voluntad cobrar a los usuarios por el uso de su repertorio. Incluso sería cuestionable que, tratándose de autorizaciones no exclusivas, las entidades de gestión estuviesen habilitadas para conceder licencias de forma gratuita por el uso de determinados derechos cuando ésa fuera la voluntad del titular. La cuestión reviste enorme importancia porque no son pocas las veces en que se ha hecho responsables a las entidades de gestión del cobro de derechos en conciertos y otros eventos benéficos.³² Puede parecernos reproachable que se cobren derechos de algún tipo en esta clase de actos, pero lo cierto es que, por mucho que nos pese, las entidades de gestión actúan en estos casos de conformidad con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual y su actuación no puede ser reprochada desde este punto de vista. Quizá la solución a estos problemas pase por establecer excepciones a la obligación de otorgar autorizaciones bajo remuneración, cuando se trate de actuaciones no lucrativas o para fines benéficos.

³¹ Cfr. artículo 157 TRLPI.

³² Un caso reciente tuvo lugar en el mes de agosto de 2009, con motivo de la celebración de un concierto en Roquetas de Mar (Almería) en el que actuaba un famoso cantante, y con el que se pretendían recaudar fondos para la familia de un niño que padecía una extraña enfermedad degenerativa. La noticia no se hizo esperar. Los medios de comunicación acusaron de forma prácticamente unánime a SGAE por haber exigido un 10% de lo recaudado, cuando todos los artistas intervinientes habían renunciado a obtener remuneración alguna por su actuación. Sin embargo, lo que no se dijo en la prensa es que ni la SGAE gestiona los derechos de aquellos artistas (ni de ninguno, ya que SGAE sólo gestiona derechos de autores y editores), ni sabemos si los autores de las obras musicales que allí se interpretaron quisieron cobrar por la explotación de sus derechos. Nada podía hacer SGAE si el autor de las obras musicales no le dio la orden de no cobrar por tal explotación, era una mera mandataria.

2. ACTIVIDADES ASISTENCIALES Y DE PROMOCIÓN DE LA CULTURA

Además de la función principal de gestión de derechos, las entidades de gestión están obligadas a llevar a cabo otro tipo de actividades. Una de ellas es *la promoción de servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios*, tal y como establece el artículo 155.1 TRLPI. Se trata de actividades encaminadas al socorro y asistencia de los socios en caso de desamparo o necesidad. Por su naturaleza, constituye una actividad dirigida a las personas físicas, por lo que estos servicios carecen de sentido en entidades como AGEDI o EGEDA, que agrupan, por lo general, a personas jurídicas.

Las entidades de gestión, para dar cumplimiento a este imperativo legal, constituyen mutualidades de previsión social (por ejemplo, la Mutualidad de Previsión Social de Autores o Editores de SGAE) fundaciones (véase, la Fundación Autor; en el caso de SGAE, o la Fundación Arte y Derecho de VEGAP) o planes y fondos de pensiones (como el Fondo Asistencial y Cultural de AIE).

De los servicios asistenciales únicamente pueden beneficiarse los socios, pero no aquellos —los menos— que han concluido un contrato de gestión con la entidad pero no han devenido socios de la misma.

También están obligadas las entidades de gestión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 155.1 *in fine*, a realizar actividades de «*formación y promoción de autores, artistas intérpretes o ejecutantes*». Esta actividad plantea mayores problemas que la anterior, sobre todo porque da cabida a toda una serie de actuaciones cuya inserción dentro del objeto social de la entidad es dudosa. La actual redacción del precepto difiere de la versión acogida en la Ley de 1987, en la que las actividades de formación y promoción habían de estar dirigidas a autores, artistas, intérpretes o ejecutantes *noveles*. El calificativo de *noveles* fue suprimido en la nueva redacción, de suerte que se ha ampliado considerablemente la capacidad de actuación en el mercado de las entidades de gestión de derechos, pero ¿hasta dónde puede extenderse esa actividad empresarial por parte de las entidades de gestión?

