

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Remuneración por comunicación pública. Marco conceptual.

Características.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Perú

ORGANISMO: Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI

FECHA: 15-5-2007

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto digitalizado de la Resolución, cortesía del INDECOPI.

OTROS DATOS: Resolución 0925-2007/TPI-INDECOPI

SUMARIO:

“... tanto los artistas intérpretes y/o ejecutantes como los productores de fonogramas tienen el derecho a una remuneración equitativa y única por la comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales, debiéndose precisar que en el caso de los artistas ese derecho sólo recae respecto a los fonogramas que contengan su interpretación o ejecución”.

[...]

“El término «equitativa» pretende establecer que la tarifa o remuneración que se exija debe ser justa y proporcional al tipo de explotación que se hace del fonograma, de tal forma que no está permitida la fijación de tarifas abusivas a los usuarios”.

“Por su parte, el carácter de «única» determina que la tarifa que se fije por la explotación del fonograma debe ser sólo una, independientemente de la cantidad de sectores beneficiados, lo que obliga a que éstos se pongan de acuerdo para su determinación. En tal sentido, no es posible que los artistas intérpretes y ejecutantes ni los productores de fonogramas fijen su propia tarifa de manera independiente”.

“Ahora bien, cabe precisar que la denominación «única» se emplea con el fin de evitar que los usuarios se vean obligados a tratar, en la práctica, con una pluralidad de beneficiarios. No se quiere decir con ello que no pueda haber varios titulares del derecho a la remuneración sino, simplemente, que para los usuarios no habrá más que un solo pago de regalías”.¹

“No debe entenderse como que se trata de un único pago independientemente del número de utilizaciones, puesto que, en principio, éste se debe efectuar por cada utilización del fonograma, ello en razón al carácter equitativo de la remuneración, salvo que la tarifa sea

¹ Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra 1982, p. 65.

fijada utilizando un criterio distinto (utilización por días, meses, a suma alzada), como sucede por ejemplo en el caso de la remuneración que pagan los organismos de radiodifusión por la explotación de obras musicales”.

TEXTO COMPLETO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 11 de abril del 2006, Unión Peruana de Productores Fonográficos - UNIMPRO (Perú) interpuso denuncia por infracción a la Ley sobre Derecho de Autor contra Promotora e Inversiones Palace S.A.C. (Perú), conductora del establecimiento denominado "Bingo Palace", por efectuar actos de comunicación pública de fonogramas en el local mencionado, sin cumplir con el pago de la remuneración equitativa y única a favor de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores fonográficos. Manifestó lo siguiente:

- i) La denunciada fue debidamente informada de su obligación de pagar la tarifa por la comunicación pública de fonogramas, en su establecimiento denominado "Bingo Palace" ubicado en Av. Aviación Nº 4505, Santiago de Surco.
- ii) El 18 de agosto del 2005, el Área de Fiscalización del INDECOPI realizó una visita de inspección en el local del denunciado, verificándose la comunicación pública de fonogramas. Asimismo, se obtuvo información respecto del negocio y de las características del local.
- iii) Como consecuencia de la información obtenida, la denunciante realizó el cálculo de la tarifa que debía pagar la denunciada y solicitó su cumplimiento.
- iv) Mediante carta notarial de fecha 20 de diciembre de 2005, se constituyó en mora al denunciado, requiriéndole el pago de lo debido.

Adjuntó diversos medios probatorios a fin de acreditar sus afirmaciones.

En atención a lo anterior, UNIMPRO solicitó lo siguiente:

- Se ordene el pago de S/. 97 875,00 nuevos soles por concepto de remuneraciones devengadas, monto calculado hasta febrero del 2006. Agregó que también debe ordenarse el pago de los montos mensuales que se devenguen por los meses que corran hasta la fecha de emisión de la resolución, para lo cual se reserva el derecho de ampliar la denuncia, haciéndola extensiva a tales sumas.
- Que la denuncia se haga extensiva no sólo a los derechos impagos por parte de la denunciada sino también a los intereses legales correspondientes.
- Se ordene a la denunciada el pago de las costas y costos del presente procedimiento.
- Se sancione a la denunciada con la imposición de una multa acorde con la gravedad de la infracción, el daño económico ocasionado y el provecho ilícito que ha obtenido el denunciado.
- Se ordene la publicación de la resolución condenatoria a costa de la denunciada.

Mediante proveído de fecha 24 de abril del 2006, la Oficina de Derechos de Autor admitió a trámite la denuncia interpuesta, corrió traslado de la misma a la denunciada y citó a las partes a una audiencia de conciliación a llevarse a cabo el 11 de mayo del 2006.

