

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Entidades de gestión colectiva. Legitimación. Presunción.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Perú

ORGANISMO: Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI

FECHA: 15-3-2007

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto original del fallo cortesía del INDECOPI

OTROS DATOS: Resolución 0545-2007/TPI-INDECOPI

SUMARIO:

“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 ...”.

COMENTARIO: Existe la tendencia mayoritaria en la legislación comparada a disponer que las entidades de administración colectiva están legitimadas para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales. Pero como se trata de una presunción el usuario que pretenda rebatirla debe demostrar que: a) la entidad que demanda el pago no ha cumplido con los requisitos exigidos por la legislación nacional para funcionar o, en los términos de la autorización concedida, no está facultada para administrar el

género o la modalidad de explotación en que fundamenta su reclamo; b) no utiliza ninguna obra, prestación o producción administrada por la entidad reclamante, a menos que en virtud de una disposición existente en el país respectivo, una sociedad de gestión tenga confiada “*ope legis*” la administración de todo el repertorio que se explota en el territorio nacional; c) solamente usa obras, prestaciones o producciones bajo el amparo de licencias “*creative commons*”, que le permiten libremente la modalidad de explotación que realiza; d) todas las obras, prestaciones o producciones que conforman su explotación se encuentran en el dominio público, salvo que en el país respectivo exista legalmente el “*dominio público oneroso*”, por el cual el uso de las obras, prestaciones o producciones que han ingresado al patrimonio cultural común es libre, pero sometido al pago de una contraprestación; o, e) la utilización que efectúa está amparada por una limitación legal expresa al derecho del titular de autorizar o no el uso de su obra, prestación o producción o, en su caso, de recibir una remuneración por esa explotación. © **Ricardo Antequera Parilli, 2011.**

TEXTO COMPLETO:

Lima, quince de marzo del dos mil siete.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de setiembre del 2004, Unión Peruana de Productores Fonográficos - UNIMPRO (Perú) interpuso una denuncia administrativa en contra de Telefónica Multimedia S.A.C. (Perú), por infracción a la Ley sobre Derecho de Autor -Decreto Legislativo 822-, por haber efectuado actos de comunicación pública de fonogramas musicales, 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 dicha norma. Manifestó lo siguiente:

- i) Es una sociedad de gestión colectiva autorizada para funcionar como tal por Resolución N° 000147-2001/ODA-INDECOPI.
- ii) La denunciada viene efectuando actos de comunicación pública de música grabada (fonogramas musicales y/o literario musicales) sin pagar la remuneración equitativa y única a favor de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores fonográficos. En efecto, la denunciada, a través de la programación televisiva del servicio de televisión por cable “Cable Mágico”, difunde diversa programación diaria de contenido musical, la que comunica a sus abonados y público en general, por

lo que debe pagar una tarifa que ha sido debidamente publicada.

- iii) *La denunciada tiene más de 80 canales que transmiten una programación diaria con contenido musical, lo cual se puede verificar a través de su revista CABLE TV, dentro de los cuales se encuentran también los canales Premium, que también tienen contenido de música grabada.*
- iv) *A pesar de sus requerimientos, la denunciada no ha proporcionado la información que permita efectuar la liquidación de los derechos correspondientes por los actos materia de la infracción.*
- v) *Se debe tener en consideración que los actos infractores de la denunciada vienen afectando a los titulares de los derechos de propiedad intelectual debidamente representados por su institución.*

En atención a lo anterior, solicitó lo siguiente:

- *Se declare como actos de infracción a los derechos de autor y derechos conexos, la comunicación pública de fonogramas musicales y/o literario musicales efectuada por la denunciada.*
- *Se ordene la suspensión de los actos infractores por parte de la denunciada.*
- *Se ordene el pago de una multa acorde con la gravedad de la infracción y con el daño económico ocasionado por la denunciada.*
- *Se ordene el pago de una indemnización*

equivalente a 15 U.I.T. a favor de la denunciante.

