

Derecho de autor y derechos conexos en la provisión de contenidos musicales para teléfonos móviles: El caso de las descargas de Ringtones en el Perú*

“Es tal el impacto y el auge de este nuevo escenario trastocado por los Ringtones que varias operadoras a nivel internacional han comenzado a orientar sus estrategias comerciales y de marketing ofreciendo artistas o canciones exclusivas, u ofreciendo pre-lanzamientos, para ser escuchados solamente a través de celulares”.

Alfredo F. Soria Aguilar**

Resumen: En el presente artículo se realiza un análisis de la vinculación entre los derechos de autores y derechos conexos, y los Ringtones. En primer lugar, se especifica qué se entiende por servicio de Ringtones, diferenciando los tipos de Ringtones en monofónicos, polifónicos y *real tones*. Luego, se considera que, a partir de la legislación peruana, los Ringtones son susceptibles de generar derechos de autor y derechos conexos. Finalmente, se analiza el rol de las Sociedades de Gestión Colectiva en la recaudación de los ingresos que generan los mencionados derechos.

Palabras clave: Ringtones; derechos de autor; derechos conexos; Sociedades de Gestión Colectiva; APDAYC.

Abstract: In this paper, the author analyses the connection between authors' rights and related rights, and Ringtones. First, it specifies what is meant by Ringtone service, differentiating these in monophonic, polyphonic and real tones. Then, it considers that, according to peruvian legislation, ringtones are likely to generate authors' rights and related rights. Finally, the role of Collective Management Organizations is analyzed in the gathering of income generated by these rights.

Keywords: Ringtones; Copyright; related rights; Collective Management Organizations; APDAYC.

* El presente artículo es parte del trabajo de investigación presentado por el autor en el IX Curso Intensivo de Posgrado “Actualización en Derecho de Autor y Derechos Conexos. Teoría, Práctica y Jurisprudencia” de la Universidad de Buenos Aires (2008).

** Árbitro del Centro de Arbitraje de la PUCP. Árbitro del Centro de Arbitraje del OSCE. Profesor de Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y la Universidad del Pacífico (UP). Egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa PUCP. Estudios de Postgrado en Derecho de Autor y Derechos Conexos en la Universidad de Buenos Aires.

Sumario: Introducción. 1. El servicio de Ringtones. 2. Derecho de autor y derechos conexos en la provisión de Ringtones para telefonía móvil: 2.1. Pre-escucha del contenido musical; 2.2. Descarga del contenido musical. 3. El rol de las Sociedades de Gestión Colectiva.

Introducción

Los servicios de telefonía móvil han trascendido ampliamente su función inicial. Han pasado de ser un simple medio de comunicación a través de voz para convertirse, en la actualidad, en un servicio sofisticado de transmisión de datos y utilitarios que conforman, en suma, un verdadero centro de entretenimiento.

Más allá de las nuevas capacidades en el propio servicio de voz, los cambios y novedades incluyeron la posibilidad de que cada usuario personalice el sonido que escucha cuando recibe una llamada, dejando de lado el uniforme, y hasta aburrido, timbrado clásico que tenían los antiguos equipos telefónicos.

En Internet se comenta que todo comenzó cuando una mañana de diciembre de 1997 en Helsinki, Vesa-Matti Paananen, un ingeniero de una empresa llamada Yomi Croup, hizo el descubrimiento. Al sentirse atormentado por el repique de su teléfono Nokia 6110 pensó: “No quiero volver a escuchar ese repique nunca más en mi vida”. El atormentado personaje hoy recuerda: “Hubiese preferido levantarme con el ritmo de Van Hallen y, lo peor de todo, estaba dispuesto a pagar por ello”⁽¹⁾.

En base a dicha idea, el fenómeno comercial de los Ringtones a nivel de equipos terminales se inició en el

año 2002 con el lanzamiento del equipo Nokia 3510, el cual fue el primer móvil optimizado para tonos polifónicos, como es conocido actualmente. Los equipos terminales reproducen tonos de timbrado con música original (*Real Tones*).

