

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre la Resolución
059-2020/SDC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autor:

Lizeth Tatiana Aroni Dolores

Asesor(es):

Alex Ever Sosa Huapaya

Lima, 2022

Resumen

La industria musical en el Perú ha evolucionado constantemente, es así que se evidencia un aumento en el consumo de la misma. Ante este escenario, aparecen en el mercado diversos agentes que proponen entregar música sin incurrir en costos de transacción con el autor o titular, es decir, son proveedores de música que entregan autorizaciones o licencias de uso de la obra. Asimismo, encontramos a las sociedades de gestión colectiva que, igualmente, entregan autorizaciones a terceros para el uso de las obras que administra. Aparentemente podríamos inferir que los proveedores de música y las sociedades de gestión colectiva compiten entre ellos. Sin embargo, de un análisis de ambos podría identificar que cuentan con características que les impide competir sobre ciertos aspectos de la gestión de obras.

En el presente informe académico se desarrollará una crítica respecto al pronunciamiento señalado por INDECOPI en la Resolución N° 059-2020/SDC-INDECOPI. La referida resolución trae a colación la figura del sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al cumplimiento contractual, la cual es una figura no muy estudiada por los órganos resolutivos del INDECOPI. El presente trabajo se divide en 3 objetivos: en primer lugar, analizar si las comunicaciones de la Asociación Peruana de Autores y Compositores - Apdayc envidas a Tinto Café S.A.C configuraban realmente un supuesto de sabotaje – siendo que este fue el único extremo que se declaró fundada; en segundo lugar, si la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia tenía competencia para aplicar el artículo 147° de Ley sobre el Derecho de Autor; y en tercer lugar, si Apdayc mediante las actividades de recaudación cumple una actividad con finalidad concurrencial.

Palabras clave:

Sabotaje empresarial – Sociedades de Gestión Colectiva – Competencia desleal - INDECOPI

ABSTRACT

The music industry in Peru has constantly evolved, so there is evidence of an increase in its consumption. Given this scenario, various agents appear on the market that offer to deliver music without incurring transaction costs with the author or owner, that is, they are music providers that deliver authorizations or licenses for the use of the work. Likewise, we find the collective management societies that, likewise, deliver authorizations to third parties for the use of the works they manage. Additionally, we could infer that music providers and collecting societies compete with each other. However, an analysis of both could identify that they have characteristics that prevent them from competing on certain aspects of works management.

In this academic report, criticism will be developed regarding the pronouncement indicated by INDECOPI in Resolution No. 059-2020/SDC-INDECOPI. The referred resolution brings up the figure of business sabotage in the modality of inducement to contractual compliance, which is a figure not very studied by the decision-making bodies of INDECOPI. The present work is divided into 3 objectives: first, to analyze whether the acts of collection and/or remuneration of the Asociación Peruana de Autores y Compositores - Apdayc really constituted supposed sabotage; second, if Sala Especializada de la Competencia Desleal had the competence to apply article 147 of the Copyright Law; and thirdly, if Apdayc, through collection activities, fulfills an activity with a competitive purpose.

Keywords:

Business sabotage – Collective Management Societies – Unfair competition

Índice de contenido

1. Introducción	1
2. Justificación de la elección de la resolución	2
3. Relación de los hechos de la controversia	3
4. Identificación de los principales problemas jurídicos.	6
5. Análisis de los problemas de la resolución	6
5.1. Primer problema: ¿Las actuaciones de Apdayc encajaban con las características de la figura de sabotaje empresarial por inducción al incumplimiento contractual?	6
5.2. Segundo problema: ¿Quién debería analizar la presunción del artículo 147° de Ley sobre el Derecho de Autor, la Comisión de Derecho de Autor o la Comisión Fiscalización de la Competencia Desleal?	15
5.3. Segundo problema: ¿Las actividades de recaudación de la Asociación Peruana de Autores y Compositores – Apdayc tienen finalidad concurrencial?	18
6. Conclusiones	26
7. Recomendaciones	27
8. Bibliografía	28



1. Introducción

El mercado musical es un espacio altamente competitivo dado que siempre está en constante movimiento. De acuerdo con el Global Entertainment & Media Outlook 2020-2024 de PriceWaterhouseCoopers, los ingresos por música en Perú ascendieron a 24 millones de dólares con una proyección de crecimiento anual del 5.57% hasta el 2024 (Cámara de Comercio Americana del Perú, 2021). En este mercado encontramos a diversos agentes, entre ellos, autores, compositores, discográficas, sociedades de gestión colectiva, licenciarios, proveedores de música, entre otros.

Esta demanda en el mercado por el consumo de obras musicales, tanto de personas naturales como jurídicas, genera una retribución por el uso de estas la cual debe ser abonado a los correspondientes autores y/o titulares. Es aquí donde encontramos a las sociedades de gestión colectiva que realizan una función de recaudación y distribución de las regalías, asimismo, otorgan licencias para el uso de las obras que estén bajo su administración. Ellas son el principal nexo entre los autores y titulares representados frente a los usuarios que desean usar obras. Sin perjuicio de ello, pueden existir otras formas de otorgar licencias u administrar derechos de autor, como son los proveedores de música o terceros que, si bien no son sociedades de gestión colectiva, pueden otorgar licencias en beneficio de los autores y/o titulares. Ante dicha situación nos podemos preguntar ¿pueden coexistir terceros proveedores de música y sociedades de gestión colectiva al mismo tiempo? ¿se estaría dando una competencia en la recaudación y distribución de regalías a favor de los autores y/o titulares?

Es así como El Audífono S.A.C., empresa que se desarrolla como proveedor de música y que contaría con los respectivos contratos de licencia de todos los artistas que forman parte de su repertorio, denuncia a la Asociación Peruana de Autores y Compositores – Apdayc por presunto sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual. Ello en razón a que Apdayc habría enviado comunicaciones a clientes del El Audífono S.A.C. con la finalidad de que estos rompan la relación contractual con la denunciante. Al respecto, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal determina que no se configuró la infracción de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual; sin embargo, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia determina que en una de las comunicaciones enviadas por Apdayc sí se configuró la referida infracción.

Mediante el presente informe se busca, en primer lugar, determinar si las actuaciones de requerimiento de información y recaudación de la Asociación Peruana de Autores y Compositores - Apdayc pueden configurar la figura de sabotaje empresarial. En segundo lugar, si la aplicación y/o análisis del artículo 147 del Decreto Legislativo N° 822 – Ley de Derecho sobre el Autor era competencia de la Comisión de Derecho de Autor o de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal. Finalmente, determinar si efectivamente existía finalidad concurrencial en las actividades de recaudación encomendadas por ley.

2. Justificación de la elección de la resolución

La resolución resulta interesante pues son muy pocos los casos de sabotaje empresarial analizados ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), además, este incluye un aspecto muy singular como lo es la presencia de las sociedades de gestión colectiva y los proveedores de música en la industria musical.

El interés en este caso parte de la revisión de la tipificación de la figura de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual, ya que, nace por la fusión de dos figuras jurídicas, la inducción al incumplimiento contractual y el boicot. Del presente caso posemos observar como la Sala Especializada en Defensa de la Competencia determina que existe la infracción pero no toma en cuenta las características especiales que tienen las sociedades de gestión colectiva en aspectos de recaudación de regalías. Asimismo, es peculiar el hecho de que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia realiza la aplicación del artículo 147° del Decreto Legislativo n° 822 - Ley sobre el Derecho de Autor, siendo que esta es de competencia de la Comisión de Derecho de Autor.

Otra preocupación es que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia no consideraron tomar en cuenta el análisis de la finalidad concurrencia de las actividades de recaudación de la Asociación Peruana de Autores y Compositores – Apdayc, las cuales se dieron mediante el envío de comunicaciones solicitando información y el pago por el uso de obras. Resulta discutible que la parte principal

que determina la existencia de competencia no haya sido estudiada previo a analizar la existencia de la infracción denunciada.

3. Relación de los hechos de la controversia

- 3.1. Con fecha 11 de septiembre de 2018, El Audífono S.A.C. (en adelante, El Audífono) denunció a la Asociación Peruana de Autores y Compositores (en adelante, Apdayc) por presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial, supuesto que se encuentra tipificado en el artículo 15° del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal. Dado que Apdayc habría realizado actos de sabotaje empresarial en la modalidad de incumplimiento contractual, al instigar a que sus clientes (Representaciones Disey S.A.C, Café Tinto S.A.C., Cafeína Perú S.A.C., y Big Lila S.A.C.) incumplan las obligaciones contractuales o no se realice la suscripción contractual.
- 3.2. Mediante Resolución del 24 de octubre de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Competencia Desleal (en adelante, Comisión) admitió a trámite la denuncia e imputó a Apdayc la presunta comisión de actos de sabotaje empresarial dado que presuntamente esta habría interferido en las relaciones contractuales que El Audífono tendría con sus clientes, por los siguientes motivos:
 - Realizar comunicaciones a los clientes afirmando presuntas obligaciones legales a su favor.
 - Requerir información a los clientes respecto a las autorizaciones para el uso de obras musicales.
 - Requerir información sobre las obras musicales que habrían sido comunicadas al público.
- 3.3. Con fecha 23 de noviembre de 2018, Apdayc presentó sus descargos, señalando que la presunta infracción se dio como parte de la facultad reconocida en el artículo 147° del Decreto Legislativo 822 – Ley sobre el Derecho de Autor. Este artículo reconoce una presunción, salvo prueba en contrario, a favor de las sociedades de gestión colectiva respecto a la gestión de los derechos y defensa de los autores y/o compositores de obras musicales.

- 3.4. Con fecha 14 de diciembre de 2018, El Audífono presentó un escrito señalando que sus clientes no utilizan música sin autorización. Asimismo, que habría comunicado a Apdayc sobre sus clientes y alcances respecto al catálogo de música libre de derecho de autor.
- 3.5. Con fecha 18 de diciembre de 2018, Apdayc mediante un escrito agregó lo siguiente:
- A fin de determinar que ciertas obras se encuentran autorizadas para su explotación, es necesario contar con información detallada, tales como datos de los titulares primigenios y derivados, las condiciones de la autorización de la explotación, así como la documentación de sustento.
 - Aun cuando las obras hayan sido autorizadas por un tercero, se solicita información detallada a fin de determinar si dichas obras están bajo su administración.
- 3.6. Con fecha 14 de marzo de 2019, El Audífono agrega que Apdayc no es una autoridad administrativa con la facultada de exigir documentación detallada. Asimismo, que el artículo 147° de la Ley sobre el Derecho de Autor admite prueba en contraria para dicha presunción que señalaba la denunciada.
- 3.7. Mediante Resolución del 15 de mayo de 2019, la Comisión suspendió el procedimiento hasta que la Comisión de Derechos de Autor precise si Apdayc se encuentra facultada a realizar los presuntos actos denunciados.
- 3.8. Mediante memorándum N° 272-2019/CDA del 3 de julio de 2019, la Comisión de Derechos de Autor señaló:
- Que, las sociedades de gestión colectiva están facultadas de realizar las acciones necesarias para poder recaudar por el repertorio que administra, siempre que no sean contrarios a la ley.
 - Que, las sociedades de gestión colectiva están legitimadas para hacer valer los derechos de sus administradas cualquier procedimiento, teniéndose en cuenta la presunción del artículo 147° de la Ley sobre el Derecho de Autor.

- Que, las sociedades de gestión colectiva como cualquier agente privado pueden tomar acciones lícitas para realizar las actividades de recaudación.
- 3.9. Mediante Resolución del 23 de julio de 2019, la Comisión levantó la suspensión del procedimiento, y se continuó con la tramitación del mismo.
- 3.10. Mediante Resolución N° 134-2019/CCD-INDECOPI del 6 de agosto de 2019, la Comisión declaró infundada la denuncia, debido a que:
- a) El artículo 147° de la Ley sobre el Derecho de Autor, presume que las sociedades de gestión colectiva ejercen los derechos encomendados a las, directa o indirectamente, por sus titulares; salvo prueba en contrario.
 - b) Por lo cual, corresponde a terceros demostrar que cuentan con los derechos necesarios para comunicar públicamente las respectivas obras.
 - c) El Audífono no había acreditado debidamente que contara con las facultades para realizar el cobro por el uso de obras musicales. De igual manera, no demostró que los derechos han sido concedidos directamente por los autores y/o compositores a dichas empresas proveedoras.
 - d) Las actuaciones de Apdayc no incitó a los clientes a resolver el Contrato con El Audífono.
- 3.11. Con fecha 6 de septiembre de 2019, El Audífono interpuso un recurso de apelación contra la Resolución N° 134-2019/CCD-INDECOPI, señalado lo siguiente:
- La Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI es nula debido a errores en la redacción.
 - La Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI incurre en un vicio por falta de motivación, por omitir pronunciamiento sobre algunos argumentos expuestos.
 - No hay norma que faculte a Apdayc a solicitar la información detallada a través de comunicaciones.
 - La Comisión no se pronunció sobre los casos nuevos con los clientes Centro de Exposiciones del Jockey Club, el centro comercial Megaplaza y el evento Hot Wheels City del centro comercial Plaza Lima Norte

- 3.12. Con fecha 17 de diciembre de 2019, Apdayc presentó un escrito reiterando sus argumentos.
- 3.13. Mediante Resolución N° 59-2020/SDC-INDECOPI del 19 de junio de 2020 la Sala Especializada en Defensa de la Competencia confirmó la Resolución N° 134-2019/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la denuncia de El Audífono S.A.C. por presunta comisión de actos de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual respecto a los clientes Representaciones Disey S.A.C., Cafeína Perú S.A.C. y Big Lila S.A.C. Asimismo, revocó la Resolución N° 134-2019/CCD-INDECOPI y declaró fundada los actos de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual respecto al cliente Café Tinto S.A.C.. Imponiendo una multa equivalente a diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

4. Identificación de los principales problemas jurídicos.

Presentado los hechos relevantes del caso El Audífono S.A.C. contra la Asociación Peruana de Autores y Compositores - Apdayc, corresponde señalar los problemas jurídicos:

- i. ¿Las actuaciones de Apdayc encajaban con las características de la figura de sabotaje empresarial por inducción al incumplimiento contractual?
- ii. ¿La presunción del artículo 147° de Ley sobre el Derecho de Autor otorga las suficientes facultades para la actuación de Apdayc, por lo cual no podría configurarse como sabotaje empresarial, siendo que solo estaría cumpliendo el mandato legal conferido?
- iii. ¿Las actividades de recaudación de la Asociación Peruana de Autores y Compositores – Apdayc tienen finalidad concurrencial?

5. Análisis de los problemas de la resolución

- 5.1. Primer problema: ¿Las actuaciones de Apdayc encajaban con las características de la figura de sabotaje empresarial por inducción al incumplimiento contractual?**

5.1.1. El sabotaje empresarial

El Decreto Ley N° 26122 - Ley sobre represión de la competencia desleal (1992) recogía la figura de inducción a la infracción contractual como una modalidad de competencia desleal. El artículo 16 del referido cuerpo normativa señalaba:

Artículo 16. - Inducción a la infracción contractual: Se considera desleal:

a) La interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subrogue en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.

b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

En la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD) se señaló que la inducción a la infracción contractual y los actos de boicot eran conductas que tienen por objeto interferir o entorpecer la actividad empresarial de un competidor, por lo cual, se busca unificar ambos actos en un solo artículo de la norma.

Con la LRCD, se crea la figura de sabotaje empresarial, disponiéndose lo siguiente:

Artículo 15°.- Actos de sabotaje empresarial. -

15.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o

empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.

15.2.- Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial.

Respecto a al sabotaje por inducir al incumplimiento contractual, se configura cuando un agente competidor realiza actos que incitan a los trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a incumplir la obligación contractual. Por su parte, el INDECOPI ha indicado las siguientes características: a) existencia de una relación contractual, y b) comportamiento objetivo e injustificado que motive a otro agente a incumplir la prestación contractual esencial u obligación principal, y c) existencia de un perjuicio injustificado al proceso productivo, la actividad comercial o empresarial de otro agente económico. El efecto del comportamiento puede ser real o potencial, es decir, puede generar el incumplimiento contractual o general un riesgo potencial de incumplimiento.

De acuerdo con la Sala Especializada de Competencia Desleal, cuando se habla de existencia de relación contractual, esta abarca los contratos, acuerdos preparatorios, adendas u otros similares. Para la doctrina, no se puede considerar parte de la relación contractual los actos dados en la etapa precontractual, donde encontramos a las negociaciones o tratos preliminares.

En cuanto al comportamiento del agente competidor, este debe ser objetivo o apto para motivar a otro agente a no prestar una obligación esencial o principal. Una parte de la doctrina señala que el agente competidor debe competir en el mismo mercado del agente afectado (Gaviria, 2015, pp. 50-51). Sin embargo, para INDECOPI no es necesario que un acto de competencia desleal se dé entre competidores de un mismo mercado, basta que el agente competidor realice acciones con finalidad concurrencial para generarse un acto de competencia. Téngase en cuenta que la norma señala que la interferencia se realiza con

respecto los trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados del agente afectado. En este punto, INDECOPI señala que no todo acto que ofrezca mejoras las condiciones de contratación de trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados es considerado sabotaje empresarial por inducción al incumplimiento contractual. Este acto de ofrecer mejoras debe estar orientado bajo los principios de eficiencia y buena fe. Es decir, la intromisión en una relación contractual es una conducta común dentro de un mercado competitivo, pues los agentes económicos buscan convencer a un tercero de negociar con ellos y que no lo hagan con otros. Para la doctrina española se debe valorar los medios y circunstancias del caso. Entre los principales medios idóneos para motivar el incumplimiento están “el acoso, la coacción, el ejercicio de la fuerza física o el ejercicio de una influencia indebida utilizando una posición de poder” (Emparanza, Arribas, Alfaro, & Soler, 2013, p. 122).

Ahora bien, debe verificarse que la inducción a incumplimiento se desarrolle sobre la prestación esencial. En la doctrina española se habla del deber básico, el cual es entendido como cualquier obligación importante para el funcionamiento y economía de la relación contractual (Emparanza, Arribas, Alfaro, & Soler, 2013, p. 125). Por lo tanto, podemos deducir que la prestación esencial no incluye obligaciones accesorias o secundarias, solo principales relacionadas al fin negocial pactado por las partes.

Finalmente, se exige un perjuicio injustificado al proceso productivo, la actividad comercial o empresarial de otro agente económico. Como se señaló, el acto de ofrecer mejoras conlleva a que un agente se vea beneficiado y que al otro se le ocasione un perjuicio. Este perjuicio es parte de la dinámica de un mercado competitivo, sin embargo, se sanciona cuando el perjuicio se da de manera injustificada.

En cuanto al boicot, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial - Resolución n° 001-2021-LIN-CCD/INDECOPI señala tres elementos:

- (i) la trilateralidad de la conducta (un presunto boicoteador, receptor o destinatario del boicot y el boicoteado) ; (ii) existencia de una práctica intromisiva, la cual involucra una declaración que sea objetivamente capaz de orientar la conducta del receptor; y, (iii) capacidad de influencia del boicoteador sobre el receptor (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 2021, p. 42).

En cuanto a la Sala, mediante la Resolución N° 301-2007/TCD-INDECOPI señaló que es un acto intromisivo en las relaciones comerciales de un agente, en la que se cuenta con la participación de 3 agentes (boicoteador, receptor y boicoteado) que incita a que uno de estos no inicie, mantenga o rescinda los vínculos comerciales. Asimismo, señala que pueden existir casos específicos que no exista la concurrencia de estos 3 agentes, lo cual es atendida bajo la legislación de defensa de la competencia.

Anteriormente, mediante la Resolución N° 106-2006/CCD-INDECOPI¹, la Comisión entendía al acto de boicot indicando que:

(L)a acción tendiente a realizar un boicot como acto de competencia desleal es toda conducta de un concurrente en el mercado que tenga por efecto impedir o entorpecer la realización de un acto concurrencial ajeno o propio del proceso competitivo, y ejercitada como medio de presión para evitar el éxito o los propósitos de otro concurrente, por medios distintos a la eficiencia competitiva (Stucchi, 2007, p. 305).

Es decir, se busca sancionar los actos que impiden o entorpecen la concurrencia de otro agente en el mercado mediante la afectación de la oferta ajena que busca atraer clientela. Lamentablemente, la Sala consideró que la definición dada por la Comisión encajaba como cualquier acto de competencia desleal (amparada en la cláusula general), por lo cual no merecía su propia tipificación. Como se señaló anteriormente, en la exposición de motivos se decidió fusionar la figura de inducción a la infracción contractual con boicot dado su naturaleza, sin embargo, cuando se menciona la figura del boicot se hace referencia a la Resolución N° 301-2007/TDC-INDECOPI, cuando esta fue negada por la Sala para dar contenido a la referida figura jurídica.

De la revisión de la jurisprudencia² emitida en los últimos años por la Sala de Especializada en Defensa de la Competencia, se observa que mantiene la línea de que la figura de boicot se realiza con la intervención de 3 agentes: el boicoteador (el que incita o realiza el acto desleal), el receptor (sobre quien recae la incitación), y el boicoteado (el afectado por la incitación). Se exige que la conducta del boicoteador sea capaz de afectar la conducta del receptor a no iniciar, mantener o rescindir los vínculos comerciales con el

¹ Resolución emitida en el expediente N° 151-2004/CCD.

