

00

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
II. ASPECTOS FÁCTICOS	2
III. CONSTATAACIONES Y RECOMENDACIONES SOLICITADAS POR LAS PARTES	7
IV. ALEGACIONES DE LAS PARTES Y LOS TERCEROS E INFORMACIÓN FÁCTICA SUMINISTRADA POR LA OFICINA INTERNACIONAL DE LA OMPI.....	8
V. REEXAMEN INTERMEDIO.....	8
VI. CONSTATAACIONES.....	9
A. ALEGACIONES.....	9
B. CUESTIÓN PRELIMINAR.....	10
C. CARGA DE LA PRUEBA	11
D. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA DIFERENCIA	12
1. <i>Consideraciones generales sobre los derechos exclusivos en cuestión y las limitaciones a los mismos</i>	<i>12</i>
a) Derechos exclusivos que implican las alegaciones de las CE.....	12
i) Artículo 11bis del Convenio de Berna (1971)	13
ii) Artículo 11 del Convenio de Berna (1971)	14
b) Limitaciones y excepciones.....	16
i) Introducción.....	16
ii) Resumen de los argumentos formulados por las partes	16
iii) La doctrina de las pequeñas excepciones.....	19
iv) Alcance del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC	29
v) Párrafo 2 del artículo 11bis del Convenio de Berna (1971) incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC.....	32
vi) Resumen de las limitaciones y excepciones.....	34
2. <i>La prueba de tres criterios con arreglo al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.....</i>	<i>35</i>
a) Introducción general.....	35
b) "Determinados casos especiales".....	36
i) Análisis interpretativo general.....	36

	<u>Página</u>
ii) La exención empresarial de la parte B).....	38
iii) La exención de uso hogareño de la parte A)	43
iv) Necesidad de examinar las otras dos condiciones.....	48
c) "Que no atente contra la explotación normal de la obra"	49
i) Análisis interpretativo general.....	49
ii) La exención empresarial de la parte B).....	57
iii) La exención de uso hogareño de la parte A)	63
d) "Ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos"	65
i) Análisis interpretativo general.....	65
ii) La exención empresarial de la parte B).....	70
iii) La exención de uso hogareño de la parte A)	77
VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	79
ANEXO 1 (documento WT/DS160/5).....	80/81
ANEXO II (documento WT/DS160/6).....	83
APÉNDICE 1:	
....1.1ES Y	i

	<u>Página</u>
1.7 OBSERVACIONES DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LA CARTA DIRIGIDA A LA PRESIDENTA DEL GRUPO ESPECIAL POR EL DIRECTOR GENERAL DE LA OMPI.....	161
APÉNDICE 2:	
COMUNICACIONES ESCRITAS DE LOS ESTADOS UNIDOS	
2.1 PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA	162
2.2 EXPOSICIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN LA PRIMERA REUNIÓN CON EL GRUPO ESPECIAL	177
2.3 RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL - PRIMERA REUNIÓN.....	183
2.4 RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS - PRIMERA REUNIÓN	211
2.5 SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	215
2.6 EXPOSICIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN LA SEGUNDA REUNIÓN CON EL GRUPO ESPECIAL	231
2.7 OBSERVACIONES ACERCA DE LA CARTA DIRIGIDA A LA PRESIDENTA DEL GRUPO ESPECIAL POR EL DIRECTOR GENERAL DE LA OMPI.....	240
APÉNDICE 3:	
COMUNICACIONES ESCRITA DE AUSTRALIA	
3.1 AUSTRALIA.....	241
3.1.1 COMUNICACIÓN ESCRITA DE AUSTRALIA.....	241
3.1.2 EXPOSICIÓN ORAL DE AUSTRALIA EN LA AUDIENCIA DE TERCEROS.....	263
3.1.3 RESPUESTAS DE AUSTRALIA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL	265
3.2 BRASIL	272
3.2.1 EXPOSICIÓN ORAL EN LA AUDIENCIA DE TERCEROS	272
3.2.2 EXPOSICIÓN ORAL EN LA AUDIENCIA DE LOS TERCEROS	275
3.3 CANADÁ.....	276
3.3.1 COMUNICACIÓN ESCRITA	276

	<u>Página</u>
3.4 JAPÓN.....	277
3.4.1 COMUNICACIÓN ESCRITA	277
3.4.2 RESPUESTAS DEL JAPÓN A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL	279
3.5 SUIZA.....	280
3.5.1 EXPOSICIÓN ORAL EN LA AUDIENCIA DE TERCEROS	280
3.5.2 RESPUESTAS DE SUIZA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL	283
APÉNDICE 4:	
INFORMACIÓN FÁCTICA FACILITADA POR LA OFICINA INTERNACIONAL DE LA OMPI	
4.1 CARTA DIRIGIDA AL DIRECTOR GENERAL DE LA OMPI POR LA PRESIDENTA DEL GRUPO ESPECIAL.....	286
4.2 CARTA DIRIGIDA A LA PRESIDENTA DEL GRUPO ESPECIAL POR EL DIRECTOR GENERAL DE LA OMPI	287

I. INTRODUCCIÓN

1.1 El 26 de enero de 1999, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros (en adelante: "las Comunidades Europeas") solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") y el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC") acerca del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, modificado por la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales", promulgada el 27 de octubre de 1998.¹

1.2 Las Comunidades Europeas y los Estados Unidos celebraron consultas el 2 de marzo de 1999, pero no lograron alcanzar una solución mutuamente satisfactoria. El 15 de abril de 1999 las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el artículo 6 del ESD y el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC.²

1.3 En la reunión del Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") celebrada el 26 de mayo de 1999 se estableció un Grupo Especial de conformidad con el artículo 6 del ESD, con el siguiente mandato:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por

1.8 El Grupo Especial presentó su informe provisional a las partes el 14 de abril de 2000, y les presentó su informe definitivo el 5 de mayo de 2000.