Con fecha 11 de mayo del 2006, Promotora e Inversiones Palace S.A.C. absolvió el traslado de la denuncia. Manifestó lo siguiente:

- i) La denunciante no le ha requerido el pago de suma alguna, ya que anteriormente nunca visitó su establecimiento, por lo que el 18 de agosto del 2005 se realizó la primera visita.

ii) La denunciante debió hacer de su conocimiento la puesta en vigencia de su Tarifario, hecho que sucedió recién en la fecha de notificación de la denuncia.

iii) El periodo de cobro no ha sido acreditado mediante algún documento o medio probatorio, ya que la denunciante pretende cobrar la suma calculada bajo una presunción favorable a sus intereses.

iv) La visita de inspección de fecha 18 de agosto del 2005 ha servido de base de cálculo retroactivo por parte de la denunciante, lo cual constituye un acto ilegal y un trato desigual para su empresa. El acta no es elemento referente suficiente para irrogarles una obligación de pago.

v) Del acta de inspección señalada, se advierte que su empresa no se encontraba reproduciendo fonograma alguno, sino que se encontraba transmitiendo una radioemisora local.

vi) La denunciante no ha acreditado haber suscrito un convenio de protección con la productora del fonograma correspondiente a la canción "Azul" del cantante mexicano Cristian Castro.

Con fecha 11 de mayo del 2006, se llevó a cabo la audiencia de conciliación. Luego de las deliberaciones correspondientes, las partes solicitaron que se realice una nueva audiencia, la misma que fue programada para el día 30 de mayo del 2006, fecha en la cual no se pudo continuar con la audiencia, debido a la inasistencia de la denunciante. Lo mismo ocurrió con fecha 27 de junio del 2006.

Mediante proveído de fecha 15 de mayo del 2006, la Oficina declaró rebelde a la denunciada, al haber presentado sus descargos fuera del plazo correspondiente; no obstante, la tuvo por apersonada al procedimiento.

Mediante proveído de fecha 3 de octubre del 2006, la Oficina de Derechos de Autor requirió a la Asociación Peruana de Autores y Compositores- APDAYC- a fin de que cumpla con informar si la denunciada contaba con autorización para el uso de obras musicales en el local denominado "Bingo Palace", en el periodo comprendido entre octubre del 2001 y agosto del 2005. Asimismo, le solicitó que

presente la Ficha de Empadronamiento correspondiente a dicho establecimiento comercial, en el que se detalle el medio utilizado por la referida empresa en la comunicación pública de obras musicales.

Mediante carta de fecha 12 de octubre del 2006, Asociación Peruana de Autores y Compositores- APDAYC- cumplió con lo solicitado mediante proveído del 3 de octubre del 2006.

Mediante Resolución N° 412-2006/ODA-INDECOPI de fecha 28 de noviembre del 2006, la Oficina de Derechos de Autor declaró fundada en parte la denuncia interpuesta por UNIMPRO contra Promotora e Inversiones Palace S.A.C. Consideró lo siguiente:

i) UNIMPRO cuenta con autorización de la Oficina para funcionar como sociedad de gestión colectiva, en consecuencia, se presume que ejerce la representación de los productores fonográficos asociados a ésta.

ii) Los actos efectuados por la denunciada en sus locales se consideran actos de comunicación pública. Precisó que el acto generador de la obligación de pago quedó acreditado mediante el acta de inspección de fecha 18 de agosto del 2005.

iii) Mediante carta notarial que obra a fojas 10, 11 y 12 del expediente, la denunciante ha acreditado que efectuó el requerimiento a la denunciada con la finalidad de que cumpla con abonar la remuneración correspondiente por los actos de comunicación pública realizados entre el 1 de octubre del 2001 y el 30 de noviembre del 2005.

iv) Respecto al periodo comprendido a partir de 1 de diciembre del 2005 en adelante, la denunciante no ha acreditado haber intimado en mora a la denunciada, por lo tanto, corresponde declarar infundada la denuncia respecto a ese extremo.

v) Habiendo la denunciante imputado a la denunciada la falta de pago de la remuneración por la comunicación pública de sus fonogramas, a ésta no le corresponde percibir las remuneraciones

devengadas establecidas por el Decreto Legislativo 822, por lo que debe declararse improcedente ese extremo de su denuncia, ello sin perjuicio de que la denunciante solicite la reparación integral del daño producido por la vía jurisdiccional correspondiente.

vi) La denunciada ha efectuado actos de comunicación pública de fonogramas, sin realizar el pago de la remuneración que corresponde por dicho uso, por lo que debe imponérsele la sanción de reparación de omisiones.

vii) Evaluándose la conducta de la denunciada, se determina que no se han configurado los supuestos necesarios para imponer a la denunciada el pago de los costos y costas en el presente procedimiento.

viii) La presente resolución no constituye un precedente de observancia obligatoria, razón por la que no procede aplicar la sanción de publicación.

