

A PROPÓSITO DEL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 2 DE MADRID, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2004: SOBRE QUÉ DERECHO DE AUTOR SE TUTELA EN LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS MUSICALES

por Sara MARTÍN SALAMANCA
Ayudante Doctor de Derecho Civil.
Universidad Carlos III de Madrid.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. HECHOS Y FALLO. III. EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL LESIONADO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES PERTINENTES. IV. LAS AUTORIZACIONES GENERALES DEL ART. 157 TRLPI. V. EL DERECHO DE REMUNERACIÓN «A DEMANDA DEL USUARIO». VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos diez años, los conflictos referidos a supuestos de derecho de remuneración han aumentado significativamente el número de fallos judiciales en el ámbito de la propiedad intelectual.

Curiosamente, el llamado *derecho de remuneración*¹ es una figura complementaria o auxiliar al derecho exclusivo de explotación que corresponde a los titulares de un derecho de propiedad intelectual. Y, en este sentido, pudiera decir-

¹ La prevención hacia el término se refiere a su origen no legal. Si bien es cierto que doctrina y jurisprudencia lo emplean con cierto carácter unitario. Así, pueden verse: sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sc.º 19, de 11 de junio de 1999, AC 1999\1465; sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sc.º 1.ª, de 20 de marzo de 2000, AC 2000\1186; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sc.º 15.ª, de 15 de mayo de 2000, AC 2000\1480; sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sc.º 1.ª, de 19 de septiembre de 2000, AC 2001\40737; sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Madrid, n.º 5, de 9 de octubre de 2000, AC 2000\2125; sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sc.º 1.ª, de 24 de octubre, JUR 2001\59459; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sc.º 20.ª, 19 de diciembre de 2000, AC 2001\2299; sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, n.º 31, de 5 de junio de 2001, AC 2001\1455; sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sc.º 5.ª, de 4 de octubre, JUR 2001\329093; sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sc.º 4.ª, 3 de diciembre de 2001, JUR 2002\44006; sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona n.º 22, de 2 de enero de 2002, AC 2002\23; sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sc.º 7.ª, de 18 de enero, JUR 2002\72613; sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sc.º 7.ª, de 18 de enero, JUR 2002\48490; sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sc.º 4.ª, de 14 de marzo, AC 2002\1499; sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sc.º 1.ª, de 14 de mayo de 2003, AC 2003\1505; sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sc.º 4.ª, de 30 de mayo de 2003, AC 2003\172654; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sc.º 18.ª, de 18 de octubre de 2003, AC 2003\1867; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sc.º 14, de 13 de abril, AC 2004\1899; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sc.º 14, de 28 de octubre de 2004, AC 2004\928; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sc.º 11, de 31 de octubre de 2004, AC 2004\88206; sentencia de la

se que no es un elemento esencial al derecho de propiedad. Pero, sin embargo, su vivacidad en el tráfico económico y jurídico queda patente en los litigios que genera.

Esa vertiente práctica del derecho de remuneración, en España, se ha acompañado de una escasa visión analítica de la figura. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han dedicado demasiada atención a los elementos estructurales del derecho de remuneración como tal, como categoría jurídica enmarcada en el ámbito del derecho exclusivo de propiedad intelectual. Esa carencia cobra relevancia a la luz de la regulación que ofrece nuestra vigente Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)². La Ley presenta en su articulado un mosaico disperso de supuestos de hecho a los que asocia un derecho de crédito, más o menos dissociado de una exclusiva de decisión (autorización/prohibición). Pero poco más. Es decir, no existe un tratamiento legal del derecho de remuneración como tal categoría³.

De modo que los fallos judiciales con que hasta ahora contamos rara vez han entrado en la cuestión primaria de la relación entre el derecho de remuneración y el derecho exclusivo, aún a pesar de que la respuesta debía subyacer, en muchos casos, a la resolución que se dictaba. Lo más cerca que hemos estado de aclarar la cuestión, fue, cuando, en el año 2001, el Tribunal Supremo afirmó, ambiguamente, por cierto, que se trataba de derechos compatibles⁴.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, de 24 de noviembre de 2004, (en adelante, el Auto)⁵, acierta a poner sobre la mesa este tema, antes de resolver sobre la adecuación de determinadas medidas cautelares (de las previstas en el art. 141 TRLPI) a un caso de reclamación de un (supuesto) derecho de remuneración. Y, en mi opinión, lo hace con bastante acierto, abriendo, quizá (quién sabe) una línea de razonamiento muy recomendable.

Además, el pronunciamiento del juez de lo Mercantil se atreve a apuntar una exégesis novedosa del art. 157 TRLPI, que ampararía la existencia de un número indeterminado de supuestos de derecho de remuneración; tantos como

Audiencia Provincial de Madrid, Sc.º 25.ª, de 16 de noviembre, JUR 2005\12504; sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sc.º 2.ª, de 8 de marzo de 2005, JUR 2005\100643; sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de julio de 2005, JUR 2005\96289; sentencia del Tribunal Supremo, S 3.ª, Sc.º 3.ª, de 1 de marzo de 2001, RJ 1996\5110; sentencia del Tribunal Supremo, S 3.ª, Sc.º 3.ª, de 10 de febrero de 2000, RJ 2000\325.

²RDLeg. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE n.º 97, de 22 de abril), modificada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (BOE n.º 57, de 7 de marzo).

³ La Ley española de propiedad intelectual nunca ha tratado «el» o «los» derecho/-s de remuneración. Aunque, puntualmente, es cierto, menciona el «derecho de remuneración por copia privada» (art. 25 TRLPI), el «derecho a percibir la remuneración» (art. 90.4 TRLPI) o «el derecho ... a la remuneración equitativa» que corresponda (arts. 109.3.1.º y 157.4 TRLPI).

⁴ STS (S 3.ªSc.º 3.ª), 1-03-2001

⁵ Publicado en *Diario La Ley*, n.º 6189, 14-02-2005.

tipos de «autorizaciones generales»⁶ establezcan las entidades de gestión con los usuarios.

En realidad, el segundo tema que aborda el Auto amplía la discusión al tema de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual. En este terreno, la actividad de las entidades de gestión se desliga de la voluntad del titular cuyos derechos administra y éstas actúan los derechos colectivamente, en sentido estricto; esto es, tarifican utilizaciones que no contemplan obras aisladamente, sino como conjunto de ellas.

En concreto, así sucede en los supuestos legalmente establecidos de gestión colectiva obligatoria —que son la mayor parte de los supuestos de derecho de remuneración—, y también en los casos en que los usuarios se interesan por el repertorio de obras de «pequeño derecho».

En realidad, tanto la definición de qué sea pequeño derecho, como su administración, son creaciones estatutarias de las entidades de gestión. No tienen consistencia legal, aunque sí una referencia de soslayo en el art. 157 TRLPI, que, como se ha dicho por los comentaristas, respaldaba, desde su redacción originaria de 1987, una práctica consolidada ya en aquel momento.

En el Auto, se sostiene que el mandato legal que contiene el art. 157 TRLPI legitima a las entidades, por la vía del imperativo, para constituir, negocialmente, por vía de licencia concedida a los usuarios, derechos de remuneración, aunque no estén reconocidos por la LPI.

