

APDAYC. ¿Se la llevan fácil? o El remedio peor que la enfermedad

Reflexiones sobre los problemas estructurales de la Gestión Colectiva de Derechos de Autor y la respuesta del Congreso al escándalo APDAYC.

Introducción

Las “sociedades de gestión colectiva” (SGC) son necesarias para recolectar ciertos tipos regalías de autor, pues sería imposible que cada autor trate personalmente con cada establecimiento que usa su música y viceversa. En las últimas semanas, APDAYC ha estado en la picota del escrutinio público a raíz de una investigación periodística que ha suscitado importante cobertura en los demás medios debido a la cantidad de “carne” noticiosa que ha ido apareciendo en el camino. El Congreso, típicamente, reaccionó al ruido de la calle iniciando una investigación e Indecopi, oportunamente, planteó una serie de modificaciones a la Ley. Posteriormente, diversos congresistas acogieron el popular clamor modificadorio y presentaron cuatro distintos proyectos de ley en el lapso de una semana. Sin embargo, como veremos, los problemas que tiene la gestión colectiva de derechos de autor son estructurales y las modificaciones planteadas son anecdóticas, es decir, apuntan a solucionar aspectos puntuales (generalmente aquellos aspectos que más han llamado la atención del público) pero sin atacar realmente los problemas de fondo y, frecuentemente, cambiando un problema por otro, con lo cual el remedio termina siendo peor que la enfermedad.

El tema de fondo involucra una compleja serie de problemas, que trataremos de revisar separadamente a continuación.

Definición demasiado amplia de “comunicación pública”

APDAYC le cobra a todo tipo de personas y establecimientos por el uso público (o “comunicación pública”) de todo tipo de música, desde radioemisoras hasta bodegas; desde mega conciertos hasta bautizos, desde Los Beatles hasta el Grupo Cinco, desde Shakira hasta Massé (un controvertido y conspicuo directivo de APDAYC que recibe de ésta importantes pagos por derechos de autor).

Parte del problema tiene que ver con la cobertura, demasiado amplia, de los derechos mismos. Todo aquello que no está dentro de un ámbito “exclusivamente doméstico” y donde no exista un “interés económico, directo o indirecto” está sujeto al pago de derechos. Este es un aspecto bastante

* Socio de Hernández & Cia. Abogados.

discutible. Para algunos, la entera institución del derecho de autor carece de racionalidad económica¹. La solución sería muy fácil, entonces, y pasaría por la abolición del derecho de autor. Discrepo de esa posición. Creo que hay una racionalidad económica (básicamente, la necesidad de proveer a los autores un incentivo razonable para crear) que explica y justifica adecuadamente la existencia de derechos de autor en muchos casos. Pero también considero que cada situación debe analizarse con cuidado para, precisamente, establecer incentivos razonables y no excesivos². El tema excede el propósito de este trabajo pero, ciertamente, el aspecto de la comunicación pública de la música es uno de los más cuestionables. Y dentro de éste, hay determinados aspectos, como el derecho de autor por tocar la música en una fiesta privada (no necesariamente “doméstica”) o por tener la radio encendida en un local comercial, que parecen excesivos desde cualquier punto de vista.

Cartel y concertación de precios

Otro problema bastante visible y que genera mucho descontento es el de los montos que se cobran, que para muchos son “abusivos”. Ciertamente, se trata de precios monopólicos, dado que APDAYC es una especie de cartel que, a través suyo, permite a todos los autores concertar y fijar precios unificados por el uso de su música. La imaginativa propuesta del Congreso al respecto (Proyecto de Ley 2875/2013-CR) es nada menos que la regulación de precios por parte de la Dirección de Derecho de Autor de Indecopi (DDA), olvidándose que en una economía de mercado eso sería inconstitucional a menos que el monopolio sea una circunstancia inevitable, cosa que como veremos no es. Así, se pierde de vista el problema real que es la falta de competencia. Otro proyecto (2869/2013-CR) propone que, para que las tarifas generales sean aplicables se requiera la “aprobación previa” de Indecopi, no bastando, como ahora, con su publicación. Esta propuesta se lleva el premio a lo cosmético y absurdo. Sin llegar a establecer una regulación de precios, establece un requisito dilatorio e inútil.

Además de inconstitucional, la regulación de precios no es otra cosa que el subjetivo ojo de buen cubero de un funcionario. Generaría problemas más graves, como por ejemplo, que las SGC no puedan cubrir sus costos o tengan que bajar la calidad del servicio (por ejemplo en el manejo de información). Cualquier distorsión hacia abajo perjudicaría a los autores en beneficio de los

¹ BULLARD, Alfredo. “Reivindicando a los Piratas: ¿Es la Piratería un Robo? – Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Palestra, Lima, 2005.