II. ASPECTOS FÁCTICOS

2.1 Esta diferencia se refiere al artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976⁴, con su enmienda introducida por la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998 ("enmienda de 1998")⁵, que entró en vigor el 26 de enero de 1999. Las disposiciones del artículo 110(5) imponen limitaciones a los derechos exclusivos establecidos a favor de los titulares de derecho de autor por el artículo 106 de la Ley de Derecho de Autor respecto de ciertas interpretaciones, ejecuciones o exhibiciones.

2.2 Las partes pertinentes del texto actual del artículo 106 dicen así:

"Artículo 106. Derechos exclusivos sobre las obras amparadas por el derecho de autor

Con sujeción a las disposiciones de los artículos 107 a 120, el titular del derecho de autor conforme al presente título tendrá el derecho exclusivo de realizar y autorizar los siguientes actos:

...

4) en los casos de obras literarias, musicales, dramáticas y coreográficas, pantomimas y películas cinematográficas y otras obras audiovisuales, interpretar o ejecutar públicamente la obra amparada por el derecho de autor;

5) en los casos de obras literarias, musicales, dramáticas y coreográficas, pantomimas y obras pictóricas, gráficas o de escultura, el derecho de exhibir públicamente la obra amparada por el derecho de autor; y

...^{6, 7}

⁴ Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976, Ley de 19 de octubre de 1976, *Pub. L. 94-553, 90 Stat. 2541* (con sus modificaciones).

⁵ Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 27 de octubre de 1998, *Pub. L. 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Congress 2th Session (1998)*.

⁶ Texto extraído de la prueba documental US-15.b).

⁷ El artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos contiene diversas definiciones, entre las cuales las de mayor interés a los efectos de este asunto son las siguientes (textos extraídos de la notificación realizada por los Estados Unidos al Consejo de los ADPIC con arreglo al párrafo 2 del artículo 63 del Acuerdo sobre los ADPIC; véase el documento de la OMC IP/N/1/USA/1, de fecha 25 de marzo de 1996):

"La 'interpretación o ejecución' de una obra significa recitarla, presentarla, interpretarla, bailar o escenificarla, directamente o por medio de cualquier artefacto o procedimiento o, si se trata de una película cinematográfica o una obra audiovisual, mostrar sus imágenes en cualquier secuencia o hacer audibles los sonidos que las acompañan."

"La interpretación, ejecución o exhibición 'pública' de una obra significa:

- 1) su interpretación, ejecución o exhibición en un lugar abierto al público o en cualquier lugar en que se reúna un número importante de personas fuera del círculo normal de la familia y sus allegados sociales; o
- 2) la transmisión u otra forma de comunicación de una interpretación, ejecución o exhibición de la obra a un lugar comprendido en la cláusula 1) o al público por medio de cualquier artefacto o procedimiento, independientemente de que el público que pueda recibir la interpretación, ejecución o exhibición la reciba en el mismo lugar o en lugares separados y al mismo tiempo o en momentos diferentes."

2.3 Las partes pertinentes del texto actual del artículo 110(5) dicen así⁸:

"Artículo 110. Limitaciones de los derechos exclusivos: exenciones respecto de determinadas interpretaciones, ejecuciones y exhibiciones

No obstante las disposiciones del artículo 106, no constituirán infracción del derecho de autor en los siguientes actos:

...

5) A) salvo lo dispuesto en la parte B), la comunicación o transmisión que incorpore la interpretación, ejecución o exhibición de una obra mediante la recepción pública de la transmisión con un único aparato receptor de tipo utilizado habitualmente en hogares privados, a menos que:

A) se efectúe un cobro directo para poder ver u oír la transmisión, o

B) la transmisión así recibida se retransmita a su vez al público;

B) la comunicación por un establecimiento de una transmisión o retransmisión que incorpore la interpretación, ejecución o exhibición de una obra musical no dramática destinada a la recepción por el público, originada en una emisora de radio o televisión autorizada con ese carácter por la Comisión Federal de Comunicaciones; o, si se trata de una transmisión audiovisual, en un sistema de cable o de difusión mediante satélite; siempre que:

i) si no se trata de un establecimiento de servicios de comidas o bebidas, el establecimiento en que se efectúa la comunicación tenga una superficie bruta inferior a 2.000 pies cuadrados (con exclusión del espacio empleado para el aparcamiento de los clientes exclusivamente), o bien el establecimiento en que se efectúa la comunicación tenga una superficie bruta de 2.000 pies cuadrados o más (con exclusión del espacio utilizado para el aparcamiento de los clientes exclusivamente), y