²Se ha revisado las resoluciones N° 88-2020/SDC-INDECOPI, 73-2021/SDC-INDECOPI, 100-2021/SDC-INDECOPI, 155-2021/SDC-INDECOPI, 4-2022/SDC-INDECOPI, entre otros.

boicoteado, asimismo, que la conducta no sea una simple propuesta, sino que esta esté acompañada con un mecanismo de presión. De igual manera, considera pertinente revisar si el boicoteador tenga influencia en el receptor (económica, jurídica u otra). La Sala ha señalado lo siguiente en la Resolución N° 73-2021/SDC-INDECOPI del 27 de mayo de 2021:

Para determinar si se configura el supuesto de actos boicot se requiere: (a) que exista un receptor o destinatario, a quien el presunto boicoteador incite a no iniciar, mantener o dejar sin efecto los vínculos comerciales con el boicoteado (en este caso, Firstmed); y, (b) que la conducta del presunto boicoteador sea objetivamente capaz de orientar al receptor hacia una posible afectación sobre los vínculos existentes con el presunto boicoteado (p.22).

5.1.2. ¿Las comunicaciones enviadas por Apdayc son sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual?

Luego de haber explicado el contenido de la figura de sabotaje empresarial, corresponde analizar si las comunicaciones enviadas por Apdayc a los clientes de El Audífono se configuraban como sabotaje.

De acuerdo con lo determinado con la Sala no se presentan actos de sabotaje frente a los clientes Representaciones Disey S.A.C., Cafeína Perú S.A.C. y Big Lila S.A.C.; pero sí contra el cliente Café Tinto S.A.C. La Sala considera que el conocimiento de la existencia de la relación contractual se acreditó con la presentación del Contrato y el repertorio musical a Apdayc, a pesar de ello, Apdayc siguió requiriendo reiterantemente al cliente el pago de las regalías y la obtención de autorizaciones y dicha conducta estuvo reforzada mediante coacción.

A continuación, se procederá a analizar las características del sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual:

a) Existencia de una relación contractual

Mediante la comunicación del 27 de noviembre de 2017, Apdayc solicitó a Café Tinto S.A.C. la siguiente información sobre las obras musicales: título de la obra, código ISWC³, autor (es), compositor(es), arreglista(s), editor(s), proveedor de música, y forma de transmisión o ejecución del contenido musical desde el proveedor hasta la comunicación pública en las tiendas. Al respecto, mediante comunicación del 4 de diciembre de 2017, El Audífono remite el contrato y repertorio musical que administra al cliente Café Tinto S.A.C.

En este punto, se verifica que existía una relación contractual entre El Audífono y Café Tinto S.A.C. mediante el cual se otorgaba una autorización no exclusiva para la comunicación pública en circuito cerrado de obras musicales del repertorio que administraba El Audífono.

Coincidió con la Sala, en el extremo que Apdayc sí tuvo conocimiento de la relación contractual entre El Audífono y Café Tinto S.A.C.

b) Comportamiento objetivo e injustificado que motive a otro agente a incumplir la prestación contractual esencial u obligación principal

De acuerdo con la Sala, el comportamiento objetivo era el envío de cartas de requerimiento de pago de regalías y obtención de autorizaciones correspondiente. En este punto coincidió con la identificación del comportamiento objetivo pues la acción de envío de comunicaciones se plasmó en la realidad y estaba dirigida sobre la relación contractual del El Audífono con Café Tinto S.A.C.

Sin perjuicio de lo señalado, considero que no llegó a ser injustificado dado que la solicitud de información, el requerimiento de pago y el aviso del inicio de acciones legales por una infracción a los derechos de autor estaban amparadas en las facultades de las sociedades de gestión colectiva (en adelante, SGC), reconocidas en el Decreto Legislativo N° 822 - Ley sobre el Derecho de Autor (en adelante, LDA). De acuerdo a esta normativa, las SGC son entes sin fines de lucro creadas para gestionar de derechos de autor o conexos de

³ “El ISWC (International Standard Musical Work Code, o Código internacional normalizado para obras musicales) es un número de referencia único, permanente y reconocido internacionalmente para la identificación de obras musicales”. CISAC – International Confederation of Societies of Authors and Composers (s.f.). Identificación de obras musicales en el mundo entero. [https://www.iswc.org/es#:~:text=El%20ISWC%20\(International%20Standard%20Musical,la%20identificaci%C3%B3n%20de%20obras%20musicales.](https://www.iswc.org/es#:~:text=El%20ISWC%20(International%20Standard%20Musical,la%20identificaci%C3%B3n%20de%20obras%20musicales.)

carácter patrimonial, a favor de autores o titulares. Para lo cual en representación de sus administrados pueden requerir el pago a terceros por el uso de obras que le fueron encomendadas.

El hecho de solicitar información detallada de las obras que comunicaría Café Tinto S.A.C. es importante para identificar si la obra pertenece al repertorio de Apdayc para determinar si le corresponde a esta la recaudación de las regalías y su respectiva distribución. Si bien no existe una obligación legal de entregar toda la información solicitada, debe tenerse en cuenta que la carga probatoria recae sobre el sujeto que afirma que las obras comunicadas no están administradas por una sociedad de gestión colectiva. En ese sentido, se logra verificar del expediente n° 156-2018/CCD-INDECOPI que solo se presentó el nombre de las obras y el nombre del titular de algunas de ellas, siendo posible que el código ISWC, compositor(es), arreglista(s) y/o editor(s) estén bajo la representación de Apdayc. Dado que no se presentó dicha información resulta razonable que Apdayc envíe comunicaciones reiterativas para solicitar la información faltante.

Por otro lado, el hecho de indicar el inicio de posibles acciones legales no es un comportamiento injustificado pues Apdayc como sociedad de gestión colectiva tiene la facultad de ejercer los derechos y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales. Además, téngase en cuenta que la información brindada por El Audífono no era lo suficientemente completa pues no permitía Apdayc identificar si administraba las obras realmente.

c) **Existencia de un perjuicio injustificado al proceso productivo, la actividad comercial o empresarial de otro agente económico**

Como se señaló anteriormente, la existencia del perjuicio puede ser real o potencial, y este se proyecta sobre proceso productivo, la actividad comercial o empresarial del agente afectado. En el presente caso, la Comisión y la Sala consideraron que la solicitud de información, el requerimiento de pago y el aviso del inicio de acciones legales creaban un escenario para un potencial perjuicio injustificado, ya que, supuestamente obligaría al cliente a terminar su vínculo contractual para iniciar otro con Apdayc.

Al respecto, considero que no lograron identificar correctamente cual era ese perjuicio injustificado que se produjo o produciría. Es posible que pudiese darse un perjuicio para El Audífono si es que su cliente optaba por contratar con Apdayc, pero esto es parte de la dinámica del mercado. Recordemos que el hecho de dar mejores condiciones no son sabotaje empresarial siempre que no sean contrarios a los principios de eficiencia y buena fe. En el presente caso, la solicitud de información y el requerimiento de pago se dieron dentro de los márgenes del principio de buena fe, pues solo se realizaba actuaciones que son obligatorias para una SGC – esto es la protección de los derechos encomendados. Asimismo, el aviso del inicio de acciones legales no genera un perjuicio injustificado, dado que Apdayc contaba con dicha facultad. Admitir lo contrario es atentar contra la administración que realiza una SGC, y que se fundamenta en un mandato legal.

5.1.3. ¿Las comunicaciones enviadas por Apdayc son actos de boicot?

a) Existencia de un receptor o destinatario, a quien el presunto boicoteador incite a no iniciar, mantener o dejar sin efecto los vínculos comerciales con el boicoteado

El boicoteador es el que instiga a un agente a realizar actos que dificulten las actividades de un tercero, acompañado con un poder de influencia en el destinatario. Mientras que el receptor es sobre quien recae la acción de ejecutar una conducta orientada por el boicoteador para obstaculizar al boicoteado (Emparanza, 2000, pp.39-40).

En el presente caso, se verifica que el boicoteador sería Apdayc pues esta es quien realizaría un acto que presuntamente incitaría a un receptor a no iniciar mantener o dejar sin efecto los vínculos comerciales con el boicoteado. Mientras que el receptor sería Café Tinto S.A.C. pues esta es quien mantiene vínculos contractuales con El Audífono.

b) Conducta del presunto boicoteador sea objetivamente capaz de orientar al receptor hacia una posible afectación sobre los vínculos existentes con el presunto boicoteado.

La conducta incitadora estaría conformada por las misivas de requerimiento de pago de regalías y obtención de autorizaciones correspondiente, así como, el aviso del inicio de posibles acciones legales. Sin embargo, esos actos no podrían configurarse como incitador

dado que el contenido de las misivas estaba orientadas a requerir el pago por el uso de obras que administraría Apdayc, y tal como se indicó, el artículo 147° de la LDA confiere a las SGC la facultad de administrar los derechos confiados, entre lo cuales está la recaudación y distribución de las regalías por el uso de obras musicales (derechos patrimoniales). Asimismo, el requerimiento realizado por el boicoteador debe lograr convencer al receptor de realizar una conducta obstaculizadora sobre el boicoteado, en este caso, el no entablar relaciones comerciales con el boicoteado (Emparanza, 2000, pp.53-55). Las cartas enviadas no señalaban que el receptor rompa su vínculo contractual con El Audifono, sino que se informaba que dado que se prodría estar usando un repertorio con obras musicales, se infome sobre las obras que serían comunicadas al público; con el objetivo que Apdayc pueda identificar cuales administra. Dichos requerimientos de información y autorizaciones no son conductas que convezan al receptor a romper el vínculo comercial. De ser ese el caso, los requerimientos de información realizados mediante una visita inspectiva⁴ llevada a cabo por el INDECOPI a pedido de parte serían considerado como un acto que presuntamente, por sí sola, sea capaz de obstaculizar las relaciones contractuales entre el receptor y boicoteado.

Finalmente, de la revisión de las comunicaciones enviadas a Café Tinto S.A.C no se acredita que los requerimientos de Apdayc se hayan realizado utilizando algún mecanismo de presión. Si bien se señaló que se podrían iniciar acciones legales en caso de una posible infracción, este no se utilizó para amenazar al receptor de realizar una conducta dirigida al boicoteado sino para advertir que Apdayc cuenta con la legitimidad activa para obrar ante cualquier procedimiento o proceso judicial.

5.2. Segundo problema: ¿Quién debería analizar la presunción del artículo 147° de Ley sobre el Derecho de Autor, la Comisión de Derecho de Autor o la Comisión Fiscalización de la Competencia Desleal?

El artículo 147° de Ley sobre el Derecho de Autor señala lo siguiente:

Artículo 147.- **Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas**, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para **ejercer los derechos confiados a**

⁴ Decreto Legislativo N° 822 – Ley sobre el Derecho de Autor. Artículo 169.- “La Oficina de Derechos de Autor tendrá las atribuciones siguientes: (...) f. Ejercer de oficio o a petición de parte, funciones de vigilancia e inspección sobre las actividades que puedan dar lugar al ejercicio de los derechos reconocidos en la presente ley, estando obligados los usuarios a brindar las facilidades y proporcionar toda la información y documentación que le sea requerida.”

su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que dichos estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares. (...) ⁵.

El artículo indica que se presume que las SGC administran los derechos cedidos por los autores y/o titulares, pudiendo ejercer la defensa sobre ellos. Sin embargo, cabe prueba en contrario que niegue que alguna obra ha sido cedida a una sociedad de gestión colectiva para su administración. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2020) señala que la presunción busca dar al autor y/o titular una herramienta eficiente y simple para proteger sus derechos patrimoniales, ya que, de exigirse a cada SGC acreditar tener representación generaría un costo excesivo para gestionar los derechos de autor. En esa misma línea, la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado señalando que:

[el] artículo 147 del Decreto Legislativo N° 822 (Ver nota 3, página 17) implica la existencia de una presunción relativa (juris tantum) con respecto a la legitimación de las entidades de gestión colectiva, estando a cargo de la denunciada acreditar lo contrario, pues de no hacerlo, se tendrá por válida dicha presunción legal (Córdova, Herrera, Bernal, & Granados, 2012).

Cabe agregar que la Sala Especializada en Propiedad Intelectual ha indicado en reiterada jurisprudencia⁶ que la carga de prueba recae sobre el sujeto que usa las obras, le corresponde a este demostrar que la SGC no representa al autor de la obra o probar que dicho autor es parte de una SGC extranjera que tiene relaciones con una SGC nacional.

Es aquí donde debemos cuestionarnos si la aplicación de la excepción del artículo 147° de la LDA era competencia de la Comisión y/o Sala Especializada en Defensa de la Competencia. En el presente caso estudiado, la Comisión señaló lo siguiente:

(...) las actuaciones realizadas por la imputada se encuentran enmarcadas dentro de las prerrogativas que le han sido conferidas por la Ley de Derechos de Autor, ello en

⁵ El resaltado es propio

⁶ Véase Resolución N° 201-1998/TPI-INDECOPI, N° 270-2002/TPI-INDECOPI y N° 0024-2005/TPI-INDECOPI

tanto El Audífono no cumplió con informar a la imputada los derechos que tendría respecto de los fonogramas musicales que administraría (p.9).

En otras palabras, la Comisión determinó la aplicación del supuesto contenido en la Ley sobre el Derecho de Autor, es decir, se presume a favor de Apdayc que las obras les ha sido concedida para su administración. Señalar lo contrario, sería atentar con la intención del legislador de dotar a las SGC con un instrumento eficiente para la protección de los derechos de los autores y/o titulares que representa. Por lo tanto, la presunción realizada por la Comisión no excedía sus facultades en el caso en concreto.

Por otro lado, la Sala determinó que “no puede sustentarse en la presunción prevista en el artículo 147 de la Ley sobre Derechos de Autor, puesto que Apdayc incurrió en estas conductas pese a haber recibido la documentación antes señalada por parte del denunciante, no haber efectuado alguna evaluación de aquella o algún cuestionamiento respecto su contenido”. Es decir, la Sala determinó la aplicación de la excepción del artículo 147 de la LDA, dando a entender que la lista presentada por El Audífono en el procedimiento demostraba que las obras que administraba no le pertenecían al repertorio de Apdayc. Sin embargo, la Sala no verifica correctamente que dichas obras realmente no pertenecían al repertorio de Apdayc, sino que presume que la lista de obras de El Audífono no era administrada por la denunciada. Si bien Apdayc tuvo conocimiento de la lista de obras que administraría El Audífono, la información proporcionada en dicha lista no permitía a Apdayc identificar si realmente no había alguna obra que se encontrara administrando.

Debemos recordar que la Comisión de Derecho de Autor (en adelante, CDA) es un órgano colegiado con autonomía funcional que resuelven en primera instancia los procedimientos trilaterales y sancionadores a frente a infracciones por derechos de autor, igualmente, tramita las acciones de nulidad y cancelación iniciadas de oficio⁷. Es así como el artículo 165 de la LDA señala que “la **Oficina de Derechos de Autor** es la **única autoridad competente** que podrá **imponer sanciones a las sociedades de gestión que infrinjan** sus propios estatutos o reglamentos, o **la legislación de la materia**, o que incurran en hechos que

⁷ Decreto Legislativo 1033 - Ley de Organización y funciones del Indecopi. Artículo 42.3.- “Las Comisiones de Propiedad Intelectual tienen las siguientes características: (...)”

a) Resuelven en primera instancia administrativa los procedimientos trilaterales y sancionadores a que se refiere el numeral anterior, así como las acciones de nulidad y cancelación iniciadas de oficio; (...)”

afecten los intereses de sus representados, sin perjuicio de las sanciones penales o las acciones civiles que correspondan”⁸. Como se observa la CDA es la autoridad competente para sancionar a las SGC que infrinjan la LDA. De igual manera, la Sala Especializada en Propiedad Intelectual es la última instancia en su correspondiente materia.

Por otro lado, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal es el órgano autónomo encargado de revisar en primera instancia los procedimientos de infracción contra la Ley de Represión de la Competencia Desleal y/o normas que sancionan las prácticas contra la buena fe comercial⁹. En concordancia con la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión es la competente para la aplicación de la referida norma, salvo que dicha competencia sea entregada a otro organismo público por norma expresa con rango legal¹⁰. De igual manera, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia es la última instancia en su correspondiente materia.

En tal sentido, considero que el órgano resolutorio encargado para verificar la presunción era la Comisión de Derecho de Autor o la Sala Especializada en Propiedad Intelectual. Asimismo, podría sancionar a la SGC que pese a existir prueba en contrario a la presunción siga administrando las obras pues infringiría el artículo 147° de la LDA. Sin perjuicio de lo señalado, no coincido en el hecho de que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia haya aplicado la presunción del artículo 147 de la LDA sin verificar correctamente los medios probatorios pues como se observa el mero hecho de indicar que se presentó una lista con obras a Apdayc no desvirtúa que esté bajo administración de esta SGC, pues la información entregada puede ser inexacta o insuficiente para que Apdayc pueda realizar una búsqueda correcta en su base de datos.

5.3. Segundo problema: ¿Las actividades de recaudación de la Asociación Peruana de Autores y Compositores – Apdayc tienen finalidad concurrencial?

⁸ El resaltado es propio

⁹ Decreto Legislativo 1033 - Ley de Organización y funciones del Indecopi. Artículo 25.- “De la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.- Corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, incluyendo las normas de la publicidad, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.”

¹⁰ Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal. Artículo 25.- “La Comisión.- 25.1.- La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado de la aplicación de la presente Ley con competencia exclusiva a nivel nacional, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por norma expresa con rango legal a otro organismo público”.

5.3.1. Asociación Peruana de Autores y Compositores – Apdayc como Sociedades de Gestión Colectiva y su funcionamiento

Las SGC son asociaciones civiles sin fin de lucro creadas para gestionar de derechos de autor o conexos de carácter patrimonial, a favor de autores o titulares de esos derechos. Tavera y Óre indican que las SGC son entidades privadas que administran la propiedad intelectual de los autores, y representa los intereses de sus afiliados para recaudar y distribuir las regalías. Dicha administración es concedida mediante las autorizaciones directas dadas por los mismos autores y titulares, o por otorgadas por convenios con otras sociedades de gestión colectiva (2007, p. 199).

Estos organismos permiten usar mecanismos para el ejercicio del derecho de autor y conexos en el supuesto que el ejercicio individual no sea la vía práctica para la gestión de dichos derechos. Es así que son consideradas como un método para gestionar los derechos y remuneraciones, frente a una gestión individual (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI, 2021). Por lo tanto, las SGC crean un punto de enlace entre los autores y titulares que representan frente a los agentes que desean usar las obras, simplificando la gestión de permisos, licencias y/o pagos, permitiendo la reducción de costos de transacción en las que podría incurrir el autor, titular y agentes respecto a la obra, en caso se realizase una gestión individual de los derechos de autor.

En el Perú, el artículo 146 de la LDA señala que las SGC están “constituidas o por constituirse para defender los derechos patrimoniales reconocidos en la presente Ley, necesitan para los fines de su funcionamiento como sociedades de gestión colectiva, de una autorización de la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi y están sujetas a su fiscalización, inspección y vigilancia en los términos de esta Ley y, en su caso, de lo que disponga el Reglamento”.

Adicionalmente, para su funcionamiento el artículo 148 de la LDA indica que “la Oficina de Derechos de Autor, teniendo en cuenta los requisitos contemplados en el presente título, determinará mediante resolución motivada, las entidades que, a los solos efectos de la gestión colectiva, se encuentran en condiciones de representar a los titulares de

derechos sobre las obras, ediciones, producciones, interpretaciones o ejecuciones y emisiones”.

Actualmente se encuentran registradas las siguientes sociedades de gestión colectiva:

1. Asociación Peruana de Autores y Compositores – APDAYC, representa y administra los derechos de los autores y titulares de obras musicales. Autorizada mediante Resolución N° 051-1994/ODA del 25 de marzo de 1994.
2. INTER ARTIS PERU, representa y administra los derechos de bailarines, actores y similares. Autorizada mediante Resolución N° 055-2011/DDAINDECOPI del 22 de julio de 2011.
3. Unión Peruana de Productores Fonográficos – UNIMPRO, representa y administra los derechos de los productores fonográficos. Autorizada mediante Resolución N° 172-2001/ODA del 19 de julio de 2001.
4. Sociedad Nacional de Intérpretes y Ejecutantes de la Música – SONIEM, representa y administra los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes de obras musicales. Autorizada mediante Resolución N° 054-2011/DDAINDECOPI del 22 de julio de 2011.
5. Asociación Peruana de Artistas Visuales – APSAV, representa y administra los derechos de artistas visuales. Autorizada mediante Resolución N° 070-1999/ODA del 25 de marzo de 1999.
6. Entidad de Gestión para los Productores Audiovisuales – EGEDA, representa y administra los derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales. Autorizada mediante Resolución N° 072-2002/ODA del 11 de junio de 2002.

En cuanto a sus obligaciones, de acuerdo con el artículo 153 de la LDA tiene las siguientes:

- Registrar sus actos constitutivos (contratos o convenios), miembros de los Órganos Directivos y Director General, y sus respectivas modificaciones ante la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI.
- Aceptar la administración de los derechos de autor y conexos que les sea solicitada directamente.