En atención a lo anterior, la Oficina de Derechos de Autor dispuso lo siguiente:

- Sancionar a la denunciada con la reparación de omisiones por el periodo comprendido entre el 1 de octubre del 2001 y el 30 de noviembre del 2005, en consecuencia, ordenó a la denunciada que cumpla con abonar a favor de la denunciante la suma de S/. 15 570,25.
- Denegar la solicitud de reconocimiento de remuneraciones devengadas a la denunciante, el pago de los costos y costas del presente procedimiento por parte de la denunciada, y la publicación de la resolución final.
- Ordenar la inscripción de la presente resolución en el Registro de Infractores a la Legislación sobre Derecho de Autor.

Con fecha 6 de diciembre del 2006, Promotora e Inversiones Palace S.A.C. interpuso recurso de apelación reiterando sus argumentos. Añadió lo siguiente:

i) No se ha acreditado fehacientemente la comunicación pública de fonogramas correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de octubre del 2001 al 31 de

marzo del 2006, y tampoco se ha acreditado que la denunciante haya efectuado el cobro oportuno de dichos derechos conexos conforme a los criterios de su Tarifa, y tampoco que se trate de fonogramas administrados por ella, pues no se han presentado las liquidaciones de cobranza por todas las comunicaciones públicas de fonogramas que se pretenden cobrar.

ii) La visita de inspección del 18 de agosto del 2005 únicamente acredita aquello que fue materia de fiscalización en dicha fecha, pero ello no puede servir de cálculo retroactivo por parte de la denunciante para exigir el cobro en cuestión y menos de la Oficina de Derechos de Autor para amparar la denuncia.

Pese a haber sido debidamente notificada, UNIMPRO no cumplió con absolver el traslado de la apelación.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

La Sala de Propiedad Intelectual deberá determinar:

- a) Si Promotora e Inversiones Palace S.A.C. ha infringido la legislación sobre Derechos de Autor y derechos conexos.
- b) De ser el caso, pronunciarse sobre las sanciones impuestas por la Primera Instancia.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

1. Informe de antecedentes

Se ha verificado lo siguiente:

a) Unión Peruana de Productores Fonográficos - UNIMPRO (Perú) es una entidad de gestión colectiva debidamente autorizada por la Oficina de Derechos de Autor para funcionar como tal, mediante Resolución N° 172-2001/ODA-INDECOPI del 19 de julio del 2001.

b) Mediante Partida Registral N° 798-2001 se inscribió en el Registro Nacional de

Derechos de Autor y Derechos Conexos el Estatuto de UNIMPRO aprobado por Asamblea General del 30 de abril del 2001.

c) Mediante Partida Registral N° 796-2001 se inscribió en el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos el Reglamento de Tarifas Generales de UNIMPRO, el mismo que fue publicado el 31 de agosto de 2001, y modificado por última vez el 30 de noviembre del 2005 (asiento N° 03).

2. De las Sociedades de Gestión Colectiva

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2° numeral 42 del Decreto Legislativo 822, se entiende por sociedades de gestión colectiva a las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de autor o conexos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores o titulares de esos derechos.

La norma en cuestión agrega que las asociaciones civiles sin fines de lucro, para ser catalogadas como de gestión colectiva, deben obtener de la Oficina de Derechos de Autor la autorización de funcionamiento establecida por la ley.

El sistema de sociedades de gestión colectiva surge como solución a un problema específico, la dificultad de ejercer individualmente determinados derechos de autor (de orden patrimonial) o derechos conexos.

La vocación de universalidad de las obras del ingenio, las prestaciones artísticas y las producciones fonográficas, y la amplitud de posibilidades de su utilización, tanto a nivel nacional como internacional, incluso por un sinnúmero de usuarios, hace que, en ciertos géneros creativos o conexos, y respecto de algunas formas de utilización, la gestión colectiva de los derechos patrimoniales resulte el único medio eficaz para que los titulares de derechos sobre las obras, interpretaciones o producciones puedan controlar el uso de esos bienes intelectuales, así como de recaudar y

distribuir las remuneraciones a quien tiene derecho por su explotación².

La gestión colectiva se hace más aun imperiosa cuando se trata del repertorio extranjero, ya que mal podrían los autores, artistas y productores controlar la utilización de sus obras y producciones en el exterior, ni mucho menos tramitar directa e individualmente la recaudación y distribución de las remuneraciones respectivas.

De esta forma, la existencia de las sociedades de gestión colectiva está justificada cuando los derechos no pueden ejercerse de manera individual o cuando, desde el punto de vista económico, sea desventajoso.