I) si la interpretación o ejecución se efectúa únicamente por medios sonoros, se comunica mediante no más de seis altavoces, de los cuales no existen más de cuatro situados en una misma habitación o en el espacio exterior adyacente; o

II) si la interpretación, ejecución o exhibición se efectúa por medios audiovisuales, ninguna parte visual de ella se comunica mediante más de cuatro artefactos audiovisuales en total y no hay más de uno situado en cada habitación, y ninguno de esos artefactos audiovisuales tiene una pantalla de tamaño mayor de 55 pulgadas en diagonal, y ninguna parte sonora de la interpretación, ejecución o exhibición se comunica mediante más de seis altavoces, ni hay más de cuatro de ellos situados en una misma habitación o en el espacio exterior adyacente;

ii) si se trata de un establecimiento de servicios de comidas o bebidas con una superficie bruta menor de 3.750 pies cuadrados (con exclusión del espacio utilizado para el aparcamiento de los clientes exclusivamente), o bien el establecimiento en que

"Transmitir" una interpretación o ejecución o su exhibición es comunicarla mediante cualquier artefacto o procedimiento por el cual se reciban imágenes o sonidos fuera del lugar desde el cual se emiten."

⁸ Texto extraído de la prueba documental US-15.a). No existe ningún texto oficial consolidado por el Gobierno de los EE.UU. de la versión enmendada del artículo 110(5).

se efectúa la comunicación tiene una superficie bruta de 3.750 pies cuadrados o más (con exclusión del espacio utilizado para el aparcamiento de los clientes exclusivamente), y

I) si la interpretación o ejecución se efectúa únicamente por medios sonoros, se comunica mediante no más de seis altavoces, de los cuales no existen más de cuatro situados en una misma habitación o en el espacio exterior adyacente; o

II) si la interpretación, ejecución o exhibición se efectúa por medios audiovisuales, ninguna parte visual de ella se comunica mediante más de cuatro artefactos audiovisuales en total y no hay más de uno situado en cada habitación, y ninguno de esos artefactos audiovisuales tiene una pantalla de tamaño mayor de 55 pulgadas en diagonal, y ninguna parte sonora de la interpretación, ejecución o exhibición se comunica mediante más de seis altavoces, ni hay más de cuatro de ellos situados en una misma habitación o en el espacio exterior adyacente;

iii) no se efectúe ningún cobro directo para poder ver u oír la transmisión o retransmisión;

iv) la transmisión o retransmisión no se transmita a su vez fuera del establecimiento en que es recibida; y

v) la transmisión o retransmisión cuente con licencia del titular del derecho de autor de la obra que de este modo se interpreta, ejecuta o exhibe; y

...⁹

2.4 La parte A) del artículo 110(5) reproduce, en lo esencial, el texto de la anterior "exención de uso doméstico" que figuraba en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976. Cuando en 1998 se enmendó el artículo 110(5), la exención de uso doméstico pasó a la nueva parte A), en cuyo texto se añadieron al comienzo las palabras "salvo lo dispuesto en la parte B)".

2.5 En un Informe de la Cámara de Representantes de 1976 que acompañaba el proyecto de Ley de Derecho de Autor de 1976 se explicaba que el artículo 110(5), en su forma inicial, "se aplica a las interpretaciones, ejecuciones y exhibiciones de todo tipo de obras, y tiene por objeto eximir de la responsabilidad por derecho de autor a toda persona que se limite a hacer funcionar, en un lugar público, un receptor común de radio o televisión de un tipo que se vende corrientemente al público para su utilización privada". "El fundamento básico de esta cláusula consiste en que el uso secundario de la transmisión que resulta de poner en funcionamiento un receptor común en público es tan remoto y mínimo que no corresponde imponer otra responsabilidad." "La cláusula sólo eximiría a los

⁹ El artículo 205 de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales modificó el artículo 110 de la Ley de Derecho de Autor de 1976 añadiéndole diversas definiciones que se relacionan con la nueva parte B) del artículo 110(5), entre ellas las que siguen.

"Un 'establecimiento' es una tienda o negocio similar abierto al público con el propósito principal de vender bienes o servicios, cuya superficie bruta no destinada a vivienda se utiliza mayoritariamente con ese fin, y en que se interpretan o ejecutan públicamente obras musicales no dramáticas."

"Son 'establecimientos de servicios de comidas o bebidas' los restaurantes, posadas, bares, tabernas o cualquier otro lugar que concurren clientes o público con el propósito principal de que se les sirvan comidas o bebidas, cuya superficie bruta no destinada a vivienda se utiliza mayoritariamente con ese fin, y en que se interpretan o ejecutan públicamente obras musicales no dramáticas."