De una parte, adelanto que, en mi opinión, este resultado no es admisible, desde un punto de vista teórico. De otra parte, entiendo que la función económica de las entidades de gestión es la de agrupar la oferta y plantearla al usuario con cohesión. Ahí radica el sentido del «pequeño derecho». No obstante, a día de hoy, puede que esa figura esté reclamando una cierta actualización dentro de las normas. Y no necesariamente para prescindir de ella, sino para evitar que se lastre o desautorice el sistema.

II. HECHOS Y FALLO

La sociedad anónima Amigos Calle 54 pertenece al gremio de la restauración y ofrece, en sus locales, actuaciones musicales en vivo, que amenizan a sus comensales.

No ha suscrito, para ello, ningún tipo de licencia o de cesión de facultades de propiedad intelectual, en relación con las obras que se interpretan, puesto que alega que los artistas contratados para sus espectáculos son, al mismo tiempo, autores de los temas por ellos interpretados.

⁶ También llamadas «licencias generales».

Alertada por sus servicios de inspección, la entidad de gestión de derechos de autores y editores SGAE (Sociedad General de Autores y Editores) conoce desde el año 2002, aproximadamente, el tipo de actividad desarrollada en el interior de este establecimiento. Y, según consta, establece conversaciones con la empresa Amigos Calle 54 desde que tiene conocimiento de ello, tendentes a concretar la cuantía de la remuneración que ésta última está legalmente obligada a pagar a SGAE en concepto de licencia de utilización general y no exclusiva (de uso de repertorio), para los actos de comunicación pública que se efectúan en su establecimiento.

La entidad de gestión, tras dos años de negociación infructuosa, solicita, previamente a la interposición de demanda principal, la adopción de medida cautelar contra la empresa de restauración Amigos Calle 54, S.A., consistente en la suspensión de la actividad de comunicación pública de obras musicales que se desarrollaba en los locales de ésta última.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, resuelve, mediante Auto de 24 de noviembre de 2004 que no ha lugar a la medida cautelar solicitada por la SGAE e impone a la solicitante las costas causadas.

La denegación se funda en que la medida cautelar solicitada no se compadece con los principios de necesidad y no sustituibilidad que han de caracterizar, de modo general, a las medidas cautelares, si atendemos a la naturaleza de la infracción que la empresa ha podido cometer. En realidad, este último punto habrá de dirimirse en el proceso principal, aunque, ciertamente, marca la pauta de la adecuación de las medidas cautelares exigibles. Dice el juzgador, en este sentido, que, en todo caso, la medida cautelar pretendida ha de resultar objetivamente apta para asegurar la satisfacción del interés puesto de relieve por la actora. Y, en su opinión, este presupuesto no se cumple en la medida solicitada. Mientras que el interés reconocible aparece como única y exclusivamente pecuniario, la medida cautelar pretendida (de suspensión) presupone un derecho de exclusión. De tal modo que lo pertinente, en opinión del auto analizado, hubiera sido optar por una medida de consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración (art. 141 TRLPI, art.727.8.^a LEC/2000⁷), además, mucho menos gravosa para el demandado (art. 726.1.2.^aLEC).

Tal como quedan justificadas en el Auto, estas afirmaciones comprenden, al menos, tres aspectos que hacen verdaderamente singular la resolución y que, en este mismo orden, abordaremos aquí:

- 1) las consideraciones sobre la naturaleza del derecho de remuneración y su relación con las acciones tendentes a tutelarlos, incluidas las medidas cautelares;

⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000. Corrección de errores BOE núm. 90, de 14-04-2000, y BOE núm. 180, de 28-07-2001.

- 2) la relación entre el derecho de remuneración y las «autorizaciones generales» que las entidades de gestión colectiva conceden y tarifican;
- 3) el sistema de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual.

III. EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL LESIONADO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES PERTINENTES

El Auto se refiere, enfáticamente, al derecho de remuneración relacionado con la comunicación pública de obras musicales como de naturaleza «*estrictamente crematística*» (FJ.º 4.º.III) o como tuitivo de un interés «*exclusivamente pecuniario*» (FJ.º 4.º *in fine*).

Y utilizar esta referencia tiene una doble implicación:

- 1.º) distingue la actividad (presuntamente dañosa) del demandado de aquellas que vulneran un derecho exclusivo; y, además,
- 2.º) se asimila la remuneración que se exige como pretensión principal⁸ a la que legalmente se reconoce en otros supuestos, entre los que el Auto escoge la comunicación pública de fonogramas (art. 116 de la Ley de Propiedad Intelectual).

Dicho con otras palabras, el Auto está afirmando que en el caso de las representaciones en vivo de obras musicales, lo único que el (autor) titular de derechos de propiedad intelectual puede oponer es un derecho de remuneración, un derecho de crédito, por lo tanto; no un derecho de exclusiva.

Y que, al producirse su impago, lo único reclamable es el crédito debido. Pero no una cesación de la violación del derecho exclusivo de explotación de la obra, ya que aquélla no ha existido nunca.

Ambas aseveraciones son sorprendentes en nuestra jurisprudencia⁹.

Encuentro de todo punto razonable que se advierta (¡por fin!) que los ámbitos objetivos del derecho exclusivo y del derecho de remuneración (en sentido técnico) no presentan intersección; más bien son conjuntos disjuntos¹⁰. La existencia del

⁸ Y cuyo adeudamiento más allá de la presentación de la demanda constituye el *periculum* a evitar a través de la medida cautelar solicitada.

⁹ Sin embargo, no creo que se pueda decir que ambas son igualmente admisibles. Respecto a la primera, me muestro sustancialmente de acuerdo, aunque con algún matiz respecto a la argumentación judicial del Auto, en su última parte, como pongo de manifiesto a renglón seguido, en este mismo epígrafe. Respecto a la segunda, en cambio, encuentro graves problemas a la solución del Auto. A ellos me refiero en los dos epígrafes siguientes de este mismo trabajo, *cfr. infra*.

¹⁰ La última sentencia del TS que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema (STS (S 3.ªSc.º 3.ª), 1-03-2001) se refirió a la «compatibilidad» entre derecho exclusivo y derecho de remuneración. La

uno, excluye la del otro, por definición. De no ser así, deberemos replantearnos si, en realidad, estamos ante un derecho de remuneración o ante una determinada modalidad de pago de una cesión de derecho exclusivo contra precio¹¹.

En definitiva, el interés protegido que subyace a cada una de esas figuras es diferente. Y esto posibilita que, sin fracturar o forzar el razonamiento, pueda admitirse que la infracción de un derecho de propiedad intelectual sólo suponga la violación de un derecho absoluto en el caso del derecho exclusivo de explotación. No así, en el caso del derecho de remuneración.