Si bien el sistema de administración colectiva sirve primordialmente a los intereses de los titulares de los derechos de autor y los derechos conexos, ese sistema también ofrece ventajas a los usuarios de las obras, quienes de ese modo pueden tener acceso a las obras que necesitan en forma sencilla y económica (porque la administración colectiva reduce los costos de las negociaciones con los usuarios, del control de las utilizaciones y de la recaudación de las regalías)³.

El artículo 49° de la Decisión Andina 351, concordado con el artículo 147° del Decreto Legislativo 822, señala que las sociedades de gestión colectiva están legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales. Este artículo recoge una presunción a favor de las sociedades de gestión colectiva a fin de facilitar su labor de defensa de los derechos de los autores que administra.

De acuerdo a ello, se presume que la sociedad de gestión colectiva cuenta con la autorización de los autores que dice representar para iniciar las acciones administrativas y judiciales que

² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. El Derecho de autor. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), Caracas, 1998, Tomo II, p. 683.

³ FICSOR, Mihály. Administración Colectiva del Derecho De Autor y Los Derechos Conexos. OMPI, Ginebra 1991, pp. 6-7.

sean necesarias para la defensa de los derechos de autor.

Cabe agregar que el artículo 147° del Decreto Legislativo 822 añade a lo establecido en la Decisión 351 que la sociedad de gestión colectiva podrá hacer valer los derechos confiados a su administración en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que sus estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos le han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares.

La presunción antes mencionada es acorde con los principios de economía procesal y celeridad que rigen el procedimiento administrativo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 55° de la Decisión 351 y por los Principios del Procedimiento Administrativo establecidos en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

3. Derecho de remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas

El artículo 12 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, conocida como Convención de Roma, señala que cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración.

Por su parte, el artículo 37° de la Decisión 351 establece que los productores de fonogramas tienen derecho a percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas, intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan

las legislaciones internas de los Países Miembros.

Dentro de ese contexto, el artículo 133° del Decreto Legislativo 822 dispone que los artistas intérpretes o ejecutantes tienen igualmente el derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública del fonograma publicado con fines comerciales que contenga su interpretación o ejecución, salvo que dicha comunicación esté contemplada entre los límites al derecho de explotación conforme a esta Ley. Dicha remuneración, a falta de acuerdo entre los titulares de este derecho, será compartida en partes iguales con el productor fonográfico.

Asimismo, el artículo 137° de la misma norma legal señala que los productores de fonogramas tienen el derecho a recibir una remuneración por la comunicación del fonograma al público, por cualquier medio o procedimiento, salvo en los casos de las comunicaciones lícitas a que se refiere la presente ley, la cual será compartida, en partes iguales, con los artistas intérpretes o ejecutantes.

Cabe agregar que, actualmente, el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas⁴, del cual el Perú es parte, establece que los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.

Atendiendo a las normas expuestas, se concluye que a nivel nacional queda claramente establecido que tanto los artistas intérpretes y/o ejecutantes como los productores de fonogramas tienen el derecho a una remuneración equitativa y única por la comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales, debiéndose precisar que en el caso de los artistas ese derecho sólo recae respecto a los fonogramas que contengan su interpretación o ejecución.

⁴ Dicho Tratado entró en vigencia el 20 de mayo del 2002.

Respecto al monto que le corresponde a cada uno de estos dos grupos, el Decreto Legislativo 822 deja en libertad a las partes para fijar el mismo, sin embargo, señala que en caso de no existir acuerdo, la remuneración que se perciba deberá ser compartida en partes iguales entre los artistas intérpretes y/o ejecutantes y los productores de fonogramas.

4. Entidad encargada de recaudar la remuneración por la comunicación al público de fonogramas

De acuerdo a lo establecido en las normas citadas en el numeral precedente, la remuneración debe ser equitativa y única.

El término “equitativa” pretende establecer que la tarifa o remuneración que se exija debe ser justa y proporcional al tipo de explotación que se hace del fonograma, de tal forma que no está permitida la fijación de tarifas abusivas a los usuarios.

Por su parte, el carácter de “única” determina que la tarifa que se fije por la explotación del fonograma debe ser sólo una, independientemente de la cantidad de sectores beneficiados, lo que obliga a que éstos se pongan de acuerdo para su determinación. En tal sentido, no es posible que los artistas intérpretes y ejecutantes ni los productores de fonogramas fijen su propia tarifa de manera independiente.

Ahora bien, cabe precisar que la denominación “única” se emplea con el fin de evitar que los usuarios se vean obligados a tratar, en la práctica, con una pluralidad de beneficiarios. No se quiere decir con ello que no pueda haber varios titulares del derecho a la remuneración sino, simplemente, que para los usuarios no habrá más que un solo pago de regalías⁵.

