

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Remuneración por comunicación pública. Prestaciones fijadas en fonogramas.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Perú

**ORGANISMO:** Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOP

**FECHA:** 15-3-2007

**JURISDICCIÓN:** Administrativa

**FUENTE:** Texto de la Resolución en copia del original, cortesía del INDECOP

**OTROS DATOS:** Resolución 0544-2007/TPI-INDECOP

### 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”.*

**COMENTARIO:** La Resolución que se reseña no excluye que, como lo dispone la Ley 28131 del Artista Intérprete y Ejecutante de la República del Perú, dichos artistas tengan también el derecho a percibir una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas o incorporadas en obras audiovisuales grabadas o reproducidas de cualquier forma con fines comerciales mediante tecnología creada o por crearse, de modo que con independencia del derecho de remuneración correspondiente a las prestaciones artísticas incorporadas a grabaciones sonoras, previsto en la Ley sobre el Derecho de Autor, la ley especial del Artista Intérprete y Ejecutante amplía ese derecho a los intérpretes audiovisuales. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

### TEXTO COMPLETO:

#### I. ANTECEDENTES

Con fecha 1 de setiembre del 2005, Unión Peruana de Productores Fonográficos - UNIMPRO (Perú) presentó ante la Oficina de Derechos de Autor una denuncia administrativa contra Fantasy Club del Perú S.A. (Perú), conductora de los establecimientos denominados "Salón de Juegos Monos Dorados" y "Casino Texas Station"; por efectuar actos de comunicación pública de fonogramas musicales en los locales mencionados, sin cumplir con el pago de la

*remuneración equitativa y única a favor de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores fonográficos establecido en el Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. Manifestó lo siguiente:*

- i) *Mediante las actividades de divulgación e información que realiza UNIMPRO, la denunciada fue debidamente informada de la obligación de pagar la tarifa establecida como consecuencia de encontrarse realizando actos calificados como Comunicación Pública de fonogramas musicales, en sus*

establecimientos "Salón de Juegos Monos Dorados", ubicado en Av. Gran Chimú N° 901, San Juan de Lurigancho, y "Casino Texas Station", ubicado en la Av. La Marina N° 2430, San Miguel.

- ii) A finales del año 2003, la denunciada proporcionó a UNIMPRO información acerca de las características de los locales y horas de uso de música.
- iii) En julio del 2004, el Área de Fiscalización del INDECOPI realizó una visita de inspección en uno de los locales de la denunciada (Casino Texas Station), en el cual se verificó la comunicación pública de fonogramas y se obtuvo información respecto del negocio y de las características del local, conforme consta en el acta de inspección (la misma que obra en el expediente N° 743-2004/ODA).
- iv) Como consecuencia de la información obtenida, se realizó el cálculo de la tarifa correspondiente a los locales de la denunciada y se solicitó su cumplimiento mediante carta notarial del 16 de febrero del 2004.

Adjuntó diversos medios probatorios a fin de acreditar sus afirmaciones.

En atención a lo anterior, UNIMPRO solicitó lo siguiente:

- Que se ordene el pago a su favor de las sumas devengadas objeto de requerimiento, las mismas que, al mes de agosto del 2005, ascienden a S/. 102 609,93 incluido el impuesto general a las ventas (IGV), suma que corresponde a los 28 meses que van desde el 1 de octubre del 2001 hasta el 31 de enero del 2004, calculados en función a la suma mensual de S/. 1 834,61 más IGV.
- Que la denuncia se haga extensiva no sólo a los derechos impagos por parte de la denunciada sino también a los intereses legales correspondientes y a los montos que se devenguen en el transcurso del procedimiento.
- Que se ordene a la denunciada el pago de las costas y costos del presente procedimiento.

- Que 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 la denunciada.
- Que se ordene la publicación de la resolución condenatoria a costa de la denunciada.

Con fecha 15 de setiembre del 2005, UNIMPRO manifestó que no habiendo sido aún notificada su denuncia, la modifica en el sentido que la pretensión de pago de remuneraciones devengadas y por devengarse tiene adicionalmente como sustento legal para su procedencia lo dispuesto en el acápite c) del artículo 188 del Decreto Legislativo N° 822, el cual autoriza a la Oficina de Derechos de Autor a imponer como sanción la reparación de las omisiones.

Mediante proveído de fecha 18 de noviembre del 2005, la Oficina de Derechos de Autor admitió a trámite la denuncia interpuesta, corrió traslado de la misma a la denunciada por el plazo de 5 días a fin de que presente sus descargos y citó a las partes a una audiencia de conciliación a llevarse a cabo el 6 de diciembre del 2005.