² CAVERO, Enrique, Entre el huevo o la gallina y la planchada o la camisa. Introducción al Análisis Económico de la Propiedad Intelectual. En: THEMIS Revista de Derecho No. 62, Pontificia Universidad Católica, Lima, Diciembre 2012

usuarios y cualquier distorsión hacia arriba, perjudicaría a los usuarios en beneficio de los autores (o quienes los representan).

Barreras de entrada

Los precios monopólicos son una consecuencia de la falta de competencia. La solución, entonces, pasa por fomentar la competencia, eliminando las barreras y obstáculos que la pudieran estar impidiendo. Únicamente en los casos en que la competencia no es posible (algunos casos muy excepcionales, cada vez menos) se admite la regulación de precios, como ocurre, por ejemplo, con el mercado de generación de electricidad. Ciertamente, no es el caso de la gestión colectiva de derechos de autor. Antes que controlar precios, lo que se debe hacer es eliminar las barreras de entrada que hay en la ley. Sosa y Córdova³ sostienen –acertadamente– que, de eliminarse las barreras de entrada se incentivaría a que los agentes gestores se esmeren en brindar un servicio más eficiente que satisfaga a sus asociados, y que las consecuencias de esta política traerían efectos positivos a corto plazo, pues aún no habiendo competencia real, la sola competencia potencial incentivará el buen ejercicio de las SGC ante el posible ingreso de un nuevo operador económico en cualquier momento.

La ley⁴ establece una serie de exigencias que actúan como barreras de entrada a posibles competidores en el mercado. Así, por ejemplo, exige que un determinado número de titulares *"se hayan comprometido a confiar la administración de sus derechos a la entidad solicitante"*, e introduce como factores decisivos para la autorización *"el volumen del repertorio que se aspira a administrar y la presencia efectiva del mismo en las actividades realizadas por los usuarios más significativos durante el último año"* o *"la cantidad e importancia de los usuarios potenciales"*. Estas exigencias constituyen una intervención innecesaria del Estado en criterios y decisiones de eficiencia y conveniencia empresarial privada, además de ser obstáculos a la entrada de nuevos competidores. Incluso algo que podría parecer obvio como *"la idoneidad de los estatutos y de los medios humanos, técnicos, financieros y materiales que se cuentan para el cumplimiento de sus fines"* no debería ser un elemento a ser evaluado por la autoridad, sino por los propios usuarios potenciales.

³ SOSA HUAPAYA, Alex y CÓRDOVA MEZARINA, Jorge "El fomento de la Competencia entre las entidades de gestión colectiva de derechos de autor y conexos: propuesta de solución frente a las "tarifas abusivas" y distribución arbitraria" en Los retos actuales de la Propiedad Intelectual: visión latinoamericana. Themis: Lima, 2013.

⁴ Especialmente el artículo 150

Tal vez la barrera más notoria es la que se refiere a la *"posible efectividad de la gestión en el extranjero del repertorio que se aspira administrar, mediante probables contratos de representación recíproca con sociedades de la misma naturaleza que funcionen en el exterior"*. Dado que la federación internacional de SGC, la famosa CISAC (una especie de FIFA de los derechos de autor), solamente reconoce una SGC por país.

Falta de transparencia e información

Podría creerse, debido a la existencia de precios monopólicos, que tendríamos por lo menos autores contentos y bien remunerados. Pero no, salvo que, además de autor uno sea directivo de APDAYC o una estrella, de esas cuya música suena tanto en todas partes que no se puede negar su popularidad. Y es que el problema real es la falta de transparencia en la forma en que se reparten las regalías entre los supuestos beneficiarios. El principio lógico, consagrado en la ley, indica que el reparto debe hacerse en forma *"efectivamente proporcional a la utilización de las obras."*⁵ Eso suena muy bonito, pero requiere un manejo muy preciso de una enorme cantidad de información. Significa saber exactamente cuál fue toda la música que se tocó en cada periodo analizado en todo el país y, además, significa saber cuáles canciones se tocaron más y cuáles se tocaron menos. De otro modo, todo el principio de reparto proporcional termina siendo una ficción, una ilusión, un engaño.

Lo que ocurre normalmente es que se cuenta con algo de información, de los hechos más visibles (por ejemplo conciertos grandes o artistas muy notorios) y esa información se extrapola ignorando una buena parte de la realidad simplemente porque no se cuenta con la información. También ocurre que mucha información está muy propensa a manipulación. Por ejemplo, radioemisoras o discotecas que están obligadas a llenar unas trabajosas planillas informando al detalle cuál música tocan, pero que pagan lo mismo independientemente de lo que informen, tienen grandes incentivos para no entregar planillas o entregar planillas en blanco. Y la SGC tiene un gran incentivo para recibir la planilla y llenarla de acuerdo a su conveniencia, porque así puede determinar y dirigir un mayor pago a quien le convenga. No sabemos si ello efectivamente ocurre, pero los incentivos para que se produzcan este tipo de distorsiones son evidentes. Y uno de los problemas que frecuentemente denuncian las investigaciones periodísticas es una sospechosa aparición repetitiva de algunos directivos de APDAYC entre los autores más tocados y sonados del país.