- Tener tarifas razonables y equitativas, y mantenerlas a disposición del público.
- Recaudar las remuneraciones de los derechos administrados, mediante la aplicación de las tarifas determinadas.
- Entre otros.

El caso escogido está ubicado dentro del sector de la industria musical, en el cual tenemos – principalmente - a la Asociación Peruana de Autores y Compositores - Apdayc como la sociedad de gestión colectiva encargada velar por los derechos de los autores y compositores de obras musicales. Sin perjuicio de los respectivos derechos encargados a la Unión Peruana de Productores Fonográficos – UNIMPRO y Sociedad Nacional de Intérpretes y Ejecutantes de la Música – SONIEM. De acuerdo con la normativa señalada anteriormente, la recaudación se realiza en base al repertorio encomendado, es decir, solo administra las obras musicales encomendadas directa o indirectamente por los autores y/o titulares mediante los correspondientes contratos.

Ahora bien, cabe señalar que la gestión de derechos de autor no es exclusiva de las SGC, es decir, los autores o titulares no están obligados a ser afiliados de alguna SGC, pueden solicitar que un tercero administre dichos derechos. Sin embargo, estos terceros no son una SCG por el mero hecho de gestionar derechos de autor. El Informe N° 009-2017-DDA emitido por la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI señala que:

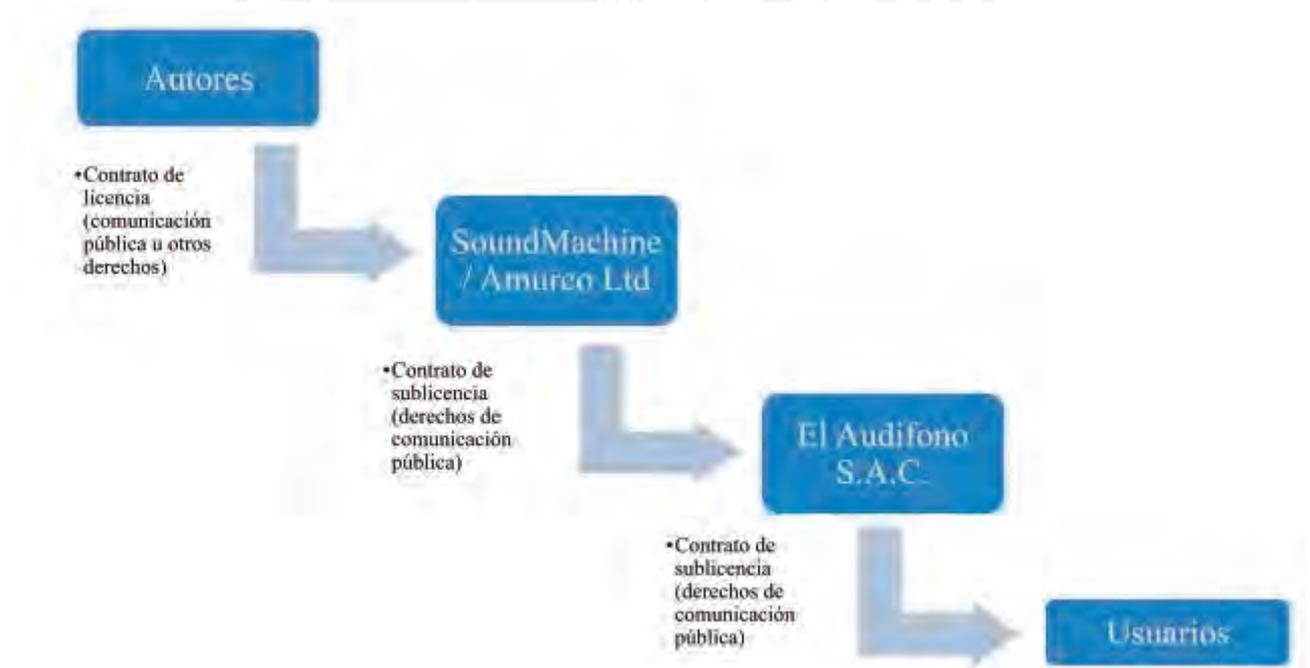
El autor es quien originariamente se encuentra facultado para autorizar el uso de su obra o transferir sus derechos patrimoniales en favor de terceros. (...) cualquier persona natural o jurídica, en la medida que cuente con la autorización correspondiente del titular del derecho de autor, puede realizar la explotación de los derechos patrimoniales sobre las obras, comprendida la posibilidad de otorgar a favor de terceras autorizaciones para de uso de las mismas, no siendo indispensable que dicha persona sea una sociedad de gestión colectiva (p.8).

Pero no conlleva necesariamente a que tengan la capacidad de representación ante los tribunales administrativos o judiciales por la violación de los derechos intelectuales, pues no se les aplica la presunción legal del artículo 147 del Decreto legislativo N° 822 – Ley de Derecho de Autor. Caso contrario a lo que ocurre en una SGC, que de acuerdo con el referido artículo estas están legitimadas para hacer valer los derechos confiados a su administración

ante toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, presumiéndose que los derechos ejercidos les han sido encomendados.

En el caso de la plataforma El Audífono S.A.C, se concede licencias musicales a las personas que paguen una suscripción con ellos, concediendo derechos no exclusivos de comunicación pública para locales comerciales. De la revisión de los contratos presentados en el procedimiento de denuncia, se advierte que los autores de obras musicales suscriben un contrato con SoundMachine o Amurco Ltd cediendo sus derechos de comunicación pública para usos comerciales y permitiendo sublicenciar con clientes bajo determinados términos y condiciones. SoundMachine o Amurco Ltd se convierten en proveedores de música y brindan sublicencias a El Audífono S.A.C (cliente), y a su vez, este último brinda licencias de comunicación pública en usos comerciales con usuarios peruanos. Cabe señalar que el cliente no realiza la distribución de regalías por las obras utilizadas, sino que cobra una tarifa a favor de él por el servicio prestado. (Gráfico 1)

Gráfico 1



*Elaboración propia

Por su parte, Apdayc suscribe contratos de adhesión con todos sus miembros, mediante el cual se cede el 100% de los derechos de comunicación pública de todas las obras, gestión de remuneraciones de copia privada, administración hasta no menos del 50% de las

otras modalidades de derechos patrimoniales, y autorización para la vigilancia y defensa de los derechos morales de autor, previa y expresa autorización¹¹. Apdayc cuenta con una amplia gama de tarifas enfocadas a la comunicación pública, fijación y/o reproducción, derechos fonomecánicos, y la compensación por copia privada. Los sujetos que deseen hacer uso de obras musicales administrados por Apdayc, deben acercarse a las oficinas de esta y coordinar el correspondiente pago. Sin perjuicio de ello, Apdayc como encargado de los derechos de autores y compositores musicales puede solicitar, mediante cartas o inspecciones, el correspondiente pago según lo señalo en su tarifario o iniciar las acciones legales. Luego de recaudado el pago por los derechos, corresponde aplicar la distribución a favor de los autores y/o compositores. De acuerdo con el Reglamento de APDAYC de distribución, reparto y asuntos conexos – RADRAC, se cuenta con diversas modalidades de reparto: obras musicales con letra, obras musicales sin letra, obras musicales con letra en co-autoría, obras musicales con letra y editada, entre otras.

5.3.2. La Finalidad concurrencial

El Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD) se aplica para aquellas conductas cuya finalidad o efecto sea concurrir en el mercado, sin la necesidad de determinar su habitualidad¹². Es así que para determinar la aplicación de la LRCD es primordial verificar la existencia de la finalidad concurrencial del supuesto agente infractor.

El INDECOPI ha señalado que la finalidad concurrencial ocurre cuando: “(i) se ejecuta o materializa en un determinado mercado de bienes o servicios; (ii) siendo susceptible de generar un beneficio mercantil, atrayendo las preferencias de los consumidores”

¹¹ Estatuto de la Asociación Peruana de Autores y Compositores – Apdayc, modificado el xx de xx de 20xx. Artículo 5.- “*Todos los miembros (asociados o administrados) de APDAYC deberán suscribir con esta Asociación, un contrato de adhesión: 1. CONTRATO DE ADHESIÓN, por el cual otorgarán cesión para la administración del 100% (cien por ciento) de derechos de comunicación pública: Ejecución pública, radiodifusión, puesta a disposición, entre otros que reconozca la ley actualmente o en el futuro. Así como, la gestión de las remuneraciones por copia privada y la cesión parcial de la administración de hasta no menos del 50% de las otras modalidades de derechos patrimoniales, fonomecánicos, como son, la fijación, inclusión, reproducción, distribución y venta de ejemplares, así como, la inclusión de obras musicales preexistentes o no en obras audiovisuales; así también autorización para la vigilancia y defensa de los derechos morales de autor, previa y expresa autorización de los titulares de derecho. (...)*”.

¹² Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal. Artículo 2.- *Ámbito de aplicación objetivo.- La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.*

(Resolución N° 0083-2014/SDC-INDECOPI). En esa línea, Sosa (2020) coincide en que el acto de competencia debe exteriorizarse y ser susceptible de mejorar la posición del agente en el mercado. Adicionalmente, el INDECOPI ha señalado que el acto con finalidad competitiva es idóneo para modificar la conducta de los consumidores y desviar su preferencia a favor del agente que realiza el acto (Resolución N° 773-2013/SDC-INDECOPI). Es decir, la externalización del acto debe tener la capacidad de poder modificar la conducta de los consumidores generando una ventaja competitiva a favor del agente que realiza el acto. Cabe señalar que no es necesario que exista una relación de competencia entre el agente que concurre con el agente afectado (Rodríguez, 2013, p. 25). Ahora bien, lo que se sanciona en sí no es la finalidad competitiva, sino que esta se da por medios distintos al de eficiencia y buena fe afectando el proceso competitivo.

Determinar la finalidad competitiva sirve para, por un lado, delimitar si nos encontramos ante un posible acto de competencia; y, por otro lado, si la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI es la entidad competente para analizar dicho caso.

5.3.3. Las acciones de Apdayc sobre recaudación ante la actividad competitiva

De la revisión de la Resolución N° 059-2020/SDC-INDECOPI, ni la Comisión ni la Sala analizaron si las SGC mediante los actos de recaudación de la tarifa por comunicación pública de obras cumplían una finalidad competitiva. Ello es esencial puesto que conlleva a verificar si el caso debió ser atendido en un procedimiento por competencia desleal.

Como se señaló anteriormente, Apdayc recauda las remuneraciones relativas a los derechos encomendados mediante la aplicación de las tarifas previamente publicadas, y distribuye las remuneraciones recaudadas en base a sus reglamentos internos de reparto. En la resolución escogida, se indica que los actos denunciados que configuraban la infracción fueron los siguientes:

- (i) El acto de comunicar a determinados clientes la existencia de supuestas obligaciones legales a su favor.
- (ii) El acto de solicitar y/o requerir a determinados clientes la autorización para el uso de obras musicales e información diversa sobre la música que utilizarían.

Asimismo, considero pertinente agregar (iii) el acto de recaudar y distribuir las regalías correspondientes por el uso de las obras administradas por la entidad.

(i) **El acto de comunicar a determinados clientes la existencia de supuestas obligaciones legales a su favor.**

Respecto al punto (i), Apdayc como encargada de la recaudación de regalías debe tomar las acciones que considere pertinente para cumplir su finalidad. Es así que utiliza el envío de comunicaciones - físicas o virtuales – en las cuales señala sus funciones y las obligaciones legales por el uso de obras musicales, asimismo, puede solicitar inspecciones ante la Comisión de Derecho de Autor. Todo ello con el fin de cautelar los derechos encomendados y generar medios probatorios si se actúa en una vía legal.

Ahora bien, el acto de comunicar la existencia de supuestas obligaciones legales a su favor sí se materializa mediante las comunicaciones cursadas con los agentes que usan obras protegidas. Sin embargo, no son susceptibles de generar un beneficio a favor de la SGC que mejore su posición en el mercado. El mero hecho de informar sobre el pago de remuneraciones a favor de los autores y/o compositores no genera un beneficio a favor de Apdayc, mas bien solo cumple con lo encomendado legalmente.

(ii) **El acto de solicitar y/o requerir a determinados clientes la autorización para el uso de obras musicales e información diversa sobre la música que utilizarían.**

Respecto al punto (ii), Apdayc gestiona los derechos de autor solo sobre las obras de su repertorio, es decir, solo pueden aplicar tarifas sobre obras que han sido encomendadas, directa o indirectamente, por el autor o titular. Por el cual, es lógico que al verificar que en un establecimiento se está realizando la comunicación pública de canciones solicite información sobre estas para corroborar si son parte o no de su repertorio. De encontrarse que no son obras que administra no corresponderá aplicar ninguna tarifa; caso contrario, de encontrarse que son obras que sí administra están obligadas a aplicar las tarifas.

Al igual que el punto (i), el acto de solicitar información sí se puede externalizar mediante comunicaciones, pero tampoco genera un beneficio para Apdayc pues solo se encuentra en la labor de verificar que si su repertorio está siendo explotado sin el pago correspondiente.

(iii) El acto de recaudar las regalías correspondientes por el uso de las obras administradas por la entidad

Respecto al punto (iii), cualquier acto de recaudar las regalías correspondientes por el uso de las obras administradas por la entidad (no solo el de enviar y requerir información) no tiene finalidad concurrencial. Por un lado, en la mayoría de casos, estos actos se podrán externalizar pues son actuaciones orientados a requerir pagos, por lo que, siempre se tiene que tomar una acción que se materializa en la realidad. Por otro lado, los actos de recaudación y distribución de regalías no generan una ventaja competitiva a favor de las SGC pues solo cumplen con el manto legal de administrar las obras que se encomienden a su favor.

Sin perjuicio de lo anterior, existen casos particulares donde existen varias SGC que gestionan los mismos derechos. Un claro ejemplo es la existencia de la American Society of Composers, Authors, and Publishers - ASCAP, Broadcast Music, Inc. - BMI y Society of European Stage Authors and Composers – SESAC que se encargan de la gestión de los derechos de autores de obras musicales. En este escenario sí encontramos que las actividades de recaudación y distribución de regalías tienen finalidad concurrencial, pues sus actos buscaran mejorar su posición frente a los otros agentes. En el caso español, si bien cada SGC gestiona diferentes derechos no impide que la SGAE y DAMA compiten en la administración de los derechos de los autores de obras audiovisuales, donde se permite que el autor escoja entre una de las para la gestión de sus derechos; sin embargo, la competencia es limitada (Comisión Nacional de la Competencia, 2009, p. 24).

Por consiguiente, en el presente caso no existiría finalidad concurrencial, por lo tanto, no correspondía analizar si se configuraba algún acto de competencia desleal. Asimismo, corresponde señalar que las actividades de recaudación de regalías en el Perú no tienen una finalidad concurrencial puesto que, si bien se pueden exteriorizar sus actos, no generan ninguna ventaja competitiva para ninguna SGC, ya que, cada una de ellas tienen encomendados derechos específicos y diferentes.

6. Conclusiones

Del análisis realizado en el presente informe podemos concluir en lo siguiente:

En primer lugar, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI no realizó un profundo análisis de las conductas realizadas por Apdayc frente al cliente Café Tinto S.A.C. Los actos de solicitar de información, requerir de pago de regalías y dar aviso del inicio de acciones legales no eran actos que contengan un comportamiento objetivo e injustificado ni un perjuicio injustificado al proceso empresarial de otro agente. Mas bien, se demostró que dichos actos estaban amparados en las obligaciones y facultades contenidas en la LDA de Autor para las sociedades de gestión colectiva.

En segundo lugar, se logró concluir que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia habría realizado una aplicación insuficiente de la excepción del artículo 147 de la LDA. Siendo que se ha verificado que la Sala suscribió lo afirmado por la denunciante respecto a que la lista de obras presentada ante Apdayc, así como, en el procedimiento de denuncia, bastaba para desacreditar la presunción del artículo 147° de la LDA; sin haber corroborado que ello sea cierto. Si bien en el presente caso no se analiza ni denuncia como acto desleal el hecho de que Apdayc cobre por obras presuntamente no administradas, sí es un indicio determinante para la figura de sabotaje empresarial pues permite sospechar que el acto de enviar comunicaciones de requerimiento de información y autorizaciones no tendría un motivo objetivo.

Finalmente, se concluye que los actos de comunicar a determinados agentes la existencia de supuestas obligaciones legales y el acto de solicitar y/o requerir a determinados agentes la autorización para el uso de obras musicales e información diversa sobre la música que utilizarían no contienen una finalidad concurrencial en el mercado, pues estos actos no benefician ni mantienen la posición de Apdayc. Estas son actos que nacen del mandato legal contenido en la LDA, y que son de obligatorio cumplimiento para una sociedad de gestión colectiva.

7. Recomendaciones

Luego del análisis realizado en el presente informe se propone las siguientes recomendaciones:

- Por un lado, considero importante que el INDECOPI ante casos que involucren a sociedades de gestión colectiva tenga en consideración la naturaleza de estos, en aspectos de recaudación y distribución de regalías, frente a terceros proveedores de licencias, puesto que hay una estrecha línea que los hace similares aparentemente.
- En segundo lugar, la excepción a la presunción señalada en el artículo 147° de la LDA aplicada a un procedimiento o proceso judicial debe utilizarse correctamente por la autoridad, en el sentido de que debe corroborarse que efectivamente las obras que señale el denunciante no están bajo la administración de una SGC. Dado que de considerarse suficiente que se presente como medio probatorio un repertorio sin probar que las obras no están en el repertorio de la SGC, afecta a la facultad de esta última de defender efectivamente los derechos de sus administrados.
- En tercer lugar, ante casos donde una de las partes es una SGC debería determinarse si el acto denunciado tiene finalidad concurrencial, puesto que dependerá de esto para identificar si es un acto desleal, y por consiguiente, si corresponde ser sancionado por la autoridad administrativa.

8. Bibliografía

- Aramayo, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A., & Stucchi, P. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Lima: Repositorio Indecopi.
https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Camacho, J. (2013). Interrupción de un tercero en las negociaciones precontractuales. *Revista E-mercatoria*(12), 72–97.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3511>
- Cámara de Comercio Americana del Perú. (14 de enero de 2021). *PwC Perú: industria musical y radial generarán USD 201 millones en el 2024 pese al COVID-19*. Perú.
<https://amcham.org.pe/news/pwc-peru-industria-musical-y-radial-generaran-usd-201-millones-en-el-2024-pese-al-covid-19/>
- Comisión de Derecho de Autor. (2017). *Informe N° 009-2017/DDA*.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2004). *La gestión de los derechos de autor y derechos afines*.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0261&from=ES>

- Comisión Nacional de la Competencia. (2009). *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*. España: S/E.
<http://www.upv.es/entidades/SJ/info/U0488754.pdf>
- Consejo de Ministros. (1996, 23 de abril). *Ley sobre el Derecho de Autor*. Diario Oficial "El Peruano".
- Consejo de Ministros. (2008, 25 de junio). *Ley de Represión de la Competencia Desleal*. Diario Oficial "El Peruano".
- Córdova, J., Herrera, L., Bernal, C., & Granados, C. (2012). Nueva Interpretación del artículo 147 del Decreto Legislativo N°822, Ley sobre el Derecho de Autor. *Boletín de la Dirección de Derecho de Autor*(2), 1-18.
[https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/Jun2012DDA\(1\).pdf](https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/Jun2012DDA(1).pdf)
- Emparanza, A. (2000). *El Boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. España: Civitas Editorial S.L.
- Emparanza, A., Arribas, A., Alfaro, J., & Soler, L. (2013). Inducción a la infracción contractual. Análisis del art. 14 LCD. *Orientaciones actuales del derecho mercantil IV Foro de Magistrados y Profesores de Derecho Mercantil* (págs. 111-142). España: Marcial Pons. <https://app.vlex.com/#vid/717015721>
- Gaviria, J. (julio de 2015). Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano. *Con-texto*(22), 37-57.
https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:CO;*,PE,AR+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+content_type:4/inducci%C3%B3n+desleal/WW/vid/736702169
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (28 de diciembre de 2021). Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. Lima.
<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/8746/Lineamientos%20sobre%20Competencia%20Desleal%20y%20Publicidad%20Comercial%20%282021%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Morales, S. (2015). Análisis del artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal: La inducción a la infracción contractual.
<https://zaguan.unizar.es/record/37064/files/TAZ-TFG-2015-3603.pdf>
- Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., Asunto C-351/12 (Tribunal de Justicia 24 de febrero de 2014).

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=50E2D5C0C65775FF493EF751CD344486?text=&docid=160924&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4919459>

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. (2018). *Aplicación de las normas de represión de la competencia desleal en el ámbito de las telecomunicaciones*. Lima: OSIPTEL.

<https://sociedadtelecom.pe/libros-osiptel/wp-content/uploads/2019/06/aplicacion-normas-represion.pdf>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI. (15 de Setiembre de 2021). Caja de herramientas de la OMPI sobre buenas prácticas para organismos de gestión colectiva (Caja de herramientas).

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_cr_cmotoolkit_2021.pdf

Pazos, J., Capurro, A. M., Kee, G., & Escalante, A. (2020). *Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial*. Lima: Repositorio Indecopi.