En relación con el objeto del Auto, este previo es perfectamente comprensible, porque, aunque se refiera a materia que incumbe al litigio principal, la medida cautelar, por definición, es accesoria o instrumental a aquel. Y, precisamente por eso, debe mediar una relación de homogeneidad entre la medida cautelar solicitada y el fallo que se persigue¹². Es decir, que, en resumidas cuentas, «la pertinencia de la medida cautelar solicitada habrá de medirse en razón de la pretensión de fondo que se ejercita o haya de ejercitarse»¹³. El razonamiento del órgano judicial es impecable en este punto: una medida cautelar de suspensión de actividad tiene por objeto la anticipación de los efectos de una sentencia condenatoria de inhibición¹⁴. Tratándose de un derecho de remuneración, falla esta premisa. Lo único que las partes están en condiciones de reclamar (en el pleito principal) es la satisfacción del crédito, mas no la restitución de un *statu quo*.

Una vez examinada la actividad demandada y, cotejándola con la medida cautelar prevista, literalmente, el Auto, concluye que: «...*la industria de espectáculos que ésta desarrolla no está violando el derecho de exclusión confiado a la gestión de aquélla sino, a lo sumo, el derecho de naturaleza estrictamente crematística a la obtención de una remuneración o compensación económica. Y, siendo ello así, la naturaleza de la medida cautelar pretendida —suspensión de la actividad— no se compadece con los principios de necesidad y de no sustituibilidad que consagra el art. 726.1.2.^a LEC (...)*» FJ.º4.ºIII.

cuestión es que la sentencia no esclarecía si esa «compatibilidad» debía interpretarse, además, como «(posible) acumulación», validando, en consecuencia, lecturas variadas.

¹¹ Para un desarrollo en detalle sobre esta tesis, puede verse lo que sostengo en mi obra: *Remuneración del autor y comunicación pública*. Madrid: Reus, 2004, p. 242-305; en especial, p.302.

¹² Característica que legalmente se recoge en el art. 726.1 LEC vigente.

¹³ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio. «Comentario al artículo 126», en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. V., vol. 4-B. Madrid: Edersa, 1995, p. 695.

¹⁴ Sin querer entrar aquí en la discusión acerca de la función de las medidas cautelares en el ámbito de la propiedad intelectual, recuérdese que del texto del actual art. 141 de la LPI, existen, aparentemente, tres clases de medidas, como señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (*op. ult. cit.*, p. 691): medidas de aseguramiento de la ejecución (intervención y depósito de los ingresos), medidas de anticipación de los efectos (suspensión de la actividad ilícita) y medidas de protección urgente (la suspensión cuando se produce antes incluso de que se materialice la violación, proporcionando una satisfacción íntegra del derecho). Sobre la naturaleza de las medidas cautelares previstas en la LPI y las posturas doctrinales y jurisprudenciales, *cfr.* ARMENGOT VILLAPLANA, Alicia. *La tutela judicial civil de la propiedad intelectual*. Madrid: La Ley, 2003, p. 404-413, (y la bibliografía allí citada).

En conclusión, ese género de medidas cautelares se reservan para los casos en que se ejercita una acción real; existe un derecho absoluto infringido. E igualmente podría decirse, en mi opinión, de la acción principal que le sirve de correlato (art.139 LPI vigente).

Sin embargo, leyendo el pronunciamiento, se advierte que el Auto argumenta, primordialmente¹⁵, la contradicción jurídica de la adopción de la medida solicitada con la prevalencia de los principios de necesidad y de no sustituibilidad.

Tal como la resolución recuerda, el art. 726 LEC, en su aptdo. 2, establece, como una característica de las medidas cautelares adoptables, que «no sean susceptibles de sustitución por otra medida igualmente eficaz (...), pero menos gravosa o perjudicial para el demandado».

No obstante, creo necesario un pequeño apunte sobre este particular. Me parece que el Auto ha cometido un ligero desfase técnico. No se trata de que las medidas de cesación provisional y de consignación o depósito de cantidades debidas sean aplicables, alternativamente, y sólo descartable una de ellas, por más perjudicial para el demandado. Se trata de que, en el enjuiciamiento de un supuesto de impago de un derecho de remuneración, no tiene cabida otra medida cautelar que la tendente, (en este caso, de manera clara), al aseguramiento de la ejecución de una posible sentencia condenatoria de contenido económico¹⁶. Por lo tanto, no es posible una inicial idoneidad de ambas medidas, destruida en una fase ulterior del razonamiento por motivos de ponderación. Sólo una de ellas cubre las necesidades de protección del interés principal en litigio. Es, por lo tanto, una cuestión de idoneidad (art. 726 LEC, apartado 1) y no de necesidad lo que anima a excluir la medida cautelar solicitada por los demandantes.

IV. LAS AUTORIZACIONES GENERALES DEL ART. 157 TRLPI

Todo lo afirmado hasta aquí se construye sobre una premisa que se reitera en los fundamentos del Auto que nos ocupa. Tal premisa no es otra que la de tratar como un derecho de remuneración el pago debido por comunicar públicamente «*en vivo*» una obra musical.

¿Y esto es así? Como bien advierte el Auto, no existe norma expresa, en relación con la ejecución pública de obras musicales mediante espectáculos en directo, que reconozca, para esos supuestos, el devengo de un derecho de remuneración a favor de los autores titulares de derechos de propiedad intelectual (FJ.º 4.º II).

¹⁵ Sólo al final del FJ.º 4.º, en un razonamiento *ad abundantiam*, se señala, someramente, que «*la medida suspensoria pretendida no resulta objetivamente apta para asegurar la satisfacción del interés puesto de relieve por la actora —exclusivamente pecuniario, insistimos— como no sea a través de la vía indirecta, y por ello, espuria (...)*»

¹⁶ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *cit.*, p. 705.

Sin embargo, el juez consideró que el silencio legal no era obstáculo para «extraer, (...) una conclusión similar a la expuesta en relación con los fonogramas si acudimos a las normas generales reguladoras de las Entidades de Gestión contenidas en el Título IV de la Ley de propiedad intelectual». Verdaderamente, se trata de una puesta en relación complicada de seguir.

En primer término, quede claro que la ley de propiedad intelectual no reconoce ningún derecho de remuneración a favor de los autores de obras musicales, cuando éstas son ejecutadas públicamente en directo. Sí un derecho exclusivo (art. 20 TRLPI).

En segundo término, los productores de fonogramas (a los que se está refiriendo el Auto, cuando, en el primer párrafo del FJ 4.º, menciona el art. 116 TRLPI), tienen legalmente reconocido, a su favor, un derecho de remuneración por las comunicaciones públicas de los fonogramas que producen (en sentido técnico, *cfr.* art. 114.2 TRLPI)¹⁷.

La decisión del Auto de aplicar *ad simile* el régimen de un derecho de remuneración resulta, cuando menos, sorprendente. Y, desde luego, única hasta ahora.

Sin embargo, leyendo despacio la argumentación jurídica de la resolución, se entiende que no se está tratando, realmente, de realizar una aplicación analógica de la norma (del art. 116 TRLPI)¹⁸. El órgano judicial, en realidad, a falta de un precepto concreto de la LPI que consagre el derecho de remuneración por la comunicación pública en directo de las obras musicales, fundamenta la existencia de tal derecho en el art. 157 del TRLPI.