En lo que respecta a las asociaciones en general se ha puesto de relieve por la doctrina que éstas pueden llevar a cabo cualquier tipo de actividad económica —sea marginal o no a su actividad principal— siempre que no se vulnere la prohibición del reparto de beneficios. Ante la ausencia de regulación expresa en la LODA se adopta el principio *permisum quod non prohibitum*.³³ Sin embargo, en la concreta materia que nos atañe, no debe perderse de vista la restricción que establece el artículo 151.2 a la actividad de las entidades. Establece el citado artículo que deberán constar en los Estatutos «(...) *el objeto o fines*,

³³ A estos efectos *vid.* LA CASA GARCÍA, R., «El ejercicio de actividades económicas por fundaciones y asociaciones» *Derecho de los Negocios*. Núm. 153. 2003, págs. 1-20.

con especificación de los derechos administrados, no pudiendo dedicar su actividad fuera del ámbito de la protección de los derechos de propiedad intelectual». A la vista de este artículo ¿sería lícito, por ejemplo, que una entidad de gestión fuera propietaria de un sello editorial? La respuesta depende de la flexibilidad con que se interprete su objeto social. Parece obvio que las entidades han querido dar a éste la mayor amplitud posible para que, dentro de lo previsto en el artículo 155.1, puedan tener cabida el mayor número de actividades posibles.³⁴

IV. EL PROBLEMA PRINCIPAL

Por si no eran suficientes los problemas a los que se ha hecho ya referencia (vulneración del derecho fundamental de asociación en su vertiente negativa, inadecuación del régimen de la LODA a la actividad empresarial de las entidades, deficiente delimitación de su objeto social...) existe otro aún más grave, si cabe, y que deriva de la prohibición del ánimo de lucro del artículo 147 TRLPI. Su gravedad estriba en que, como veremos, puede llegar a afectar a titulares de derechos que ni siquiera han encomendado a estas entidades la gestión de sus derechos.

1. LA PROHIBICIÓN DEL LUCRO Y LA GESTIÓN DE DERECHOS SIN MANDATO

La prohibición del ánimo de lucro a que se refiere el artículo 147 TRLPI rige para todas las actividades que lleven a cabo las entidades de gestión. De todas ellas a las que hemos hecho referencia la que plantea mayores dificultades es, quizá, la gestión de derechos, y concretamente aquella que se lleva a cabo sin mediar la voluntad del titular de los derechos.³⁵ Es lo que se llama *gestión de derechos sin mandato*, y tiene lugar en dos circunstancias.

1) El caso típico de gestión sin mandato es el de los derechos de gestión colectiva obligatoria. Estos derechos son gestionados por las entidades en virtud de un mandato legal, con independencia de que el titular de los mismos sea miembro de la entidad. La doctrina más especializada en esta materia ha entendido que la obligación de encomendar la gestión de estos derechos a las entidades de gestión no supone *ope legis* el nacimiento de una relación contractual entre éstas y el titular de los mismos, sino que *«simplemente se considera que los derechos del titular que no ha celebrado contrato de gestión alguno son gestionados por la entidad que gestione los derechos de la misma categoría (...)*

³⁴ Así, el artículo 5 b) de los Estatutos de SGAE establece como uno de sus fines *«[l]a promoción cultural de las obras para la revalorización y difusión del repertorio social».*

³⁵ En lo que se refiere a la gestión voluntaria la cuestión no presenta problema alguno porque en estos casos los titulares de derechos están plenamente identificados y las cantidades recaudadas por la entidad de gestión por la explotación de las obras siempre llegan a su destino. No ocurre lo mismo cuando la gestión no se basa en un contrato entre el titular y entidad.

*tratándose de una ficción legal consistente en estimar que el titular ha celebrado un contrato con la entidad a los únicos fines del ejercicio del derecho de que se trate».*³⁶ Se trata, en todo caso, de un mandato legal.

Pongamos por caso que el titular cuyos derechos van a ser gestionados en virtud de este mandato legal no ha concluido ningún contrato con la entidad y, por tanto, no ha devenido miembro de la misma. Si, como estima la doctrina, tiene lugar en este caso una ficción legal por la que se establece una especie vínculo contractual entre el titular de los derechos y la entidad de gestión, significa que existe para esta última la obligación, no sólo de recaudar estos derechos, sino también de repartirlos a su titular. Ahora bien, sucede que como el titular de los derechos no es miembro de la entidad, el hecho de que las cantidades recaudadas lleguen a su patrimonio dependerá casi exclusivamente del esfuerzo que la entidad quiera invertir en la localización de este sujeto. Porque lo que ocurre es que muchos titulares desconocen que se recaudan derechos por el uso que se hace de sus obras y nunca llegan a reclamarlos. En caso de que decidieran hacerlo contarían para ello con el plazo de prescripción que el Código civil (*ex art. 1966.3.º*) establece para este tipo de acciones, esto es, cinco años. Pasado este plazo las entidades destinarán estas cantidades a otros fines o lo repartirán entre los socios. Concretamente, el artículo 81 de los Estatutos de SGAE, establece que los recursos económicos de la entidad estarán constituidos, entre otros conceptos, por «*los derechos repartidos y no identificados sus derechohabientes, transcurridos cinco años desde su reparto sin que hayan sido reclamados por aquéllos*».