Al igual que Baldera, consideramos que en un momento en que la industria del disco daba señales claras de que iba a sucumbir, lejos de ser una amenaza para la industria musical, “los Ringtones llegaron para diversificar la forma de comercializar la música y que los disqueros descubrieran otras opciones ante la baja en las ventas del disco”⁽²⁾. Es tal el impacto y el auge de este nuevo escenario trastocado por los Ringtones que varias operadoras a nivel internacional han comenzado a orientar sus estrategias comerciales y de marketing ofreciendo artistas o canciones exclusivas, u ofreciendo pre-lanzamientos, para ser escuchados solamente a través de celulares.

Sin duda, estamos ante “una de las industrias culturales donde se ha reflejado con mayor intensidad el impacto del comercio electrónico y los desarrollos tecnológicos sobre la propiedad intelectual es la industria de la música”⁽³⁾. Por esta razón, hemos optado por la preparación del presente trabajo de investigación, en el cual se analizará el derecho de autor en la provisión de los contenidos musicales denominados Ringtones para telefonía móvil en el Perú.

(1) Al respecto, ver: RECORD REPORT. “La historia de los Ringtones”, en: <http://www.recordreport.com.ve/noticias/2006/historia_Ringtones.asp>.

(2) BALDERA, Emelin. “Ringtones”, la modalidad en la música. En: <<http://www.listin.com.do/app/article.aspx?id=36887>>.

(3) EMERY, Miguel Angel. “Observancia de los derechos de autor y los derechos conexos en las redes digitales, la tecnología y sus posibilidades en materia de información y supervisión. La pertinencia de los acuerdos del ADPIC”. Taller regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos en la era de la información. Montevideo, 13 y 14 de septiembre de 2000. p. 2. En: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wipo_da_mvd_00/ompi_da_mvd_00_3.pdf>.

1. El servicio de Ringtones

El servicio de Ringtones permite brindar a los clientes la posibilidad de personalizar el tono de timbrado del celular cuando se recibe una llamada. Asimismo, en la actualidad, se conocen tres tipos de Ringtones⁽⁴⁾:

- Ringtones Monofónicos: “en un tono monofónico puede escucharse sólo un tipo de sonido a la vez”⁽⁵⁾.
- Ringtones Polifónicos: Este tipo de Ringtone permite que se reproduzcan varios sonidos a la vez.
- *Real Tones* (llamados también *True Tones*): Incluyen voz, instrumentos y sonidos reales. En términos sencillos, se trata de la reproducción de “canciones originales en el formato de archivo MP3 o WAV”⁽⁶⁾.

Lo usual es que el cliente acceda a los Ringtones a través de una descarga del contenido musical en su equipo terminal. En este caso, “descargar”⁽⁷⁾ es la acción que consiste en transferir al dispositivo de almacenamiento del equipo celular contenidos musicales que se encuentran en un ordenador remoto. Habiendo almacenado la descarga del contenido musical en el equipo celular, el cliente podrá escuchar el timbrado las veces que desee y sin necesidad de conectarse a la red celular.

Cabe anotar que la comunicación entre el cliente (usuario final del servicio) y el proveedor de contenido (prestador de servicios de valor añadido) se efectúa a través de la red telefónica del operador o prestador del servicio de telefonía móvil. Es decir, el operador de telefonía celular simplemente facilita el medio de comunicación entre el proveedor de contenidos y el cliente. En consecuencia, el operador de telefonía móvil no es responsable por la provisión de los contenidos musicales (Ringtones) ni por el pago del derecho de autor y derechos conexos vinculados a la provisión de los mismos, salvo que la empresa operadora de telefonía móvil sea, a su vez, proveedor de los referidos contenidos.

2. Derecho de autor y derechos conexos en la provisión de Ringtones para telefonía móvil

La legislación peruana⁽⁸⁾ define como obra a “toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse”⁽⁹⁾. Por ello, los contenidos denominados como Ringtones, en tanto son composiciones musicales (con letra o sin ella), se encuentran comprendidas entre las obras protegidas⁽¹⁰⁾.