⁵ Artículo 153, k) del Decreto Legislativo 822

Conflicto de intereses

Las denuncias contra APDAYC mencionan una serie de disposiciones de su estatuto que, por un lado, otorgan a un grupo de directivos poder y permanencia prácticamente ilimitados, mientras por otro le restringe a sus asociados algunas facultades elementales, como la de poder transferir sus propios derechos a terceros. La ley⁶ indica que la administración de las SGC debe estar "libre de injerencia de los usuarios", lo cual tiene sentido, debido al natural conflicto de interés entre los usuarios de la música y los autores (unos son titulares de derechos sobre la música y los otros son quienes deben pagar por usarla). Pero la misma norma legal tiene una segunda parte, cuya importancia ha sido históricamente soslayada. Esta segunda parte establece claramente la necesidad de "*evitar la utilización preferencial de las obras, interpretaciones o producciones administradas*" aludiendo claramente, ya no a los usuarios, sino a los propios autores y/o administrados con quienes evidentemente también existe un conflicto de interés estructural. De hecho, una buena parte del deficiente gobierno corporativo en algunas SGC, como APDAYC (cabe aclarar que este no es el caso de todas las SGC) se debe al conflicto de intereses que se presenta por el hecho de que sean los mismos autores quienes ocupan cargos directivos.

Con relación a este aspecto del problema, nuevamente, la propuesta que surge como respuesta del congreso es cosmética y demagógica. Así, el Proyecto de Ley N° 2875/2013-CR propone: (i) que se incluya como obligación de las SGC el registrar en la Indecopi todos los ingresos provenientes que tenga de cualquier fuente, es decir, convertir a la Dirección de Derecho de Autor no sabemos bien si en archivadora o en auditora; ii) que se restrinja los gastos administrativos y de gestión, bajando el límite de 30% a 3% y estableciendo lo que es, en el fondo, una regulación del precio que le cobra la SGC al autor y (iv) que la SGC deba presentar su propuesta de distribución a la ODA, la cual solo se efectuará de contar con su aprobación. Es decir, intervención directa del estado en la gestión de la SGC.

Por otro lado, el proyecto de Ley N° 2808/2013-CR propone que sea requisito para contar con la autorización de funcionamiento que Consejo Directivo tenga como plazo de vigencia uno no mayor a 2 años, prohibiendo la reelección inmediata. La medida es muy discutible porque, en el contexto correcto, la reelección puede ser un excelente incentivo a una buena gestión. Otro proyecto de ley también propone que se incorpore la prohibición de reelección inmediata para Consejo Directivo y Comité de Vigilancia, cuyos miembros podrán ser elegidos por un periodo máximo de dos años. Nuevamente, se

⁶ Decreto Legislativo 822, artículo 151, k)

pierde de vista el verdadero problema, que ciertamente no es si se permite o no se permite la reelección, o por cuánto tiempo. La falta de perspectiva proviene de un error conceptual de fondo, también contenido en la Ley actualmente⁷, y que es una de las cosas que sí se debería corregir: la creencia de que las SGC deben de ser asociaciones sin fines de lucro y, en particular, asociaciones formadas por los propios autores. Así, se cree (en verdad sin mayor fundamento) que este tipo de organización ofrece mejores garantías a los autores, cuando lo que se ha visto es precisamente, que el hecho de que los propios autores manejen la SGC introduce un conflicto de interés estructural y una serie de incentivos perversos. Sería mucho mejor que el trabajo lo hiciera una empresa administradora, de una forma profesional, a cambio de una tarifa razonable fijada por el mercado, con el incentivo de una sana competencia.

Al respecto, el proyecto de Ley N° 2875/2013-CR propone, entre otras cosas, que para que Indecopi renueve la autorización de funcionamiento de una SGC, sus directivos o ejecutivos *"no deben tener conflictos de intereses con la sociedad de gestión"*. Una norma de ese tipo tiene lógica y no está demás, pero es bastante lírica y, en todo caso, sólo adquiere importancia en un contexto en que la SGC es un monopolio y el autor no tiene otra opción. Si existiese competencia, más que denunciar el conflicto de interés y preocuparse de defenestrar a los directivos, el autor podría optar simplemente cambiarse de SGC. El proyecto propone también que sea incompatible con un cargo en el Consejo Directivo de una SGC, tener *"participación alguna en personas jurídicas que desarrollen actividad vinculada directa o indirectamente a los derechos de autor"*, lo cual no es necesariamente negativo y en un contexto competitivo y transparente podría ayudar a que el negocio sea viable.