Con fecha 5 de diciembre del 2005, Fantasy Club del Perú S.A. absolvió el traslado de la denuncia. Manifestó lo siguiente:

- i) No fueron debidamente informados de la obligación de pagar. Si bien recibieron una carta notarial con fecha 16 de febrero del 2004, la misma sólo contenía una exigencia de pago y no constituye de modo alguno información de una obligación, la relación de acreedor-deudor, la legalidad con la cual actúa la denunciante y, sobre todo, la representación que se atribuye.
- ii) La denunciante no puede afirmar que ha informado debidamente respecto de la obligación que reclama, ya que dicha información no puede simplemente limitarse a señalar que existe una deuda, su cuantía, así como la liquidación practicada. Oportunamente, solicitó a la denunciante que acredite la legitimidad de su exigencia, ya que

desconocen la identidad de los autores, compositores y editores que representan.

- iii) La legitimidad de las sociedades de gestión colectivas establecida en el artículo 147 del Decreto Legislativo 822 no es suficiente para ejercer la presente acción, toda vez que el mismo artículo la limita a los términos que resulten de sus propios estatutos, así como a la obligación de tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas en sus actividades de gestión, las tarifas y el repertorio de los titulares de derechos nacionales y extranjeros que administren, lo cual no ha sido cumplido por la denunciante. En ese sentido, no es suficiente la presentación de los estatutos, ellos deben acreditar la identidad de los titulares a quienes representan y éstos, a su vez, deben ser los titulares de los fonogramas utilizados por los usuarios.
- iv) Si bien la denunciante representa a un grupo de titulares fabricantes de fonogramas, no se ha acreditado de modo alguno que los fonogramas supuestamente utilizados les pertenezcan.
- v) El Tarifario de la denunciante es excesivo e irrazonable, constituyendo un abuso de posición dominante no acorde con el tarifario internacional, ya que la denunciante está en condiciones de controlar el mercado pertinente respecto del uso de fonogramas, imponiendo unilateralmente tarifas excesivas.
- vi) Si bien en sus locales utiliza música grabada, la misma es música secundaria para ambientación muy limitada, ello por la propia naturaleza de su actividad en la cual las máquinas emiten sonidos característicos fuertes que muchas veces no permiten a los usuarios escuchar otros sonidos o música emitida alrededor.

Adjuntó diversos medios probatorios a fin de acreditar sus afirmaciones.

Con fecha 6 de diciembre del 2005, se llevó a cabo la audiencia de conciliación programada,

en la cual, luego de las deliberaciones correspondientes, las partes solicitaron se realice una nueva audiencia, la misma que fue programada para el día 13 de diciembre del 2005, fecha en la cual no se pudo continuar con dicha audiencia debido a la inasistencia de la denunciada.

Mediante proveído de fecha 6 de diciembre del 2005, la Oficina declaró en rebeldía a la denunciada, al haber presentado sus descargos fuera del plazo correspondiente; no obstante, la tuvo por apersonada al procedimiento.

Mediante Resolución N° 333-2006/ODA-INDECOPI de fecha 20 de setiembre del 2006, la Oficina de Derechos de Autor declaró fundada la denuncia interpuesta por UNIMPRO contra Fantasy Club del Perú S.A. 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, así, el acto generador de la obligación de pago queda acreditado mediante el acta de inspección que consta en el expediente N° 514-2005/ODA.
- iii) Mediante carta notarial que obra a fojas 13 y 14 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.
- iv) 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, sin perjuicio que la denunciante solicite la reparación

- integral del daño producido por la vía jurisdiccional correspondiente.*
- v) *La denunciada ha efectuado actos de comunicación pública de fonogramas, por lo que debe imponérsele la sanción de reparación de omisiones.*
  - vi) *La denunciada ha cumplido con apersonarse al procedimiento y ha participado en una de las diligencias de conciliación, por lo que no se han configurado los supuestos necesarios para imponerle el pago de los costos en el presente procedimiento.*
  - vii) *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 infractora con la reparación de omisiones, en consecuencia, ordenó a la denunciada que cumpla con abonar a favor de la denunciante la suma de S/. 93 391,10 correspondiente a la remuneración por la comunicación al público de fonogramas.*
- *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 3 de octubre del 2006, Fantasy Club del Perú S.A. interpuso recurso de apelación reiterando sus argumentos. Añadió lo siguiente:*