II) Mas este problema va más allá de los derechos de gestión colectiva obligatoria. La recaudación por el uso de derechos cuyo titular no tiene relación contractual con la entidad se da también en el caso de derechos en los que la gestión por las entidades es de carácter voluntario.

El origen de esta problemática se encuentra en la legitimación universal que el artículo 150 TRLPI otorga a las Entidades de gestión autorizadas.³⁷ Según el tenor literal de este precepto: «*Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación*

³⁶ MARÍN LÓPEZ, JJ., «Artículo 147», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Tecnos, 3.ª edición, Madrid, 2007, pág. 1912.

³⁷ Sobre este tema *vid.* más ampliamente MONTERO AROCA, J. *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*. Estudios de Derecho procesal. Editorial Comares. Granada, 1997.

de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente».

De este precepto se extraen dos conclusiones fundamentales. En primer lugar, que las entidades de gestión tienen una legitimación universal para actuar en procesos administrativos y judiciales en defensa de derechos de propiedad intelectual con independencia de que el concreto derecho que defiende le haya sido encomendado en virtud de contrato de gestión, siendo suficiente que se encuentre dentro del objeto que, según sus estatutos, gestiona la entidad. En este sentido la STS de 29 de octubre de 1999 establecía que *«la expresión «derechos confiados a su gestión» puesta en relación con la de «en los términos que resulten de sus estatutos», se refiere a aquellos derechos cuya gestión in genere constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión»*.³⁸

En segundo lugar, el artículo 150 TRLPI supone una inversión de la carga de la prueba de la legitimación. Las entidades de gestión únicamente deberán aportar copia de sus estatutos y la certificación de la autorización administrativa. Así, el que sostenga que tales entidades no están legitimadas para actuar en un determinado proceso deberá probarlo.

Nótese que el artículo 150 TRLPI hace referencia a la legitimación *en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales*. Sin embargo, nada obsta para que esta doctrina pueda ser trasladada al ámbito extrajudicial.³⁹ De esta manera, una entidad de gestión, en el momento de recaudación de derechos a los usuarios no tendrá que probar más que los derechos de que hace uso el usuario forman parte del objeto de gestión de la entidad.

Pongamos un ejemplo. Cuando SGAE requiere al titular de un disco-pub en el que se comunican al público obras musicales el pago de los derechos de autor en virtud del artículo 20 TRLPI, será el titular del establecimiento el que haya de probar que las obras que en ese lugar se comunican no son objeto de gestión por SGAE, bien porque se trate de obras no protegidas, bien porque el ti-

³⁸ LA LEY 12028/1999. En el mismo sentido las SSTS de 18 de octubre de 2001 (RJ 2001\8644), 18 de diciembre de 2001 (RJ 2001\9497), 15 de octubre de 2002 (RJ 2003\257), 2 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10706) y 10 de mayo de 2003 (RJ 2003\3036).

³⁹ MARÍN JJ. señala, en este sentido, lo siguiente: *«Que el precepto se refiera a la legitimación de las entidades en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales no quiere decir que la intervención de las entidades de gestión fuera de cualquier proceso judicial o administrativo deba regirse por reglas distintas a las contenidas en el artículo 150 TRLPI. Así, si una entidad está legitimada para ejercitar judicialmente una pretensión de cobro de determinados derechos de autor confiados a su gestión, lo estará aún antes y en la misma medida para requerir extrajudicialmente su pago y para obligar con ello al deudor a su abono efectivo.»* («Artículo 150» en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual...op.cit.*, pág. 1839).

tular de los derechos no haya encomendado la gestión de los mismos a SGAE. El repertorio de SGAE es tan amplio que le basta con probar que en ese local se comunican al público obras musicales.⁴⁰

De la misma manera, cuando SGAE licencia a un determinado establecimiento su repertorio, se presume que cualquier obra que en el local se comunique al público estará integrada dentro del mismo. Una vez que obtenga licencia de SGAE podrá comunicar cualquier obra (sin perjuicio de las correspondientes licencias por el uso de derechos de artistas y productores a sus correspondientes entidades). Para ello, SGAE —y otras entidades— introducen en el contrato de licencia las llamadas «cláusulas de salvaguarda» o en sentido más coloquial «cláusulas paraguas», que implican que una vez obtenida la licencia de la entidad correspondiente el usuario podrá hacer uso de los derechos que en la misma se le confieren sobre cualquier obra, aunque no se encuentre dentro del repertorio de la entidad. En este caso, si el titular de la obra utilizada cuya gestión no ha sido encomendada a la gestión reclamara al usuario la correspondiente remuneración, la entidad habrá de responder por él.