"La 'superficie bruta' de un establecimiento se refiere a todo su espacio interior y todo el espacio exterior adyacente que se utilice para la atención de la clientela, sea o no en forma estacional."

pequeños establecimientos comerciales cuyos propietarios se limitasen a introducir en sus locales equipos de radio o televisión corrientes y hacerlos funcionar para el disfrute de sus clientes, pero

2.9 La enmienda de 1998 agregó una nueva parte B) al artículo 110(5), que con fines de concisión denominaremos "exención empresarial". Exonera, en determinadas condiciones, la comunicación por un establecimiento de una transmisión o retransmisión que incorpore la interpretación, ejecución o exhibición de una obra musical no dramática destinada a la recepción por el público, originada en una emisora de radio o televisión autorizada con ese carácter por la Comisión Federal de Comunicaciones; o, si se trata de una transmisión audiovisual, en un sistema de cable o de difusión mediante satélite.

2.10 Los beneficiarios de la exención empresarial se dividen en dos categorías: los establecimientos que no son de servicios de comidas o bebidas ("establecimientos de comercio

2.14 Si la superficie de un establecimiento excede de los límites mencionados en el párrafo 2.10, la exención se aplica siempre que el establecimiento no supere las restricciones impuestas al equipo utilizado (no existe ninguna superficie máxima). Las limitaciones referentes al equipo son distintas según se trate de ejecuciones sonoras o de presentaciones o exhibiciones audiovisuales. Por encima de los límites de superficie establecidos, las normas sobre limitaciones de equipo son las mismas para los establecimientos de comercio minorista y para los restaurantes.

2.15 Los tipos de transmisiones comprendidos en ambas partes del artículo 110(5) incluyen la radiodifusión original hertziana o mediante satélite, la retransmisión por medios terrestres o por satélite, la retransmisión por cable de obras radiodifundidas, y las transmisiones originales por cable u otras transmisiones por hilo.²⁰ En las disposiciones no se hace diferencia entre las transmisiones analógicas y las digitales.

2.16 El artículo 110(5) no se aplica a la utilización de grabaciones musicales, como las de discos compactos o casetes, ni a las ejecuciones o interpretaciones musicales en directo.

2.17 Los titulares de derecho de autor sobre obras musicales (compositores, letristas y editores) habitualmente encomiendan el otorgamiento de licencias para la interpretación o ejecución pública no dramática de sus obras a organizaciones de administración colectiva. Las tres principales organizaciones de esta clase de los Estados Unidos son la ASCAP, *Broadcast Music, Inc.* (BMI) y *SESAC, Inc.* Las organizaciones de administración colectiva, actuando en representación de los titulares de derechos, otorgan licencias para la ejecución pública de obras musicales a los usuarios de éstas, como los establecimientos de comercio minorista y los restaurantes, recaudan las regalías cobradas a esos usuarios y distribuyen los ingresos así percibidos entre los respectivos titulares de derechos. Generalmente conciertan acuerdos recíprocos con organizaciones análogas de otros países para otorgar licencias referentes a las obras de los titulares de derechos a los que estas últimas representan. Los ingresos se distribuyen entre los titulares de derechos por intermedio de las organizaciones que les representan. Las tres organizaciones de administración colectiva mencionadas otorgan licencias para la ejecución pública de obras musicales no dramáticas, incluyendo las versiones no dramáticas de obras musicales "dramáticas".

III. CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES SOLICITADAS POR LAS PARTES

3.1 Las Comunidades Europeas alegan que las exenciones dispuestas en las partes A) y B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. constituyen infracción de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. En particular, alegan que esas medidas de los EE.UU. son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 y el punto 3) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971), y no pueden justificarse en virtud de ninguna excepción o limitación, explícita ni implícita, admisible con arreglo al Convenio de Berna (1971) o al Acuerdo sobre los ADPIC. En opinión de las CE, estas medidas causan perjuicio a intereses legítimos de los titulares de derecho de autor, anulando y menoscabando los derechos de las Comunidades Europeas.

3.2 Las Comunidades Europeas solicitan al Grupo Especial que constate que los Estados Unidos han incurrido en incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, junto con el punto 3) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971), y que recomiende a los Estados Unidos que pongan su legislación interna en conformidad con sus obligaciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.

²⁰ Véase la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 5 del Grupo Especial.

3.3

relación entre tratados sucesivos concernientes a la misma materia no era pertinente en el presente caso.

- e) Fuimos de opinión que no era necesario volver a redactar nuestra declaración del párrafo 6.93 en el sentido de que la doctrina de las pequeñas excepciones se refiere *primordialmente* al uso *de minimis*.
- f) Conforme a lo sugerido por las Comunidades Europeas, acordamos referirnos al

6.2 Los Estados Unidos sostienen que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos es plenamente compatible con sus obligaciones en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC y piden que el Grupo Especial constate que las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos cumplen la norma prescrita en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y con las obligaciones sustantivas previstas en el Convenio de Berna (1971). En consecuencia, los Estados Unidos piden que el Grupo Especial desestime las reclamaciones formuladas por las Comunidades Europeas en esta diferencia.

B. CUESTIÓN PRELIMINAR

6.3 Antes de considerar los aspectos sustantivos de la diferencia, examinamos cómo tratar una carta dirigida por un bufete de abogados que representaba a la Sociedad Americana de Compositores, Autores y Editores (ASCAP) al Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales, de la cual se presentó una copia al Grupo Especial.