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7793/Lineamientos%20sobre%20Competencia%20Desleal%20y%20Publicidad%20Comercial%20%282019%29VF.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Rodriguez, G. (2013). Fundamentos económicos y legales de la legislación sobre represión de la competencia desleal: ámbito de aplicación y cláusula general. 19-33.

Saavedra, R. (2012). Ilícito concurrencial y responsabilidad por infracción de las normas que reprimen la competencia desleal. Una aproximación funcional a la inducción al incumplimiento contractual. *Advocatus*(26), 337-379.

https://app.vlex.com/#vid/585671074/vincent_this/jurisdiction:PE;*+vincent:mecqhs mqtazlrrzhxrgykpjgkjmtrqshkqogy+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1/*WW/vid/798766949

Saavedra, R. (2012). Inducción al incumplimiento contractual, represión de la competencia desleal e incumplimiento eficiente: Una aproximación preliminar a sus puntos de contacto. *IUS ET VERITAS*(44), 42-56.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12020>

Saavedra, R. (2018). La reparación de daños por inducción al incumplimiento. *Revista Prometheo*(1-2018).

https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1/inducion+al+incumplimiento+contractual+competencia/WW/vid/847404863

- Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI. Resolución N° 773-2013/SDC-INDECOPI; 13 de mayo de 2013
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI. Resolución N° 83-2014/SDC-INDECOPI
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI. Resolución N° 301-2007/TDC-INDECOPI
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI. Resolución N° 73-2021/SDC-INDECOPI; 27 de mayo de 2021.
- Sanchez, A. (2011). La inducción al incumplimiento contractual. *La Ley* .
<http://www.registromarcasrosario.com/Upload/Directos/Publicaciones/La%20Induccion%20al%20incumplimiento%20contractual.pdf>
- Sosa, A. (3 de mayo de 2020). *La cláusula general de competencia desleal: ¿El “caballero” está muerto o anda de parranda?* Polemos:
<https://www.polemos.pe/la-clausula-general-de-competencia-desleal-el-caballero-esta-muerto-o-anda-de-parranda/#:~:text=Decimos%20que%20un%20acto%20posee,o%20indirecta%2C%20la%20posici%C3%B3n%20en>
- Stucchi, P. (2007). La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados. *THEMIS: Revista de Derecho*(54), 287-308. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110700>
- Tavera, J., & Óre, T. (2007). Gestión Colectiva de Derechos de Autor: Una mirada al caso peruano. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 3(5), 195-256.
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/119/127>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial Consultante: Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia, 44-IP-2020 (13 de octubre de 2020).
<https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/44-IP-2020.pdf>
- Wood, D. (2001). La gestión colectiva y el derecho de la competencia comunitario. España.
https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_025_es.pdf

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL
DENUNCIANTE : EL AUDÍFONO S.A.C.
DENUNCIADA : ASOCIACIÓN PERUANA DE AUTORES Y
COMPOSITORES¹
MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
SABOTAJE EMPRESARIAL
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE ENTRETENIMIENTO

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI del 6 de agosto de 2019, en el extremo que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia de El Audífono S.A.C. (El Audífono) contra la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) respecto a la presunta comisión de actos de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual, por presuntamente haber interferido en sus relaciones comerciales con Representaciones Disey S.A.C., Cafeína Perú S.A.C. y Big Lila S.A.C., supuesto tipificado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

De la revisión de los medios probatorios se advierte que, con relación a tales clientes de El Audífono S.A.C., la actuación de Apdayc estuvo dirigida a requerir la obtención de autorizaciones en función a la presunción legal contenida en el artículo 147 del Decreto Legislativo 822 - Ley sobre el Derecho de Autor, sin que existan elementos adicionales que permitan determinar que la imputada haya actuado ejerciendo esta prerrogativa de manera desproporcionada.

Asimismo, tampoco se ha constatado que exista alguna comunicación previa mediante la cual se remitiera a Apdayc los contratos suscritos entre El Audífono S.A.C con dichos clientes, el listado de canciones que formaban parte del repertorio objeto de tales contratos, ni algún otro documento que hubiese permitido a la sociedad de gestión colectiva conocer las relaciones jurídicas del denunciante con los referidos clientes y sus alcances, antes de enviar las comunicaciones cuestionadas.

Por otra parte, se **REVOCA** la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI del 6 de agosto de 2019, en el extremo que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia interpuesta por El Audífono S.A.C. contra Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) por la comisión de actos de sabotaje empresarial en la modalidad de incumplimiento contractual, por haber interferido en la relación comercial con

¹ R.U.C.: 20100538203.

su cliente Café Tinto S.A.C., supuesto tipificado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, se declara FUNDADO dicho extremo de la denuncia antes mencionada.

Este extremo se fundamenta en que esta Sala ha evaluado de forma integral las circunstancias y los documentos vinculados a la actuación de Apdayc respecto a la relación entre El Audífono S.A.C. y Café Tinto S.A.C., advirtiendo lo siguiente:

- (i) En este caso la denunciada, a sabiendas de la existencia de un contrato entre El Audífono S.A.C. y Café Tinto S.A.C. así como el listado de canciones que componían el repertorio respectivo, continuó efectuando requerimientos de pago (obtención de la autorización) a Café Tinto S.A.C., amparándose en la presunción prevista en el artículo 147 del Decreto Legislativo 822 - Ley sobre el Derecho de Autor. Estas comunicaciones aludían genéricamente a que en el local de dicho cliente se efectuaba reproducción musical, sugiriendo que - por este hecho- existía una obligación de obtener autorización de la imputada.**
- (ii) Es necesario resaltar que estas acciones se realizaron sin que Apdayc valorara la información remitida respecto al vínculo contractual con El Audífono S.A.C. ni constatará si dicha sociedad de gestión colectiva - en efecto- administraba o no las obras musicales remitidas, pese a que contaba con el repertorio musical que sería reproducido.**
- (iii) Además, estas acciones fueron acompañadas de un mecanismo de presión consistente en la insinuación reiterada de un posible inicio de acciones legales por infracción al Decreto Legislativo 822 - Ley sobre el Derecho de Autor y la supuesta configuración del tipo previsto en el artículo 217 del Código Penal.**
- (iv) Lo anterior se encuentra reforzado por el hecho de que tales comunicaciones procedieron de una sociedad de gestión colectiva, la cual por su naturaleza y labores normativamente reconocidas, ostenta un grado de influencia sobre los agentes económicos que pretenden emplear obras musicales para fines comerciales.**

Finalmente, se IMPONE a la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) una multa ascendente a diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

SANCIÓN: DIEZ (10) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 19 de junio de 2020

I. ANTECEDENTES

1. El 11 de septiembre de 2018, El Audífono S.A.C. (en adelante El Audífono) denunció a Asociación Peruana de Autores y Compositores (en adelante Apdayc) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial, supuesto tipificado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante Ley de Represión de la Competencia Desleal). Esta denuncia se sustentó en los siguientes fundamentos:
 - (i) Desde el año 2015, su empresa presta servicios de ambientación musical, brindando una alternativa de música no comercial para establecimientos, pues cuenta con todos los derechos de autor adquiridos por sus proveedores, quienes han creado los repertorios musicales. Este modelo de negocio permite a sus clientes ahorrar costos, al no tener que realizar pagos adicionales por derechos de autor y derechos conexos a ninguna sociedad de gestión colectiva.

Caso Salón de Belleza “Intrigue”

- (ii) El 14 de diciembre de 2017, Representaciones Disey S.A.C. (en adelante Representaciones Disey) suscribió un contrato de musicalización (en adelante el Contrato) con El Audífono.
- (iii) Posteriormente, el 20 de mayo de 2018 se apersonó un representante de Apdayc al local de Representaciones Disey, notificando la “Carta Reiterativa Requerimiento de Autorización para el Uso de Obras Musicales” que reitera lo supuestamente señalado en una comunicación del 15 de mayo de 2018, mediante la cual, se habría solicitado que la empresa obtenga una autorización para efectuar la reproducción del repertorio musical respectivo. Sin embargo, las obras musicales difundidas correspondían al circuito cerrado de El Audífono y -en realidad- la denunciada no habría notificado ninguna comunicación el 15 de mayo de 2018.
- (iv) El 20 de mayo de 2018, el personal de Representaciones Disey enseñó al personal de Apdayc el *sticker* identificador de El Audífono en el establecimiento y el Contrato, evidenciando que las obras musicales que sonaban no eran parte del repertorio de la sociedad de gestión colectiva.
- (v) El 21 de mayo de 2018, Apdayc se apersonó nuevamente al establecimiento, notificando el “Aviso Prejudicial Carta 03386-18/GCI”. Mediante esta comunicación, la denunciada otorgó a Representaciones

Disey un plazo de tres (3) días para que recabe la autorización correspondiente, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales.

- (vi) Ante estos hechos, de acuerdo al contrato suscrito con Representaciones Disey, su empresa se comunicó telefónicamente con Apdayc, la cual manifestó que la persona quien realizó las inspecciones y notificó las cartas había dejado de laborar en la referida asociación.

Caso “La Folie” – Jockey Plaza

- (vii) El 22 de noviembre de 2017, Café Tinto S.A.C. (en adelante Café Tinto) suscribió el Contrato con El Audífono.
- (viii) Posteriormente, el 23 de noviembre de 2017, Café Tinto envió una carta a Apdayc para comunicar la culminación de su vínculo comercial e informar el inicio de la relación contractual con El Audífono, el cual desde diciembre del referido año les proveería servicios de musicalización.
- (ix) El 27 de noviembre de 2017, Apdayc notificó a Café Tinto una comunicación en la que solicitó cuantiosa información a efectos de validar que las obras musicales que se reproducirían en el establecimiento de la indicada empresa no estaban sujetas a obtener una autorización por parte de la denunciada. De esta manera, requirió lo siguiente: (a) el título de la obra; (b) código ISWC (código internacional de las obras); (c) autor; (d) compositor; (e) arreglista; (f) editor; (g) proveedor de música; (h) “*forma de transmisión o ejecución del contenido musical desde el proveedor hasta la comunicación pública en las tiendas*”; (i) soporte fonográfico de la musicalización; y, (j) en caso existiera alguna cesión de derecho (original y/o derivada), acreditar cada una de las obras a ser ejecutadas. Asimismo, Apdayc informó que se realizarían visitas inopinadas con la finalidad de corroborar el repertorio utilizado.
- (x) El 4 de diciembre de 2017, El Audífono envió una comunicación a Apdayc, señalando que su cliente (Café Tinto) se encontraba en la libertad de optar por música “*libre de derechos de autor y derechos conexos*”. Adicionalmente, indicó que el Decreto Legislativo 822 (en adelante Ley sobre el Derecho de Autor) no facultaba a Apdayc como sociedad de gestión colectiva a solicitar la información indicada en el literal anterior y que únicamente era necesario el envío del Contrato y el listado de sus obras musicales, a efectos de que la denunciada corrobore que su repertorio no es administrado por esta.
- (xi) El 3 de febrero de 2018, representantes de Apdayc se apersonaron al establecimiento de Café Tinto notificando la “Carta Informativa -

Verificación de Uso de Obras Musicales”, la cual indica que se había verificado la difusión de “repertorio musical”, por lo que era necesario que la empresa obtenga una autorización de dicha asociación.

- (xii) El 20 de febrero de 2018, El Audífono envió una comunicación a Apdayc, manifestando la incomodidad de su cliente (Café Tinto) ante la persistencia en la exigencia de un pago (obtención de autorización) que no correspondía. Asimismo, indicaron que, si bien las sociedades de gestión colectiva cuentan con una presunción a su favor respecto a que las obras musicales que se comuniquen al público pertenecen a su repertorio, lo anterior no las faculta a notificar cartas si no tienen certeza de que las obras musicales reproducidas son administradas por ellas.
- (xiii) El 7 de marzo de 2018, Apdayc notificó a Café Tinto la comunicación “Carta Reiterativa Requerimiento de Autorización para el Uso de Obras Musicales”. En dicho documento se reiteró lo solicitado el 3 de febrero de 2018, señalando que no contar con la autorización requerida constituye una infracción a la Ley sobre el Derecho de Autor y un delito tipificado en el artículo 217 del Código Penal.
- (xiv) El 21 de marzo de 2018, Apdayc notificó a Café Tinto una carta en la que menciona que su asociación brinda certeza de que el repertorio que administra no está sujeto a ningún tipo de contingencia legal, al encontrarse constituida como una sociedad de gestión colectiva autorizada por el Indecopi. Asimismo, la denunciada señaló que, ante el deseo de Café Tinto de utilizar el catálogo de El Audífono, conforme al artículo 113 de la Ley sobre el Derecho de Autor, dicha empresa debía adjuntar la información señalada en el literal (ix) del presente numeral e indicar, adicionalmente, el coautor, co-compositor, co-arreglista y co-editor.
- (xv) El 4 de abril de 2018, El Audífono envió una comunicación a Apdayc manifestando que no se oponen a realizar un pago a la asociación por la utilización de su repertorio musical, sin embargo, este no es el caso. Adicionalmente, en tal carta se indicó que el artículo 113 de la Ley sobre el Derecho de Autor no facultaba a Apdayc a solicitar la información requerida a Café Tinto. Finalmente, El Audífono adjuntó los contratos con sus proveedores extranjeros de música y la relación de temas que están siendo usados para que procedan a efectuar la validación respectiva, pese a que ello no es un requisito legal para que su empresa pueda prestar servicios de musicalización.

Caso “La Folie” – Primavera

- (xvi) El 22 de noviembre de 2017, Cafeína Perú S.A.C. (en adelante Cafeína Perú) suscribió el Contrato con El Audífono. Al día siguiente, Cafeína Perú cursó una comunicación a Apdayc, informando la culminación del vínculo contractual con dicha sociedad de gestión colectiva y el inicio de la relación con El Audífono, el cual desde diciembre del referido año les proveería servicios de musicalización.
- (xvii) El 27 de noviembre de 2017, Apdayc notificó a Cafeína Perú una comunicación en la que solicitó cuantiosa información -detallada en el literal (ix) del presente numeral- a efectos de validar que las obras musicales que se reproducirían en el establecimiento no se encontraban sujetas a una autorización por parte de la asociación.
- (xviii) El 4 de diciembre de 2017, El Audífono envió a Apdayc la comunicación indicada en el literal (x) del presente numeral, la cual se efectuó en representación de Café Tinto y Cafeína Perú.

Caso "Big Lila"

- (xix) El 12 de junio de 2018, se inició la prestación de servicios de musicalización a Big Lila S.A.C. (en adelante Big Lila) en los establecimientos ubicados en los distritos de San Isidro y la Victoria.
 - (xx) Asimismo, a través de un correo electrónico en la misma fecha, remitido por Big Lila a El Audífono, se informó que Apdayc había solicitado una lista detallada de las canciones a reproducir a efectos de validar que "no tengan derechos de autor".
 - (xxi) Posteriormente, el 16 de julio de 2018, El Audífono envió un correo electrónico a Big Lila para consultar si el contrato por sus servicios ya se encontraba firmado, a fin de recogerlo. El 31 de julio de 2018, Big Lila comunicó a El Audífono que "al no tener una respuesta formal por parte de Apdayc, pese a haber hecho el trámite correspondiente" no podían formalizar la suscripción del Contrato.
2. Mediante Resolución s/n del 24 de octubre de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia e imputó a Apdayc la presunta comisión de actos de sabotaje empresarial en la modalidad de sabotaje empresarial, supuesto tipificado en el artículo 15 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que dicha asociación habría interferido en las relaciones contractuales que el denunciante tendría con sus clientes, al realizar las siguientes conductas:
- (i) Comunicar a determinados clientes la existencia de supuestas obligaciones legales a su favor;

- (ii) solicitar y/o requerir a determinados clientes la autorización para el uso de sus obras musicales e información diversa sobre la música que utilizarían para una supuesta validación por parte de la imputada, generando incomodidades innecesarias; y,
 - (iii) solicitar la autorización para el uso de sus obras musicales a pesar de que los clientes de El Audífono habrían demostrado que contrataron con el denunciante, siendo estas conductas injustificadas debido a que el denunciante contaría con los derechos de autor y conexos correspondientes para su repertorio musical.
3. El 23 de noviembre de 2018, Apdayc presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
- (i) Se encuentra constituida como una sociedad de gestión colectiva autorizada por el Indecopi y, de conformidad con el artículo 146 de la Ley sobre el Derecho de Autor, está encargada de administrar y recaudar los derechos de autor de obras musicales de sus asociados.
 - (ii) Las conductas imputadas fueron realizadas como parte del ejercicio legítimo de los derechos que representan a favor de sus asociados, de acuerdo con el artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor, el cual establece una presunción a favor de las sociedades de gestión colectiva, salvo prueba en contrario. En tal sentido, el tercero que explota una obra musical debe demostrar que cuenta con la debida autorización por parte del titular o que la sociedad de gestión colectiva no la representa.
 - (iii) Por ende, no se han cometido actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial.

Caso Salón de Belleza “Intrigue”

- (iv) Representaciones Disey se encontraba realizando actos de comunicación pública de obras musicales sin contar con la autorización de Apdayc, por lo que se remitieron comunicaciones informándoles sobre los alcances de la Ley sobre el Derecho de Autor. Estas acciones forman parte de sus procedimientos y tienen como finalidad que, de ser el caso, se obtenga la respectiva autorización.

Caso “La Folie” – Jockey Plaza y Primavera

- (v) En atención a las comunicaciones de Café Tinto y Caféína Perú respecto a la culminación de la relación comercial con su asociación y el inicio de

un vínculo comercial con El Audífono, se requirió información conforme a lo previsto en el artículo 113 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

- (vi) En el Contrato suscrito con los clientes, se señala que el Audífono no se responsabiliza por las obras musicales comunicadas al público que no formen parte de su repertorio.

Caso “Big Lila”

- (vii) Big Lila se encuentra registrada en su sistema de recaudación, siendo usuaria de Apdayc desde septiembre de 2009. Cabe señalar que esta empresa ha cumplido con el pago por derechos de autor con total normalidad.

4. El 14 de diciembre de 2018, El Audífono señaló lo siguiente:

- (i) A pesar de sus comunicaciones a Apdayc, dicha sociedad de gestión colectiva no ha cesado la realización de cobranzas, interfiriendo en las relaciones comerciales con sus clientes.
- (ii) En el caso de Representaciones Disey, no es cierto que este cliente se encuentre utilizando música sin contar con la autorización correspondiente. Además, la intención de interferencia puede evidenciarse en la cobranza efectuada en dos días consecutivos, lo cual no se encuentra conforme a los propios procedimientos de la asociación.
- (iii) El artículo 113 de la Ley sobre el Derecho de Autor, versa sobre las obligaciones de los empresarios de espectáculos y eventos musicales, quienes deberán especificar qué obras musicales serán utilizadas a efectos de que se aplique el tarifario correspondiente y la posterior distribución de regalías. Sin embargo, a diferencia de lo pretendido por Apdayc en sus comunicaciones a Café Tinto y Cafeína Perú, este artículo no puede ser empleado para la cobranza de música en locales comerciales.
- (iv) Se han enviado comunicaciones a Apdayc a efectos de que corrobore que el repertorio empleado por El Audífono no es administrado por esta asociación. Pese a ello, no se ha obtenido una respuesta concreta e incluso, de manera contraria a lo indicado en las comunicaciones, se invita a la empresa denunciante a acercarse a las oficinas y realizar por su propia cuenta las validaciones en un módulo de atención. Sin perjuicio de lo anterior, no existe norma alguna que le exija validar su repertorio musical ante Apdayc.

- (v) Finalmente, se precisa que su empresa ha suscrito contratos con los proveedores Amurco y Soundmachine, los cuales tienen acuerdos con los artistas, autores, compositores y productores fonográficos. Esta contratación se encuentra exenta de la intervención de las sociedades de gestión colectiva, generando un ahorro para los agentes en el mercado.
5. El 18 de diciembre de 2018, Apdayc reiteró sus argumentos e indicó lo siguiente²:
- (i) Cuando un agente informa que se encuentra autorizado por autores y compositores para licenciar la explotación de obras musicales en establecimientos, se le requiere información detallada (datos de los titulares primigenios y derivados, las condiciones de la autorización de la explotación, así como la documentación de sustento) de las obras musicales que pretenden poner a disposición de estos locales. Ello se sustenta en la Ley sobre el Derecho de Autor y tiene como finalidad corroborar si el repertorio musical está o no bajo la administración y/o representación de su asociación.
- (ii) De otro lado, cuando un establecimiento comercial le informa que han contratado a un tercero autorizado por autores y compositores, igualmente se le solicita información detallada respecto a la programación musical que comunicará al público a efectos de verificar si se encuentra o no bajo la administración y/o representación de su asociación. Siendo así, se les requiere el detalle indicado en el literal (ix) del numeral 1 del presente pronunciamiento.
6. El 14 de marzo de 2019, El Audífono reiteró sus argumentos y agregó lo siguiente:
- (i) Apdayc no es una autoridad administrativa de derecho público con facultades de fiscalización que le permitan exigir la presentación de información y/o documentación a entidades privadas. En tal sentido, si dicha sociedad de gestión colectiva considera que El Audífono está vulnerando los derechos de autor de sus asociados, debe accionar en la vía administrativa ante Indecopi o en sede judicial.