- i) *La Resolución se sustenta en una supuesta legitimidad especial con que cuenta la denunciante, sin embargo, ésta no es absoluta, toda vez que sólo puede ejercerse en los términos que resulten de sus estatutos, los cuales no han sido analizados de modo alguno.*

- ii) *Si bien es cierto que es materialmente imposible acreditar todo el repertorio compuesto de miles y miles de obras y prestaciones protegidas, dicha circunstancia no se da en el presente caso, ya que no estamos frente a una sociedad de gestión colectiva de autores, compositores, intérpretes, etc., sino frente a productores de fonogramas, cuyo número es pequeño y mucho mas pequeño es el número de fonogramas materia de la inspección efectuada por el INDECOPI, lo cual no se ha analizado.*
- iii) *No se ha analizado lo expuesto en cuanto al Tarifario de UNIMPRO, el mismo que es evidentemente excesivo e irrazonable.*
- iv) *Se infringe el principio de razonabilidad, que obliga a la autoridad a adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida. Ello si se tiene en cuenta que, de acuerdo al acta de inspección, sólo se habría verificado el uso de un fonograma.*
- v) *Asimismo, la denunciada señaló que la Resolución impugnada infringe el principio de legalidad y adolece de falta de motivación.*

*Con fecha 26 de octubre del 2006, UNIMPRO absolvió el traslado de la apelación reiterando sus argumentos. Añadió lo siguiente:*

- i) *Sólo le basta presentar sus estatutos para probar la legitimidad que ostenta.*
- ii) *Su Tarifario se basa en criterios técnicos, conservando la equidad y proporcionalidad. Por tanto, resulta absurdo discutir un tema como el del Tarifario, al constituir un sobreseimiento a la materia, porque la cuestión de fondo es la infracción que cometió y sigue cometiendo la denunciada al resistirse a pagar la remuneración única y equitativa.*
- iii) *El hecho que en la visita inspectiva sólo se haya verificado el uso de un solo fonograma no quiere decir que basen su pretensión sólo en el mismo, sino que al verificarse la comunicación pública de fonogramas, se acredita que la*

denunciada realizó y continúa realizando actos de comunicación pública en su local.

- iv) En ningún momento se ha vulnerado la legalidad en el procedimiento.
- v) Sobre el principio de razonabilidad, la denunciada menciona en su apelación la defensa del ser humano, de la dignidad y otros temas adicionales, que para el presente caso devienen en irrelevantes.
- vi) Sobre la prueba en contrario, la imposibilidad de presentar pruebas, por parte de la denunciada, que desvirtúen su representación radica en el hecho que UNIMPRO se conduce de acuerdo a derecho, "radica en su propia responsabilidad". Este sistema de probanza ha sido establecido por la ley, y la administración al resolver lo único que hace es aplicarla al caso concreto.
- vii) La Sala de Propiedad Intelectual no es competente para pronunciarse acerca del alegado abuso de posición de dominio.
- viii) Es falso lo aludido por la infractora sobre la debida información, ya que en reiteradas oportunidades, tanto mediante comunicaciones epistolares como llamadas telefónicas, se les informó sobre su entidad y los derechos que administra y representa, y que los sujetos que hagan uso de la comunicación pública de fonogramas deberán cumplir con pagar la remuneración única y equitativa que la ley establece.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

La Sala de Propiedad Intelectual deberá determinar:

- a) Si Fantasy Club del Perú S.A. 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 explotación<sup>1</sup>.*

*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 utilidades y de la recaudación de las regalías)<sup>2</sup>.*

*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 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*

<sup>1</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. El Derecho de autor. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), Caracas, 1998, Tomo II, p. 683.

<sup>2</sup> FICSOR, Mihály. Administración Colectiva del Derecho De Autor y Los Derechos Conexos. OMPI, Ginebra 1991, pp. 6-7.

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 Fonogramas<sup>3</sup>, 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.

<sup>3</sup> Dicho Tratado entró en vigencia el 20 de mayo del 2002.

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.

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 regalías<sup>4</sup>.

No debe entenderse como que se trata de un único pago independientemente del número de utilizations, 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”<sup>5</sup>.

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.

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 utilizations 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 utilizations

<sup>4</sup> Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra 1982, p. 65.

<sup>5</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marysol FERREYROS. El Nuevo Derecho de Autor en el Perú. The Perú Reporting, Lima 1996, pp. 431 y 432.