No debe entenderse como que se trata de un único pago independientemente del número de utilidades, puesto que, en principio, éste se debe efectuar por cada utilización del fonograma, ello en razón al carácter equitativo

de la remuneración, salvo que la tarifa sea fijada utilizando un criterio distinto (utilización por días, meses, a suma alzada), como sucede por ejemplo en el caso de la remuneración que pagan los organismos de radiodifusión por la explotación de obras musicales.

“Si bien el derecho de autor es un derecho individual, que atribuye a su titular la facultad exclusiva de autorizar o no el uso de la obra por cualquier medio o procedimiento, su ejercicio en forma personal se hace, en algunos casos imposible, especialmente cuando la creación es susceptible de ser utilizada, simultáneamente, por un sinnúmero de usuarios (...). Ello ocurre también con los llamados derechos conexos, especialmente en cuanto al derecho de remuneración que corresponde tanto a los productores de fonogramas como a los artistas intérpretes o ejecutantes, por la comunicación pública de las fijaciones sonoras que contienen tales interpretaciones o ejecuciones, conocido como derecho sobre la utilización secundaria del fonograma”⁶.

Tal como se indicó en el numeral precedente, las normas mencionadas reconocen a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas el derecho de remuneración respecto a la comunicación pública de fonogramas. Sin embargo, del análisis de dichas normas se puede concluir que quienes deben recaudar la remuneración son los productores fonográficos, puesto que son a ellos a los que les confieren el derecho a percibir o recibir la remuneración. Así, se tiene que:

Artículo 37 de la Decisión 351.- Los productores de fonogramas tienen el derecho de (...) d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas, intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

⁵ Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra 1982, p. 65.

⁶ ANTEQUERA, Ricardo y Marysol FERREYROS. El Nuevo Derecho de Autor en el Perú. The Perú Reporting, Lima 1996, pp. 431 y 432.

De acuerdo a lo anterior, queda claro que los productores de fonogramas tienen derecho a recaudar la remuneración por la utilización secundaria de los fonogramas o de las copias de los mismos, la cual sólo será compartida con los artistas, intérpretes o ejecutantes si la legislación interna de los Países Miembros así lo dispone. Cabe indicar que en aquellos casos en que la legislación interna no reconozca tales derechos a los artistas, intérpretes o ejecutantes, serán los productores los únicos beneficiarios de todo lo que recauden por ese concepto. Al respecto, la ley nacional peruana, conforme se indicó en el numeral precedente, ha reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho a esta remuneración.

Cabe precisar que si bien el artículo 133° del Decreto Legislativo 822 reconoce el derecho de los artistas intérpretes y ejecutantes a la remuneración materia de análisis, ello no les otorga el derecho a efectuar su cobro o recaudación directa a los usuarios, ya que dicho artículo debe ser concordado con el artículo 37° de la Decisión 351. De la interpretación conjunta de ambas normas, se entiende que los artistas intérpretes y ejecutantes tienen el derecho de recibir o exigir, por concepto de utilidades secundarias de los fonogramas donde se incluyan sus interpretaciones o ejecuciones, un porcentaje de lo que recauden los productores de fonogramas.

Acerca de la posición adoptada por la Decisión 351, es necesario tener en cuenta lo señalado por la Guía de la Convención de Roma, que señala que "las preferencias se inclinan a encomendar a los productores de fonogramas la tarea de recaudar, por su propia cuenta y por la de los artistas, todas las cantidades correspondientes a las utilidades secundarias. Esta solución es la preferida, (...) lo más práctico para el usuario es tratar con productores que tienen extensos catálogos internacionales; y en cuanto a la distribución de las cantidades recaudadas, lo más cómodo es entregárselas a los productores que, en principio están muy bien informados acerca de los intérpretes de las distintas grabaciones"⁷.

⁷ Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, (nota 4), p. 65.

Atendiendo a lo expuesto, se concluye que son los productores de fonogramas los autorizados a realizar el cobro de la remuneración por la comunicación pública de fonogramas, que corresponde tanto al productor como a los artistas intérpretes o ejecutantes.

4.1 Aplicación al caso concreto

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala considera que no es necesario exigir a UNIMPRO que demuestre la representación de cada uno de sus miembros⁸. Ello debido a que UNIMPRO ha interpuesto la presente denuncia cumpliendo con los requisitos exigidos, ya que dicha entidad cuenta con la autorización correspondiente de la Oficina de Derechos de Autor (Resolución N° 172-2001/ODA-INDECOPI de fecha 19 de julio del 2001) para funcionar como sociedad de gestión colectiva de los derechos conexos de los productores fonográficos. En la autorización de funcionamiento se precisa, además, que la remuneración única a ser cobrada por la sociedad de gestión colectiva correspondiente a la comunicación pública de los fonogramas deberá ser compartida, en partes iguales, con los artistas intérpretes y ejecutantes.