Se observa así que tanto en el caso de los derechos de gestión colectiva obligatoria como en el caso de los derechos de gestión colectiva voluntaria se da la circunstancia de que en determinadas ocasiones la entidad administra derechos cuya gestión no le ha sido encomendada. En el primer caso porque esa gestión viene impuesta por ley, y en el segundo, porque es consecuencia de la legitimación universal que el artículo 150 TRLPI otorga a las entidades de gestión. En ambos supuestos, la entidad recauda unas cantidades cuyo destino debería ser rigurosamente controlado, puesto que el titular de los derechos se encuentra en una posición de desventaja, ya que, al no formar parte de la entidad, difícilmente puede tener conocimiento de la recaudación. En este sentido, las entidades deberían emplear la mayor diligencia en identificar y localizar a los titulares para poder liquidarles lo que les corresponde. En caso contrario, las entidades estarían percibiendo un lucro muy probablemente incompatible con el artículo 147 TRLPI.

⁴⁰ No obstante, es cierto que se está produciendo cierto cambio en la doctrina de los tribunales respecto de esta materia. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de julio de 2007, en un caso en que SGAE demandó a un club social por no tener autorización para la comunicación al público de música que, según SGAE, formaba parte de su repertorio, la Audiencia estimó que aunque la demandada no había demostrado que, en efecto, no se comunicaba música gestionada por SGAE no había por qué presumir lo contrario. Afirmaba la Audiencia que *«exigir dicha prueba, en esos términos de exhaustividad, sería exigir una prueba tan diabólica como la que resultaría de forzar a la SGAE a que pruebe que todas y cada una de las obras comunicadas en dicho local sean de autores cuya gestión le ha sido encomendada. Pero es que además no podemos olvidar que el centro del litigio no es que el demandado haya comunicado música cedida a través de licencias creative commons, sino si ha usado de música procedente de autores que hayan confiado a la SGAE la gestión de los derechos dimanantes de sus obras, siendo ésta quien reclama»*.

Resulta problemático también el destino que se le pueda dar a las cantidades recaudadas en concepto del desarrollo de las actividades de promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes a que se refiere el artículo 155 TRLPI. Los destinatarios de este tipo de actividades no son necesariamente asociados de la entidad; por lo general se tratará de autores y artistas nóveles que necesiten ser promocionados, aunque ningún precepto obliga a que así sea.

2. UN SISTEMA DE CONTROL DEFICIENTE

El papel relevante que las entidades de gestión desempeñan en el mercado de bienes y servicios culturales, unido a los deberes que el TRLPI les impone en el marco de su actuación, hacen necesaria la articulación de sistemas de control de su actividad.⁴¹ Existen actualmente 2 mecanismos de control diferentes:

(I) El primero de estos controles es el que se establece en el artículo 156 TRLPI, que obliga a las entidades a confeccionar un balance y una memoria de las actividades realizadas durante el ejercicio económico correspondiente. El balance y la documentación contable han de ser sometidos a la auditoría de expertos nombrados por la Asamblea General. Dado que el TRLPI no especifica nada más respecto de estas obligaciones, será preciso colmar las lagunas con la legislación específica en esta materia.⁴²

Este control es el propio de toda entidad jurídica de carácter corporativo (cooperativas, asociaciones, sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, etc.) por lo que nada nuevo aporta el TRLPI en este sentido. Además, las entidades de gestión, como asociaciones que son, han de estar sometidas a los artículos 7.1 i) y 14 LODA, referidos a las obligaciones documentales y contables.

(II) Otro sistema de control es el que lleva a cabo el Ministerio de Cultura. Hasta 1997, el artículo 144 TRLPI (el actual 159) otorgaba al Ministerio una serie de facultades dirigidas a asegurar el correcto cumplimiento de los deberes impuestos a las entidades de gestión y de toda la actividad que éstas despleaban. En concreto, se le conferían al Ministerio las facultades para exigir de las entidades cualquier tipo de información, ordenar inspecciones y auditorías y designar un representante que acudiera con voz pero sin voto a las

⁴¹ En palabras de CÁMARA, P. «[s]in duda, las Entidades de gestión ocupan un papel importante en la producción y circulación de bienes culturales. Lógico es entonces que estén sujetas a un control público, habida cuenta el deber de los poderes públicos de promoción y tutela del acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho (artículo 44 CE)» («*El ánimo de lucro en las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.*» en *pe.i.*, Revista de Propiedad Intelectual, n.º 9 – Bercal, Madrid, 2001, pág. 19.