6.4 En una carta dirigida al bufete de abogados que representaba a la ASCAP, de fecha 16 de noviembre de 1999²², el Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales pidió información a la ASCAP en relación con las preguntas 9 a 11 dirigidas por el Grupo Especial a los Estados Unidos, que se reprodujeron en la carta.²³ El bufete de abogados respondió al Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales en una carta de fecha 3 de diciembre de 1999, remitió copia de la misma al Grupo Especial. El Grupo Especial recibió esta copia el 8 de diciembre de 1999, transmitió la carta de inmediato a ambas partes y las invitó a que formularan sus observaciones al respecto si así lo deseaban.

6.5 En carta de fecha 17 de diciembre de 1999, los Estados Unidos, entre otras cosas, se distanciaron de las posiciones expresadas en la carta del bufete de abogados y pusieron de relieve que, a su juicio, dicha carta tenía escaso valor probatorio para el Grupo Especial, pues en lo fundamental no aportaba datos sobre cuestiones de hecho que ya no hubieran presentado las partes. Sin embargo, los Estados Unidos apoyaban, en general, el derecho de las partes privadas a dar a conocer sus puntos de vista a los grupos especiales de solución de diferencias de la OMC.

6.6 En carta de fecha 12 de enero de 2000, las Comunidades Europeas declararon que no tenían ningún comentario en cuanto al fondo de la carta. Si bien agradecían la contribución de la ASCAP en el presente caso, consideraban que la carta no añadía ningún elemento a los que ya habían presentado las partes. Refiriéndose a la interpretación del artículo 13 del ESD hecha por el Órgano de Apelación en su informe sobre el caso *Em1 caso de la* 6.6

recabar información con una prohibición de aceptar información presentada a un grupo especial sin que éste la haya solicitado. Los grupos especiales tienen facultades discrecionales bien para aceptar y examinar, bien para rechazar la información o el razonamiento que les haya sido presentado, con independencia de que la hayan solicitado o no ...".²⁵

6.8 En el presente caso, no rechazamos de plano la información contenida en la carta dirigida por el bufete de abogados que representa al ASCAP al Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales, de la cual se remitió una copia al Grupo Especial. Recordamos que el Órgano de Apelación ha reconocido la autoridad de los grupos especiales para aceptar información no solicitada. Sin embargo, compartimos el punto de vista expresado por las partes en el sentido de que la mencionada carta, en lo fundamental, duplica la información que ya han presentado las partes. También ponemos de relieve que la carta no estaba dirigida al Grupo Especial sino que tan sólo se le ha remitido copia de la misma. Por consiguiente, si bien no hemos rechazado la copia de la carta, no la hemos utilizado en nuestro razonamiento ni en nuestras constataciones.

C. CARGA DE LA PRUEBA

6.9 Antes de referirnos a los aspectos sustantivos de la presente diferencia, examinamos la cuestión de la carga de la prueba.

6.10 Observamos que los Estados Unidos no controvierten que las partes A y B del artículo 110(5) involucren los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna (1991) en cuanto se han incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC. Recordamos también la declaración de los Estados Unidos en el sentido de que la cuestión de si esas partes son compatibles con dichos artículos no puede decidirse sin tener presente tanto el alcance de los derechos a que se refieren como las excepciones que se permiten en relación con esos derechos. A juicio de los Estados Unidos, sólo será posible constatar la incompatibilidad de las partes A y B del artículo 110(5) si no están comprendidas en las excepciones autorizadas con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.²⁶

6.11 Recordamos además la alegación de las Comunidades Europeas en el sentido de que sólo hace falta establecer la incompatibilidad del artículo 110(5) con cualquier disposición del Acuerdo sobre los ADPIC (así como las disposiciones del Convenio de Berna (1971) incorporadas en el

presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.

6.13 Conforme a la práctica seguida en la OMC en materia de solución de diferencias²⁹, consideramos que corresponde a las Comunidades Europeas la carga de probar una violación *prima facie* de los derechos fundamentales establecidos en virtud de las disposiciones en materia de derecho de autor del Acuerdo sobre los ADPIC, en particular las disposiciones incorporadas por referencia al Convenio de Berna (1971). Por la misma razón, una vez que las Comunidades Europeas lo hayan hecho, corresponde a los Estados Unidos probar que cualquier excepción o limitación resulta aplicable y que, si las hubiere, se han cumplido las condiciones para invocar dicha excepción.

6.14 Las mismas normas se aplican cuando se afirma la existencia de un hecho concreto. Observamos que la parte que afirma un hecho, sea el demandante o el demandado, es responsable de aportar la prueba del mismo. La parte que alega un hecho debe probar su existencia. Luego la otra parte puede presentar pruebas en contrario si impugna la existencia del hecho.

6.15 Si bien todas las partes tienen el deber de aportar pruebas y cooperar en la presentación de las pruebas al Grupo Especial, esto debe distinguirse de la cuestión de saber a quién corresponde en última instancia la carga de la prueba para sustentar una reclamación o una defensa.