Cabe señalar que en su Estatuto, UNIMPRO establece entre sus fines los siguientes:

- a) Ejercer la plena representación de sus miembros asociados y administrados y mandantes para los efectos de la gestión colectiva de los derechos que les corresponde derivados de la comunicación y ejecución pública, radiodifusión, transmisión por cable, distribución electrónica y multicanal, y sincronización cinematográfica y/o videográfica de fijaciones sonoras y/o audiovisuales, o de representaciones de éstas, así como realizar la gestión

⁸ Sin perjuicio de la presunción establecida a favor de las sociedades de gestión colectiva en el artículo 147 del Decreto Legislativo 822, a título informativo es conveniente señalar que los asociados de UNIMPRO, al 12 de julio del 2005, eran los siguientes: BMG ARIOLA de Colombia Sucursal Peruana S.A., Distribuidora y Ventas S.A., Mega Entertainment E.I.R.L., Producciones IEMPSA S.A.C., Rosita Musical Service & Production E.I.R.L., Sony Music Entertainment Perú S.A., Universal Music Perú S.A. y WIKA Discos S.A.C.

colectiva de los derechos que se le encomienden.

- b) Realizar la gestión colectiva de los derechos intelectuales a que se refiere el literal a) anterior, en armonía con las disposiciones vigentes en el Perú, en materia de derechos de autor y de derechos conexos.

5. Infracción a las normas sobre derechos de autor y derechos conexos

El artículo 183° del Decreto Legislativo 822 señala que se considera infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en dicha ley.

De acuerdo a lo expuesto líneas arriba, la legislación sobre derecho de autor y derechos conexos -artículo 37 literal d) de la Decisión 351, concordado con los artículos 133 y 137 del Decreto Legislativo 822- determina que sólo el productor fonográfico está autorizado a efectuar el cobro o recaudación de la remuneración por las utilidades secundarias de los fonogramas.

Obran en el expediente, entre otros, los siguientes medios probatorios aportados por las partes:

- Copia de la Resolución N° 172-2001/ODA-INDECOPI de fecha 19 de julio del 2001 que autoriza el funcionamiento de UNIMPRO como sociedad de gestión colectiva.
- Copia del acta de la inspección realizada el 18 de agosto del 2006 en el local del denunciado ubicado en Av. Aviación N° 4505, Santiago de Surco ("Bingo Palace") (foja 9).
- Copia de la carta notarial de requerimiento dirigida por UNIMPRO a la denunciada con fecha 20 de diciembre del 2005 (fojas 10, 11 y 12).
- Copia del estado de Cuenta Corriente de la denunciada emitido por la Asociación Peruana de Autores y Compositores- APDAYC (fojas 69 y 70).
- Copia de formulario para la aplicación de tarifa por uso de repertorio musical presentado a nombre de la denunciada (fojas 71).
- Copia de formularios de visitas de inspección hechas por la Asociación Peruana

de Autores y Compositores- APDAYC al local de la denunciada de fechas 16 de diciembre del 2005 y 17 de diciembre del 2005 (fojas 72 y 73).

- Copia de la Cédula de Notificación N° 74116, de fecha 17 de diciembre del 2005, emitida por la Asociación Peruana de Autores y Compositores- APDAYC- a la denunciada, requiriendo el pago por el uso de música con medios mecánicos de mayo a diciembre del 2005 (fojas 74).

- Copia de la Cédula de Notificación N° 74119, de fecha 17 de diciembre del 2005, emitida por la Asociación Peruana de Autores y Compositores- APDAYC- a la denunciada requiriendo el pago por la presentación en vivo del día 16 de diciembre del 2005 (fojas 75).

- Copia de la correspondencia cursada entre la Asociación Peruana de Autores y Compositores- APDAYC- y la denunciada de fechas 15 de diciembre del 2005 y 18 de noviembre del 2005, respectivamente (fojas 76, 77, 78 y 79).

Como consecuencia de la diligencia de inspección solicitada por la denunciante, se constató que el 18 de agosto del 2005 Promotora e Inversiones Palace S.A.C. efectuó la comunicación pública de fonogramas en el establecimiento que conduce denominado "Bingo Palace".

En efecto, en el acta de inspección, que obra a fojas 9 del expediente, se verificó que en dicho local se efectuaba la comunicación pública del fonograma "Azul", interpretado por el artista Cristian Castro⁹.

Es por ello que la Sala considera que, al menos desde el 18 de agosto del 2005, la denunciada ha realizado la comunicación pública de fonogramas. En el acta se dejó constancia y quedó acreditado el uso del fonograma "Azul". Sin embargo, no ha quedado acreditado que la denunciada haya efectuado la comunicación pública con fecha anterior a la inspección realizada por la Oficina.