⁴² *Vid.* el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad limitada y la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Asambleas Generales y Consejos de Administración. Asimismo, las entidades estaban obligadas a someter al Ministerio de Cultura la aprobación de sus modificaciones estatutarias, a notificarle «*los nombramientos y ceses de sus administradores y apoderados, las tarifas generales y sus modificaciones, los contratos generales celebrados con asociaciones de usuarios y los concertados con organizaciones extranjeras de su misma clase, así como los documentos mencionados en el artículo 156 de esta ley*».

En el año 1987 el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Vasco interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre y, entre ellos, el artículo 144, que regulaba todas estas funciones de vigilancia a las que nos hemos referido. Entendían los representantes de las Comunidades autónomas que este precepto vulneraba el orden competencial al atribuir al Estado funciones de mera ejecución, las cuales, estaban encomendadas a las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco en sus respectivos Estatutos de Autonomía. El recurso no fue resuelto por el Tribunal Constitucional hasta 1997, en sentencia 196/1997, de 13 de noviembre. En esta sentencia, el Tribunal, interpretando las nociones de *ejecución* y *legislación*, llega a la conclusión de que las facultades de control sobre las entidades de gestión escapan al ámbito de la competencia legislativa del Estado, considerándolos meros actos de ejecución. Concretamente establecía el Tribunal que «*su atribución al Ministerio de Cultura debe considerarse contraria al orden competencial que en materia de propiedad intelectual resulta de los arts. 149.1.9. C.E., 11.3 del E.A.C. y 12.4 del E.A.P.V., pues se trata de funciones sobre actividades regladas que son por ello típicamente ejecutivas. Su reserva a la Administración del Estado no aparece justificada por la necesidad de mantener unos criterios generales y uniformes en su ejercicio, configurándose la intervención de la correspondiente autoridad autonómica como garantía suficiente para la salvaguardia de los intereses afectados y la consecución de los objetivos pretendidos*».⁴³

De esta manera se le arrebató al Estado toda competencia en materia de control de las entidades. Sí mantuvo, sin embargo, la competencia para otorgar y revocar las autorizaciones y para aprobar modificaciones estatutarias porque, en estos casos, el Tribunal consideró que era necesario para el mantenimiento de un régimen jurídico unitario, tal y como el legislador estatal había querido configurarlo.

Lo que resulta de la STC 196/1997 es un sistema de todo punto desafortunado. Si bien es el Ministerio de Cultura el que tiene competencia para otorgar o revocar la autorización para el funcionamiento de estas entidades, carece de la información necesaria para poder ejercer correctamente estas funciones, y ello porque toda facultad para exigir de ellas información y controlar su actividad ha sido conferida a las Comunidades Autónomas. Conserva, no obstan-

⁴³ STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ. 11; LA LEY 66/1998.

te, una única facultad en materia de vigilancia de la actividad de las entidades, y es a la que se refiere el artículo 25 TRLPI, en su apartado 11, relativo a la recaudación de la compensación por copia privada. La compensación equitativa por copia privada es, como se sabe, un derecho de gestión colectiva obligatoria. Para facilitar su recaudación se establecen en el artículo 25 una serie de obligaciones que pesan sobre los deudores y que se refieren a la presentación de declaraciones-liquidaciones trimestrales en las que se han de indicar las unidades, capacidad y características técnicas de los equipos, aparatos y soportes materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la compensación durante dicho trimestre. El apartado 11 del citado artículo obliga a las entidades a presentar estas declaraciones— liquidaciones que les han remitido los deudores ante el Ministerio de Cultura.⁴⁴

En realidad, la nueva delimitación de competencias instaurada en la STC 196/1997 no se ha llevado a la práctica. Hasta la fecha ninguna Comunidad Autónoma ha ejercido facultades de control sobre las entidades de gestión y, de hecho, éstas siguen remitiendo información acerca de sus tarifas de forma periódica al Ministerio de Cultura. Además, resulta de todo punto improbable que las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía les atribuyen competencia ejecutiva en materia de propiedad intelectual vayan a llevar a cabo funciones de supervisión y control de las entidades de gestión, y ello por la sencilla razón de que su ámbito de actuación es el nacional, por mandato del artículo 148 TRLPI. Por añadidura, la citada sentencia a que venimos haciendo referencia, no precisa cuál es el ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus funciones de supervisión, es decir, si su control se extiende a la actividad que las entidades llevan a cabo dentro de los territorios autonómicos, o si, por el contrario, este control por parte de las Comunidades Autónomas ha de cubrir toda la actividad de las entidades a nivel nacional. Se ha señalado, a estos efectos, que resulta paradójico que Cataluña, habiendo interpuesto junto con el País Vasco el recurso de inconstitucionalidad que dio lugar al actual orden competencial en esta materia, es la que tiene una capacidad más restringida en lo que a la supervisión de las entidades de gestión se refiere. En efecto, el artículo 155.1 de su Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio), proyecta la función de control y supervisión exclusivamente sobre aquellas entidades que «actúen mayoritariamente en Cataluña», mientras que los Estatutos del resto de Comunidades carecen de mención alguna en este sentido, por lo que se entiende que su poder se extiende sobre todas las entidades de gestión que operan en España.⁴⁵