(4) Vinculado con los sonidos que se escuchan en las llamadas que se efectúan hacia un celular, se encuentran también los *Ring-BackTones*, los cuales son sonidos para personalizar el tono de espera de una llamada. Este servicio incorpora una grabación musical que se activa cuando un usuario llama a un cliente que cuenta con este servicio. Dicho tono deja de escucharse cuando el cliente que cuenta con el servicio (*Ring-BackTone*) contesta la llamada. Los *Ring-BackTones* no serán materia del presente análisis dado que se trata de un sonido que, generalmente, sólo podrá ser escuchado por quien efectúa la llamada hacia el cliente que cuenta con el servicio de *Ring-BackTone*.

(5) Al respecto ver: <<http://www.pamicel.com/index.php?inc=faq#diftono>>.

(6) Al respecto ver: <<http://www.boomRingtone.com/index.php?page=Informacion#>>.

(7) Para este caso, hemos tomado como base la definición de descarga que propone Delia Lipszyc, adecuando la misma al supuesto de la telefonía celular. En: LIPSZYC, Delia. “*Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*”. UNESCO. CERLALC. Zavalía. Buenos Aires. 2004. p. 501.

(8) Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor.

(9) Debemos anotar que el artículo 2° de la Decisión Andina 351 de 1993, define a la “obra” como “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”. La definición de la Decisión Andina no es exactamente la misma que la legislación nacional y por ello la anotamos.

(10) El artículo 5° del Decreto Legislativo N° 822 señala que “están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes: (...)

c) Las composiciones musicales con letra o sin ella (...).”

Derecho de Autor y Derechos Conexos en la provisión de contenidos musicales para teléfonos móviles: El caso de las descargas de Ringtones en el Perú

En consecuencia, los contenidos musicales generan derechos de autor para los compositores⁽¹¹⁾ y otorgan también derechos conexos para el caso de los intérpretes⁽¹²⁾ o ejecutantes⁽¹³⁾ y de los productores de fonogramas⁽¹⁴⁾.

Los derechos morales y patrimoniales que corresponden a cada uno de ellos se establecen en el Decreto Legislativo N° 822, la Decisión N° 351 y la Convención de Roma.

En el caso concreto de los derechos patrimoniales⁽¹⁵⁾ que surgen con ocasión del procedimiento descrito para la provisión de contenidos musicales, consideramos que resulta necesario efectuar el análisis en los siguientes dos escenarios:

2.1 Pre-escuela del contenido musical

El primer escenario es el de la “pre-escucha del contenido musical” (Ringtone) proporcionada por el proveedor de contenidos para que el cliente pueda elegir el tono que posteriormente quiera descargar. La pre-escucha de los Ringtones se pone a disposición de los clientes a través de una página web.

La “pre-escucha del contenido musical” implica para el proveedor de contenidos la necesidad de obtener

una licencia o autorización de comunicación pública. Efectivamente, según el numeral 5 del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822, la comunicación pública es

“todo acto por el cual una o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso

a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por cualquier medio o procedimiento, análogo o digital, conocido o por conocerse, que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Todo el proceso necesario y conducente a que la obra sea accesible al público constituye comunicación⁽¹⁶⁾. En tal sentido, el acceso

a la obra por una o más personas, en este caso a

través de Internet, sin la previa distribución de ejemplares a los clientes que efectúan la pre-escucha, se enmarca dentro del concepto de comunicación pública expresado por la legislación nacional.

Efectivamente, como lo han expresado Antequera y Ferreyros, “para la comunicación pública basta que la obra se ponga a disposición de una sola persona (...) lo que ocurre, por ejemplo, con las transmisiones digitales ‘a pedido’ donde es posible que puesta la obra a disposición de los abonados, un único individuo, en

“(...) en la provisión de contenidos Ringtones, la remuneración equitativa correspondiente a titulares de los derechos conexos, será recaudada únicamente por la Sociedad de Gestión Colectiva que representa a los productores de fonogramas”.

(11) “El derecho de autor se genera para el compositor, por haber creado una obra musical que es original y novedoso fruto de su espíritu y de su individualidad”. Vid. EMERY, Miguel Angel. *Protección de los productores fonográficos en las Legislaciones Latinoamericanas*. En: *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*. Tomo I. Ministerio de Cultura. Madrid. s.f. p. 463.

