



## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 16 de julio de 2018

**Proceso:** 286-IP-2016

**Asunto:** Interpretación Prejudicial

**Consultante:** Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

**Expediente interno Del Consultante:** 295-2015

**Referencia:** Pago de la remuneración por la comunicación pública de fonogramas

**Magistrado Ponente:** Hernán Rodrigo Romero Zambrano

### VISTOS

En Oficio 116-2016-SDCSP-C/PJ de 25 de abril del 2016, recibido vía courier el 03 de junio del mismo año, mediante el cual la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, solicitó Interpretación Prejudicial del Artículo 37 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el Proceso Interno 295-2015; y,

El Auto del 11 de mayo de 2017, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

### A. ANTECEDENTES

#### Partes en el Proceso Interno:

**Demandante:** UNIÓN PERUANA DE PRODUCTORES FONOGRAFICOS – UNIMPRO

**Demandada:** INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI) DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

## **B. ASUNTO CONTROVERTIDO**

De la revisión de los documentos remitidos por el consultante se desprende que el asunto controvertido en el proceso interno versa sobre el alcance y potestad que poseen o no las sociedades de gestión colectiva para el cobro de remuneraciones por la comunicación pública de fonogramas.

## **C. NORMA A SER INTERPRETADAS**

La Sala consultante solicitó Interpretación Prejudicial del Artículo 37 de la Decisión 351<sup>1</sup> de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el mismo que se limitará a la interpretación del Literal d), que trata sobre las remuneraciones por utilización de fonogramas.

De oficio se interpretarán los Artículos 3 de la Decisión 351<sup>2</sup> de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, dado que es importante analizar la definición de un fonograma.

## **D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN**

1. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos.
2. Legitimación activa de las sociedades de gestión colectiva para recaudación.

---

<sup>1</sup> **Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina**

**Artículo 37.-** 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.

<sup>2</sup> **Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina**

**Artículo 3.-** A los efectos de esta Decisión se entiende por:

- **Fonograma:** Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.

## E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

### 1. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos.

1.1. Dado que la demandante —en su calidad de sociedad de gestión colectiva de derechos conexos— cuestionó el hecho de que el demandado no le haya reconocido el pago de remuneraciones devengadas por los actos de comunicación pública de fonogramas que se encontrarían bajo su administración efectuados por DEPORTE & SALUD E.I.R.L., en el marco del procedimiento por infracción que le inició a éste último, corresponde analizar el tema propuesto.

#### Definición

1.2. El Artículo 3 de la Decisión 351 define al productor fonográfico como [la] *“Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos”*.

1.3. Los productores de fonogramas, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y los organismos de radiodifusión, son titulares derechos conexos, los cuáles se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada<sup>3</sup>.

1.4. La normativa andina reconoce a los productores de fonogramas derechos de carácter patrimonial, por cuanto se sustenta en el esfuerzo e inversión realizada por estos titulares para difundir sus fonogramas al público. Entiéndase como **fonograma** a *“Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.”*<sup>4</sup>

1.5. Siendo ello así, el Artículo 37 de la Decisión 351 establece específicamente que los productores de fonogramas cuentan con los siguientes derechos exclusivos:

“(…)

- 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*

<sup>3</sup> Ver a modo referencial, la Intepretación Prejudicial recaída en el Proceso 371-IP-2017 del 8 de febrero de 2018.

<sup>4</sup> Definición desarrollada en el Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

- d) *de distribución al público; y,*  
**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.**

(subrayado y resaltado, fuera del texto)

- 1.6. En esa misma línea, el Artículo 10 de la Convención de Roma establece que los productores de fonogramas gozarán de la facultad de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas<sup>5</sup>.
- 1.7. Teniendo en cuenta lo anterior, ninguna persona puede reproducir —sea de forma directa o indirecta—, importar y distribuir fonogramas sin contar con la autorización del productor del mismo. Asimismo, este percibirá una remuneración única por cada utilización de sus fonogramas o copias con fines comerciales.
- 1.8. Sobre este último punto, referido al pago de una remuneración por cada uso o copia de un fonograma protegido, el Artículo 12 de la Convención de Roma ha dispuesto lo siguiente:

#### **“ARTÍCULO 12**

*[Utilización secundarias de los fonogramas]*

*Quando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen 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, o 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 efectuará la distribución de las remuneraciones”*

- 1.9. En ese sentido, la norma es clara al imponer a quien utilice un fonograma publicado con fines comerciales o cuando la reproducción de ese fonograma se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación, el pago de una remuneración equitativa y única. Dicho pago será abonado a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes o a los productores de fonogramas o atribuírselo a la vez a ambos.
- 1.10. Cabe precisar que el pago que se le otorga a los productores fonográficos por el uso de sus fonogramas es denominado por la normativa como *Remuneración Equitativa y Única*, más no como *Remuneración*

---

<sup>5</sup> **Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.-**

#### **“ARTICULO 10**

*[Derecho de reproducción de los productores de fonogramas]*

*Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.”*

*Devengada.*

1.11. Lo señalado en párrafos anteriores se encuentra debidamente concordado con lo dispuesto en el Artículo 15 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT o TOIEF por sus siglas en español), el cual dispone que las partes contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deberá ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos<sup>6</sup>.