⁴⁴ La razón de que el Ministerio de Cultura haya conservado este pequeño resquicio de poder obedece a motivos temporales: la actual redacción del apartado 11 del artículo 25 TRLPI fue introducida por el Texto refundido de 1996, en tanto que el recurso de inconstitucionalidad al que nos hemos referido fue presentado en 1987 por lo que el Tribunal Constitucional no pudo pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 1997.

⁴⁵ MARÍN LÓPEZ, J.J., «Artículo 159», en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual...*, cit., pág. 2038.

A la vista de las circunstancias actuales, lo que resulta evidente es que el sistema de control funcionará sólo en la medida en que las entidades decidan seguir actuando de forma transparente, informando acerca de sus tarifas generales y de los resultados de sus auditorías *motu proprio*, pero nada podrá hacer el Ministerio en caso de que las entidades decidieran dejar de aportar información.

Por otro lado, el Ministerio de Cultura carece de poder disciplinario sobre las entidades.⁴⁶ En última instancia, podrá revocar la autorización de las entidades (art. 159 TRLPI), pero se trata de una medida tan drástica que difícilmente puede llegar a ser adoptada. Pero incluso en la hipótesis de que se establecieran medidas disciplinarias más proporcionadas, la imposibilidad de fiscalizar las actuaciones de las entidades vaciaría de contenido esta posibilidad.

V. UNA POSIBLE SOLUCIÓN

Ante las evidentes insuficiencias que presenta el sistema debemos plantearnos la búsqueda de sistemas alternativos que puedan hacer efectiva la transparencia y seguridad de nuestro sistema de gestión colectiva de derechos.

Existen varios estudios a nivel internacional que han planteado el traslado a las entidades no lucrativas de códigos de buen gobierno, típicos de las sociedades cotizadas.⁴⁷ Lo que tratan de solucionar estos Códigos de buen gobierno es, fundamentalmente, el problema de los costes de agencia o conflictos de intereses que existen entre los propietarios —promotores— de la sociedad y los que la gestionan⁴⁸, introduciendo para ello normas que se articulan en torno a los principios de libertad, publicidad y responsabilidad.

⁴⁶ El Borrador de Anteproyecto de Ley de reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, sí regulaba un régimen sancionatorio bastante exhaustivo, contemplando entre las infracciones la ineficacia en la gestión, el incumplimiento de la equitatividad en el reparto de derechos, la desviación respecto del objeto de la entidad o el incumplimiento de los deberes de información, entre otros.

⁴⁷ El origen de este movimiento se encuentra en una normativa norteamericana (la *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*, de 30 de junio de 2002, que proporcionaba, a nivel federal, un sistema de reglas de *Corporate Governance* a las entidades no lucrativas. En nuestro país, la doctrina aboga también por la implantación de códigos de buen gobierno en el llamado tercer sector. Es de reseñar el artículo de CÁNDIDO PAZ-ARES, «El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas» en *La Filantropía: tendencias y perspectivas. Homenaje a Rodrigo Uría Meruéndano*. (Dir. VICTOR PÉREZ-DÍAZ). Papeles de la Fundación n.º 26, págs. 148-158. En la misma línea, PERDICES HUETOS, A., «Hacia unas reglas de gobierno corporativo del sector no lucrativo» publicado en esta misma revista en el n.º 17, 2008-I, págs. 141-176.

⁴⁸ Así lo señala C.PAZ-ARES: «El gobierno corporativo no tiene más objetivo que ése, suministrar instrumentos de salvaguardia y supervisión capaces de alinear los incentivos de los que gestionan con los planes de quienes aportan» en «El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas», *cit.*, pág. 148.