(12) Los intérpretes son los cantantes que interpretan las composiciones musicales.

(13) Ejecutantes son quienes a través de un instrumento musical expresan una obra musical. En términos sencillos: son los músicos que intervienen en la realización de una obra protegida.

(14) “El derecho del productor de fonogramas se genera en mérito al reconocimiento de su iniciativa, riesgo empresarial y contribuciones artísticas y técnicas, que permiten la fijación de los sonidos de la ejecución de esa obra musical en una forma única distinguible”. EMERY, Miguel Ángel. *Protección de los productores fonográficos en las Legislaciones Latinoamericanas*. En: *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*. Tomo I. Ministerio de Cultura. Madrid. s.f. p. 463.

(15) Los derechos morales de los compositores, así como de los intérpretes y ejecutantes, se señalan respectivamente en los artículos 22° y 131° del Decreto Legislativo N° 822.

(16) En similar sentido se orienta el artículo 8° del Tratado de la OMPI.

un momento determinado, solicite el acceso a la obra a través de la red”⁽¹⁷⁾. Esto es precisamente lo que ocurre con la pre-escucha, la cual se pone a disposición de los potenciales adquirientes de los contenidos musicales con antelación a la realización de la descarga de los Ringtones.

2.2 Descarga del contenido musical

El segundo escenario es el de la “descarga del contenido musical” (Ringtone) proporcionada por el proveedor de contenidos al cliente. Así, si la comunicación al público supone una difusión de la obra sin previa distribución de un ejemplar, la descarga del contenido musical no podría implicar una mera comunicación.

En este escenario, como bien ha anotado Lipszyc, “la acción de descargar obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos constituye un acto de reproducción”⁽¹⁸⁾. En Perú, según el numeral 37 del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822, se entiende como acto de reproducción a la “fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de toda o parte de ella”.

Al respecto, en sede judicial de España se llegó exactamente a la misma conclusión al determinarse que:

(...) cuando se digitaliza la obra y se fija en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias, se ejecuta un acto de reproducción. La digitalización y

almacenamiento en soportes estables de memoria conectados a la red (uploading) desde los que las obras son accesibles al público, a cuyo alcance está la comunicación y la obtención de copias (downloading), viene comprendida en el ámbito de la reproducción⁽¹⁹⁾.

3. El rol de las Sociedades de Gestión Colectiva

Como hemos anotado, existe derecho de autor y derechos conexos que se originan como consecuencia de la provisión de estos contenidos musicales (Ringtones). Es decir, las normas vigentes otorgan una serie de derechos a los compositores, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas frente al proveedor de los contenidos musicales. Sin embargo, como resulta evidente, sería inmanejable e ineficiente que cada titular exigiera o tutelara directamente sus respectivos derechos. Por ello, en la actualidad, existen Sociedades de Gestión Colectiva⁽²⁰⁾ que realizan, entre otras actividades, las tareas de: (i) establecer las tarifas (valorización de las compensaciones económicas por los derechos que representan), (ii) fiscalizar la utilización de las obras protegidas y (iii) recaudar dichos derechos. Una vez percibidos los importes correspondientes, la Sociedad de Gestión Colectiva procederá a distribuir los mismos entre sus representados, que son los titulares de los derechos gestionados.

Con la finalidad de facilitar la actuación de las Sociedades de Gestión Colectiva, el artículo 147° del

(17) ANTEQUERA, Ricardo y FERREYROS, Marisol. “El Nuevo Derecho de Autor en el Perú”. Perú Reporting. Lima. 1996, p. 130.

(18) LIPSZYC, Delia. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO. CERLALC. Zavalía. Buenos Aires. 2004, p. 501.

(19) Recurso 425/2001 Jurisdicción Judicial. Audiencia Provincial de Barcelona. España. Texto del Fallo en “www.laley.net” y a través del Portal de Interiuris, en <http://interiuris.com/>. Disponible en: <www.cerlalc.org/derechoenlinea/> (el énfasis es nuestro).