6.16 En consecuencia, llegamos a la conclusión de que corresponde a las Comunidades Europeas presentar un caso *prima facie* de que las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos son incompatibles con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC (así como con las del Convenio de Berna (1971) incorporadas en el Acuerdo). En caso de que las Comunidades Europeas no prueben dicha incompatibilidad, se da por supuesto que los Estados Unidos no tendrían que invocar ninguna justificación o excepción. Sin embargo, consideramos también que la carga de probar que cualquier excepción o limitación es aplicable, y de que se han cumplido cualesquiera condiciones pertinentes, corresponde a los Estados Unidos en tanto que parte a la que incumbe en última instancia la carga de la prueba para invocar excepciones.³⁰ En vista de las declaraciones formuladas por ambas partes ante el Grupo Especial en la primera reunión sustantiva, entendemos que las partes no están en desacuerdo con nuestra interpretación acerca de la asignación de la carga de la prueba que antes se ha expuesto.

D. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA DIFERENCIA

1. Consideraciones generales sobre los derechos exclusivos en cuestión y las limitaciones a los mismos

a) Derechos exclusivos que implican las alegaciones de las CE

6.17 Los artículos 9 a 13 de la Sección 1 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC, titulada "Derecho de autor y derechos conexos" se refieren a las normas sustantivas de la protección del derecho de autor. El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros de la OMC a observar los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) (con excepción del artículo 6bis sobre los derechos morales y los derechos que se derivan del mismo) y el Apéndice del Convenio.³¹

²⁹ Informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 23; Informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Camisas y blusas procedentes de la India*, adoptado el 23 de mayo de 1997, WR/DS33/AB/R, página 15.

³⁰ Informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Gasolina*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, páginas 23-25.

³¹ El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC dice lo siguiente: "Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud

Las Comunidades Europeas alegan que las partes A y B del artículo 110(5) son incompatibles en primer lugar con el punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11

titular del derecho.³³ A los efectos de la presente diferencia las alegaciones formuladas por las Comunidades Europeas en relación con el párrafo 1) del artículo 11*bis* se limitan al punto 3°).³⁴

ii) *Artículo 11 del Convenio de Berna (1971)*

6.23 También tienen interés en esta diferencia los derechos exclusivos conferidos por el punto 2°) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971). El párrafo 1 del artículo 11 prescribe lo

Comunidades Europeas con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) se limitan al punto 2º).

6.25 Tratándose de la relación entre los artículos 11 y 11*bis*, observamos que los derechos conferidos en el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 se refieren a la comunicación pública de las interpretaciones o ejecuciones de obras en general. El punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* es una norma específica que confiere derechos exclusivos sobre la comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes, de la obra radiodifundida.

6.26 Como se ha dicho antes en la sección III, las Comunidades Europeas fundan su reclamación relativa al artículo 110(5) sobre todo en el punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis*, que se refieren a la comunicación pública de una obra radiodifundida que ha sido transmitida en algún momento por ondas hertzianas. Las reclamaciones de las CE se hallan también en relación con el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 en la medida en que la comunicación pública se refiere a situaciones en que toda la transmisión se ha realizado por hilo.

6.27 Compartimos la interpretación de las partes en el sentido de que una comunicación pública por altavoz de una interpretación o ejecución de una obra transmitida por medios que no sean las ondas hertzianas está comprendida en los derechos exclusivos conferidos por el párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971).³⁶ Además, observamos que ambas partes consideran que el principal objeto de esta diferencia es el tercer derecho exclusivo con arreglo al punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* -es decir el derecho del autor a autorizar la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo. Pero advertimos también que no existe desacuerdo entre las partes en cuanto a que la parte A) y la parte B) del artículo 110(5) implican tanto el punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* como el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 -aunque con distinto alcance.³⁷

6.28 Ambas disposiciones, es decir el punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11 *bis* y el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) están involucrados tan sólo si existe un elemento *público* de la radiodifusión o la comunicación. Observamos que no hay desacuerdo entre las partes en el sentido de que la difusión de música de la radio o la televisión por los establecimientos comprendidos en el artículo 110(5) entraña una comunicación *pública* en el sentido del punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* del punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971). Compartimos este punto de vista de las partes.³⁸

³⁶ A este respecto recordamos la explicación ofrecida en la Guía del Convenio de Berna: "El término "por todos los medios" debe entenderse de la cinematografía y de la transmisión por hilo, pero no de la radiodifusión, ya que ésta se rige por disposiciones especiales (Artículo 11*bis*). A título de ejemplo, un organismo de radiodifusión realiza una emisión hertziana de un concierto de música de cámara: en tal caso, es aplicable el Artículo 11*bis*; pero si ese organismo o una empresa especializada comunica el mismo concierto a

6.29 Como antes se ha dicho, los Estados Unidos reconocen que las partes A y B del artículo 110(5) involucran el punto 3º del párrafo 1 del artículo 11*bis* y el punto 2º del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971). En consecuencia, la cuestión principal que tiene ante sí el Grupo Especial es saber si las excepciones invocadas con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, son pertinentes en esta diferencia y si se han cumplido las condiciones para que sean invocadas de modo que se justifiquen las exenciones conforme a las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos.

b) Limitaciones y excepciones

i) *Introducción*

6.30 Una de las principales cuestiones en esta diferencia es la interpretación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y su aplicación a los hechos del presente caso. La defensa de los Estados Unidos está basada firmemente en esta cuestión. Los Estados Unidos sostienen que el artículo aclara y enuncia la doctrina de las "pequeñas excepciones" aplicable según ciertas disposiciones del Convenio de Berna (1971) e incorporada en el Acuerdo sobre los ADPIC. Pero la determinación de la diferencia plantea otras cuestiones, por ejemplo las relativas a la relación que existe entre el artículo 13 y la doctrina de las "pequeñas excepciones" elaborada en relación con el artículo 11 y los párrafos 1 y 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) e incorporada en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9. En consecuencia, aunque los argumentos de los Estados Unidos se basan en el artículo 13, la determinación de las cuestiones debatidas en las partes entraña consideraciones ajenas a las suscitadas por la simple aplicación del artículo 13 a los hechos del caso.