² El escrito de Apdayc fue emitido en atención al requerimiento contenido en el Proveído 1 del 6 de diciembre de 2018, por el cual la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó, entre otra información, lo siguiente:

- (i) Las acciones que dicha organización realiza frente a locales comerciales cuando un tercero autorizado por autores y compositores (o, en su defecto, por los representantes correspondientes a estos) le comunica que se encuentra autorizado para explotar determinadas obras, y en atención a ello ha suscrito un convenio con dichos locales. Asimismo, presentar la documentación sustentatoria correspondiente.
- (ii) Las acciones que dicha organización realiza frente a locales comerciales cuando estos le comunican que han contratado con un tercero autorizado por autores y compositores (en su defecto, por los representantes correspondientes de estos) para la explotación de sus obras. Asimismo, presentar la documentación sustentatoria correspondiente.

- (ii) En los eventuales procedimientos antes señalados, el artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor otorga a la denunciada una presunción a su favor, salvo prueba en contrario. Por ende, en tales casos, su empresa no tendría inconveniente alguno en presentar toda la información necesaria para demostrar que su repertorio no se encuentra bajo la administración de la asociación.
- (iii) La denunciada sí tuvo conocimiento previo de que Representaciones Disey y Big Lila ahora eran clientes de El Audífono; sin embargo, en estos casos nunca efectuó algún requerimiento de información a efectos de “validar” las obras musicales.
7. Mediante Resolución 4 del 15 de mayo de 2019, la Comisión suspendió el procedimiento hasta que la Comisión de Derechos de Autor del Indecopi cumpla con remitir la información solicitada mediante Memorándum 205-2019/CCD, consistente en precisar si Apdayc (como sociedad de gestión colectiva) se encuentra facultada a realizar las acciones imputadas.
8. Por Memorándum 272-2019/CDA del 3 de julio de 2019, la Comisión de Derechos de Autor informó lo siguiente:
- (i) Sobre “Comunicar a determinados clientes la existencia de obligaciones legales a su favor”
- “(…)
La entidad de gestión cuando efectúa la actividad de recaudación, como cualquier ente privado que vela por derechos encomendados, realiza las acciones permitidas por ley a fin de poder recaudar por el repertorio que administra.
- Por lo que, dichas entidades podrían realizar acciones de difusión de los derechos de autor y derechos conexos, con la finalidad de dar a conocer los derechos que representan, de esta forma comunicar a los posibles usuarios la existencia de obligaciones legales, por ejemplo informarles de la necesidad de contar con su autorización – en el que [sic] caso de derechos de autorización – en caso comunique al público el repertorio que administra.”
- (ii) Sobre “Solicitar y/o requerir a determinados clientes la autorización para el uso de obras musicales e información diversa sobre la música utilizada, generando incomodidades”
- “(…) en su calidad de sociedad de gestión colectiva está legitimada para ejercer los derechos confiados a su administración, así como para hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, presumiéndose que los derechos ejercidos les han sido encomendados

por sus respectivos titulares, conforme lo establecido en el artículo 147 del Decreto Legislativo 822.

Esta legitimación para hacer valer los derechos confiados a su administración también se materializa cuando solicita y/o requiere a sus usuarios reales o potenciales la autorización para comunicar al público las obras musicales que administran e información que le es relevante a efectos de aplicar su tarifario, lo que podría realizar de forma directa o a través de un procedimiento de inspección a fin de prevenir posibles riesgos de destrucción de las pruebas de las supuestas infracciones que pudiese producirse.”

- (iii) *Sobre “Solicitar la autorización para el uso de sus obras musicales, a pesar de que los clientes habrían demostrado que contrataron con El Audífono: conductas que serían injustificadas debido a que El Audífono contaría con el derecho de autor y los derechos conexos correspondientes para su repertorio musical”*

“(…) Apdayc como cualquier ente privado, puede realizar todas las acciones lícitas a fin de realizar sus actividades de recaudación, como es informar sobre los derechos que representan, verificar y, de ser el caso, generar los medios probatorios que considere pertinente que podrían acreditar alguna infracción a los derechos que administra, a fin de que haga valer sus derechos en la vía administrativa o judicial.”

9. Mediante Resolución 5 del 23 de julio de 2019, la Comisión levantó la suspensión del procedimiento.
10. A través de la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI del 6 de agosto de 2019, la Comisión declaró infundada la denuncia. La primera instancia sustentó su pronunciamiento en los siguientes fundamentos³:
- (i) De acuerdo con el artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor, salvo prueba en contrario, se presume que los derechos ejercidos les han sido encomendados a las sociedades de gestión colectiva, directa o indirectamente, por sus titulares.
- (ii) En tal sentido, de manera contraria a lo alegado por El Audífono, las sociedades de gestión colectiva están premunidas de una presunción a su favor, por lo que corresponde a los terceros demostrar que cuentan con los derechos necesarios para comunicar públicamente las respectivas obras.

³ Es necesario precisar que la Comisión precisó en la resolución final que no correspondía emitir un pronunciamiento respecto de los hechos relacionados al centro comercial Mega Plaza, alegados por El Audífono durante el procedimiento, ya que estos no formaron parte de la denuncia.

- (iii) En la oportunidad que Apdayc realizó las actuaciones cuestionadas, El Audífono no había acreditado debidamente que contaba con la facultad para cobrar por el uso de determinadas obras musicales que fueron entregadas a sus clientes, pues únicamente remitió los contratos con sus proveedores musicales.
 - (iv) Estas contrataciones no demuestran que los derechos correspondientes han sido concedidos directamente por los autores y compositores a dichas empresas extranjeras (proveedores de El Audífono), el tiempo que dura dicha cesión y qué derechos han sido referidos en los respectivos contratos, por lo que Apdayc se encontraba facultada para exigir el cobro del derecho de remuneración por la comunicación al público de las referidas obras musicales.
 - (v) Las actuaciones de Apdayc se encuentran dentro de la ley, en tanto El Audífono no cumplió con informar a la imputada los derechos que tendría respecto de los “fonogramas” musicales que administra, por lo que no se ha configurado el supuesto de sabotaje empresarial denunciado. A mayor abundamiento, la Comisión de Derechos de Autor ha reconocido en el Memorándum 272-2019/CDA que las actuaciones realizadas por Apdayc fueron legítimas.
 - (vi) Finalmente, en las comunicaciones de Apdayc presentadas por el denunciante, se observa que dicha asociación nunca incitó a los clientes a resolver el Contrato con El Audífono.
11. El 6 de septiembre de 2019, El Audífono interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI, reiterando sus argumentos y agregando lo siguiente:
- (i) El pronunciamiento de la Comisión incurre en vicios de forma que generan que la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI sea nula, pues: (a) en la sumilla se menciona que este sería un caso de “publicidad comercial” cuando es de sabotaje empresarial; (b) en la parte considerativa se indica que la controversia versaría por la comunicación pública de “fonogramas”; y, (c) en vez de Apdayc, se señala a la Unión Peruana de Productos Fonográficos (en adelante Unimpro).
 - (ii) La Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI incurre en un vicio por falta de motivación, debido a que la primera instancia no se ha pronunciado sobre todos los argumentos expuestos por las partes ni respecto de todos los medios probatorios presentados en la denuncia.
 - (iii) Por ejemplo, se ha omitido emitir un pronunciamiento sobre los contratos de su empresa con Amurco y Soundmachine, proveedores extranjeros

de los repertorios musicales que ofrece. Estos documentos son relevantes debido a que permiten comprender su estructura de negocio, consistente en que los autores y compositores (titulares originarios), suscriben acuerdos con Amurco o Soundmachine (titulares derivados), los cuales, a su vez, brindan servicios a El Audífono (licenciataria), quien finalmente provee el servicio de musicalización a sus clientes.

- (iv) A diferencia de lo señalado por Apdayc y la Comisión, el artículo 113 de la Ley sobre el Derecho de Autor no faculta a la asociación a efectuar requerimientos de información. Esta disposición debe ser entendida en el contexto de los artículos 111 y 112 de la norma antes mencionada, por lo que se encuentra referida a las obligaciones del empresario que contrata la representación teatral de una obra dramático-musical.
- (v) Por tanto, la denunciada no puede exigir la cuantiosa información que solicita a través de sus comunicaciones, especialmente debido a que se trata de información confidencial de un competidor. Sin perjuicio de ello, estos contratos han sido exhibidos durante el procedimiento a efectos de despejar cualquier duda sobre la legitimidad de la actuación de su empresa.
- (vi) La primera instancia no se ha pronunciado respecto a los nuevos casos de clientes respecto de los cuales también existiría un sabotaje empresarial por parte de Apdayc. Estos clientes serían distintos hoteles, el Centro de Exposiciones del Jockey Club, el centro comercial Megaplaza y el evento *Hot Wheels City* del centro comercial Plaza Lima Norte.

12. El 17 de diciembre de 2019, Apdayc reiteró sus argumentos y agregó que no corresponde presentar argumentos sobre los nuevos casos presentados por El Audífono, ya que no formaron parte de la denuncia.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

13. De acuerdo con los antecedentes expuestos, en el presente caso le corresponde a la Sala:
- (i) Determinar si los errores materiales contenidos en la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI constituyen una causal de nulidad y, de ser el caso, si corresponde su subsanación;
 - (ii) determinar si la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI incurre en un vicio de nulidad por falta de motivación;
 - (iii) analizar si Apdayc ha cometido actos de competencia desleal en la

modalidad de sabotaje empresarial, supuesto tipificado en el artículo 15 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y,

(iv) de ser el caso, graduar la sanción que corresponde imponer a Apdayc.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Sobre los errores materiales de la Resolución

13. En apelación, El Audífono señaló que el pronunciamiento de la Comisión incurre en vicios de forma, lo cual generaría que la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI sea nula. En particular, tales vicios serían: la indicación en el encabezado de la resolución de “publicidad comercial” en vez de “sabotaje empresarial”, las menciones en la parte considerativa de “fonogramas” en lugar de “obras musicales” y “Unimpro” en vez de “Apdayc”.
14. De la revisión de la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI, se advierte que figuran las imprecisiones alegadas por la recurrente. Sin embargo, estas constituyen únicamente errores de escritura que no alteran la congruencia interna de la motivación ni impiden a los administrados conocer el sentido y la fundamentación de lo decidido.
15. Esto es así, pues a pesar de las menciones erradas a “publicidad comercial”, “fonograma” y “Unimpro” (efectuadas una sola vez en la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI) es claro que: (i) el pronunciamiento impugnado versa sobre un presunto caso de sabotaje empresarial, (ii) el cual fue declarado infundado debido a que la Comisión consideró que El Audífono no habría sustentado ante Apdayc tener los derechos de las obras musicales que conforman parte de su repertorio, y (iii) la denunciada es la sociedad de gestión colectiva, Apdayc.
16. De esta manera, dichos errores materiales no implican que la decisión de la autoridad se haya emitido contraviniendo el marco normativo ni que esta resolución adolezca de un vicio en los requisitos de validez del acto administrativo establecidos en el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO de la Ley 27444)⁴. Considerando ello, y que la existencia de un error material

⁴ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento

no constituye una causal de nulidad conforme al artículo 10 del TUO de la Ley 27444)⁵, corresponde desestimar la nulidad deducida por El Audifono en este extremo.

17. Sin perjuicio de lo antes señalado, el artículo 212 del TUO de la Ley 27444⁶ establece que los errores materiales en los actos administrativos pueden ser rectificadas de oficio o a pedido de los administrados, en cualquier etapa del procedimiento y con efecto retroactivo, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.
18. Si bien -en principio- hubiese correspondido que la Comisión rectifique los errores antes detectados, en aplicación de los principios de celeridad y eficacia⁷ que sustentan el procedimiento administrativo y considerando que se

jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

⁵ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

⁶ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 212.- Rectificación de errores

212.1 Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

212.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.

⁷ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

tratan de inexactitudes que no afectan la resolución apelada, la Sala procede a enmendar tales errores materiales, conforme a lo siguiente:

- (i) En el encabezado únicamente debe decir:

“MATERIA: ACTOS DE SABOTAJE EMPRESARIAL”

- (ii) En el segundo párrafo de la página 9 debe mencionarse “obras musicales” en lugar de “fonogramas”, por lo que dicho texto queda conforme se transcribe a continuación:

“(…), en tanto las actuaciones realizadas por la imputada se encuentran enmarcadas dentro de las prerrogativas que le han sido conferidas por la Ley de Derechos de Autor, ello en tanto El Audífono no cumplió con informar a la imputada los derechos que tendría de las obras musicales que administraría.”

- (iii) En el tercer párrafo de la página 9 debe decir “Apdayc” en vez de “Unimpro”, por lo que dicho texto queda conforme se transcribe a continuación:

“En efecto, de acuerdo con la Dirección de Derechos de Autor, Apdayc se encontraba autorizada para realizar todas las actuaciones que El Audífono cuestiona. (…).”

III.2 Sobre el supuesto vicio en la motivación de la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI

19. El numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444⁸, establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías

1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

⁸ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL TÍTULO PRELIMINAR**

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando

inherentes al debido procedimiento, lo cual comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

20. En esta línea, uno de los requisitos de validez de los actos administrativos consiste en que deben estar debidamente motivados, en proporción a su contenido y conforme al ordenamiento jurídico⁹. Adicionalmente, el artículo 6 del mencionado cuerpo normativo¹⁰ establece que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, así como la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican la decisión adoptada.
21. En tal sentido, el hecho de que una decisión administrativa carezca de motivación o se encuentre fundamentada de manera aparente o incongruente, determinará un vicio en un elemento sustancial del acto administrativo y, por ende, constituirá una causal de nulidad.
22. La recurrente, en su recurso de apelación, alegó que la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI incurre en un vicio por falta de motivación ya que la primera instancia no se pronunció sobre todos los argumentos expuestos ni los medios probatorios presentados.
23. Al respecto, es necesario señalar que la empresa denunciante no identificó cuáles serían los argumentos que presuntamente habrían dejado de ser evaluados. De esta manera, se limitó a señalar, a manera de ejemplo, que la primera instancia habría omitido pronunciarse sobre los contratos de su empresa con Amurco y Soundmachine, los cuales fueron presentados como medios probatorios.

corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

⁹ Ver pie de página 4.

¹⁰ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

24. Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1230-2002-HC/TC, el derecho a la debida motivación no significa que las autoridades detallen pormenorizadamente cada una de las alegaciones realizadas por las partes, sino que la decisión final tenga congruencia entre lo pedido y lo resuelto.

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 1230-2002-HC/TC

“11. (...)

La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, expresa una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver.”

(Subrayado agregado)

25. En la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI, la primera instancia se pronunció respecto al presunto sabotaje empresarial que Apdayc habría cometido, interfiriendo en las relaciones comerciales de El Audífono con sus clientes. La Comisión sostuvo que las actuaciones de la sociedad de gestión colectiva denunciada estuvieron respaldadas por el ordenamiento legal aplicable, de acuerdo con su interpretación del artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor y el Memorándum 272-2019/CDA de la Comisión de Derechos de Autor.
26. Asimismo, la primera instancia indicó que: (i) el denunciante no habría sustentado oportunamente ante Apdayc que contaba con las autorizaciones de los titulares de las obras musicales de su repertorio musical; y, (ii) en las comunicaciones de la imputada –medios probatorios principales en el presente procedimiento– no advertía que esta asociación haya interferido en la relación contractual de El Audífono con sus clientes.

RESOLUCIÓN 134-2019/CCD-INDECOPI DEL 6 DE AGOSTO DE 2019

“(…)”

Al respecto, el Artículo 147 de la Ley de Derechos de Autor establece que, salvo prueba en contrario, se presume que los derechos ejercidos les han sido encomendados a las sociedades de gestión colectiva, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares (subrayado agregado).

De lo anterior se desprende, contrariamente a lo indicado por la denunciante, que las sociedades de gestión colectiva cuentan con una presunción de licitud, debiendo ser el tercero quien deberá demostrar que cuenta con los derechos necesarios para comunicar públicamente las correspondientes obras.

De la revisión de los actuados, esta Comisión advierte que, en la oportunidad en la que Apdayc realizó las actuaciones cuestionadas, El Audífono no acreditó

debidamente la facultad que tendría para cobrar por el uso de determinadas obras musicales que fueron entregadas a sus clientes, pues únicamente remitió los contratos suscritos con sus proveedores musicales, los mismos que no demuestran que los derechos correspondientes han sido concedidos directamente por los autores y compositores a dichas empresas extranjeras en forma exclusiva o no, el tiempo que dura dicha cesión y qué derechos han sido referidos en los respectivos contratos, por lo que Apdayc se encontraba facultada para exigir el cobro del derecho de remuneración por la comunicación al público de las referidas obras musicales.

En ese sentido, para esta Comisión no se ha configurado el supuesto de sabotaje empresarial alegado por El Audífono referido a la interferencia injustificada por parte de Apdayc en la relación contractual que mantendría la denunciante con determinados locales comerciales, en tanto las actuaciones realizadas por la imputada se encuentran enmarcadas dentro de las prerrogativas que le han sido conferidas por la Ley de Derechos de Autor, ello en tanto El Audífono no cumplió con informar a la imputada los derechos que tendría respecto de los "obras musicales" que administraría.

En efecto, de acuerdo con la Dirección de Derechos de Autor, "Apdayc" se encontraba autorizada para realizar todas las actuaciones que El Audífono cuestiona. Así, mediante Memorándum N 272-2019/CDA de fecha 4 de julio de 2019, dicha autoridad señaló lo siguiente:

(...)

A mayor abundamiento, de la lectura de las cartas enviadas por Apdayc a los clientes de la denunciante, la Comisión aprecia que en ellas la sociedad de gestión colectiva únicamente se limitó a informar sus derechos y las consecuencias del incumplimiento del pago de la remuneración por la comunicación al público de obras musicales sin incitar a los establecimientos comerciales a resolver el contrato que tenían con El Audífono.

(...)."

27. En tal sentido, sin perjuicio de los diversos argumentos específicos alegados por las partes durante el procedimiento, el extracto transcrito en el párrafo anterior demuestra que la resolución impugnada contiene una fundamentación de hecho y de derecho, expresa y congruente, sobre la cual sustentó su decisión. De esta manera, la primera instancia resolvió la materia controvertida, desestimando la denuncia de El Audífono.
28. Como se ha mencionado, el denunciante también indicó que la primera instancia habría omitido pronunciarse sobre los contratos de su empresa con Amurco y Soundmachine (proveedores extranjeros de los repertorios musicales que ofrece), los cuales permitirían comprender la estructura de su negocio.
29. Sobre el particular, en este procedimiento no es materia de evaluación o cuestionamiento la forma en la cual El Audífono presta sus servicios, sino la conducta de Apdayc y si esta calificaba como un acto de competencia desleal o resultaba legítima por contar con sustento normativo.
30. De esta manera, guarda sentido que el pronunciamiento de la Comisión no haya abordado las relaciones de El Audífono con sus proveedores y, por lo

tanto, que el análisis lógico-jurídico realizado no hiciera alusión expresa a los contratos antes señalados, al resolver la materia en discusión.

31. En consecuencia, contrariamente a lo manifestado por el denunciante, la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI no incurre en un vicio de motivación que acarree su nulidad.

III.3 Sobre los hechos objeto de evaluación en este procedimiento

32. En apelación, El Audífono alegó que la primera instancia no se pronunció sobre los nuevos casos de clientes (distintos hoteles, el Centro de Exposiciones del Jockey Club, el centro comercial Megaplaza y el evento *Hot Wheels City* del centro comercial Plaza Lima Norte) respecto de los cuales también existiría un sabotaje empresarial por parte de Apdayc.
33. El artículo 198 del TUO de la Ley 27444¹¹ establece que debe existir congruencia entre lo pedido y lo resuelto. Por tanto, en función del contenido de la denuncia, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia e imputó los hechos presuntamente infractores, los cuales fueron trasladados a Apdayc para que ejerza su derecho de defensa.
34. En tal sentido, debido a que la denuncia de El Audífono no aludió a los clientes indicados anteriormente, la imputación de la Secretaría Técnica de la Comisión no se basó en estos presuntos hechos y, por ende, la materia controvertida no comprende estos casos.
35. Por tanto, a diferencia de lo alegado por El Audífono, la primera instancia no incurrió en algún vicio o defecto al no pronunciarse -en su decisión final- respecto de estos nuevos hechos indicados por el denunciante. Finalmente, en atención a lo expuesto, corresponde precisar que lo presuntamente acontecido respecto al Centro de Exposiciones del Jockey Club, el centro comercial Megaplaza y el evento *Hot Wheels City* del centro comercial Plaza Lima Norte, tampoco será objeto de análisis en esta instancia.

III.4 Sobre los actos de competencia desleal imputados

III.4.1 Marco jurídico

¹¹ DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 198.- Contenido de la resolución

(...)