(20) Según el numeral 42 del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822, son “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 estos derechos, y que hayan obtenido de la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI la autorización de funcionamiento que se regula en esta ley. La condición de sociedades de gestión se adquirirá en virtud a dicha autorización”.

Derecho de Autor y Derechos Conexos en la provisión de contenidos musicales para teléfonos móviles: El caso de las descargas de Ringtones en el Perú

Decreto Legislativo N° 822 establece que:

la sociedad de gestión colectiva podrá hacer valer los derechos confiados a su administración en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que sus estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares.

Como es evidente, y ha sido señalado por la Resolución N° 0034-2005-TPI-INDECOPI⁽²¹⁾, se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario.

En el Perú, las Sociedades de Gestión Colectiva que representan el derecho de autor y los derechos conexos existentes en la provisión de Ringtones son las siguientes:

- a) Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC): representa los derechos de autor, es decir, los derechos de los compositores.
- b) Unión Peruana de Productores Fonográficos (UNIMPRO): tiene a su cargo la gestión de los derechos conexos que tienen los productores fonográficos.
- c) Asociación Nacional de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (ANAIE): tiene a su cargo la gestión de

los derechos conexos que tienen los intérpretes y ejecutantes.

En el caso específico de los derechos conexos, si bien las normas nacionales⁽²²⁾ como internacionales vigentes⁽²³⁾ reconocen que la remuneración de dichos derechos les corresponden tanto a los productores fonográficos como a los intérpretes o ejecutantes, la Resolución N° 0463-2003/TPI-INDECOPI (Caso UNIMPRO vs. ANAIE) dejó claramente establecido que la legitimidad para recaudar o cobrar dichos derechos le corresponde únicamente a la Sociedad de Gestión Colectiva que representa a los productores de fonogramas. En efecto, la citada resolución señaló que:

A nivel nacional queda claramente establecido que tanto los artistas intérpretes y/o ejecutante como los productores de fonogramas tienen el derecho a una remuneración equitativa y única por la comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales (...) queda claro que los productores de fonogramas tienen derecho a recaudar la remuneración por la utilización secundaria de los fonogramas o de las copias de los mismos⁽²⁴⁾.

(21) Caso Unión Peruana de Productores Fonográficos vs. Chifa Internacional SRL.

(22) Artículo 133° del Decreto Legislativo N° 822:

"Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen igualmente el derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública del fonograma publicado con fines comerciales que contenga su interpretación o ejecución (...). Dicha remuneración, a falta de acuerdo entre los titulares de este derecho será compartida en partes iguales con el productor fonográfico".

(23) Artículo 37° de la Decisión 351:

"Los productores de fonogramas tienen el derecho de:

(...)

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

Artículo 12° de la Convención de Roma (Sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión):

"Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración".

(24) Resolución N° 0463-2003/TPI-INDECOPI. UNIMPRO vs. ANAIE. El énfasis es nuestro.

INDECOPI llegó a dicha conclusión debido a que la legislación nacional señala expresamente que “los productores de fonogramas tienen el derecho a recibir una remuneración por la comunicación del fonograma al público, por cualquier medio o procedimiento (...) la cual será compartida, en partes iguales, con los artistas intérpretes o ejecutantes”⁽²⁵⁾.

En consecuencia, en la provisión de contenidos Ringtones, la remuneración equitativa correspondiente a titulares de los derechos conexos será recaudada

únicamente por la Sociedad de Gestión Colectiva, la cual representa a los productores de fonogramas. En tal sentido, dado que la remuneración equitativa de los derechos conexos le corresponde tanto a los productores fonográficos como a los intérpretes o ejecutantes, en aplicación de lo señalado en la parte final del artículo 133° del Decreto Legislativo N° 822, “dicha remuneración, a falta de acuerdo entre los titulares de este derecho, será compartida en partes iguales (por los artistas intérpretes o ejecutantes) con el productor fonográfico”. 

(25) Artículo 137° del Decreto Legislativo N° 822. El énfasis es nuestro.