- *Se ordene el pago de costas y costos por parte de la denunciada.
Se ordene la exhibición de los libros y registros contables de la denunciada, en donde consten sus ingresos por venta de publicidad y cuotas de abonados, a partir del 17 de febrero de 2002, fecha en que entró en vigencia el Tarifario de la denunciante, así como toda la información referida a la organización de su negocio de televisión por cable.*
- *Se ordene el pago de los derechos devengados, por lo que se reservó el derecho de ampliar la presente denuncia haciéndola extensiva a tales sumas.*
- *Que la denuncia se haga extensiva también a los intereses legales correspondientes.*
- *Se publique la Resolución condenatoria a costa de la denunciada.*
- *Se ordene como medida cautelar una inspección sin notificación previa en el local de la denunciada, con el objeto de comprobar la infracción.*
- *Se ordene como medida cautelar el cese inmediato de la actividad ilícita.*

La denunciante adjuntó diversos documentos en calidad de medios probatorios.

Mediante proveído de fecha 24 de setiembre del 2004, la Oficina de Derechos de Autor admitió a trámite la denuncia, corrió traslado de la misma a la denunciada y citó a las partes a una audiencia de conciliación a llevarse a cabo el 5 de julio del 2005¹. Asimismo, dispuso lo siguiente:

- *Bajo cuenta, costo y riesgo de la denunciante, la inspección a llevarse a cabo en el mes de octubre de 2004 en el local de la denunciada.*
- *Declaró improcedente la solicitud de indemnización y el pago de remuneraciones devengadas.*
- *Declaró improcedente la solicitud de*

¹ Dicha audiencia de conciliación fue posteriormente postergada para el día 16 de julio del 2004, fecha en la cual no se pudo llevar a cabo la misma debido a la incomparecencia de la parte denunciada.

medida cautelar de cese de la actividad ilícita.

Con fecha 15 de octubre del 2004, se realizó la diligencia de inspección en las oficinas de la empresa Telefónica Multimedia S.A.C. Al constituirse los funcionarios a cargo de la diligencia en el local de la denunciada, con la autorización de la misma, procedieron a grabar los canales correspondientes a su servicio de televisión por cable en un soporte magnético (cinta VHS) que forma parte del acta. Al requerirle a la denunciada la exhibición de facturas, libros, registros, boletas de venta, y cualquier tipo de documento que permitiera evaluar los ingresos por venta en publicidad y cuotas de abonados a partir del 17 de febrero del 2002, la denunciada manifestó que no tenía disponible dicha documentación y se comprometió a presentarla posteriormente a la Oficina.

Con fecha 22 de octubre del 2004, UNIMPRO interpuso recurso de apelación contra lo dispuesto en los numerales cuarto y quinto de la resolución de fecha 24 de setiembre del 2004².

En la misma fecha, Telefónica Multimedia S.A.C. absolvió el traslado de la denuncia interpuesta, manifestando lo siguiente:

- i) *Es concesionaria del servicio público de distribución de radiodifusión de televisión por cable, servicio que brinda a sus suscriptores de conformidad con el contrato de concesión suscrito con el estado peruano.*
- ii) *La denunciada no se ha negado a pagar los derechos señalados por la legislación sobre Derecho de Autor,*

² Sobre el particular, mediante Resolución N° 0153-2005/TPI-INDECOPI del 17 de febrero del 2005, la Sala de Propiedad intelectual declaró NULO el concesorio del recurso de apelación, en el extremo referido a la impugnación de la improcedencia de la medida cautelar de cese de la actividad ilícita; asimismo, declaró NULO el numeral quinto del proveído de fecha 24 de setiembre del 2004, que declaró improcedente la solicitud de la denunciante para que se le reconozca el pago de una indemnización y de remuneraciones devengadas.

siempre y cuando UNIMPRO acredite plenamente la representación solicitada, dada la pública controversia sostenida con ANAIE. En ese sentido, la existencia de un proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial ocasionaba incertidumbre sobre el acreedor.