¹⁷ En todo caso, recuérdese que el derecho de remuneración de los productores de fonogramas por la comunicación pública de los mismos se reconoce, en la LPI, junto con un derecho exclusivo de los mismos titulares. Inicialmente, el Texto Refundido de la LPI de 1996 no contenía tal duplicidad, y sí, únicamente, un derecho de remuneración. La redacción actual es fruto de una sentencia del Tribunal Supremo del año 2001 (STS, S 3.ª, Sc.º 3.ª, de 1 de marzo de 2001). El Tribunal Supremo fue llamado a pronunciarse sobre la posible extralimitación del Gobierno, en su actividad legislativa, al haber derogado, con su omisión, en el Texto Refundido, el derecho exclusivo de los productores a autorizar la comunicación pública de sus fonogramas (que sí reconocía el art. 109.1 de la LPI de 1987). Y el Alto Tribunal estableció que la norma legal que reconocía expresamente el referido derecho exclusivo no podía haber sido derogada, ni explícita ni implícitamente, dado que se trata de dos figuras «compatibles» (*sic*, FFJJ 14-16). Y, en consecuencia, la sentencia declaró el exceso en el ejercicio de la delegación legislativa (actuación *ultra vires*) y la subsistencia del derecho exclusivo del productor de fonogramas, por continuar vigente, en cuanto no derogado, el precepto legal que lo reconocía. Teniendo en cuenta todo lo anterior, y que el Auto sostiene una estricta separación entre derecho exclusivo y derecho de remuneración, resulta, cuando menos, llamativo, que aluda, precisamente, a este supuesto legal de derecho de remuneración, para establecer paralelismos con el caso del que se ocupa.

¹⁸ En todo caso, de haber sido ese el intento del Auto, hubiera chocado con la imposibilidad esencial de aplicar analógicamente aquéllas normas excepcionales (arg. *ex* art. 4.2 Cc). Comparto opinión con quienes sostienen el carácter «irregular» que el derecho de remuneración reviste en el ámbito de la propiedad intelectual. RAYNARD emplea una expresión tan plástica como reveladora, cuando habla del «carácter patológico» que revela la técnica de la simple remuneración en un sistema de monopolio exclusivo como es, en definitiva, el derecho de propiedad intelectual (RAYNARD, Jacques. *Droit d'auteur et conflits de Lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*. Paris: Litec, 1990, p. 173).

El art. 157, perteneciente al Título IV, dedicado a la regulación de las entidades de gestión, contiene algunas de las obligaciones que incumben a dichas entidades.

En su apartado 1.a, dispone, en concreto, que las entidades de gestión están obligadas «a contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración».

El apartado 3 puntualiza que esta obligación no afecta «a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular».

Lo sorprendente es la lectura que el Auto de noviembre de 2004 hace de estas previsiones legales. Halla en ellas una especie de cláusula abierta, que legitimaría el reconocimiento de tantos derechos de remuneración como tipos de «autorizaciones no exclusivas» sean demandados por los usuarios a las entidades de gestión (en este régimen de concesión obligatoria, según las condiciones de la Ley). Y, de este modo, salva el obstáculo que supone que la LPI española no reconozca un derecho de remuneración concreto sobre el tipo de utilizaciones de obras musicales de que se trataba en el caso. Establece, por lo tanto, que, aparte de los derechos de remuneración de explícito reconocimiento legal, existen otros, de origen convencional, reflejados en los estatutos de las diferentes entidades de gestión.

El razonamiento que emplea el Auto no encuentra precedentes doctrinales ni jurisprudenciales. Por una parte, afirma la sinonimia técnica entre «derecho de remuneración» y «autorización no exclusiva» del art. 157 TRLPI. Por otra, rompe con el principio de estricta tipicidad legal que se ha venido aplicando, al menos, dogmáticamente¹⁹, al reconocimiento de derechos a remuneración a favor de los distintos titulares.

A mi juicio, hay que tomar con sumo cuidado una aplicación tan inusual de la Ley.

La primera cuestión que hemos señalado es la de las «**autorizaciones generales**» de las que habla el art. 157 TRLPI. ¿Por qué cree el Auto que su obligatoria concesión está relacionada con el derecho de remuneración?

Técnicamente, la existencia de un derecho de remuneración excluye, por definición, que se requiera una «autorización» (en sentido propio; esto es, como ejercicio de un autónomo «derecho a autorizar/prohibir») de cualquier titular o persona que actúe el derecho de éste²⁰. No obstante, es cierto que este esco-

¹⁹ Cfr. RAYNARD, *cit.*, p.173.

²⁰ De hecho, en mi opinión, si existe un derecho de remuneración, no habrá derecho exclusivo sobre el mismo ámbito objetivo, ni, por tanto, titular del mismo.

llo dogmático se viene salvando, con pocas discrepancias, al entender la «autorización» como algo plenamente distinto de la «cesión» (incluso no exclusiva). Más bien como un puro título habilitante, no traslativo de titularidad ninguna, que convierte en lícita una conducta que, de otro modo, no lo sería, para la utilización de una obra o prestación protegida (en la forma que sea)²¹.

²¹ Sobre el concepto de «autorización» y las diferencias con el negocio de «cesión» de *derechos* de propiedad intelectual, resulta especialmente representativa la referencia a la distinción que figura, a título informativo, para los artistas, en la obra de AISGE, *Los derechos intelectuales del Artista del Medio Audiovisual* (sin fecha de publicación ni depósito legal, p. 39). Allí se expresa que, en el caso de «autorización» de una determinada forma de explotación, sin transmitir o enajenar el derecho de propiedad intelectual, se faculta a la persona que obtenga dicha autorización, para realizar determinados actos de explotación, con el alcance que determine esa autorización expresa. El titular del *derecho*, por lo demás, conserva todas las facultades que integran el *derecho*, pudiendo autorizar a uno o a una multitud de usuarios determinadas formas de explotación, según se trate de autorizaciones exclusivas o no. En cambio, la «cesión» implica un cambio de titular del derecho exclusivo de autorización, de manera que el adquirente queda facultado para autorizar o ceder, a su vez, a un tercero, determinadas formas de explotación o el propio derecho de explotación. Por tanto, mediante la cesión o transmisión de un derecho se incorporan al patrimonio del adquirente todas las facultades de disposición que pertenecían al anterior titular. Entre la doctrina científica, apoya esta diferenciación también RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel («El negocio de cesión de derechos de propiedad intelectual», Universidad de Valencia, 23 de mayo de 2000, sin publicar). En relación con el ámbito de la comunicación pública, también resulta de interés lo expuesto por el profesor Ángel FERNÁNDEZ-ALBOR, en su trabajo «El derecho de remuneración de los artistas por actos de comunicación pública», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADIDA)*, 1999, p.150. Considera este autor que, en el espacio de los actos de comunicación pública de las prestaciones de los artistas, el art. 108 nos sitúa ante supuestos de *mera autorización legal*. La inadecuación del derecho de comunicación pública, para ser objeto de tráfico jurídico de carácter real, sostiene FERNÁNDEZ-ALBOR, exige que se articule en el plano de lo meramente obligacional. Y, por ello, puede afirmarse que los titulares del derecho de comunicación pública que interesan a su estudio se hallan sujetos a una obligación legal de autorización de realización de determinados actos de utilización de sus prestaciones.