6.31 El artículo 13 sobre los Acuerdos de los ADPIC, titulado "Limitaciones y excepciones", es la cláusula de excepci355cul71 y 2 del artículo 11

o excepciones están autorizadas. Las exenciones previstas en el artículo 110(5) son compatibles con la norma del artículo 13.

6.34 El principal argumento de las CE sobre el artículo 13 es que éste sólo se aplica a los derechos exclusivos recientemente introducidos con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC y que los derechos conferidos en virtud de los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971), incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC, no pueden dejar de aplicarse aduciendo tan sólo excepciones preexistentes autorizadas con arreglo al Convenio de Berna (1971). A juicio de las CE, su posición es conforme al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 20 del Convenio de Berna (1971), que interpretan como una prohibición de toda falta de aplicación de las normas de protección existentes con arreglo al Convenio de Berna (1971).

6.35 A juicio de los Estados Unidos, el artículo se aplica a todas las disposiciones relacionadas con el derecho de autor del Acuerdo sobre los ADPIC, inclusive los artículos del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo. En lo que respecta al párrafo 1 del artículo 11*bis*

cual se exoneran los usos no comerciales. Más aún, la doctrina de las pequeñas excepciones no se limita a las excepciones preexistentes antes de 1967 o de cualquier otra fecha.⁴³

6.38 En lo que respecta a los derechos exclusivos conferidos por el párrafo 1 del artículo 11*bis*, las Comunidades Europeas consideran que ni la doctrina de las pequeñas excepciones ni el artículo 13 pueden aplicarse independientemente del requisito de pagar una remuneración equitativa que se enuncia en el párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971). A su juicio, una excepción a los derechos exclusivos en cuestión debe prever, como mínimo, la remuneración equitativa del titular del derecho, además de cumplir las tres condiciones del artículo 13. Estiman que la remuneración equitativa puede proporcionarse por medios que no sean las licencias obligatorias⁴⁴ y que, en consecuencia, el campo de aplicación del párrafo 2 del artículo 11*bis* abarca todas las excepciones a los derechos exclusivos conferidos por el párrafo 1 del artículo 11*bis*. Las Comunidades Europeas también hacen referencia a la amplia argumentación en apoyo de su interpretación que se desarrolla en la comunicación presentada por Australia como tercero.⁴⁵

6.39 Los Estados Unidos responden que existe una diferencia fundamental entre las excepciones a los derechos exclusivos y las licencias obligatorias. En el párrafo 2 del artículo 11*bis* sólo se autoriza a sustituir un derecho exclusivo previsto en el párrafo 1 del artículo 11*bis* por una licencia obligatoria, o su equivalente. Ni la historia de la negociación del Convenio de Berna ni los comentarios publicados posteriormente confirman la opinión de que el párrafo 2 del artículo 11*bis* autoriza excepciones al artículo 11*bis* o representa un criterio para juzgar dichas excepciones. En consecuencia, el párrafo 2 del artículo 11*bis* no está relacionado con la doctrina de las pequeñas excepciones y no influye en el campo de aplicación de las excepciones permitidas con arreglo a esa doctrina.⁴⁶

6.40 A continuación comenzamos por examinar la naturaleza jurídica y el campo de aplicación de la doctrina de las pequeñas excepciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, y luego la aplicabilidad del artículo 13 a los derechos prescritos con arreglo a lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971), en particular en el párrafo 1 del artículo 11*bis* y en el párrafo 1 del artículo 11, incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC. Luego examinamos si el párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) resulta pertinente en el presente caso.

6.41 Al examinar estas cuestiones surge el problema de saber cómo se relacionan entre sí las condiciones para invocar excepciones prescritas en el Convenio de Berna (1971), en particular con arreglo a la doctrina de las pequeñas excepciones así como en el párrafo 2 del artículo 11*bis* de una parte, y las condiciones para invocar el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, de otra. Observamos el artículo 30 de la Convención de Viena⁴⁷ sobre la aplicación de tratados sucesivos no es

⁴³ Véase la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 16 a 22.

⁴⁴ Las Comunidades Europeas observan que: "Parecería que los países pueden fijar niveles mínimos o fijos de regalías por los distintos usos protegidos con arreglo al artículo 11*bis* del Convenio de Berna. Otra forma de establecer una remuneración equitativa podría ser la introducción de un sistema de gravámenes en la adquisición de equipo sonoro o de televisión por los establecimientos autorizados a difundir obras amparadas por el derecho de autor sin autorización, mediante el cual las sumas percibidas a través de tal sistema de gravámenes se distribuyeran entre los titulares de derechos." Véase la respuesta de las CE a la pregunta 12 del Grupo Especial a las Comunidades Europeas.