- iii) *La denunciada se encuentra a la espera del ofrecimiento de UNIMPRO en cuanto a que le remitiría copia de la Resolución que pone fin al proceso antes señalado.*
- iv) *Si bien los productores fonográficos tienen un derecho de remuneración a su favor, se debe tener en cuenta que los organismos de radiodifusión, al suscribir los contratos respectivos, asumen frente a la denunciada la responsabilidad sobre los contenidos de los programas, declarando que cuentan con todas las autorizaciones y licencias requeridas para el uso de obras de propiedad de terceros.*

La denunciada presentó medios probatorios, así como la información solicitada en la diligencia de inspección, solicitando que se mantenga en reserva.

Con fecha 16 de julio de 2004, Unión Peruana de Productores Fonográficos- UNIMPRO presentó un escrito reiterando sus argumentos.

Con fecha 9 de marzo del 2006, la denunciada presentó un escrito reiterando sus argumentos.

Mediante Resolución N° 315-2006/ODA-INDECOPI de fecha 4 de setiembre del 2006, la Oficina de Derechos de Autor declaró fundada la denuncia por infracción al artículo 37° de la Decisión Andina 351 y al artículo 137 del Decreto Legislativo 822, interpuesta contra Telefónica Multimedia S.A.C. Consideró lo siguiente:

- i) *Los actos de comunicación pública de fonogramas efectuados por la denunciada se encuentran acreditados mediante el acta de inspección efectuada en el local de la denunciada.*
- ii) *Se ha acreditado que la denunciada*

emite mediante cable señales de origen a través de sus propios canales. Al usar fonogramas como cortina o fondo musical en sus programas, debió solicitar, en calidad de productor audiovisual, la autorización de los productores de fonogramas a fin de poder incluirlos. Del mismo modo, respecto a los otros canales que retransmite captados mediante satélite, en este caso, no debió pedir autorización para la inclusión de fonogramas pero si debió abonar la remuneración por comunicación al público del fonograma en fijaciones audiovisuales no consideradas como obras, transmitidas dentro de la programación del emisor de origen.

- iii) *De lo actuado, ha quedado acreditada la negativa por parte de la denunciante de abonar la remuneración equitativa y única reconocida a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes y ejecutantes.*

En atención a lo anterior, la Oficina dispuso lo siguiente:

- *Ordenó como reparación de omisiones el pago a favor de la denunciante de la tarifa correspondiente.*
- *Denegó la solicitud de reconocimiento de remuneraciones devengadas, la solicitud de indemnización de la denunciante, el pago de costos y costas del procedimiento y la solicitud de publicación de la presente resolución.*
- *Ordenó la inscripción de la resolución en el Registro de Infractores a la Legislación sobre Derechos de Autor.*

Con fecha 25 de enero del 2006, Telefónica Multimedia S.A.C. interpuso recurso de apelación, reiterando sus argumentos. Indicó que la infracción supuestamente cometida nunca fue acreditada por UNIMPRO con medios probatorios idóneos.

Con fecha 3 de enero del 2007, Telefónica Multimedia S.A.C. solicitó la realización de informe oral, pedido que fue concedido por la Sala mediante providencia del 5 de enero del 2007.

Con fecha 12 de enero del 2007, UNIMPRO solicitó el uso de la palabra, ante lo cual, mediante providencia del 15 de enero del 2007, la Secretaría Técnica señaló que el informe oral citado rige para ambas partes. Igualmente, mediante providencia del 6 de febrero del 2007, se programó la realización del informe para el día 27 de febrero del 2007.

Con fecha 27 de febrero del 2007 se realizó el informe oral solicitado por las partes, conforme al acta que obra a fojas 270 del expediente.