Sobre el particular, la Sala debe señalar que los documentos solicitados a la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC)

⁹ Álbum: Azul, Productor fonográfico: Sony International. (Vid.: www.amazon.com).

no son idóneos para probar la comunicación pública de fonogramas, dado que son documentos privados que no se encuentran suscritos por algún representante de la denunciada. Por otro lado, el hecho de que la denunciada haya cumplido con efectuar pagos a la APDAYC por la utilización de obras musicales no implica necesariamente la utilización de fonogramas, pues las obras pueden ser utilizadas por otros medios, por ej. interpretaciones en vivo.

Asimismo, la denunciada ha señalado que UNIMPRO no ha acreditado que el fonograma cuya comunicación se realizó en su local esté representado por la denunciante. Al respecto, la Sala tiene en cuenta que, de acuerdo a lo señalado por el artículo 147 del Decreto Legislativo 822, deberá presumirse que los derechos ejercidos por la sociedad de gestión colectiva les han sido encomendados. No obstante, dicha presunción admite prueba en contrario. En efecto, si un usuario decidiese utilizar en su establecimiento obras, fonogramas o interpretaciones artísticas de un determinado autor, productor o artista intérprete o ejecutante, respectivamente, podría obtener una autorización escrita directamente del titular de los respectivos derechos. En ese sentido, la presunción señalada se enerva con un hecho positivo.

En el presente caso, la denunciada no ha presentado medios probatorios que enerven la presunción establecida en el artículo 147 del Decreto Legislativo 822.

Asimismo, mediante carta notarial de fecha 20 de diciembre del 2004 –que obra a fojas 10, 11 y 12 del expediente- UNIMPRO requirió a la denunciada para que cumpla con el pago de la remuneración equitativa y única a favor de los productores fonográficos y de los artistas intérpretes y ejecutantes, que corresponde a los meses comprendidos entre octubre del 2001 y el 30 de noviembre del 2005.

En tal sentido, al haberse requerido el cumplimiento del derecho de remuneración a favor de los productores fonográficos y artistas intérpretes y ejecutantes por parte de UNIMPRO, por la comunicación pública de fonogramas que efectuó la denunciada, sin que

Promotora e Inversiones Palace S.A.C. haya cumplido con el mismo, se concluye que la denunciada ha infringido lo dispuesto en la legislación sobre Derechos de Autor y derechos conexos por el periodo comprendido entre agosto del 2005 –de acuerdo a la fecha de realización de la inspección por parte de la Oficina- y noviembre del 2005; más no por el periodo comprendido a partir del 1 de diciembre del 2005, dado que no se ha acreditado que se haya requerido el pago de la deuda a la denunciada por dicho periodo.

6. Remuneraciones devengadas a favor de la denunciante

Previamente a analizarse el presente punto, se ha considerado efectuar las siguientes precisiones:

i) El artículo 37 de la Decisión 351 establece que los productores de fonogramas tienen el derecho de:

a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;

b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin la autorización del titular;

c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y,

d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

ii) Por su parte, el Decreto Legislativo 822 establece en su artículo 136° que los productores de fonogramas tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a) La reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.

b) La distribución al público, el alquiler, el préstamo público y cualquier otra transferencia de posesión a título oneroso de las copias de sus fonogramas.

c) La comunicación digital mediante fibra óptica, onda, satélite o cualquier otro

sistema creado o por crearse, cuando tal comunicación sea equivalente a un acto de distribución, por permitir al usuario realizar la selección digital de la obra y producción.

d) La inclusión de sus fonogramas en obras audiovisuales.

e) La modificación de sus fonogramas por medios técnicos.

Finalmente, señala que los derechos reconocidos en los incisos a), b), c) se extienden a la persona natural o jurídica que explote el fonograma bajo el amparo de una cesión o licencia exclusiva.

iii) El artículo 193° de Decreto Legislativo 822 establece que, de ser el caso, sin perjuicio de la aplicación de la multa, la autoridad impondrá al infractor el pago de las remuneraciones devengadas a favor del titular del respectivo derecho o de la sociedad que lo represente.

iv) Asimismo, el artículo 194° establece que el monto de las remuneraciones devengadas será establecido conforme al valor que hubiera percibido el titular del derecho o la sociedad que lo represente, de haber autorizado su explotación.

Agrega que el pago de los derechos de dichas remuneraciones en ningún caso supondrá la adquisición del derecho de autor por parte del infractor. En consecuencia, el infractor no quedará eximido de la obligación de proceder a regularizar su situación legal, obteniendo la correspondiente autorización o licencia pertinente.

De lo expuesto se advierte que del texto de la norma andina y la norma nacional se desprende que no se faculta al productor de fonogramas a autorizar la comunicación pública de fonogramas, por lo que, en virtud de lo establecido en el artículo 194° del Decreto Legislativo 822, no corresponde imponer a su favor un determinado monto por concepto de remuneraciones devengadas, ya que éste debe ser establecido en función de lo que hubiera percibido el titular del derecho o la sociedad que lo represente de haber autorizado su explotación.