1.12. Del mismo modo, la normativa andina condiciona el pago antes señalado a los siguiente requisitos:

- Que el fonograma haya sido publicado con fines comerciales.

Es decir, no se encontrarán contemplados en este supuesto aquellos fonogramas que no se publiquen con el propósito de obtener un beneficio comercial.

- Que el fonograma sea utilizado única y directamente para: (i) la radiodifusión; o, (ii) cualquier forma de comunicación al público.

Entiéndase como comunicación pública al acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso al fonograma.

1.13. Resulta necesario precisar que la protección analizada podrá ser ampliada —más no reducida— por las legislaciones nacionales. No obstante, en aplicación al principio del complemento indispensable la legislación de los países miembros podrán determinar las condiciones o montos en lo que se efectuará la distribución de la referida remuneración.

1.14. Asimismo, resulta necesario indicar que los productores de fonogramas pueden efectuar la defensa, así como la recaudación económica de sus derechos conexos por sí mismos (gestión individual) o confiar su administración a una sociedad de gestión colectiva, tal como sucede en

---

<sup>6</sup> **Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)**

**“Artículo 15**

*Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público*

- 1) *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.*
- 2) *Las Partes Contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deba ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos. Las Partes Contratantes pueden establecer legislación nacional que, en ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma, fije los términos en los que la remuneración equitativa y única será compartida entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.”*

el caso en concreto.

- 1.15. En consecuencia, una sociedad de gestión colectiva válidamente autorizada por la Autoridad competente podrá administrar los derechos conexos de sus asociados. Su existencia se justifica en el sentido de velar por la protección de los derechos de los productores fonográficos, siempre y cuando su misión esté en armonía con las disposiciones legales.

## **2. Legitimación activa de las sociedades de gestión colectiva para recaudación**

- 2.1. En el presente proceso, el INDECOPI señaló que dada la naturaleza de UNIMPRO no le corresponde el derecho de percibir remuneraciones devengadas en tal sentido se analiza el tema propuesto.
- 2.2. Existe consenso en la doctrina en que las funciones principales de las sociedades de gestión colectiva son la negociación, la recaudación y la repartición de las regalías por concepto de explotación de los derechos cuya administración le ha sido encargada<sup>7</sup>. En consecuencia, la gestión colectiva se organiza en torno a dos ejes: la percepción y la repartición de regalías.
- 2.3. Con relación a la negociación de remuneraciones, esta puede realizarse de manera individual por los artistas intérpretes o ejecutantes por sí mismos. En tal sentido, la sociedad de gestión colectiva únicamente se encuentra a cargo de recolectar el dinero en nombre de los artistas e intérpretes sobre la base de un mandato individual o de la ley. La negociación puede ser igualmente realizada de manera colectiva por las organizaciones sindicales que representan a los artistas intérpretes o ejecutantes en virtud de convenciones colectivas, en cuyo caso las sociedades de gestión colectiva estarían solamente a cargo de la percepción o recaudación de las remuneraciones correspondientes y de su posterior repartición<sup>8</sup>.
- 2.4. Adicionalmente, es preciso señalar que, en virtud de los avances tecnológicos modernos, los derecho-habientes actualmente pueden gestionar sus derechos ellos mismos, empleando, por ejemplo, soluciones tales como aplicar marcas de agua en sus obras o medidas de limitaciones técnicas de utilización de obras. En consecuencia, puede que los autores decidan gestionar sus derechos ellos mismos por suponer

---

<sup>7</sup> VINCENT, Jean. *Droit des arts visuels : contrats d'auteurs*. Éditions Lamy, Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2010, p. 143.

<sup>8</sup> PÉREZ SOLIS, Miguel. *WIPO International Forum (Foro Internacional de la OMPI)*, realizado en Sevilla, España, en 1997. Noveno panel de discusión: "Collective Management in Developing Countries" (*Gestión Colectiva en Países en Desarrollo*), Carlos Fernández Ballesteros (moderador), p. 156 y ss.

mayores beneficios que la gestión colectiva de dichos derechos<sup>9</sup>.