Con fecha 27 de febrero del 2007, la denunciada presentó un escrito con sus alegatos.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

La Sala de Propiedad Intelectual deberá determinar:

- a) Si Telefónica Multimedia 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 a 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 explotación³.

La gestión colectiva se hace aun más imperiosa cuando se trata del repertorio extranjero, ya que

³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. El Derecho de Autor. Ed. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), Caracas, 1998, Tomo II, p. 683.

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)⁴.

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 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.

⁴ FICSOR, Mihály. Administración Colectiva del Derecho De Autor y Los Derechos Conexos OMPI, Ginebra 1991, pp. 6-7.

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 Fonogramas⁵, 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.

Respecto al monto que le corresponde a cada uno de estos dos grupos, el Decreto Legislativo 822 deja a libertad a las partes a 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 ejecutante 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 permitido 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 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 regalías⁶.

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

⁵ Dicho Tratado entró en vigencia el 20 de mayo del 2002.

⁶ Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra 1982, p. 65.

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”⁷.

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

⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y Marysol FERREYROS CASTAÑEDA. El Nuevo Derecho de Autor en el Perú. Editorial Perú Reporting, Lima 1996, pp. 431 y 432.

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 utilidades secundarias de los fonogramas donde se incluyan sus interpretaciones o ejecuciones, un porcentaje de lo que recauden los productores de fonogramas.

Acercas 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*⁸.

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 miembros⁹. Ello debido a que la Unión Peruana de Productores Fonográficos – 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 mandantes para los efectos de la*

⁸ Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, (nota 6), p. 65.

⁹ 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.

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 Derecho 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 los siguientes medios probatorios aportados por las partes:

- *Copia de las cartas remitidas por UNIMPRO a la denunciada con fechas 16 de setiembre del 2002, 6 de junio del 2003, 19 de agosto del 2003, 9 de enero del 2004, 16 de enero del 2004, 27 de enero del 2004 y 13 de febrero del 2004 (de fojas 9 a 21 del expediente).*
- *Copia de las cartas remitidas por Telefónica Multimedia S.A.C. a la denunciante con fechas 14 de enero del 2004, 20 de enero del 2004 y 12 de febrero del 2004.*

- 3 ejemplares de la revista de programación del servicio "Cable Mágico", denominada "Cable TV", correspondientes a setiembre de 2003, enero y agosto del 2004.
- El acta de la inspección realizada el 15 de octubre del 2004 (de fojas 35 a 36), la misma que incluye 1 cassette VHS.
- Copia de las cartas remitidas a la denunciada por MTV Networks Latin America, Inc. el 6 de marzo del 2003, y por VISAT el 4 de marzo del 2003 (fojas 67 y 68).
- Copia de las cartas remitidas a la denunciada el 12 de diciembre del 2002 y el 20 de febrero del 2003, por parte de Bracamonte, Lamas Puccio, De Piérola, Clarke, Del Rosario & Abogados (fojas 69 a 72).
- Copia de las cartas remitidas por la denunciada a Bracamonte, Lamas Puccio, De Piérola, Clarke, Del Rosario & Abogados, los días 5 de febrero y 11 de marzo del 2003 (fojas 73 a 75).
- 1 sobre conteniendo 47 fojas de documentos que contienen información reservada, de acuerdo a lo señalado mediante providencia del 15 de noviembre del 2004.
- Copia de la carta remitida por UNIMPRO y ANAIE a la denunciada el 1 de abril del 2002.
- Copia de la Resolución N° 13 recaída en el expediente N° 1262-2003 de la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- Copia de la carta remitida por la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos (ACIMPRO) el 20 de setiembre del 2005.
- Copia de las constancias emitida por la Sociedad de Gestión de los Productores Fonográficos del Paraguay (SGP), por la Cámara Uruguaya de Productores de Fonogramas y Videogramas (CUD), y por la Asociación Venezolana de Intérpretes y Productores Fonográficos (AVIMPRO).
- Copia de la carta remitida en conjunto por la Asociación Argentina de Intérpretes Musicales (AADI) y la Cámara Argentina de Productores de fonogramas y Videogramas (CAPIF).