La Ley española de propiedad intelectual, a menudo, emplea el término «autorización» (arts.20.4.b), d), f), g), 31, 34, 36.1, 36.2, 36.3, 38, 48, 50.2, 76, 83, 84.2, 85, 88.2, 92.2 y 92.3, 99.1 y 99.1.a, 100.1, 10.4, 100.5.a) y b), 102, 106, 107, 108.1, 109.1, 111, 113.II, 115, 117, 121, 122, 123, 126, 128, 129.2, 133.2, 134, 135, 140, 147, 148-150, 159, 157.1.a, 157.2, .3 y .4, 158.1.a, DT.^a11.^a). Sólo en el caso de los arts. 147-150 y 159 TRLPI se utiliza para referirse a «permisos administrativos». En la mayor parte de las ocasiones identifica, en un sentido amplio, la capacidad que sólo ostenta el titular de una facultad exclusiva, a disponer de ella frente a terceros. En algunos casos, se pone en clara relación con el concepto de *cesión* de un *derecho* exclusivo, a modo de sinónimo (por ejemplo, arts.36.3, 48, 50, 76). Sin embargo, preceptos como el art. 85 y el art. 92.2 son ejemplos de una «autorización» que alude a otra modalidad de legitimación de determinadas utilizaciones, conferidas por el derechohabiente, pero distintas de la cesión. Como advierten Alfonso HERNÁNDEZ MORENO y Fernando Pedro MÉNDEZ GONZÁLEZ, al estudiar el artículo 85 («Comentario al artículo 85», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. Bercovitz, 1.^a ed. Madrid:Tecnos, 1989, p.1179), si se pone en relación con el art. 74 (artículo que abre el capítulo al que también pertenece el art. 85, y que tiene por rúbrica: «Contrato de representación teatral y ejecución musical»), se observa que, en el artículo 85, «la Ley sustituye el término «cesión» por el de «autorización», sustitución que, en principio, no puede considerarse intrascendente o irrelevante». Añaden: «Conceptualmente, una autorización es una pura legitimación, un puro título habilitante para el ejercicio de un derecho, del que no deriva obligación alguna para el autorizante ni para el autorizado: su único efecto consiste en permitir el ejercicio de derechos ajenos, sin incurrir, por ello, en una conducta ilícita (título de legitimación); sirve, por tanto, para convertir en lícita una conducta que, de otro modo, no lo sería». Y, más adelante, desarrollan con profusión de detalles, el alcance de que el artículo 85 hable de «autorización» y no de «cesión». Y, en el mismo sentido, también se pronuncia la profesora Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO («Comentario al artículo 85», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., t.V, vol. 4-B, p. 98-100).

Y, por otro lado, el alcance y sentido de este precepto de la LPI no es nada claro. El art.157, en sus tres primeros párrafos²², es copia exacta del art. 142 de la LPI de 1987²³, a la que vino a sustituir el Texto Refundido de 1996. Señala Antonio DELGADO²⁴ cómo el art. 142 de la LPI de 1987, prácticamente, calca un artículo de los Estatutos de la (entonces) Sociedad General de Autores de España (actual Sociedad General de Autores y Editores). Y que hoy se mantiene invariable en sus extremos más importantes.

Se aludía con ello a la regulación estatutaria de la gestión de lo que se llaman obras de «pequeño derecho», por oposición a las de «gran derecho». Esta distinción no aparecía (ni aparece) en la Ley de Propiedad Intelectual. Pero, en términos prácticos, la entidad aplicará una gestión, bien completa, o bien parcial, según la obra que un usuario necesita pertenezca a un grupo o al otro.

Según el vigente art. 8.2 de los Estatutos de la SGAE, son obras de gran derecho:

«las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas y pantomímicas en tanto no sean objeto de alguna de las utilizaciones descritas

No obstante, debe reseñarse la opinión discrepante que, en este punto, sostiene el profesor RODRÍGUEZ TAPIA, que considera que, aunque el redactor de la Ley emplease el término «autorización», en este contexto está utilizado como «cesión no exclusiva» («Comentario al artículo 85»). RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel; BONDÍA ROMÁN, Fernando. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Civitas, 1997, p. 312).

En el supuesto del art. 92, se exige la «autorización» previa de quienes hayan acordado la versión definitiva de la obra audiovisual, para realizar cualquier modificación de la misma, mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma. Al margen de otras muchas cuestiones de enjundia jurídica que se suscitan en torno a este precepto, por lo que aquí interesa, es claro que estamos ante una manifestación del *derecho moral* del art. 14. Está en juego la integridad de la obra audiovisual (así, Nazareth PÉREZ DE CASTRO, «Comentario a los artículos 91-93», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., 1.ª ed., p. 1304). Éste, como todos los llamados «derechos morales» es inalienable (arg. ex. art. 14.1 TRLPI). Por tanto, la *autorización* exigida tampoco puede señalar aquí la existencia de una transmisión o cesión de facultad alguna. También en este caso se trata de una legitimación no traslativa.

Así entendida, creo que la «autorización», puede definirse por desplegar sus efectos únicamente en el plano obligacional, a modo de una garantía de exención de responsabilidad por determinadas utilizaciones de obras o prestaciones protegidas. Esta misma idea aparece como sustrato de lo que mantiene Ramón CASAS VALLÉS, en algún pasaje de su artículo «La fotocopia y su régimen jurídico», en *AC*, 1993, p.1997-2015, véase, en especial, p.2012 y 2013. Explícitamente, en la nota a pie n.º 34 de este trabajo, equipara la «licencia» (general) que concede la entidad de gestión CEDRO en materia reprográfica, a una «asunción de responsabilidad», por la propia entidad, a cambio del precio o tarifa que el usuario abona. También esboza la idea, en algún pasaje del análisis del art.90, dentro de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, cit. t.V, vol.4-B, p. 184.

Sujetos con capacidad para conferir este título habilitante serán, en ocasiones, los «derechohabientes intelectuales». En otras, quienes gocen de legitimación legal para ello (vid. art.157.1.a TRLPI, que, en tanto, contiene el deber de las entidades de gestión colectiva de conceder *autorizaciones* no exclusivas de los derechos gestionados a cualquiera que lo solicite, siempre en condiciones razonables y bajo remuneración).

²² El último apartado del artículo sí constituye innovación del Texto Refundido de 1996.

²³ Ley 22/1987, de 11 de noviembre (BOE n.º 275, de 17 de noviembre).

²⁴ DELGADO PORRAS, Antonio. «Comentario al artículo 142», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. V, vol. 4-B. Madrid: EDERSA, 1995, p.1003.

en las letras c, d, e y f del apartado 2 del art.9. También se tratará como obras de gran derecho a las obras musicales, con o sin letra, comprendidas las especialmente compuestas para una obra audiovisual, cuando sean comunicadas públicamente en espectáculos creados para la escena, respecto de los cuales se infiera que forman parte integrante de tales espectáculos, por la ejecución de dichas obras en unidad con un desarrollo argumental o una acción dramática».

Ciertamente, si comparamos este enunciado con el art. 157.3 del TRLPI, las semejanzas son notables²⁵.