En el caso de una asociación de las dimensiones de cualquier entidad de gestión, por mucho que impere en ellas un régimen de gobierno autoorganicista⁴⁹, los costes de agencia son inevitables, pues son muchos los titulares cuyos derechos se gestionan y muy pocos los que dirigen la entidad.⁵⁰

El conflicto de intereses es especialmente grave cuando lo que se gestionan son derechos de titulares no miembros de la entidad. En estos casos, el titular y beneficiario de lo recaudado se encuentra en peores condiciones para controlar que la gestión de sus derechos se ha llevado a cabo de una manera correcta. El TRLPI no contempla ningún deber de identificación y localización de los titulares cuyos derechos se están recaudando y tampoco se prevé una obligación de consignar estas cantidades recaudadas en tanto su titular sea identificado⁵¹, limitándose los Estatutos a decir que tales cantidades pasarán a formar parte del patrimonio de la entidad una vez haya transcurrido el plazo de prescripción.⁵²

Resulta problemático también el destino que se le pueda dar a las cantidades recaudadas en concepto del desarrollo de las actividades de promoción y formación de autores y artistas intérpretes o ejecutantes a que se refiere el artículo 155 TRLPI. Los destinatarios de este tipo de actividades no son necesariamente asociados de la entidad. Por lo general se tratará de autores y artistas noveles que necesiten ser promocionados, aunque ningún precepto obliga a que así sea. El problema fundamental estriba en la enorme discrecionalidad de que gozan las entidades a la hora de atribuirle un destino a lo recaudado por estos conceptos. Ni en el TRLPI ni en los Estatutos de ninguna de las entidades se determina en qué consisten estos fines de «promoción de autores, artistas, intérpretes o ejecutantes», por lo que en la práctica se destinarán tales cantidades a lo que las entidades consideren más oportuno.⁵³

⁴⁹ Al configurarse las entidades de gestión como asociaciones, quedan bajo lo dispuesto en el artículo 11.4 de la Ley 1/2002, de Asociaciones, que establece que «sólo podrán formar parte del órgano de representación los asociados».

⁵⁰ SGAE cuenta en la actualidad con casi 100.000 asociados de los cuales sólo los que generan una gran recaudación de derechos obtienen una verdadera representación en los órganos de gobierno.

⁵¹ Según los datos contenidos en el informe de diciembre de 2008 sobre el sistema de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, elaborado por la Agencia estatal de evaluación de las políticas públicas y la calidad de los servicios, durante los años 2005 a 2007 el porcentaje de derechos recaudados cuyos titulares no habían sido identificados se situaba en torno al 15%.

⁵² Supone una novedad en este sentido la regla introducida por la ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original la cual establece, en su artículo 13.2, que «[l]as cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación no repartidas a sus titulares en el plazo establecido en el artículo 7.3 por falta de identificación de éstos y sobre las que no pese reclamación alguna, deberán ser ingresadas en el Fondo de ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año». Sin perjuicio de su falta de virtualidad práctica (porque la propia Ley 3/2008 configura el derecho de participación como un derecho de gestión colectiva voluntaria, lo que significa que el titular necesariamente va a estar identificado) esta norma constituye un precedente en el señalamiento de un destino concreto de las ganancias obtenidas por la entidad.

⁵³ Como por ejemplo promocionar un concierto de un autor/artista ya consagrado.

En definitiva, para todas las actividades en las que los beneficiarios no son los implicados en la gestión se requiere una intensificación de las labores de supervisión, y es aquí donde entra en juego la aplicación de códigos de buen gobierno.

El problema fundamental que presentan estos códigos, en el ámbito de las entidades no lucrativas y, concretamente, en el de las entidades de gestión, es que no existe ninguna autoridad análoga a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para las sociedades cotizadas que pueda llevar a cabo la formulación de este tipo de reglas y, en última instancia, velar por su cumplimiento.

Holanda ha sentado precedente al crear una ley⁵⁴ destinada expresamente a instituir un órgano —*la Comisión supervisora*—, cuya misión consiste precisamente en vigilar la actuación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. A esta comisión se le encomiendan funciones tales como controlar que las entidades de gestión cuenten con las capacidades necesarias para realizar una eficaz gestión de los derechos, lleven a cabo los repartos de derechos conforme a la ley y a los reglamentos, o prevean sistemas de resolución de conflictos con los titulares de derechos. Asimismo, la Comisión tiene acceso a toda la documentación y puede participar en las Asambleas de las entidades.

En España, esta tarea bien podría ser encomendada a la Comisión de Propiedad Intelectual⁵⁵, una opción con grandes posibilidades de prosperar si se atiende a la actual inclinación del Gobierno por otorgar a la Comisión de Propiedad Intelectual nuevas competencias⁵⁶. Lo que sucede es que como toda facultad para exigir información de las entidades por parte del Ministerio de Cultura se ha visto cercenada tras la STC 196/1997, de 13 de noviembre, y dado que la Comisión se encuentra integrada dentro del mismo, la supervisión habrá de ser llevada a cabo necesariamente por órganos dependientes de las comunidades autónomas.