198.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

36. La tipificación de los actos de sabotaje empresarial se encuentra recogida en el artículo 15.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en cuyo texto se indica que tal conducta ilícita consiste en: “(...) *la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades*”.
37. De acuerdo con el referido texto normativo, se desprende que regula dos supuestos de hecho: (i) la interferencia en la relación contractual que un agente económico tiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a fin de inducirlos a incumplir alguna prestación esencial; y, (ii) la intromisión de cualquier otra índole en los procesos o actividades de un competidor.
38. Considerando lo antes indicado, la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal precisa que el objetivo del tipo infractor contenido en el artículo 15.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, fue recoger dos figuras jurídicas diferentes¹²: la inducción al incumplimiento contractual y los actos de boicot.
39. Con relación a la inducción al incumplimiento contractual, dicha conducta supone la existencia de una relación contractual, la cual debe ser entendida en un sentido amplio; es decir, contratos, acuerdos preparatorios, adendas o, por ejemplo, obligaciones post contractuales válidas (como los pactos de no competencia)¹³. Asimismo, esta inducción debe implicar un comportamiento

¹² **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

“Actos de sabotaje empresarial

El artículo 16 del Decreto Legislativo pretende unificar en un sólo artículo dos actos típicos de competencia desleal sancionados por el Indecopi como inducción a la infracción contractual (supuesto contemplado en el artículo 16 del Decreto Ley 26122) y los denominados actos de boicot o boicoteo. Este tipo de conductas tiene por objeto la interferencia o entorpecimiento de la actividad empresarial de un competidor, lo que puede llevarse a cabo mediante la inducción indebida, por causas distintas a la propia eficiencia, a la terminación o a la paralización de sus relaciones contractuales con sus proveedores, clientes, trabajadores u otros sujetos que tengan cierto grado de influencia en su desarrollo en el mercado.”

¹³ De acuerdo a Eva Domínguez Pérez, para efectos del supuesto de la infracción a la inducción contractual han existido casos en los que la “*inducción se producía en relación, no a un contrato ya celebrado, sino en relación a un precontrato (sentencia de la AP de Navarra de 10 de junio 1998 [AC 1998, 1455]), o sobre un contrato que modifica o completa otro anterior, o incluso sobre un contrato ya extinguido pero que contiene obligaciones postcontractuales válidas (por ejemplo, pacto de no competencia, art. 21.2 ET). Por el contrario, es una opinión pacífica que de los tratos preliminares o negociaciones previas para la celebración de un contrato no surge una relación contractual relevante a efectos de aplicar el art. 14 LCD -salvo que expresamente se pacte vía cláusula-, sin perjuicio de la posible responsabilidad que pueda derivarse por culpa in contrayendo en la cláusula general de deslealtad ex art. 4 LCD, o constituya una infracción de secretos (art. 13 LCD).*” DOMINGUEZ, EVA. Inducción a la infracción contractual. En: Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. BERCOVITZ, Alberto (Director). Thomson Reuters. 2011. Navarra. p. 385.

objetivo o apto para motivar a otro a no ejecutar alguna prestación esencial u obligación principal cuyo incumplimiento podría habilitar a la contraparte a resolver el contrato¹⁴.

40. Por otro lado, en la Resolución 0301-2007/TDC-INDECOPI del 7 de marzo de 2007, esta Sala definió la figura de boicot como una práctica intromisiva en las relaciones comerciales de un competidor, mediante la intervención de un agente denominado boicoteador, que incita a un segundo (el receptor) para no iniciar, mantener o rescindir los vínculos comerciales con un tercero, el boicoteado. En tales términos, se requerirá la concurrencia, por lo menos, de tres intervinientes (personas o grupos de personas): el boicoteador, el destinatario del boicot y, por último, el boicoteado.¹⁵
41. Al igual que la inducción al incumplimiento contractual, lo importante para efectos de determinar si la declaración de un presunto boicoteador puede ser entendida como una incitación en los términos de esta conducta desleal, es que sea objetivamente capaz de orientar la conducta del receptor. Para ello, se debe considerar que esta declaración no consiste en una simple propuesta, sino que transmite al receptor un requerimiento, acompañado de algún determinado mecanismo de presión (eventual perjuicio en caso de desacato) de distinta índole, que determine que este tercero (destinatario del boicot) se vea compelido o apremiado a cumplir con dicha indicación¹⁶.

¹⁴ Al respecto, Eva Domínguez Pérez citando a J. Massaguer indica que “es necesario que el sujeto agente muestre una actitud activa, entendida en un sentido amplio: puede tratarse tanto de una propuesta expresa, como de cualquier otro comportamiento idóneo para motivar a otro a incumplir sus obligaciones contractuales (vid. MASSAGUER FUENTES, J., <<Comentario...>>, op. cit. pgs. 406 y 407). Ahora bien, no cualquier actitud activa será relevante a efectos de aplicación del artículo 14.1 LCD, puesto que es necesario que el comportamiento activo del inductor se revele idóneo o apto para provocar en el inducido la decisión de infringir sus deberes contractuales básicos, esto es, que la inducción se debería realizar mediante medios apropiados para lograr el fin pretendido con la actividad de inducción (...).” DOMINGUEZ, EVA. Inducción a la infracción contractual. En: Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. BERCOVITZ, Alberto (Director). Thomson Reuters. 2011. Navarra. p. 388.

Asimismo, la misma autora citando a J. Massaguer señala que infracción a los deberes básicos (o en el caso peruano incumplimiento de prestaciones esenciales) implican aquellas “prestaciones principales y aquellas cuya infracción legitime para pedir la resolución del contrato (vid. MASSAGUER FUENTES J., <<Comentario...>>, op. cit., pg. 408).” En: Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. BERCOVITZ, Alberto (Director). Thomson Reuters. 2011. Navarra. pg. 390.

¹⁵ EMPARANZA, Alberto. El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia. Madrid Civitas, 2000. p. 38.

¹⁶ “La práctica comercial diaria nos muestra, sin embargo, que las fórmulas para apremiar al destinatario a que lleve a cabo su actuación no se fundan, sobre todo en el terreno empresarial, en argumentos valorativos, sino económicos: en los perjuicios que para el destinatario puede entrañar no poner en práctica dicho requerimiento, teniendo en cuenta que tales daños los provocará el propio instigador insatisfecho con la actitud del destinatario.
(...)
2. La intensidad con la que se transmite la información al destinatario es, por tanto, un criterio bastante fiable para trazar la línea divisoria entre una simple propuesta y un requerimiento al boicot en toda regla. De la exigencia de este primer requisito se infiere que una propuesta (anregung) no constituye una declaración de boicot. (...)”. En: EMPARANZA, Alberto. El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia. Madrid Civitas, 2000. p. 53-59.

42. Finalmente, también es pertinente evaluar si el presunto boicoteador tiene capacidad de influencia sobre el receptor (jurídica, económica o de cualquier otra índole), situación que ciertamente reforzará el objetivo boicoteador. De esta manera, debe tenerse en cuenta elementos tales como: el tipo de poder que ostenta el boicoteador sobre el receptor, la intensidad de su especial autoridad, así como la dependencia funcional que el receptor soporta¹⁷.

III.4.2 Aplicación al caso

43. Mediante Resolución s/n del 24 de octubre de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia e imputó a Apdayc la presunta comisión de actos de sabotaje empresarial, supuesto tipificado en el artículo 15 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que dicha asociación habría interferido en la relación contractual que el denunciante tendría con sus clientes. Siendo así, los términos de la imputación fueron los siguientes:

RESOLUCIÓN S/N DEL 24 DE OCTUBRE DE 2018

"4. DECISIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

(...)

HA RESUELTO:

PRIMERO: (...) **IMPUTAR** a Asociación Peruana de Autores y Compositores – Apdayc la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial, supuesto establecido en el artículo 15 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la imputada habría interferido en la relación contractual que la denunciante tendría con sus clientes, dado que habría realizado las siguientes conductas: (i) Comunicar a determinados clientes la existencia de supuestas obligaciones legales a su favor; (ii) solicitar y/o requerir a determinados clientes la autorización para el uso de sus obras musicales e información diversa sobre la música que utilizarían para una supuesta validación por parte de la imputada, generando incomodidades innecesarias; (iii) solicitar la autorización para el uso de sus obras musicales, a pesar que los clientes habrían demostrado que habrían contratado con la denunciante; siendo conductas que serían injustificadas debido a que la denunciante contaría con los derechos de autor y conexos correspondientes para su repertorio musical, por lo que **estos actos perjudicarían injustificadamente la actividad empresarial de la denunciante mediante una interferencia tal que generaría que sus clientes sean inducidos a incumplir prestaciones esenciales con su empresa.**"

(Subrayado y énfasis agregado)

¹⁷

Al respecto, es pertinente considerar lo siguiente: "para que el instigador pueda tener una influencia sobre la decisión del receptor, ni ha de ostentar necesariamente una situación de dominio en el mercado, ni ha de tener que requerir con amenazas al destinatario para que ejecute sus órdenes. A nadie se le oculta, en cualquier cosa, que quien promueve el boicot, tiene fundadas expectativas de que el destinatario va a llevar a cabo tal comportamiento, basándose dicha apreciación, fundamentalmente, en el alcance de la concreta relación que le une con dicho sujeto. En este sentido, habrá que tener en cuenta, por una parte, en qué medida el boicoteador tiene posibilidades jurídicas, económicas o de cualquier otra índole de conseguir la ejecución del boicot; y, por otra, hasta dónde el destinatario cree que se siente obligado por ello. Para calibrar dicha situación, habrá que acudir a distintos factores para constatar si el instigador dispone de medios de influir en la decisión del destinatario del requerimiento. Así, deberá tenerse en cuenta el tipo de poder que ostenta el boicoteador sobre el receptor, la intensidad de su especial autoridad, así como la dependencia funcional que dicho receptor soporta." EMPARANZA, ALBERTO. El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia. Estudios de Derecho Mercantil. 2000. Madrid. p. 61.

44. De acuerdo con lo antes indicado, la infracción imputada a Apdayc -que es objeto de evaluación en este procedimiento- consiste en una inducción al incumplimiento contractual, al haber presuntamente interferido en las relaciones contractuales del denunciante con sus clientes, induciendo a estos últimos para no atender las prestaciones esenciales derivadas de las respectivas relaciones obligacionales.
45. A partir de los términos de la denuncia¹⁸, esta inducción al incumplimiento contractual –modalidad de sabotaje empresarial- se encontraría materializada en una presunta instigación a que los clientes cesen la realización de pagos a favor de El Audífono, y de esta manera, dichos establecimientos continúen orientando sus pagos por el uso de las obras musicales a Apdayc.
46. Al respecto, Apdayc alegó durante el procedimiento, que las acciones cuestionadas por El Audífono -materializadas en comunicaciones a clientes del denunciante- se sustentaron en el artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor¹⁹. Asimismo, la Comisión consideró que el denunciante no había acreditado oportunamente ante Apdayc tener los derechos del repertorio que provee como parte de su servicio de musicalización y, por tanto, la imputada se encontraba premunida de la presunción legal prevista en el artículo antes mencionado, lo cual validaba sus comunicaciones y requerimientos.
47. El razonamiento antes señalado, conllevó a que la primera instancia declare infundados todos los hechos denunciados, al considerar que Apdayc habría actuado conforme a lo previsto en el artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor. En tal sentido, resulta indispensable tener en cuenta el contenido y alcances de la referida norma, a fin de analizar el presente caso.

18

DENUNCIA DE EL AUDÍFONO DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2018

(...)

2. CASO LA FOLIE – JOCKEY PLAZA

(...)

El mensaje final para un cliente es que si no quiere pagar no debe utilizar, pero esto no es del todo cierto, puesto que puede utilizar repertorio que las asociaciones como Apdayc no protegen. No hay que silenciar a quienes no se encuentran de acuerdo con las tarifas exorbitantes que ellos aplican. Corresponde al estado defender a los ciudadanos de prácticas de sabotaje y demás que limiten sus derechos.

(...)

4. CASO BIG LILA (SAN ISIDRO Y LA VICTORIA)

(...), al no tener respuesta por parte de Apdayc no podían firmar con nosotros solicitando la baja de nuestro servicio para no tener que pagarle a ellos y a nosotros también. Es decir que no procedieron a dar de baja el cobro que le venían haciendo, forzando el pago hacia su asociación. Este acto nos ha hecho perder dos clientes que por miedo a cobros interminables por parte de Apdayc prefieren seguir pagándoles solo para no tener problemas."

19

DECRETO LEGISLATIVO 822. LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

Artículo 147.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que dichos estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares. Sin perjuicio de esa legitimación, las sociedades deberán 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, a efectos de su consulta en su página web y/o sus dependencias. Cualquier otra forma de consulta se realizará con gastos a cargo del que la solicite.

48. Esta disposición indica que las sociedades de gestión colectiva se encuentran legitimadas (en los términos que señalen sus estatutos) para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que dichos estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares.
49. Al respecto, la Sala Especializada en Propiedad Intelectual ha señalado lo siguiente respecto al artículo bajo comentario:

RESOLUCIÓN 0234-2018/TPI-INDECOPI DEL 6 DE FEBRERO DE 2018

“3. La Presunción de representación establecida en el artículo 147 del Decreto Legislativo N 822

(...)

En opinión de la Sala, este artículo recoge una presunción a favor de las sociedades de gestión colectiva a fin de facilitar su labor en defensa de los derechos de los autores y/o productores 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.

(...)

En ese sentido, 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 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Sin embargo, esta presunción – conforme lo estableció la Sala en la anteriormente citada Resolución 201-1998/TPI y más recientemente en la Resolución 270-2002/TPI-INDECOPI de fecha 11 de marzo de 2002 – admite prueba en contrario. En tal sentido, para que no se aplique la presunción, la parte denunciada debe demostrar que la sociedad no representa al autor de la obra musical o probar que el mismo no se encuentra adscrito a la sociedad de gestión colectiva extranjera con la cual la sociedad de gestión colectiva nacional tiene el contrato de representación, entre otros supuestos.”

(Subrayado y énfasis agregado)

50. Como se puede apreciar, la presunción prevista en el artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor tiene como sustento los principios de economía procesal y celeridad, pudiendo ser rebatida por la parte emplazada mediante diversos medios durante un procedimiento administrativo o proceso judicial. En tal sentido, la persona natural o jurídica contra quien se dirige la respectiva acción puede desvirtuar la aplicación de la presunción antes señalada, sustentando que: (i) ha sido autorizada por los correspondientes autores o productores para realizar la comunicación pública de las obras musicales, (ii) el titular del derecho respectivo no se encuentra representado por la sociedad de gestión colectiva accionante, (iii) el titular del derecho tutelado no se encuentra adscrito a la sociedad de gestión colectiva extranjera con la cual la

sociedad de gestión colectiva nacional tiene un contrato de representación, entre otros supuestos²⁰.

51. Por otro lado, en el Memorándum 272-2019/CDA emitido por la Comisión de Derechos de Autor, se ha señalado que esta presunción a favor de las sociedades de gestión colectiva también es aplicable fuera de los procedimientos y procesos, para *"hacer valer los derechos confiados a su administración"*²¹.
52. Sin perjuicio de lo antes señalado, el referido memorándum también precisa que las sociedades de gestión colectiva efectúan su actividad de recaudación (cobranza) –antes del inicio de un procedimiento administrativo o proceso judicial– como cualquier entidad privada que vela por los derechos encomendados (en su caso, los derechos de autor o conexos que administra)²².
53. En tal sentido, a efectos de contar con mayores medios probatorios para dicha cobranza, las sociedades de gestión colectiva se encuentran habilitadas a desarrollar de manera directa (como cualquier otro agente privado) una recopilación de medios probatorios o, si lo consideran necesario, solicitar que

²⁰ A mayor abundamiento, en la Resolución 3287-2017/TPI-INDECOPI, la Sala Especializada en Propiedad Intelectual analizó una denuncia por infracción a los derechos de autor interpuesta por Apdayc contra Cencosud Retail Perú S.A. y, como responsable solidario, Audiostream S.A.C. En dicho pronunciamiento, se precisó que *"teniendo en cuenta el formato de identificación de obras musicales, que obra a fojas 57 a 58, presentado por Apdayc, y lo constatado en las visitas inspectivas de fecha 12 de mayo de 2015, se tienen las siguientes obras que no forman parte del repertorio de Apdayc: (i) "Broken Heart Instrumental", "But in Space", interpretadas por "Side FX y Zanza"; y, (ii) Movimiento (Remix) de Borisjor Dabiel Esguerra y "Marry Days" de P.J.C"* (pág. 33-34) (subrayado agregado).

De esta manera, la Sala Especializada en Propiedad Intelectual consideró que no se había producido una infracción a los derechos de autor que gestiona Apdayc.

²¹ **MEMORÁNDUM 272-2019/CDA DEL 3 DE JULIO DE 2019**

"En tal sentido, en su calidad de gestión colectiva está legitimada para ejercer los derechos confiados a su administración, así como para hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, presumiéndose que los derechos ejercidos les han sido encomendados por sus respectivos titulares, conforme lo establecido en el artículo 147 del Decreto Legislativo 822.

Esta legitimación para hacer valer los derechos confiados a su administración también se materializa cuando solicita y/o requiere a sus usuarios reales o potenciales la autorización para comunicar al público las obras musicales que administran e información que le es relevante a efectos de aplicar su tarifario, lo que podría realizar de forma directa o a través de un procedimiento de inspección a fin de prevenir posibles riesgos de destrucción de las pruebas de las supuestas infracciones que pudiese producirse."

²² **MEMORÁNDUM 272-2019/CDA DEL 3 DE JULIO DE 2019**

"La entidad de gestión cuando efectúa la actividad de recaudación, como cualquier ente privado que vela por derechos encomendados, realiza las acciones permitidas por ley a fin de poder recaudar por el repertorio que administra.

(...)

Apdayc como cualquier ente privado, puede realizar todas las acciones lícitas a fin de realizar sus actividades de recaudación, como es informar sobre los derechos que representan, verificar y, de ser el caso, generar los medios probatorios que considere pertinente que podrían acreditar alguna infracción a los derechos que administra, a fin de que haga valer sus derechos en la vía administrativa o judicial."

se lleve a cabo una diligencia de inspección dirigida por el Indecopi o a la Autoridad Policial^{23 24}.

54. Evidentemente, si en el ámbito privado la recaudación no resulta fructífera (por ejemplo, por falta de respuesta, controversia respecto a la titularidad de los derechos, entre otras razones), las sociedades de gestión colectiva podrán accionar a fin de iniciar el respectivo procedimiento administrativo y requerir a la autoridad de derechos de autor que ordene a la persona natural o jurídica que haya explotado económicamente las respectivas obras, el pago de las remuneraciones devengadas²⁵.
55. Como se ha mencionado, la presunción dentro de procedimientos y procesos puede ser rebatida ante la autoridad competente a través de distintos medios. De esta manera, resulta lógico que dicha presunción ejercida en el ámbito privado (fuera de procedimientos y procesos) también se encuentre sujeta a la posibilidad de que terceros presenten distintas pruebas ante la sociedad de gestión colectiva a fin de evidenciar que ostentan los derechos o que, en todo caso, la sociedad no los administra.
56. En tal sentido, si bien la Comisión sustentó su pronunciamiento en que la empresa denunciante no habría probado ostentar los derechos, lo cierto es que la sociedad de gestión colectiva no podría amparar sus actuaciones en la presunción prevista en el artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor, en caso se le haya trasladado información que permita constatar que no gestionaba los derechos que pretende cobrar, al margen de que la empresa tenga o no tales derechos.

²³ **MEMORÁNDUM 272-2019/CDA DEL 3 DE JULIO DE 2019**

"Esta legitimación para hacer valer los derechos confiados a su administración también se materializa cuando solicita y/o requiere a sus usuarios reales o potenciales la autorización para comunicar al público las obras musicales que administran e información que le es relevante a efectos de aplicar su tarifario, lo que podría realizar de forma directa o a través de un procedimiento de inspección a fin de prevenir posibles riesgos de destrucción de las pruebas de las supuestas infracciones que pudiese producirse."

²⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 822. LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR**

Artículo 169.- La Oficina de Derechos de Autor tendrá las atribuciones siguientes:

(...)

f. Ejercer de oficio o a petición de parte, funciones de vigilancia e inspección sobre las actividades que puedan dar lugar al ejercicio de los derechos reconocidos en la presente ley, estando obligados los usuarios a brindar las facilidades y proporcionar toda la información y documentación que le sea requerida.

(...).

Artículo 184.- A requerimiento del titular del respectivo derecho o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente, la Autoridad Policial, comprobará, de inmediato, la comisión de cualquier acto infractorio de la presente ley, entregando copia de la constatación al interesado.

²⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 822. LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR**

Artículo 193.- 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.

57. De acuerdo con lo expuesto, pese a que las sociedades de gestión colectiva pueden válidamente realizar acciones y remitir comunicaciones en aras de requerir el pago respectivo por el uso de obras musicales de su repertorio en base al artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor, la Sala debe afirmar que esta facultad no puede ser ejercida de manera contraria a la buena fe.
58. Al igual que cualquier otra prerrogativa conferida por el ordenamiento jurídico, la mencionada presunción no puede ser ejercida excediendo su finalidad jurídico-económica, de forma contraria a la buena fe empresarial o de manera manifiestamente desproporcionada, en tanto esta situación implicaría una afectación real o potencial ilegítima a los demás agentes económicos que no ampara el derecho²⁶.
59. Por tanto, resulta indispensable analizar los actos de presunta interferencia cometidos por Apdayc, es decir, los hechos y circunstancias referidos a cada cliente de El Audífono. Ello permitirá determinar si se han configurado acciones de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual.
60. Para tales efectos, se pueden valorar diversos elementos tales como: el orden de los acontecimientos, las comunicaciones remitidas por las partes, el tenor de las cartas de la sociedad de gestión colectiva, si esta última tomó conocimiento de la contratación por parte del establecimiento de un repertorio cuyos derechos de autor o conexos estarían administrados por otra empresa, entre otros.
61. A continuación, se evaluarán los casos en los que -de acuerdo con el denunciante- se habrían cometido los presuntos actos de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual detallados en el numeral 2 de esta resolución.