En oposición a ello, el art. 9 de los Estatutos establece que se consideran obras de pequeño derecho:

- a) las obras musicales con o sin letra, comprendidas las compuestas para una obra audiovisual, salvo los casos previstos en el apartado 3 del artículo anterior;*
- b) los ballets, cuando sean emitidos por radio, total o parcialmente;*
- c) las otras obras coreográficas, con o sin música, cuando sean emitidas por televisión, siempre que, en su representación o ejecución no se exceda de quince minutos ni del cincuenta por ciento de la duración de la obra;*
- d) las obras literarias de breve extensión, tales como los chistes y las historietas cómicas, dramatizadas o no, cuando sean utilizadas en espectáculos de diverso contenido, como los de variedades, o en un programa de radio o televisión;*
- e) los fragmentos no seriados de obras literarias o dramático-musicales, cuando sean utilizados en los espectáculos o programas aludidos en la letra d) y en una extensión que no suponga la comunicación de una versión condensada —entendiendo por ella la comunicación que mantenga intactos todos los elementos esenciales de la obra sin interrumpir la narración- ni exceda de:
 - quince minutos, en el caso de dichos espectáculos y de los programas de televisión, o de veinticinco minutos, en el caso de los programas de radio,*
 - ni del veinticinco por ciento de la duración total de la obra,**
- f) cualquier obra de gran derecho cuando sea utilizada en actos de radiodifusión secundaria, tales como la retransmisión, por hilo o sin hilo, y la transmisión, en lugar accesible al público y mediante un instrumento idóneo, de la obra emitida por radio o televisión, y*

²⁵ Quizá con la diferencia de que la LPI excluye de las «autorizaciones generales» las obras literarias, que, como se ha de ver a continuación, sí incluye la SGAE, en ciertas ocasiones, en el repertorio de «pequeño derecho». Sobre el asistematismo que supone elevar a rango de norma general una previsión estatutaria particular: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. «Comentario al artículo 152», en RODRÍGUEZ TAPIA, J.Miguel; BONDÍA ROMÁN, Fernando. *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*. Madrid: Civitas, 1997, p. 568.

- g) *cualquier clase de obras cuando sean objeto de explotación a partir de una producción de «multimedia».*

Cuando las obras musicales a las que se refiere la letra a) del presente apartado vayan a ser objeto de una autorización singular de explotación, se requerirá el consentimiento de sus titulares».

Carecemos, por tanto, de una definición omnicompreensiva de este «pequeño derecho» (por oposición a derecho exclusivo, o gran derecho) que recogen los estatutos de la SGAE.

Pero, de la muestra que se ofrece en la enumeración, puede aventurarse que se trata de utilizaciones de obras sometidas a un derecho exclusivo de explotación, en modalidades que o bien suponen la reproducción exacta de las obras por medios mecánicos, o bien implican explotar la obra en condiciones de no singularización; es decir, la actividad de uso de obras que requiere disponer de una variedad o un conjunto amplio de ellas, para emplearlas en tanto colectivo²⁶; su aprovechamiento proviene de que el usuario tenga a su «alcance» un grupo de obras de cierto tipo, y ni siquiera en razón de los elementos determinados que lo integran, o por la efectiva utilización de todos y cada uno de ellos. Por ejemplo: la amenización en vivo de un club mediante la interpretación de piezas musicales variadas al piano; orquestas que actúan en las veladas de un pueblo, durante las fiestas locales; lecturas de fragmentos de obras literarias en un programa de radio que recogen máximo de una frase por lectura; chistes que se emplean en el número de un actor de un espectáculo de variedades...

Sí queda claro que, en estos casos, la entidad de gestión es quien «concede autorizaciones de explotación» y establece tarifas generales que determinen las remuneraciones exigibles a los usuarios; y, además, celebrará los contratos generales o normativos con organizaciones de usuarios representativas del sector correspondiente, todo ello conforme a lo previsto en el artículo 157 del TRLPI. Esto es: lo que se denomina «gestión completa»²⁷. Es más, habría que decir que «deberá», que está obligada a desplegar esta actividad de gestión completa, en virtud de lo que la Ley establece²⁸.

Y, en ello, probablemente, radica una similitud *de facto* con lo que ocurre con la gestión de los derechos de remuneración establecidos en nuestro ordenamiento.

²⁶ De modo fungible, establece Antonio DELGADO PORRAS, *op. cit.*, p.999-1000.

²⁷ DELGADO PORRAS, *op. cit.*, p.812-815.

²⁸ El mandato imperativo del art. 157 TRLPI podría quebrar, como bien prevé la Ley, de modo genérico, por «motivo justificado». El profesor RODRÍGUEZ TAPIA imagina entre tales posibilidades varios supuestos. «El primero de ellos pueden ser las condiciones de la explotación que repercuten en el titular, antes que en la entidad. Esta puede alegar, como motivo justificado, la insolvencia declarada del solicitante, la comisión reiterada de infracciones de los derechos o la litigiosidad con la entidad, aunque habría que estudiar el posible conflicto de intereses entre entidad y titular de derechos a este respecto». (RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. «Comentario al artículo 152», *cit.*, p. 565).

Con la salvedad de la remuneración por copia privada y la remuneración por derecho de *suite* (arts. 25 y 24 TRLPI, respectivamente), en los (demás) supuestos de derecho de remuneración, los usuarios *deben* dirigirse a la entidad de gestión; ella es quien ofrece unas tarifas generales que han de ser satisfechas por los interesados²⁹. Y la gestión del derecho a través de entidad colectiva es imperativa según la Ley³⁰. De tal modo que a la vista de la gestión del derecho de remuneración puede reconocerse un sistema de licencia obligatoria de origen legal sobre él³¹.

En esa «obligatoriedad», radica buena parte de la «excepcionalidad» que se predica del derecho de remuneración. Para el usuario, se refleja en el hecho de que, aún a pesar de no existir derecho exclusivo ninguno sobre la utilización en que esté interesado, ha de satisfacer el pago preceptivo, para que se trate de un uso legítimo. Para la entidad de gestión, lo excepcional es que está obligada a contratar. Aunque lo está porque la gestión colectiva es forzosamente impuesta por la ley. De ahí que la gestión completa, con lo que ello implica de extraordinario, haya de operar necesariamente en el ámbito del derecho de remuneración³². Y éste es, por lo tanto, el punto de tangencia entre el mandato del art. 157.1.a TRLPI, y la gestión de los supuestos de derecho de remuneración.

Y, desde luego, así vista, la fórmula imperativa del art. 157 me parece que, ciertamente, cumple una función de garantía, para el sector de los usuarios, de ser tratados en régimen de no discriminación. Pero, por lo demás, respecto a la entidad de gestión supone más un refuerzo a su posición en el mercado de «lo intelectual», que una carga.

²⁹ Sin embargo, en el llamado «derecho de suite» (art. 24) y en la «remuneración por copia privada» (art. 25), estamos ante licencias legales, en las que el monto de la deuda es el fijado por la ley.