⁵⁴ La *Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs— en naburige rechten*, de 6 de marzo de 2003 (*Ley de supervisión de las organizaciones de gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines*).

⁵⁵ Ello es perfectamente posible desde que la disposición adicional 2.^a de la Ley 23/2006 estableciera una habilitación al Gobierno para que mediante Real Decreto pudiera modificar, ampliar y desarrollar las funciones encomendadas a la Comisión en el artículo 158 TRLPI, que son las de mediación en los conflictos de distribución por cable y las funciones de arbitraje entre entidades de gestión y asociaciones generales de usuarios.

⁵⁶ El 27 de noviembre de 2009 se aprobó por el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Economía sostenible, cuya disposición final primera modifica el artículo 158 TRLPI para crear una sección dentro de la Comisión de Propiedad Intelectual cuyo cometido será la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.

Sin embargo, nada obsta para que este órgano pueda elaborar códigos de buen gobierno que en nuestra opinión podrían ser de gran utilidad para implantar un estándar de conducta que sirva de referente a nivel nacional.⁵⁷ En cuanto al contenido de tales códigos, creemos de vital importancia el establecimiento de normas ordenadas a fomentar la responsabilidad, eficacia y transparencia en el funcionamiento de las entidades. En concreto, y sobre todo en lo que se refiere al último de estos tres valores, pues es éste el flanco por donde las entidades están recibiendo los mayores envites, las normas deberían contemplar las siguientes cuestiones: la publicidad y el depósito en algún Registro público de las cuentas anuales de las entidades y de todas aquellas asociaciones y fundaciones hermanas que llevan a cabo actividades de formación y promoción; la publicidad de las tarifas⁵⁸ y de los contratos celebrados con las asociaciones de usuarios, de forma que cualquier potencial usuario pueda conocer su contenido; la regulación específica del destino que se dé a los derechos recaudados cuyos titulares no han sido identificados y el de aquellos derechos que finalmente han prescrito; una enumeración exhaustiva y con criterios taxativos de aquellas actividades que pueden realizar las entidades, por ellas mismas o a través de las asociaciones o fundaciones hermanas, para la formación de autores y promoción de la cultura; y, en fin, la información y publicidad de todas aquellas vicisitudes que afecten tanto a titulares de derechos, sean o no socios de la entidad, como a los usuarios del repertorio.

Frente a esta propuesta, podría argumentarse que, en España, un sistema de autorregulación sin una autoridad que vele por su cumplimiento y sin un sistema sancionador está abocado al fracaso. Sin embargo, una de las virtudes de los sistemas de autorregulación consiste en la posibilidad que confieren a las personas jurídicas que actúan en un determinado mercado de forjarse una imagen de cara a los potenciales usuarios de los bienes y servicios que ofrecen. En este sentido, a las Entidades de Gestión, sino de cara al mercado español, sí en lo que respecta a sus homólogas en los distintos países y al mantenimiento de los actuales convenios de representación recíproca, puede interesarles mantener una imagen de responsabilidad y diligencia.

⁵⁷ En nuestra opinión, este remedio, si bien no es definitivo, puede resultar paliativo de la situación de descontrol en que viven actualmente las entidades de gestión. En cualquier caso, sostenemos que la solución final pasa por una reforma del sistema en la que se otorguen a la Comisión o a otro órgano verdaderas capacidades de fiscalización de las entidades. En este sentido se pronunció la Comisión Europea en su Comunicación al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social, de 16 de abril de 2004, relativa a *La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior* al sostener la necesidad de adoptar medidas legislativas en esta materia y considerar insuficiente el establecimiento de normas blandas.

⁵⁸ Aunque desde la STC 197/1996 las Entidades de gestión ya no están obligadas a informar sobre las tarifas al Ministerio de Cultura, es una práctica que siguen llevando a cabo, tal y como se puede consultar en su página web <http://www.mcu.es/propiedadInt/CE/GestionColectiva/DireccionesTarifas.html>.

En nuestra opinión, el cumplimiento de estas normas de transparencia facilitará la exigencia de responsabilidad, fomentará la participación de los miembros en la vida de la entidad al contar con la información necesaria para el ejercicio de sus derechos y contribuirá, sin duda, a recuperar el crédito y el respeto que deberían tener unas instituciones tan relevantes como son las entidades de gestión en la cultura y economía españolas.