Caso Salón de Belleza “Intrigue”

62. En su denuncia, El Audífono alegó que después de la suscripción del Contrato con Representaciones Disey, el 14 de diciembre de 2017, representantes de Apdayc se apersonaron al establecimiento solicitando a la referida empresa

²⁶ La descripción de este hecho, en doctrina civil es considerada como un “abuso de derecho”, el cual se configura cuando una persona natural o jurídica valiéndose de un derecho que ostente abusa del mismo con una finalidad distinta al que fue otorgado

CÓDIGO CIVIL

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo II.-Ejercicio abusivo del derecho.-

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

que obtenga una autorización para el uso de obras musicales. Estas visitas se habrían efectuado los días 20 y 21 de mayo de 2018.

63. Asimismo, el denunciante señaló que el 20 de mayo de 2018, Representaciones Disey habría exhibido al personal de Apdayc, el Contrato y el *sticker* identificador de El Audífono, con el objeto de probar que el repertorio musical no correspondía a la referida sociedad de gestión colectiva y rebatir la presunción prevista en el artículo 147 de la Ley sobre Derechos de Autor. Sin embargo, de la revisión de los medios probatorios presentados, no se advierte que El Audífono haya acreditado que efectivamente este cliente haya informado a la denunciada lo antes señalado.
64. De lo actuado tampoco consta que El Audífono o su cliente hayan remitido a Apdayc alguna comunicación, indicando que el referido establecimiento contaría con el servicio de musicalización prestado por el denunciante, el cual -de acuerdo con dicha empresa- no abarcaría repertorio de Apdayc.
65. Considerando que no hay evidencia de que Apdayc contara con elementos que permitieran constatar que las obras a ser difundidas en el local respectivo no formaban parte del repertorio administrado por la denunciada, se puede colegir que no es contrario a la buena fe empresarial que Apdayc haya realizado las acciones antes señaladas, con el fin de procurar la cobranza por la explotación económica de obras musicales. Bajo tal contexto, la realización de visitas inspectivas y la remisión de un requerimiento de pago por la comunicación pública de obras musicales, resulta acorde a las funciones propias de una sociedad de gestión colectiva y a lo señalado en el artículo 147 de la Ley sobre el Derecho de Autor.
66. De esta manera, las pruebas del Expediente únicamente evidencian que Apdayc se apersonó al establecimiento de Representaciones Disey y solicitó la autorización respectiva, de la misma forma que lo hubiera realizado con cualquier empresa que difunde obras musicales de manera pública. En consecuencia, dichas conductas no pueden considerarse como actos idóneos y orientados a inducir a Representaciones Disey a incumplir con sus obligaciones ante El Audífono.

Caso “La Folie” – Jockey Plaza

67. De la revisión de la denuncia se advierten los siguientes hechos y medios probatorios que estarían destinados a acreditar que Apdayc habría interferido en la relación contractual entre El Audífono y su cliente Café Tinto:

- (i) El 22 de noviembre de 2017, Café Tinto suscribió el Contrato con El Audífono²⁷.
- (ii) El 23 de noviembre de 2017, Café Tinto envió una carta a Apdayc comunicando la culminación de su vínculo comercial e informando el inicio de la relación contractual con El Audífono²⁸.
- (iii) El 27 de noviembre de 2017, Apdayc notificó a Café Tinto una comunicación en la que solicitó una cantidad relevante de información a efectos de validar que las obras musicales que se reproducirían en el establecimiento no estaban sujetas a obtener una autorización por parte de su asociación²⁹.
- (iv) El 4 de diciembre de 2017, El Audífono envió una comunicación a Apdayc, señalando que su cliente se encontraba en la libertad de optar por música “libre de derechos de autor y derechos conexos”³⁰. Cabe señalar que, en dicha comunicación consta -de forma expresa- que se adjuntaba el Contrato y el repertorio musical que sería reproducido por Café Tinto en su establecimiento.
- (v) El 3 de febrero de 2018, representantes de Apdayc se apersonaron al establecimiento de Café Tinto notificando la “Carta Informativa - Verificación de Uso de Obras Musicales”³¹. La referida comunicación indica que se había verificado la difusión de “repertorio musical”, por lo que era necesario que la empresa obtenga una autorización de su sociedad.
- (vi) El 20 de febrero de 2018, El Audífono envió una comunicación a Apdayc, manifestando la incomodidad de su cliente (Café Tinto) ante la persistencia en la exigencia de un pago (obtención de autorización) que no correspondería³².
- (vii) El 7 de marzo de 2018, Apdayc notificó a Café Tinto la “Carta Reiterativa Requerimiento de Autorización para el Uso de Obras Musicales”³³. En dicho documento se reiteró lo solicitado el 3 de febrero

²⁷ Ver fojas 47 a 52 del Expediente.

²⁸ Ver foja 53 del Expediente.

²⁹ Ver fojas 54 a 55 del Expediente.

³⁰ Ver fojas 56 a 57 del Expediente.

³¹ Ver foja 58 del Expediente.

³² Ver fojas 59 a 60 del Expediente.

³³ Ver foja 61 del Expediente.

de 2018, informando además que el no contar con la autorización constituye una infracción a la Ley sobre el Derecho de Autor y un delito penal tipificado en el artículo 217 del Código Penal.

- (viii) El 21 de marzo de 2018, Apdayc notificó a Café Tinto una carta en la que señala que su asociación le brinda certeza que el repertorio que administran no está sujeto a ningún tipo de contingencia legal, al encontrarse constituida como sociedad de gestión colectiva autorizada por el Indecopi³⁴. Asimismo, indicó que, ante el deseo de utilizar el catálogo de El Audífono, conforme al artículo 113 de la Ley sobre el Derecho de Autor, la empresa destinataria debía adjuntar la información señalada en el literal (ix) del presente numeral 1 del presente pronunciamiento e indicar el co-autor, co-compositor, co-arreglista y co-editor.
- (ix) El 4 de abril de 2018, El Audífono envió una comunicación a Apdayc manifestando, entre otras cuestiones que, el artículo 113 de la Ley sobre el Derecho de Autor no facultaba a Apdayc a solicitar la información requerida a Café Tinto³⁵.
68. A diferencia del caso del Salón de Belleza “Intrigue”, en este caso sí existe evidencia de que Café Tinto informó sobre el inicio del vínculo contractual con El Audífono y, por ende, que culminaría su relación comercial con la denunciada (ver carta del 23 de noviembre de 2017). Este hecho implica que Café Tinto había decidido y comunicado no seguir contando con el repertorio de Apdayc, a fin de proceder a pagar a El Audífono por las obras de su catálogo musical.
69. En tal sentido, resulta atendible que la sociedad de gestión colectiva interesada haya solicitado información con la finalidad de constatar que, en efecto, las obras que serían reproducidas en el local de Café Tinto no se encuentran administradas por ésta, conforme se aprecia en la comunicación notificada el 27 de noviembre de 2017. Sin embargo, este Colegiado estima pertinente precisar que lo antes señalado no significa que la empresa que conduce el referido establecimiento o El Audífono se encuentren obligados a dar respuesta a tal requerimiento de la forma y bajo los parámetros establecidos por Apdayc, en tanto se trata de un pedido de un agente privado a otro.

³⁴ Ver foja 62 del Expediente.

³⁵ Ver fojas a 64 a 65 del Expediente.

70. Esto es acorde al Memorándum 272-2019/CDA, en el cual se indica que, al efectuar la cobranza, las sociedades de gestión colectiva (asociaciones sin fines de lucro) tienen las mismas facultades que cualquier otra entidad privada. Siendo así, la comunicación antes señalada no reviste el carácter oficial e imperativo de los requerimientos efectuados por las entidades de la Administración Pública en ejercicio de sus funciones, por lo que dicho pedido puede ser atendido de la manera que los destinatarios evalúen más adecuada, si lo consideran pertinente.
71. Bajo la premisa antes indicada, el 4 de diciembre de 2017, El Audífono comunicó directamente a dicha sociedad de gestión colectiva la existencia de una relación contractual con Café Tinto, adjuntando complementariamente el Contrato y el repertorio musical que sería exhibido. Cabe señalar que la recepción de esta comunicación ni su contenido han sido cuestionados por Apdayc, por lo que no constituye un hecho controvertido.
72. Para mayores alcances, se presentan algunas secciones relevantes de dicha comunicación:

COMUNICACIÓN DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2017 ENVIADA POR EL AUDÍFONO A APDAYC

“(...)

A nuestra consideración solo basta con ofrecerles una copia de **NUUESTRO CONTRATO CON ELLOS y LA LISTA DE TEMAS QUE LE HAN SIDO ENTREGADOS.**

(...)

CUATRO.- Le recordamos que la constitución indica que; **“nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”**. Por esa razón acompañamos El contrato con nuestros clientes y la relación de temas que se le han proporcionado para que sean utilizados en sus locales comerciales, música de nuestra administración.

(...).”

(Subrayado y énfasis agregado)

73. Cabe precisar que el Contrato³⁶ consigna que El Audífono -a través de sus proveedores extranjeros- contaría con los respectivos contratos de licencia de todos los artistas que forman parte de su repertorio. Asimismo, precisa que el negocio de la empresa denunciante consistiría en otorgar al cliente un repertorio en un circuito cerrado durante la vigencia del servicio contratado, como puede observarse a continuación:

CONTRATO DE LICENCIA PARA COMUNICACIÓN PÚBLICA EN CIRCUITO CERRADO PARA LOCALES COMERCIALES – LICENCIAS AUDÍFONO

“CLÁUSULA PRIMERA.- ANTECEDENTES

EL AUDÍFONO es una empresa privada, de carácter limitado, que cuenta con los respectivos contratos de licencia de todos los artistas que forman parte de su

³⁶ Presentado como anexo 3-A de la denuncia.

repertorio, en virtud de los cuales puede cobrar y otorgar las respectivas autorizaciones para comunicar públicamente obras musicales, según lo normado en el Decreto Legislativo No. 822 Ley sobre Derecho de Autor.

(...)

CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO

EL AUDÍFONO otorga a **EL LOCAL COMERCIAL** bajo los términos y condiciones fijados en el presente contrato, la autorización no exclusiva para la comunicación pública en circuito cerrado de obras musicales del repertorio musical nacional e internacional que administra el **AUDÍFONO**, en el (los) local (es) Comercial (es) del **LICENCIATARIO** declarados mediante documento anexo al presente contrato. Le brindará un Usuario y contraseña exclusivos para el uso y disfrute de su plataforma durante el tiempo que dure el contrato.”

74. De acuerdo con lo señalado en los párrafos anteriores, El Audífono envió el Contrato suscrito con Café Tinto (en el cual consta la modalidad de contratación) y la lista de canciones que conforman parte de su repertorio. Por consiguiente, sobre la base de esta documentación, Apdayc podía constatar si las obras musicales listadas en el repertorio que ofrecía El Audífono (que sería objeto de difusión en el local de Café Tinto) se encontraban o no dentro de las obras que administraba la mencionada sociedad de gestión colectiva.
75. En tal sentido, si la denunciada alertaba que alguna de estas obras formaba parte de su catálogo musical, podía comunicar ello a las empresas involucradas (Café Tinto y El Audífono) a fin de exigir el pago respectivo o el cese de su difusión, o de lo contrario, denunciar tal hecho ante las autoridades y exigir el pago correspondiente por las vías procesales establecidas por la normativa en materia de derechos de autor.
76. Sin embargo, en el presente caso, luego de la emisión de la comunicación de El Audífono no hubo alguna respuesta por parte de Apdayc en la cual se haya evaluado o considerado la información brindada. Por el contrario, conforme se expondrá en los párrafos siguientes, el personal de Apdayc continuó constituyéndose en el establecimiento de Café Tinto (ubicado en el centro comercial Jockey Plaza) para exigir la obtención de una autorización por la mera difusión de “repertorio musical” (en términos genéricos sin especificar las obras musicales) e insinuando la inminencia de una infracción a la Ley sobre el Derecho de Autor y un proceso penal en su contra.
77. Así, en la “Carta Informativa - Verificación de Uso de Obras Musicales” del 3 de febrero de 2018 se advierte que Apdayc realizó una verificación en el local del cliente, sin hacer mención alguna a la comunicación previa de El Audífono del 4 de diciembre de 2017. Por otro lado, dicha comunicación señala de forma genérica, que se habría constatado la difusión de un repertorio musical.
78. De esta manera, en función a la sola constatación de difusión de música no especificada y sin considerar la información remitida en su oportunidad por El Audífono y Café Tinto, la sociedad de gestión colectiva denunciada exigió que

esta última empresa obtenga autorización (entiéndase, otorgada por Apdayc) para -en términos generales- difundir música en su establecimiento. A continuación, se presenta el extracto de la comunicación pertinente:

CARTA INFORMATIVA - VERIFICACIÓN DE USO DE OBRAS MUSICALES DEL 3 DE FEBRERO DE 2018

"(...) para la comunicación pública de repertorio musical administrado por el Apdayc es obligatorio contar con la autorización previa, formal y escrita de nuestra sociedad, conforme se le ilustra en la documentación adjunta.

En tal sentido, habiendo verificado que en el local (...), se viene difundiendo repertorio musical, en tal sentido, queda Ud. Invitado a apersonarse a nuestras oficinas, ubicadas en (...) a fin de recabar la autorización que exige la ley, para efectos de comunicar lícitamente nuestras obras musicales en sus instalaciones.

(Subrayado agregado)

79. En este escenario, el 20 de febrero de 2018, El Audífono transmitió a Apdayc la incomodidad de su cliente (Café Tinto) ante la persistencia en la exigencia de un pago (obtención de autorización) que a su criterio no correspondía efectuar, acotando que la imputada no tenía certeza respecto a "la protección de la música", empleada en el respectivo establecimiento, que pretende cobrar³⁷.
80. Unos días después, Apdayc emitió nuevamente una comunicación a Café Tinto, indicando de forma genérica sus facultades y reiterando el requerimiento de obtener la autorización "previa y formal" para difundir lícitamente obras musicales que protegen y administran. Asimismo, la denunciada mencionó que el no tener la autorización solicitada, constituye una infracción administrativa y un delito:

CARTA REITERATIVA REQUERIMIENTO DE AUTORIZACIÓN PARA EL USO DE OBRAS MUSICALES DEL 7 DE MARZO DE 2018

"(...) atendiendo a la informado mediante Carta 1 de fecha 3/2/2018 en la que se ilustra sobre los alcances del D. Leg. 822 Ley sobre Derecho de Autor, lo requerimos para que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 37 de la acotada ley, proceda a recabar la autorización para difundir lícitamente la comunicación pública del repertorio musical que protegemos y administramos (...)."

Como bien fuera informado oportunamente, la puesta a disposición de la obra bajo la modalidad de comunicación al público no faculta a terceros la explotación de ésta, mediante el uso indiscriminado y gratuito, es por ello que la ley determina la necesidad de recabar la licencia de autorización, PREVIA Y FORMAL que requiere su establecimiento, (...).

³⁷

COMUNICACIÓN DEL 20 DE FEBRERO DE 2018 DE EL AUDÍFONO A APDAYC

"Esta situación es un poco incomoda y delicada puesto que al parecer existe una persistencia para exigirnos un pago que no corresponde. Hechos podríamos denunciar ante el Indecopi ya que hemos cumplido con informarles nuestra posición y deberían dar la orden a todas sus oficinas y empleados para que se abstengan de tocar este mismo tema cada vez que realizan sus campañas. Es molesto reiterarles que si bien tienen la presunción como Sociedad para presumir que la música que suena en algunos establecimientos comerciales podría ser de su protección, esto no quiere decir que tienen facultad para dejar cartas si no tienen la certeza de la protección de la música que allí se utiliza y para lo cual su personal debería ser el más idóneo y responsable."

En tal sentido, el no contar con la mencionada AUTORIZACIÓN constituye infracción a la ley sobre Derecho de Autor, y el delito penal prescrito y sancionado en el artículo 217 del Código Penal (...).

(Subrayado y énfasis agregado)

81. El 21 de marzo de 2018, Apdayc notificó a Café Tinto una carta en la que señala que la autorización que brinda no está sujeta a contingencias legales, al encontrarse constituida como sociedad de gestión colectiva autorizada por el Indecopi. Sin embargo, esta Sala considera necesario precisar que estas contingencias no se producirían respecto de ningún agente que legítimamente cuente con las autorizaciones correspondientes para efectuar la comunicación pública de obras musicales.
82. Asimismo, en la carta indicada en el párrafo anterior, luego de más de tres meses, Apdayc alude por primera vez a la comunicación del 4 de diciembre de 2017 enviada por El Audífono, a través de la cual dicha empresa adjuntó el Contrato con Café Tinto y el repertorio musical a ser difundido. Pese a lo antes señalado, la denunciada volvió a requerir toda la información solicitada el 27 de noviembre de 2017³⁸, sin evaluar o considerar el listado de canciones.
83. En atención a ello, el 4 de abril de 2018, El Audífono reiteró a la denunciada que no se encontraba facultada a efectuar un requerimiento de información tan detallado.
84. Conforme a los hechos expuestos, esta Sala considera que Apdayc, en este caso, tuvo conocimiento de: (i) que Café Tinto no seguiría empleando las obras de Apdayc, (ii) que dicho establecimiento utilizaría el repertorio de El Audífono, y, (iii) el contenido del Contrato y las obras que conforman el respectivo repertorio.
85. No obstante, la entidad denunciada continuó requiriendo el pago por el uso de música a través de visitas en dicho local, alegando la presunción prevista en el artículo 147 de la Ley sobre Derechos de Autor. Asimismo, cabe resaltar que: (i) todas estas comunicaciones fueron dirigidas a Café Tinto y no a El Audífono, pese a que las diversas cartas de respuesta fueron enviadas por la empresa denunciante e incluso una de ellas contenía el Contrato y el listado de obras musicales que se difundirían en mérito a dicho servicio contratado; y, (ii) en gran parte de estas comunicaciones, la denunciada ni siquiera alude a la existencia del Contrato con El Audífono, continuando con su exigencia de un pago por el empleo genérico de obras musicales.

³⁸ Asimismo, se solicitó indicar adicionalmente el coautor, co-compositor, co-arreglista y co-editor de las obras musicales.

86. Una evaluación conjunta de las diversas comunicaciones remitidas por Apdayc muestra que, aun cuando recibió el Contrato y el listado de canciones que componían el repertorio cuya difusión sería objeto de la relación contractual entre El Audífono y Café Tinto, la imputada continuó efectuando requerimientos de forma focalizada en el cliente de la empresa denunciante (Café Tinto) sin valorar los documentos antes señalados, a fin de confirmar si los derechos referidos a las obras contenidas en el listado anexo al Contrato, se encontraban o no bajo la administración de dicha sociedad de gestión colectiva. Por ende, el envío de tales documentos a la denunciada y el hecho de que fueron dejados de lado sin evidenciarse revisión alguna, conlleva a colegir que no sería atendible que las actuaciones de Apdayc luego de conocer el contenido del Contrato y sus anexos, puedan entenderse amparadas en la presunción legal señalada en el párrafo anterior.
87. A mayor abundamiento, se aprecia que -inclusive- la autorización requerida por Apdayc se basaba en el simple uso de obras musicales en el local respectivo, en términos generales.
88. Es importante resaltar que la finalidad del servicio de El Audífono es ofrecer una alternativa de música no comercial, en comparación al repertorio que se encuentra bajo la administración de las sociedades de gestión colectiva³⁹ y, de esta manera, generar un ahorro a los establecimientos. En la medida que una de las principales ventajas del servicio ofrecido por El Audífono era evitar el pago de tarifas a las sociedades de gestión colectiva, resulta claro que el contenido de las diversas comunicaciones de Apdayc dirigidas a Café Tinto, tenían la potencialidad de inducir a esta última empresa para que deje de abonar los pagos a los que se encontraba obligada contractualmente con El Audífono.
89. El análisis antes efectuado sería distinto, por ejemplo, si la denunciada hubiera indicado a Café Tinto que los requerimientos cursados se debieron a la difusión de determinadas obras que formarían parte de su repertorio o a la verificación de que ciertas piezas musicales objeto del contrato entre El Audífono y Café Tinto estarían dentro de las obras cuyos derechos gestiona

³⁹

DENUNCIA DE EL AUDÍFONO DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2018

“El Audífono (...) es una empresa debidamente constituida que inicia sus operaciones en Mayo del 2015, nuestro servicio de ambientación musical y publicidad lo venimos realizando de la forma establecida en el marco legal y empresarial que rige en nuestro estado derecho. Nuestro objetivo es el de generar una alternativa de música no comercial y para lo cual contamos con todos los derechos de autor adquiridos directamente de parte de los creadores de dicho repertorio musical. (...)”