³⁰ También con dos excepciones: las remuneraciones debidas conforme a los arts. 24 y 33 TRLPI. Respecto al art.24, hay que decir que el lapso legal se ha solventado, en la práctica, creando una entidad de gestión que, tiene entre sus funciones, la administración, recaudación y reparto del «derecho de participación» (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, VEGAP) y que, de hecho, es quien lo hace efectivo en la totalidad de los casos.

El derecho de remuneración previsto en el art. 33 es, en realidad, la única excepción a considerar. Puede aventurarse que, quizá, la falta de elementos de concreción como éste, en torno a lo previsto en la norma, hayan hecho de la regla que recoge el art.33 un irrealizable, que, a día de hoy, continúa sin ser operativo en nuestro ordenamiento.

³¹ De no ser así, como dice LACRUZ MANTECÓN, no haría falta contrato ninguno (con las entidades de gestión), pudiéndose exigir privadamente el cobro de tarifas, sin base contractual, ya que sería la ley la que establecería dichos pagos (LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. «Entidades de gestión de derechos de autor y establecimientos hosteleros: una cuestión abierta», en *La-Ley*, 2000-7, D-243, p. 1373).

³² De ahí también que, en los supuestos de derecho de remuneración sometidos a la gestión colectiva obligatoria, además, se haya aplicado la política de la concesión de licencias por el repertorio universal de las obras utilizadas, originando considerables conflictos de legitimación (en España conocimos del que sostuvieron SGAE y DAMA; y, actualmente, el problema puede trasladarse al ámbito de la protección de obras explotadas fuera del país de origen, incluso aunque se trate del ámbito del mercado interior; cfr. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, «Agreements of reciprocal representation of collecting societies in the internal market. The related rights of phonogram producers as a test case (Simulcasting)», en *RIDA*, janvier, 2005, n.º 203, p. 62-137; MARTÍN, Abel. «Sobre el ámbito de aplicación de la ley española: criterios de vinculación y límites para la protección de los derechos sobre obras o interpretaciones extranjeras», ponencia en el Encuentro *Límites del derecho de autor y sociedad de la información*, dir. por Carlos Rigel Vidé, celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (Santander, 29-31 de agosto de 2005), inédita.

Ahora bien, en los casos de derecho de remuneración, como ya hemos adelantado, no existe un derecho exclusivo. Y, de hecho, el generoso papel concedido a las entidades de gestión es establecido por ley, caso por caso.

Ninguna de estas premisas se cumple en las licencias no exclusivas del «pequeño derecho».

En realidad, se trata de dos estructuras distintas y diferenciables y entre las que difícilmente podrá intentar aplicarse el argumento *ad simile* en su intersección.

La argumentación del Auto funde lo mejor de los dos mundos, podría decirse. Advierte la existencia de un derecho de remuneración, si bien no reconocido singularmente, sino de manera indirecta, a través del mandato-autorización que el legislador lanza a las entidades de gestión en el art. 157 del TRLPI. Sin embargo, me parece dudoso que el art. 157 LPI esté dedicado a la gestión de los créditos derivados de derecho de remuneración. Existiendo mandatos de gestión colectiva obligatoria en los artículos que regulan los distintos supuestos de derecho de remuneración, el art. 157 resulta innecesario. Si no existe derecho de exclusividad sobre cierta utilización, quien paga, utiliza. Y si, además, son las entidades de gestión quienes deben (y no sólo pueden) ocuparse de hacer efectivo el derecho, nada aporta el art. 157 a lo establecido³³. Su justificación, en cambio, adquiere lógica, si, como señala Antonio DELGADO, entendemos que el precepto atiende a una práctica consolidada respecto a determinadas utilizaciones de obras sujetas a un derecho exclusivo³⁴.

De modo que, en conclusión, y a pesar de lo que se trasluce de la fundamentación del Auto, ambas cosas no pueden ser. Si se trata de un derecho de remuneración, olvidémonos del art.157 y de un reconocimiento indirecto o cláusula abierta y general de reconocimiento. Y si se trata de un derecho exclusivo, nada parece llamar entonces a la existencia de un derecho de remuneración, en sentido técnico.

Avanzando lo que se verá a continuación, vaya por delante que, en mi opinión, el caso concreto del que se ocupó el Auto debiera resolverse partiendo de la no existencia de un derecho de remuneración sobre estas actividades de utilización. Creo que sólo el reconocimiento singular y explícito, vía ley, del mismo, con las condiciones propias de un derecho de remuneración, permite considerar su existencia. El resto sólo alimenta una ceremonia de confusión poco aceptable en un ordenamiento que se precie de sistemático.

³³ Añade Antonio DELGADO (*op. cit.*, p. 1001), que «en la hipótesis de gestión completa de derechos de remuneración, la entidad estará obligada a contratar bajo las condiciones de paridad de tratamiento y equidad, no en virtud de una aplicación extensiva del citado artículo, sino de una aplicación directa de las disposiciones «anti-monopolio (...)».

³⁴ DELGADO PORRAS, Antonio, *op. cit.*, p. 1002.

V. EL DERECHO DE REMUNERACIÓN «A DEMANDA DEL USUARIO»

Es cierto que las facultades de explotación que integran el derecho de propiedad intelectual constituyen un abanico imposible de acotar, y del que la norma ha preferido seleccionar únicamente algunas modalidades, a título ejemplificativo, y relegar cualquier otra manifestación a la comprobación puntual de su correspondencia (o no) con el criterio general (explotación en cualquier forma, art. 17 TRLPI).

Pero el derecho de remuneración, como *tertium genus*, en sentido estricto, no forma parte de tales facultades. Aparece donde el derecho exclusivo no llega o no puede llegar. Y de ahí su excepcionalidad: a pesar de no existir un monopolio de decisión, sí existe un cierto monopolio económico que pesa sobre la utilización de determinadas obras o prestaciones protegidas.

Por ello, en mi opinión, la bien fundada necesidad de tipificación del derecho de remuneración. Lo contrario diluiría el contenido del derecho exclusivo y nos arrastraría a un panorama jurídicamente difuso. De ahí que, ni siquiera en abstracto considerada, me parezca admisible la tesis de un derecho de remuneración *ad libitum*. O dicho de otro modo: que el ordenamiento ampare la consagración negocial de supuestos de derecho de remuneración. Incluso si una de las partes negociadoras es una entidad de gestión.

Entre otras consecuencias, es imaginable que semejante planteamiento vendría a validar que determinadas entidades «constituyeran» (y gestionaran como tal) un derecho de remuneración, sobre modalidades de explotación que otra entidad podría tratar como derecho exclusivo. Confusión que aún podría agravarse si tenemos en cuenta que, sobre un mismo objeto protegido, pueden «pesar» facultades de propiedad intelectual de distintos grupos de titulares. En fin, un despropósito.

El Auto de noviembre de 2004, en cambio, no parece encontrar escollo ninguno a esa posibilidad. Aunque, en realidad, es así, porque parte de un supuesto todavía más espinoso. Lo que el Auto admite e intenta fundamentar es la posibilidad de que un derecho reconocido como exclusivo en la ley pueda convertirse en derecho de remuneración, a iniciativa de los particulares que contratan con las entidades de gestión.