De la revisión de lo actuado se advierte que, como consecuencia de la diligencia de inspección solicitada por la denunciante, se constató que, con fecha 15 de octubre del 2004, Telefónica Multimedia S.A.C. se encontraba comunicando públicamente fonogramas e interpretaciones artísticas, a través de la programación del servicio de televisión por cable que conduce, denominado "Cable Mágico".

Entre los fonogramas comunicados tenemos los siguientes:

Título	Álbum	Intérprete(s)	Productor fonográfico	Medio de transmisión
Besela ya	Bacilos	Bacilos ¹¹	Warner Music Latina	Canal 6, Plus TV, programa "Oh-Diosas" (cortina musical)
Oye el boom	Bulería	David Bisbal ¹²	Universal Latino	Canal 11, OK TV (cortina musical)
Como tú	El Rock de Pueblo	Carlos Vives ¹³	EMI Latin	Canal 11, OK TV (cortina musical)
Hey Mama	Elephunk	Black Eyed Peas ¹⁴	A&M	Canal 11, OK TV (cortina musical)
Nada valgo tu amor	Mi sangre	Juanes ¹⁵	Universal Latino	Canal 45, Uranio 15 (cortina musical)

¹⁰ Vid.: www.amazon.com

¹¹ Vid.: www.bacilos.com

¹² Vid.: www.davidbisbal.com

¹³ Vid.: www.carlosvives.com

¹⁴ Vid.: www.blackeyedpeas.com

¹⁵ Vid.: www.juanes.net

De fojas 9 a 21 del expediente, obran copia de las cartas remitidas por la denunciante a la denunciada con fechas 16 de setiembre del 2002, 6 de junio del 2003, 19 de agosto del 2003, 9 de enero del 2004, 16 de enero del 2004, 27 de enero del 2004 y 13 de febrero del 2004; mediante las cuales UNIMPRO requirió a la denunciada información para el cálculo de la tarifa correspondiente e incluso el pago de la misma, sin obtener resultado alguno.

En tal sentido, al no haber Telefónica Multimedia S.A.C. cumplido con el pago del derecho de remuneración a favor de los productores fonográficos y artistas intérpretes y ejecutantes a favor de UNIMPRO, no obstante los requerimientos efectuados por dicha sociedad de gestión colectiva, 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 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.
La inclusión de sus fonogramas en obras audiovisuales.
- d) La modificación de sus fonogramas por medios técnicos.
- e) 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 la sanción de reparación de omisiones a la denunciada, en ese sentido, ordenó el pago de las remuneraciones dejadas de pagar a los productores fonográficos y artistas intérpretes y ejecutantes.

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.¹⁶

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.

¹⁶ ANTEQUERA, Ricardo y Marysol FERREYROS. El Nuevo Derecho de Autor en el Perú. Editorial The Perú Reporting, Lima, 1996. p. 496.

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.

Si bien en casos anteriores similares¹⁷, la Sala de Propiedad Intelectual ha considerado apropiado aplicar la sanción de multa, en el caso concreto corresponde imponer a la denunciada la sanción de amonestación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 237 numeral 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Primero: CONFIRMAR EN PARTE la Resolución N° 0315-2006/ODA-INDECOPI de fecha 4 de setiembre del 2006, en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada contra Telefónica Multimedia S.A.C.; modificándola en cuanto a la sanción impuesta, sustituyendo la sanción de reparación de omisiones por la de AMONESTACIÓN.

Segundo: Dejar FIRME la Resolución N° 0312-2005/ODA-INDECOPI de fecha 4 de setiembre del 2006 en lo demás que contiene.

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

BEGOÑA VENERO AGUIRRE

Presidenta de la Sala de Propiedad Intelectual

¹⁷ Vid. Resolución 562-2005/TPI-INDECOPI.