- 2.5. En principio, cada titular de derechos es libre para decidir si los gestiona directamente por sí mismo (gestión individual) o si confía su administración a la entidad que corresponda en razón de su objeto (gestión colectiva)<sup>10</sup>. Sin embargo, cabe apuntar que, en el caso de las gestiones colectivas obligatorias, a falta de representación por parte de una sociedad de gestión colectiva, los derecho-habientes no podrán ejercer sus derechos ellos mismos<sup>11</sup>.
- 2.6. En los supuestos de gestión colectiva obligatoria, el desempeño por parte de las entidades de su función de administración de derechos se produce sin necesidad de celebrar con los titulares el contrato de gestión. El efecto inmediato principal de la gestión colectiva obligatoria es el que el correspondiente titular del derecho no podrá ejercerlo de modo individual<sup>12</sup>.
- 2.7. Por otra parte, incluso si son miembros de una sociedad de gestión colectiva, estos pueden tener interés, en ciertos casos, en retirar una obra precisa del mandato de gestión confiado a dicha sociedad para gestionar directamente ellos mismos la correspondiente obra. Por ejemplo, si un compositor crea una música por encargo específico, puede ser apropiado negociar directamente con el usuario o destinatario de la obra por encargo y así retirar la respectiva obra del mandato de gestión otorgado a la sociedad de gestión colectiva correspondiente<sup>13</sup>.
- 2.8. Cada sociedad de gestión colectiva representa a sus miembros en los límites de su mandato de representación convenido con los mismos (contrato o convención colectiva), o derivado de la legislación nacional o de su propio estatuto. Ello supone que, la sociedad de gestión colectiva puede representar únicamente a sus miembros y no a terceros. Adicionalmente, la sociedad de gestión colectiva solamente podrá representar a sus miembros para:
- Las obras cuya gestión ha sido confiada por sus miembros; y,
  - Los usos cuya gestión ha sido confiada por sus miembros o por la ley<sup>14</sup>.
- 2.9. En consecuencia, es posible que, por ejemplo, un autor sea miembro de una sociedad de gestión colectiva pero que le haya confiado a esta

<sup>9</sup> KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

<sup>10</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant le Blanch, 2001, p. 280.

<sup>11</sup> KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

<sup>12</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Op. Cit.*, p. 282.

<sup>13</sup> KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

<sup>14</sup> *Ibidem.*

únicamente la gestión de sus derechos sobre ciertas obras de su autoría y solo para ciertos usos. En tal caso, para las demás obras de dicho autor, la sociedad de gestión colectiva no tendrá poder de representación y el autor podrá ejercer sus derechos por sí mismo. En efecto, el derecho-habiente no se encuentra obligado a afiliarse a una sociedad de gestión colectiva<sup>15</sup>. Exceptuando eventuales excepciones previstas por ley, este podrá gestionar sus derechos por sí mismo (Artículo 44 de la Decisión 351).

- 2.10. Adicionalmente, cabe indicar que el sistema de reparto tiene que estar predeterminado en los estatutos o los reglamentos internos de la correspondiente sociedad de gestión colectiva<sup>16</sup>. De este modo, cuando la norma comunitaria andina, en el Literal e) del Artículo 45, hace alusión a “distribución equitativa”, significa que la participación de los titulares de los derechos en el reparto ha de ser “proporcional” a la utilización de sus obras<sup>17</sup>.
- 2.11. Se debe determinar la legitimidad de la sociedad de gestión colectiva para recaudar pagos por concepto de uso de determinados derechos sobre la base del contenido del mandato legal y estatutario. Cabe indicar que no solo se debe determinar la legitimidad de la misma para recaudar regalías, sino también los destinatarios de dicha legitimación. Al respecto, es preciso tener en cuenta que ciertas categorías de titulares tienen intereses distintos, incluso opuestos. Tal es el caso de los productores de fonogramas, de un lado, y de los artistas intérpretes o ejecutantes del otro. De esta manera, si uno toma el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, por ejemplo, debe determinarse si se representa únicamente a los artistas intérpretes ejecutantes de música o los artistas intérpretes o ejecutantes de lo audiovisual, o ambos<sup>18</sup>. En otras palabras, debe verificarse que los derechos administrados por la sociedad de gestión colectiva correspondan al objeto o fines de la misma.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por la Sala consultante al resolver el Proceso Interno 286-2016, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente Interpretación Prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

---

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Op. Cit.*, p. 283.

<sup>17</sup> Cabe comentar que, la remuneración proporcional es también el modo normal de retribuir al titular que cede sus derechos. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Op. Cit.*, pp. 283-284.

<sup>18</sup> PÉREZ SOLIS, Miguel. “WIPO International Forum”, *Op. Cit.*, p. 156.



Cecilia Luisa Ayllón Quinteros  
**MAGISTRADA**

Luis Rafael Vergara Quintero  
**MAGISTRADO**

Hernán Rodrigo Romero Zambrano  
**MAGISTRADO**

Hugo Ramiro Gómez Apac  
**MAGISTRADO**

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente interpretación prejudicial el Presidente y el Secretario (E).

Luis Rafael Vergara Quintero  
**PRESIDENTE**

Eduardo Almeida Jaramillo  
**SECRETARIO (E)**

Notifíquese a la Sala consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.