Recordemos que en el caso litigioso, lo que sucede es que el art. 20 reconoce a los autores un derecho exclusivo sobre las ejecuciones públicas de las obras musicales. Y, en opinión del juez, aquél, válidamente, puede convertirse en un derecho de remuneración, si la entidad de gestión correspondiente incluye, en su catálogo de tarifas, autorizaciones generales no exclusivas referidas a esta modalidad de utilización de la obras.

¿Es derecho dispositivo la LPI en este aspecto? ¿Puede la entidad de gestión —ni siquiera el titular...— modificar la naturaleza del derecho conferido por la ley a

aquellos a quienes pertenecen los derechos que gestiona? En mi opinión, es indudable que no.

Lo que sucede es que esta respuesta se opone a la práctica consolidada de la gestión del «pequeño derecho»³⁵. Esta fórmula no es otra cosa que la respuesta comercial a una demanda determinada. No es una lógica tan jurídica como económica. Y no es que por ello crea yo que deba considerarse irracional. Pero, de momento, lo que ciertamente sí produce es un cierto desajuste.

Si desgranamos la funcionalidad de las licencias obligatorias o «autorizaciones genéricas» (en sentido impropio), yo comparto la opinión de que es más un derecho del usuario que del titular³⁶. Y que, por tanto, el legislador debe saber flexibilizar el cauce para su institución. Pero una formulación susceptible de entenderse como una cláusula abierta (como bien ejemplifica el Auto que aquí hemos analizado) no me parece la mejor manera. En primer lugar, hace del casuismo, una regla, en contra de lo que reclama la esencia misma de la institución. En segundo lugar, favorece la confusión sobre *lo que* la entidad de gestión puede o no *legitimar* a través de sus contratos con los usuarios³⁷. Y, en definitiva, si se hace preciso un derecho de remuneración a favor de los autores sobre la comunicación pública de sus obras musicales³⁸, ¿por qué no reconocerlo en la LPI, aprovechando los aires de reforma que soplan? Mucho mejor eso que una siempre indeseable inflación interpretativa de la norma general.

VI. CONCLUSIONES

El razonamiento del Auto permite singularizar un entramado de relaciones jurídicas que, a menudo, se soslaya en los fallos judiciales que tienen por objeto un derecho de remuneración (intelectual).

Las cuestiones de definición del ámbito objetivo de facultades exclusivas y de «derecho de remuneración» se solucionan con claridad en el Auto. Son, sencillamente, excluyentes.

Y esta premisa se intenta preservar en los argumentos que siguen, sobre las medidas cautelares pertinentes.

³⁵ Por lo demás, no exclusiva de España. Muy por el contrario, fue importada, en su momento, desde Alemania, donde el «*kleines Recht*» (por oposición al «*gro-es Recht*») goza de un reconocimiento tradicional, si bien únicamente en la praxis de las entidades de gestión, y no a través de textos legales (*cfr.* KARBAUM, Michael. «Kollektive und individuelle Wahrnehmung von Urheberrechten in der Musik», en http://www.gema.de/urheberrecht/recht_klein_gross.shtml, disponible a 22-08-2005).

³⁶ MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*. Granada: Comares, 1997, p.173, 176.

³⁷ Ya que, si estamos en sede de derecho exclusivo, incluso reconducido a un «pequeño derecho», no considero aceptable que se admita la licencia de repertorio universal, pero sí en los supuestos de derecho de remuneración.

³⁸ Extensible a otros supuestos de «pequeño derecho».

A mi juicio, esta lógica es la que ha faltado hasta ahora en los muchos casos que han resuelto los tribunales. El resultado, hasta ahora, es un batiburrillo en el que, reclamándose un impago de tarifas generales (por tanto, fuera del ámbito del derecho exclusivo), se han adoptado medidas cautelares o definitivas que pasaban por el secuestro o precinto de los aparatos que reproducían música o imágenes, argumentando que se trataba de salvaguardar el derecho exclusivo correspondiente (de comunicación pública en estos casos)³⁹.

Si lo que incumbe es un derecho de remuneración, no cabe que, sobre esa misma actividad que utiliza una obra o prestación protegidas, pese, también, un derecho exclusivo. De ahí que el impago del derecho de remuneración no vulnere nunca un derecho de exclusiva, en sentido estricto. Y que, por lo tanto, no sean admisibles las medidas judiciales destinadas a amparar, proteger o evitar la lesión de un derecho exclusivo.

Mucho más delicado, sin duda, es el asunto de la vinculación entre el derecho de remuneración y las autorizaciones generales no exclusivas, que las entidades de gestión «deben»⁴⁰ conceder, sobre su repertorio, a los usuarios que lo soliciten.

La crítica redacción del actual art. 157 TRLPI, como suele suceder, se presta a muchas y diversas interpretaciones.

El Auto apoya en su dicción una serie de conclusiones que no comparto, pero que, desde luego, invitan a una lectura detenida.

En mi opinión, la «debida concesión» que el art. 157 establece, más bien resulta en una legitimación para el otorgamiento autónomo de licencias generales. Un derecho a favor de los usuarios y una facilidad reglada para las entidades de gestión (conforme a los límites de razonabilidad y contra remuneración que el mismo art. 157 establece). Nada que ver, por tanto, con el principio de tipificación que debe regir el establecimiento de un derecho de remuneración, sin posibilidad de aplicación analógica, en vista de su carácter excepcional.

En consecuencia, no creo que una interpretación sistemática del art. 157 TRLPI ampare la posibilidad de creación negocial de un derecho de remuneración. Ni siquiera que las licencias generales no exclusivas que la norma menciona (como autorizaciones) se refieran a actos sujetos a un derecho de remuneración. De nuevo, se trata de depurar conceptos con un contenido técnico definido.

³⁹ Sólo a título de ejemplo, pueden verse: sentencia del Audiencia Provincial Teruel, de 11 julio, (AC 1996\1339); sentencia del Audiencia Provincial Pontevedra (Sección 5.^a), de 21 julio (JUR 2000\2052); sentencia del Audiencia Provincial Vizcaya (Sección 4.^a), de 3 noviembre (JUR 2001\12927); sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a), de 21 marzo, (JUR 2001\153911); Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5.^a), de 10 octubre, (JUR 2003\28884); Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5.^a), de 6 octubre, (JUR 2004\74948).

⁴⁰ Arg. ex. art. 157 TRLPI.

Y, al hacer uso de la redacción del art. 157, el Auto no repara en que la historia del precepto e incluso su propia finalidad, lo asocian a utilizaciones de obras o prestaciones protegidas sobre las que pesa un derecho exclusivo.

Cosa distinta es la oportunidad técnica de lo que el art. 157 posibilita: que la Ley admita la potestad de las entidades de gestión para administrar, en régimen colectivo completo, ciertas utilizaciones o ciertas obras que, en principio, son de explotación exclusiva de su titular. Esta posibilidad se construye sobre la existencia de un mercado globalizado de ciertos consumos de objetos protegidos. Y puede ser económicamente razonable. No hay discusión sobre ello. Pero, en cambio, jurídicamente hablando, lo que puede provocar, «razonablemente», (y concedo que, en mi caso, así ocurre) es una cierta duda.