ESCRITO DE EL AUDÍFONO DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2018

“Como ya es de su conocimiento nosotros interpusimos la denuncia por Sabotaje Empresarial, donde queda acreditada la intención de la denunciada de interponerse en nuestras relaciones contractuales y evitar que los clientes actuales y prospectos de clientes puedan acceder a nuestro servicio, por ser más económico, más actual y porque realmente el cliente siente que al pagarnos, está recibiendo a cambio, música, actualizaciones, publicidad y una total asistencia.”

Apdayc. Estos escenarios hipotéticos habrían permitido sostener que, a diferencia del presente caso, las conductas imputadas no estarían orientadas a inducir al cliente de la empresa denunciante a incumplir sus obligaciones, sino a exigir legítimamente el pago por el uso de ciertas obras que serían administradas por la referida sociedad de gestión colectiva. Ello, sin perjuicio de que eventualmente pueda generarse una controversia entre las partes respecto a la necesidad de obtención de una autorización emitida por la imputada, para comunicar públicamente las referidas piezas musicales en el establecimiento de Café Tinto.

90. Por otra parte, de acuerdo con el marco jurídico desarrollado en esta resolución, con la finalidad de determinar la idoneidad de tales comunicaciones para inducir el incumplimiento antes señalado, es relevante resaltar que, en dos cartas, Apdayc indicó expresamente el posible inicio de acciones legales por una infracción a la Ley sobre el Derecho de Autor y la presunta configuración del tipo previsto en el artículo 217 del Código Penal. Estas afirmaciones fueron realizadas luego de que la imputada recibió el Contrato (entre El Audífono y Café Tinto) y el repertorio musical a reproducir, sin haber evaluado lo señalado en tales documentos.
91. En consecuencia, la Sala considera que estas comunicaciones de la imputada a Café Tinto constituyen un mecanismo de presión que transmite la idea de posibles consecuencias legales negativas de no pagarle (a pesar de haber suscrito el Contrato con El Audífono) y, por ende, implican un comportamiento objetivamente apto para inducir a dicho cliente a que deje de pagar a la empresa denunciante.
92. Con relación a la capacidad de influencia que Apdayc podría tener sobre el receptor (Café Tinto), es pertinente traer a colación que dicha asociación se encuentra autorizada por el Indecopi como Sociedad de Gestión Colectiva (mediante Resolución Jefatural 051-91-ODA-INDECOPI). De acuerdo con los artículos 2.42 y 146 de la Ley sobre el Derecho de Autor⁴⁰, las sociedades de

40

DECRETO LEGISLATIVO 822. LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

42. Sociedad de Gestión Colectiva: Las asociaciones civiles sin fin 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, y que hayan obtenido de la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi la autorización de funcionamiento que se regula en esta ley. La condición de sociedades de gestión se adquirirá en virtud de dicha autorización.

Artículo 146.- Las sociedades de autores y de derechos conexos, constituidas o por constituirse para defender los derechos patrimoniales reconocidos en la presente Ley, necesitan para los fines de su funcionamiento como sociedades de gestión colectiva, de una autorización de la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi y están sujetas a su fiscalización, inspección y vigilancia y, en su caso, de lo que disponga el Reglamento. Dichas entidades serán asociaciones civiles sin fines de lucro, tendrán personería jurídica y patrimonio propio, y no podrán ejercer ninguna actividad de carácter político, religioso o ajeno a su propia función.

gestión colectiva tienen como función administrar o gestionar los derechos de autor (de orden patrimonial) o derechos conexos que le han sido delegados por los titulares de los derechos.

93. Una de las principales características de las sociedades de gestión colectiva es que han sido creadas para administrar un gran número de obras o los derechos de diversos titulares⁴¹, siendo ello uno de los requisitos para la autorización emitida por el Indecopi. Por lo tanto, se tratan de entidades altamente identificables en el mercado, respecto a las obras cuyos derechos patrimoniales administran (en el caso de Apdayc, obras musicales).
94. En atención a las funciones legalmente asignadas y su reconocimiento en el mercado de difusión musical, es evidente que Apdayc cuenta con una capacidad de influencia sobre sus receptores. Lo anterior, refuerza la presión ejercida por las comunicaciones remitidas a fin de inducir al incumplimiento contractual (cese de pagos a El Audífono) por parte de Café Tinto.
95. Conforme a lo expuesto, se advierte que las acciones imputadas⁴² en el caso vinculado a Café Tinto, fueron realizadas en el siguiente contexto:
- Apdayc tomó conocimiento por cartas remitidas por El Audífono y Café Tinto sobre la existencia de una relación contractual entre dichas empresas. Incluso, en una de las comunicaciones del denunciante se adjuntó el Contrato y el repertorio musical que sería reproducido, lo cual permitía evidenciar ante la sociedad de gestión colectiva si los derechos

41

DECRETO LEGISLATIVO 822. LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

Artículo 150.- Para valorar la concurrencia de las condiciones establecidas en el artículo anterior, se tendrán particularmente en cuenta:

- a. El número de titulares que se hayan comprometido a confiar la administración de sus derechos a la entidad solicitante, en caso de ser autorizada.
 - b. El volumen del repertorio que se aspira a administrar y la presencia efectiva del mismo en las actividades realizadas por los usuarios más significativos durante el último año.
- (...).

42

RESOLUCIÓN S/N DEL 24 DE OCTUBRE DE 2018

"4. DECISIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

(...)

HA RESUELTO:

PRIMERO: (...) **IMPUTAR** a Asociación Peruana de Autores y Compositores – Apdayc la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial, supuesto establecido en el artículo 15 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la imputada habría interferido en la relación contractual que la denunciante tendría con sus clientes, dado que habría realizado las siguientes conductas: (i) Comunicar a determinados clientes la existencia de supuestas obligaciones legales a su favor; (ii) solicitar y/o requerir a determinados clientes la autorización para el uso de sus obras musicales e información diversa sobre la música que utilizarían para una supuesta validación por parte de la imputada, generando incomodidades innecesarias; (iii) solicitar la autorización para el uso de sus obras musicales, a pesar de que los clientes habrían demostrado que habrían demostrado que habrían contratado con la denunciante; siendo conductas que serían injustificadas debido a que la denunciante contaría con los derechos de autor y conexos correspondientes para su repertorio musical, por lo que estos actos perjudicarían injustificadamente la actividad empresarial de la denunciante mediante una interferencia tal que generaría que sus clientes sean inducidos a incumplir prestaciones esenciales con su empresa."

(Subrayado y énfasis agregado)

de las obras que serían comunicadas públicamente eran administrados por esta.

- Pese a lo anterior, la imputada sin considerar o evaluar el contenido del contrato con El Audífono ni el listado de canciones, comunicó reiteradamente al referido cliente la exigencia de obligaciones a su favor y la obtención de autorizaciones de forma genérica (por el simple hecho de reproducir públicamente obras musicales), sugiriendo que existía el deber de obtener una autorización por parte de la imputada e, incluso, requirió cuantiosa información adicional.
- Estas acciones, se vieron reforzadas a través de una coacción al cliente de El Audífono, insinuando el posible inicio de acciones legales por infracción a la Ley sobre el Derecho de Autor y la supuesta configuración del tipo penal previsto en el artículo 217 del Código Penal.
- Lo señalado precedentemente no puede sustentarse en la presunción prevista en el artículo 147 de la Ley sobre Derechos de Autor, puesto que Apdayc incurrió en estas conductas pese a haber recibido la documentación antes señalada por parte del denunciante, no haber efectuado alguna evaluación de aquella o algún cuestionamiento respecto su contenido.

96. Por tanto, en atención al orden de los sucesos del presente caso, el contenido de las comunicaciones, su idoneidad para ejercer presión en el cliente, así como la capacidad de influencia que ostenta Apdayc en el mercado de difusión musical, este Colegiado concluye que en el caso de “La Folie” – Jockey Plaza sí se ha configurado el supuesto de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual, denunciado por El Audífono.

Caso La Folie - Primavera

97. En su denuncia, El Audífono alegó que Apdayc también habría incurrido en actos de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual respecto al cliente Cafeína Perú.
98. De esta manera, el denunciante señaló que el 22 de noviembre de 2017, Cafeína Perú suscribió el Contrato con su empresa. Seguidamente, el 23 de noviembre de 2017, este cliente cursó una comunicación a Apdayc informando la culminación del vínculo que tal empresa mantenía con la denunciada y el inicio de una relación contractual con El Audífono.
99. En este contexto, El Audífono afirma que el 27 de noviembre de 2017, la imputada habría requerido a Cafeína Perú “cuantiosa” información para validar

que las obras musicales que se reproducirían en el establecimiento no estaban sujetas a una autorización por parte de tal asociación. Finalmente, el 4 de diciembre de 2017, El Audífono envió a Apdayc una comunicación, en representación de Café Tinto y Cafeína Perú, cuyo contenido se ha detallado en el literal (iv) del numeral 67 de la presente resolución.

100. De la revisión de los medios probatorios presentados, se advierte que el 23 de noviembre de 2017, Cafeína Perú comunicó a la imputada la culminación de su relación contractual y el inicio del vínculo con El Audífono. Sin embargo, no existe alguna indicación que denote que en dicha comunicación se haya adjuntado el Contrato y el repertorio musical, los cuales -como se ha señalado anteriormente- hubiesen permitido a la sociedad de gestión colectiva denunciada verificar si las piezas musicales que serían reproducidas en mérito del indicado contrato formaban o no parte del conjunto de obras musicales que administraba.
101. Considerando dicho contexto, este Colegiado estima que el requerimiento de información remitido por Apdayc el 27 de noviembre de 2017 (al margen de su extensión o exhaustividad) podría haber estar orientado legítimamente a conocer el repertorio musical que sería reproducido en el establecimiento y los derechos o autorizaciones que, de ser el caso, ampararían tal difusión.
102. Lo antes indicado resulta acorde a lo señalado en el Memorándum 272-2019/CDA de la Comisión de Derechos de Autor, en el cual se precisó que Apdayc, como cualquier otra entidad privada, se encuentra legitimada a solicitar la información que estime conveniente -entre otras acciones- a efectos de resguardar los derechos administrados por esta.
103. Siendo así, la Sala estima que el requerimiento de información antes indicado -por sí mismo- no constituye una conducta idónea a efectos de condicionar la actuación del cliente, presionándolo a incumplir sus prestaciones esenciales.
104. Adicionalmente es importante señalar que, de acuerdo con los medios probatorios en el Expediente, Apdayc habría cesado sus acciones y comunicaciones respecto de Cafeína Perú después de la comunicación realizada el 4 de diciembre de 2017, en la cual sí se remitió el Contrato y el respectivo repertorio musical ofrecido a través del servicio prestado por El Audífono.
105. Los hechos del presente caso se diferencian de lo ocurrido con Café Tinto, pues respecto a este cliente sí existieron comunicaciones reiteradas, visitas y un mecanismo de presión (amenaza de inicio de procedimientos y procesos) efectuados por Apdayc de forma sostenida, luego de haber recibido el Contrato con El Audífono y el listado de canciones que sería reproducido.

106. Por tanto, esta Sala considera que, de las pruebas presentadas, no puede inferirse que las acciones imputadas a Apdayc hayan estado orientadas a inducir a Cafeína Perú a incumplir la prestación esencial de pago por el servicio de musicalización a El Audífono.

Caso “Big Lila”

107. Finalmente, el último caso alegado en la denuncia presentada por El Audífono consistió en una supuesta interferencia en la relación contractual con Big Lila. De esta manera, la empresa denunciante señaló que el 12 de junio de 2018, inició la prestación de servicios de musicalización a dicho cliente en los establecimientos ubicados en los distritos de San Isidro y La Victoria.

108. En estas circunstancias, a través de un correo electrónico del 12 de junio de 2018 de Big Lila a El Audífono, se informó que Apdayc habría requerido cuantiosa información a efectos de validar que las obras musicales que se reproducirían estaban exentas de obtener una autorización por parte de dicha asociación. Asimismo, el 31 de julio de 2018, Big Lila comunicó al denunciante, a través de un correo electrónico, que *“al no tener una respuesta formal por parte de Apdayc, pese a haber hecho el trámite correspondiente”* no podían formalizar la suscripción del Contrato.

109. La Sala advierte que los medios probatorios que sustentan estos hechos no incluyen las alegadas comunicaciones de Apdayc a Big Lila, por lo que no es posible determinar su contenido y si estas eran objetivamente capaces de inducir a un incumplimiento contractual.

110. A mayor abundamiento, como se ha mencionado anteriormente, al margen del volumen del requerimiento que pueda haber efectuado Apdayc (conforme a lo señalado en el correo del 12 de junio de 2018), ello no es un elemento que por sí mismo pueda calificar como una inducción a infringir un contrato o impedir su suscripción entre las partes interesadas.

111. Como se ha mencionado en el presente pronunciamiento, las sociedades de gestión colectiva –como cualquier otro agente privado– pueden solicitar información a efectos de salvaguardar los intereses que protegen, sin perjuicio de que esto no implica que los receptores de tales pedidos se encuentren obligados a absolverlos en la forma solicitada.

112. Asimismo, respecto al segundo correo electrónico (31 de julio de 2018), se advierte que el hecho “cometido” por Apdayc consistiría en una supuesta falta de respuesta a Big Lila, sin aludir a algún acto o comunicación adicional por parte de la denunciada. Sobre el particular, esta Sala considera que no sería razonable considerar que una omisión de respuesta – por sí misma - por parte

de la denunciada constituya un mecanismo de coacción para que un agente económico desconozca una obligación contractual.

113. De acuerdo con lo expuesto, conforme a las pruebas presentadas, no existen elementos que acrediten este extremo de la conducta denunciada.

III.3.3 Conclusión

114. En atención a lo anteriormente expuesto, de la revisión de los medios probatorios contenidos en el Expediente no se aprecia que las conductas imputadas respecto a los clientes Representaciones Disey, Cafeína Perú y Big Lila, califiquen como actos de sabotaje empresarial tipificados en el artículo 15 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. No obstante, esta Sala advierte que Adayc sí incurrió en el tipo infractor antes señalado, con relación a la inducción a la infracción contractual dirigida a Café Tinto.
115. En tal sentido, corresponde: (i) confirmar la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI, en el extremo que declaró infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de sabotaje empresarial, en lo referido a los clientes Representaciones Disey, Cafeína Perú y Big Lila; y, (ii) revocar la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI, en el extremo que declaró infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de sabotaje empresarial, respecto a la relación contractual entre El Audifono y Café Tinto, por lo que se declara este extremo fundado.

III.4 Graduación de la sanción

III.4.1 Marco normativo

116. A efectos de graduar la sanción aplicable, el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁴³ establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la gravedad de la infracción, dependiendo la adopción de uno u otro de la conducta infractora cometida y de las particularidades y características de cada caso en concreto.

⁴³

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

117. Del mismo modo, además de los criterios antes indicados, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el artículo 248.3 del TUO de la Ley 27444, regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora⁴⁴. Dicho principio tiene como premisa fundamental el deber de la Administración de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, salvaguardando que la comisión de las conductas sancionables no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas vulneradas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.
118. La aplicación de la normativa antes reseñada permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad a fin de salvaguardar los derechos de los administrados.
119. Por lo tanto, la autoridad debe considerar las circunstancias particulares vinculadas a la conducta infractora con la finalidad de apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivar el incremento o la disminución de la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad⁴⁵.

III.4.2 Aplicación al caso

120. En el presente caso, la infracción cometida por Apdayc consistió en la inducción a un cliente (Café Tinto) para que incumpla sus obligaciones esenciales con El Audífono, particularmente que cese de efectuar pagos al denunciante y así continúen utilizando el catálogo de la denunciada.

⁴⁴ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

⁴⁵ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "17. En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas (...)". Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 2192-2004-AA /TC.

121. Como se ha acreditado en el presente pronunciamiento, la imputada de manera reiterada y a través de mecanismos de presión (insinuación de la configuración de una infracción administrativa e ilícito penal) requirió a Café Tinto que obtenga una autorización y, por ende, le pague la respectiva contraprestación, pese a conocer que los destinatarios eran clientes de El Audífono y contar con el listado de las piezas musicales objeto de este servicio. En tal sentido, este Colegiado considera que el beneficio ilícito perseguido por la denunciada consiste en la materialización del monto que pretendía que se le abone periódicamente.
122. Sin embargo, de la revisión del Expediente no es posible advertir elementos que permitan calcular con exactitud cuál habría sido dicho beneficio. Ello se debe a que, considerando el tarifario de Apdayc vigente durante el 2018 (año en el que se efectuaron los requerimientos de pago)⁴⁶, al no existir en los actuados información sobre el aforo del respectivo local, las horas de la difusión musical que requería, el medio de difusión a emplear ni un horizonte temporal por el cual se prolongaría la utilización de tales obras para ambientación musical, no es posible determinar el monto que la denunciada hubiese obtenido como resultado del acto de sabotaje sancionado.
123. En tal sentido, la Sala estima pertinente graduar la sanción imponible en función al efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales y otros agentes que participan del proceso competitivo.
124. Si bien en el Expediente no figura el monto de la contraprestación que El Audífono podría haber dejado de percibir por parte de Café Tinto como consecuencia de la infracción cometida por Apdayc, es pertinente indicar que los efectos sobre la empresa denunciante y el mercado no se restringen a ello. De esta manera, a continuación, se expondrán otros elementos que evidencian y permiten dimensionar los alcances de este criterio de graduación en el presente caso.
125. Sobre el particular, la acción determinada como infracción en el presente procedimiento ha generado una distorsión en el mercado que entorpece la permanencia de El Audífono al irrumpir en las relaciones contractuales de la empresa denunciante con uno de sus clientes. Esto resulta especialmente relevante considerando la capacidad de influencia que ostenta la denunciada en el mercado de difusión de obras musicales.
126. Adicionalmente, el daño no solo se restringe a la alteración producida en la relación comercial entre El Audífono y Café Tinto, sino que afecta

⁴⁶ De acuerdo con el tarifario de Apdayc del 2018 (año en el que se realizaron las comunicaciones), el monto a pagar por la comunicación pública de obras musicales en locales permanentes se establece considerando diversos factores: el aforo del local, costo de entrada, número de días de uso de la música, el porcentaje con costo de entrada y sin esta, medio de ejecución, entre otros; dependiendo del nivel de incidencia musical (indispensable, necesaria o secundaria). Para tales efectos ver <http://www.apdayc.org.pe/index.php/tarifario> (consultado el 19 de junio de 2020).

potencialmente sus relaciones a futuro con otros agentes en el mercado. Lo antes indicado se debe a que estas empresas (futuras o actuales) al conocer las acciones de la imputada, pueden tener desconfianza en la eficacia y legalidad de los servicios prestados por El Audífono en el mercado.

127. De otro lado, si bien no hay evidencia de que Café Tinto haya culminado la relación contractual con El Audífono, se advierte que las acciones cuestionadas por el denunciante también le generaron costos innecesarios y no previstos. Por ejemplo, El Audífono ha tenido que asumir la defensa de Café Tinto ante los requerimientos de pago de Apdayc y realizar gestiones con dicha asociación a efectos de intentar satisfacer sus solicitudes, destinando mayores recursos de coordinación con su cliente frente a la conducta desplegada por la denunciada.
128. Por tanto, este Colegio considera que debe imponerse una multa ascendente a diez (10) Unidades Impositivas Tributarias a la imputada por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: enmendar los siguientes errores materiales de la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI del 6 de agosto de 2019:

- (i) En el encabezado debe decir:

“(…)
MATERIA: ACTOS DE SABOTAJE EMPRESARIAL
“(…)”

- (ii) En el segundo párrafo de la página 9 debe mencionarse “obras musicales” en lugar de “fonogramas”, quedando de la siguiente manera:

“(…), en tanto las actuaciones realizadas por la imputada se encuentran enmarcadas dentro de las prerrogativas que le han sido conferidas por la Ley de Derechos de Autor, ello en tanto El Audífono no cumplió con informar a la imputada los derechos que tendría de las obras musicales que administraría.”

- (iii) En el tercer párrafo de la página 9 debe decir “Apdayc” en vez de “Unimpro”, por lo que dicho texto queda conforme se transcribe a continuación:

“En efecto, de acuerdo con la Dirección de Derechos de Autor, Apdayc se encontraba autorizada para realizar todas las actuaciones que El Audífono cuestiona. (…).”

SEGUNDO: confirmar la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI del 6 de agosto de 2019, en el extremo que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia de El Audífono S.A.C. contra la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) por la presunta comisión de actos de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual, al haber interferido en las relaciones comerciales de sus clientes Representaciones Disey S.A.C., Cafeína Perú S.A.C. y Big Lila S.A.C., supuesto tipificado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

TERCERO: revocar la Resolución 134-2019/CCD-INDECOPI del 6 de agosto de 2019, en el extremo que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia de El Audífono S.A.C. contra la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) por la presunta comisión de actos de sabotaje empresarial en la modalidad de inducción al incumplimiento contractual, al haber interferido en la relación comercial con su cliente Café Tinto S.A.C., supuesto tipificado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal; y, en consecuencia, declarar este extremo fundado.

CUARTO: imponer a la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) una multa ascendente a Diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

QUINTO: requerir a Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS⁴⁷, precisándose, además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de la ley.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, Mónica Eliana Medina Triveño y José Francisco Martín Perla Anaya.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente

⁴⁷ DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 205.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.