La solución: Tecnología y competencia

Tal vez la falta de competencia no sea el origen de todos los problemas, pero ciertamente lo es de la mayoría. Asimismo, no pretendemos sostener que la introducción y fomento de competencia en este mercado (en realidad, dos mercados como vemos más adelante) sea la solución a todos los problemas, pero ciertamente es la intervención singular que más efecto e impacto real puede tener. Y, de paso, es la que corresponde a nuestro modelo económico.

Ello requiere una reforma estructural e integral. Como hemos visto, para que el sistema funcione se requiere manejar mucha información con exactitud (por ejemplo quién ha tocado qué tema musical cuántas veces o cuánto cuesta al usuario tocar cada canción cada vez). Una buena parte del problema actual es

⁷ Decreto Legislativo 822, artículo 146

que el manejo de información no se ha modernizado y se siguen usando métodos del siglo pasado. Obviamente, no vamos a ningún lado si seguimos pidiendo a APDAYC y sus usuarios que llenen planillas manuales (o electrónicas) lo cual se presta a mucha manipulación e inexactitud, además de ser un método obsoleto y que, en realidad, nunca fue idóneo para su propósito supuestamente informativo.

Lo que se requiere es un sistema que permita a los usuarios, a los autores y a las propias SGC, contar con información exacta, confiable y completa sobre quién, cómo y cuándo utiliza la música. La buena noticia es que en la era de Google y la "big data", eso no es un inconveniente. La tecnología moderna permite obtener, recopilar y procesar adecuadamente ese tipo de información con relativa facilidad. El sistema que se requiere no es otra cosa que algo parecido al que hoy día utilizan muchas páginas web de descargas musicales como iTunes o Ares, por mencionar sólo dos de las más conocidas. Así, el usuario podría entrar a una página web y muy fácilmente "descargar" la música que desea y pagar la tarifa correspondiente. De esa manera, la correspondencia entre el uso y el pago es transparente y queda automáticamente registrada. Obviamente, ello no descarta la facultad de fiscalización posterior, que siempre será posible. La supuesta confusión o falta de información que podrían tener los usuarios sobre qué derechos están administrados por cuál SGC (y que ahora no se da porque sólo hay una SGC) se puede solucionar fácilmente a través de una "ventanilla única", una herramienta que funciona física o en virtualmente y que facilita la competencia entre las SGC, al proveer un sistema transparente para el usuario, que le permite comprar licencias y pagarlas siempre en una única ventanilla (o página), sin tener que tratar individualmente con cada SGC para esos efectos. Las SGC reparten las regalías entre sí posteriormente, con la ventaja de que lo hacen en base a información completa y confiable.

Este tipo de tipo de manejo de recursos tecnológicos ya está siendo objeto de diversas soluciones prácticas y propuestas legislativas. Así por ejemplo, una reciente propuesta de *"Directiva relativa a la gestión colectiva y el licenciamiento online"* de la Unión Europea⁸ establece como uno de los requisitos exigibles a las SGC el de tener *"capacidad para procesar de forma electrónica de manera eficiente y transparente los datos necesarios para administrar dichas licencias, incluyendo la identificación del repertorio, el control de su uso, la facturación a los usuarios, la recaudación de los derechos y su distribución a los titulares"*.

⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/management/index_en.htm

El uso de tecnología trae transparencia, exactitud e inmediatez en el manejo de información, lo cual, junto con la introducción de competencia, permitiría conseguir equilibrio, productividad y eficiencia en los dos mercados involucrados: (i) el mercado de música (en cuanto toca a su comunicación pública) con los autores por el lado de la oferta y los usuarios del lado de la demanda y (ii) el mercado de servicios de gestión, con las sociedades de gestión por el lado de la oferta y los autores del lado de la demanda.

Pese a lo anterior, es lamentable que ninguna de las propuestas del Congreso haya tomado en cuenta los puntos de vista informático o tecnológico, y menos aún el fomento de la competencia. Ni siquiera en aspectos tan elementales como el llenado de planillas y el procesamiento de información. Lamentablemente, el Congreso y sus propuestas no advierten lo más importante. La problemática de fondo en todo este tema tiene que ver, fundamentalmente con el manejo de información. Y hoy en día es posible diseñar un sistema legal basado en la competencia (real o potencial) entre dos o más SGC tipo APDAYC, que ofrezca mejores ingresos por regalías a los autores, pero que ofrezca a la vez más opciones de calidad y costo a los usuarios de música, de forma tal que tanto el mercado de música (que consumen los usuarios) como el de servicios de gestión (que consumen los autores) puedan estar equilibrados. Si el Congreso quiere realmente solucionar problemas, necesita acometer una reforma integral, con esfuerzo y creatividad. Si no, ya sabemos el resto de la historia y aquí no necesitamos contarla.