Asimismo, cabe precisar que el mencionado artículo 194° señala que el pago de los

derechos de dichas remuneraciones en ningún caso supondrá la adquisición del derecho de autor por parte del infractor. Sin embargo, en el presente caso se está ante una infracción a los derechos conexos a los derechos de autor, ya que los productores de fonogramas sólo poseen el derecho de recibir una remuneración por la comunicación al público de fonogramas, la cual debe ser compartida por los artistas intérpretes o ejecutantes participantes en una fijación fonográfica determinada.

En tal sentido, no corresponde a la autoridad fijar remuneraciones devengadas a favor de los productores fonográficos.

7. Determinación de sanciones

A fin de determinar la sanción aplicable, el artículo 186° del Decreto Legislativo 822 señala que la autoridad podrá utilizar criterios como la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, el perjuicio económico causado la infracción, el provecho ilícito obtenido por el infractor y cualquier otro criterio, dependiendo del caso en particular.

Para imponer las sanciones, la Oficina de Derechos de Autor tomó en cuenta criterios como la conducta procesal de la denunciada, el provecho ilícito obtenido por la infractora y el perjuicio económico causado al titular de los derechos por la infracción cometida. La Oficina consideró pertinente aplicar a la denunciada la sanción de reparación de omisiones y, en ese sentido, ordenó el pago de las remuneraciones dejadas de pagar a la denunciante por un total de S/. 15 570,25 nuevos soles, correspondiente a la remuneración por la comunicación al público de fonogramas.

Al referirse a la reparación de omisiones, el jurista Ricardo Antequera indica que procederá particularmente cuando la infracción consista en que, siendo lícitos los ejemplares, se haya omitido en los mismos el nombre del autor, del productor o de cualquier otro titular del derecho que haya debido figurar en los mismos.¹⁰

¹⁰ ANTEQUERA, Ricardo y Marysol FERREYROS. Op. Cit., p. 496.

La Sala de Propiedad Intelectual considera que lo que busca la legislación al establecer como sanción la reparación de omisiones es poder ordenar al infractor que realice determinadas conductas que debió realizar para que dicha infracción no se configure, pero que no impliquen directamente una obligación de carácter monetario. En ese sentido, no resulta apropiado ordenar que vía reparación de omisiones se obligue al infractor a cumplir con el pago de la tarifa que dejó de pagar a favor de los productores fonográficos y de los artistas intérpretes y ejecutantes. Por tal motivo, deberá revocarse la resolución de la primera instancia en dicho extremo.

Es conveniente precisar que si bien la ley no establece la posibilidad del pago de remuneraciones devengadas a favor de los titulares de los derechos conexos, no se debe perder de vista que la denunciante puede acudir a la autoridad judicial para procurarse el pago de la tarifa respectiva, al ser una obligación de dar una suma de dinero.

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, ante infracciones a los derechos conexos, la autoridad administrativa podrá imponer cualquiera de las sanciones previstas en el artículo 188 del Decreto Legislativo 822, incluso la reparación de omisiones si el caso así lo amerita.

En ese sentido, teniendo en cuenta la prohibición de reforma en peor que establece el artículo 237.3 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Sala estima pertinente sustituir la sanción de reparación de omisiones por la de amonestación.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Primero: CONFIRMAR EN PARTE la Resolución N° 412-2006/ODA-INDECOPI de fecha 28 de noviembre del 2006, en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por Unión Peruana de Productores Fonográficos - UNIMPRO contra Promotora e Inversiones Palace S.A.C. por infracción a la legislación sobre Derecho de autor y derechos conexos, por el periodo comprendido entre agosto del 2005 y noviembre del 2005; MODIFICÁNDOLA en cuanto a la sanción impuesta de reparación de omisiones, sustituyéndola por AMONESTACIÓN.

Segundo: REVOCAR la Resolución N° 412-2006/ODA-INDECOPI de fecha 28 de noviembre del 2006, en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por Unión Peruana de Productores Fonográficos - UNIMPRO contra Promotora e Inversiones Palace S.A.C. por infracción a la legislación sobre Derecho de autor y derechos conexos, por el periodo comprendido entre octubre del 2001 y setiembre del 2005, declarando INFUNDADA la denuncia en dicho extremo.

Tercero: Dejar FIRME la Resolución N° 412-2006/ODA-INDECOPI de fecha 28 de noviembre del 2006 en lo demás que contiene.

Con la intervención de los vocales: Begoña Venero Aguirre, María Soledad Ferreyros Castañeda, Teresa Mera Gómez y Tomás Unger Golsztyn

BEGOÑA VENERO AGUIRRE
Presidenta de la Sala de Propiedad Intelectual