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<sup>6</sup>.

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 miembros<sup>7</sup>. 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) que le concedió la autorización de funcionamiento como sociedad de gestión colectiva de los derechos conexos de los productores fonográficos, en la que 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*

<sup>6</sup> Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, (nota 4), p. 65.

<sup>7</sup> 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.

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 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 las declaraciones juradas efectuadas por la denunciada para el cálculo de la tarifa correspondiente, respecto a los locales "Texas Station Casino", ubicado en Av. La Marina 2430, San Miguel, y "Monos Dorados", ubicado en San Juan de Lurigancho (fojas 10 y 11).
- Copia del acta de la inspección realizada el 10 de julio del 2004 en el local de la denunciada ubicado en Av. La Marina 2430, San Miguel ("Texas Station Casino") (foja 12).

- Copia de la carta remitida por UNIMPRO a la denunciada con fecha 16 de febrero del 2004 (fojas 13 y 14).
- Copia de la carta remitida por la denunciada a UNIMPRO el 11 de marzo del 2004 (foja 51).

Como consecuencia de la diligencia de inspección solicitada por la denunciante, se constató que, el 10 de julio del 2004, Fantasy Club del Perú S.A. se encontraba efectuando la comunicación pública de fonogramas en uno de los establecimientos que conduce, denominado “Casino Texas Station”.

En efecto, en el acta de inspección, que obra a fojas 12 del expediente, se verificó que en dicho local se efectuaba la comunicación pública de fonogramas, como “Burbujas de Amor”, interpretado por Juan Luis Guerra y la agrupación musical 4.40<sup>8</sup>. Asimismo, en la carta notarial de fecha 11 de marzo del 2004 remitida a UNIMPRO por la denunciada (que obra a fojas 51), dicha parte señaló que: “En su actividad comercial de Sala de Juegos de Máquinas Tragamonedas si bien es cierto utiliza música grabada, ésta es una música secundaria para ambientación muy limitada...”; con lo que se acredita plenamente la comunicación pública de fonogramas por parte de la denunciada.

En la carta señalada en el párrafo anterior, la denunciada señaló que consideraba que los fonogramas que utiliza corresponden a autores y editores que UNIMPRO no representa. 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.

Mediante carta notarial del 16 de febrero del 2004 –que obra a fojas 13 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.

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 efectúa la denunciada, sin que Fantasy Club del Perú S.A. haya cumplido con el mismo, se concluye que la denunciada ha infringido lo dispuesto en la legislación sobre Derechos de Autor y derechos conexos.

#### 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 del 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

<sup>8</sup> Álbum: Bachata Rosa, Productor fonográfico: Karen Records. (Vid.: [www.guavaberry.net](http://www.guavaberry.net), [www.amazon.com](http://www.amazon.com)).

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 a 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 los productores fonográficos y artistas intérpretes y ejecutantes por un total de S/. 93,391.10, 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.<sup>9</sup>

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.

#### 8. De la alegada falta de motivación de la Resolución de primera instancia

Fantasy Club del Perú S.A. ha manifestado que la Resolución de Primera Instancia adolece de falta de motivación; asimismo, señaló que dicha Resolución infringe los principios de legalidad y razonabilidad, que obliga a la autoridad a adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida; contraviniendo lo dispuesto en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

De la revisión de la Resolución N° 333-2006/ODA-INDECOPI se desprende que la misma ha sido debidamente sustentada en el punto 3.6 respecto a los hechos y a la valoración de las pruebas presentadas, habiéndose expuesto las razones por las cuales consideró que la denunciada infringió la legislación sobre Derecho de Autor y derechos conexos, así como las normas aplicables al caso, lo que muestra que la resolución ha sido emitida conforme a ley, con motivación suficiente y observando los principios generales del Derecho Administrativo.

#### IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Primero: CONFIRMAR en parte la Resolución N° 333-2006/ODA-INDECOPI de fecha 20 de setiembre del 2006, en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por Unión Peruana de Productores Fonográficos - UNIMPRO contra Fantasy Club del Perú S.A. por infracción a la legislación sobre Derecho de autor y derechos conexos, modificándola en cuanto a la sanción impuesta de reparación de omisiones, sustituyéndola por la de AMONESTACIÓN.

<sup>9</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marysol FERREYROS. Op. Cit., p. 496.

Segundo: Dejar FIRME la Resolución N° 333-2006/ODA-INDECOPI de fecha 20 de setiembre 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