⁴⁵ Comunicación escrita de Australia, párrafos 2.8-2.14, 3.7-3.14, 4.3 y 4.8.

⁴⁶ Párrafos 23 y 24 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos; véase también la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 formulada por el Grupo Especial a ambas partes.

⁴⁷ En las partes pertinentes del artículo 30 de la Convención de Viena se prescribe lo siguiente: "...

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado

pertinente a este respecto, porque todas las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC -inclusive los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo- entraron en vigor en el mismo momento.

iii) *La doctrina de las pequeñas excepciones*

6.42 Como observamos antes, los Estados Unidos consideran que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC enuncia y aclara el campo de aplicación de la doctrina de las pequeñas excepciones, que es aplicable con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC. Antes de considerar si el artículo 13 es aplicable al punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11bis y al punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC, examinaremos si la doctrina de las pequeñas excepciones es aplicable con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC. Este examen entraña un análisis en dos partes. En primer lugar, analizaremos en qué medida la doctrina forma parte del acervo del Convenio de Berna; al hacerlo, hemos de tener en cuenta los diversos puntos de vista de las partes en cuanto al campo de aplicación de la doctrina. La segunda parte consiste en analizar si la doctrina, que consideramos aplicable con arreglo a ciertos artículos del Convenio de Berna (1971), se ha incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo, junto con los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971).

Normas generales de interpretación

6.43 Como se ha señalado frecuentemente, en los grupos especiales y en el Órgano de Apelación de la OMC, las normas fundamentales de interpretación de tratados son el artículo 31⁴⁸ "Regla general de interpretación" y el artículo 32 "Medios de interpretación complementaria" de la Convención de Viena. Observamos que; conforme al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena debemos interpretar de buena fe las disposiciones dentro de nuestro marco de referencia conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Ya nos hemos referido a los términos de estos artículos, pero nuestra tarea no acaba con ello. Debe atribuirse a los términos del tratado el sentido corriente en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.⁴⁹

6.44 A este respecto, señalamos que el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena prescribe que:

anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:
 - a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;
 - b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes. ..."

⁴⁸ "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin."

⁴⁹ Leer los términos de un tratado en su contexto requiere, por supuesto, que el texto del tratado se lea en su integridad. No es posible concentrarse en un solo párrafo, un artículo, una sección, un capítulo o una parte. (Cf. Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2ª Edición), Manchester (1984), página 127.) Véase también: Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, página 8; Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment, I.C.J. Reports 1991, página 79; Polish Postal Service in Danzig, P.I.C.J. Series B, Nº 11, página 39. Yasseen observa que "[d]'autres dispositions plus ou moins éloignées risquent d'apporter une exception à la disposition qu'il s'agit d'interpréter ou de poser une condition à la mise en oeuvre de cette disposition". Véase Yasseen, *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, 151 *Recueil des Cours* (1976-III), página 34.

"Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado que haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; ..."⁵⁰

6.45 La Comisión de Derecho Internacional explica en su comentario a la serie final de proyectos y artículos sobre el derecho de los tratados que esta disposición se basa en el principio de que no se puede considerar que un documento unilateral forma parte del contexto a menos que haya sido concertado con motivo de la celebración del tratado y que las demás partes hayan aceptado del mismo modo su relación con el tratado.⁵¹ "Por otra parte, el hecho de que en el párrafo 2 se reconozca que esas dos clases de documentos forman parte del 'contexto' no significa que necesariamente haya que considerarlos como parte integrante del tratado. Serán o no parte efectiva del tratado según la intención de las partes en cada caso."⁵² Es indispensable que el acuerdo o instrumento esté relacionado con el tratado. Debe referirse al fondo del tratado y aclarar algunos conceptos del tratado o limitar su esfera de aplicación.⁵³ También debe haber sido formulado con motivo de la celebración del tratado.⁵⁴ Todo acuerdo o instrumento que cumpla con este criterio formará parte del "contexto" del tratado y, por lo tanto, no se le tratará como parte de los trabajos preparatorios sino más bien como un elemento de la regla general de interpretación.⁵⁵

6.46 Las interpretaciones no impugnadas hechas en la conferencia, por ejemplo por el presidente de un comité de redacción, pueden constituir también un "acuerdo" que forme parte del "contexto".⁵⁶ Sin embargo, las declaraciones interpretativas o explicativas hechas por los miembros de un comité de redacción a título personal deben considerarse, en todo caso, tan sólo como parte de los trabajos preparatorios. En tal sentido recordamos que, según el artículo 32 de la Convención de Viena, los trabajos preparatorios de un tratado son pertinentes como medios complementarios de interpretación, junto con las circunstancias de su celebración, entre otras cosas, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 de dicha Convención.

⁵⁰ El apartado b) del párrafo 2 del artículo 31 prescribe que para los efectos de interpretación de un tratado, el contexto comprende también "todo instrumento formulado por una o ambas partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado".

⁵¹ Sinclair, *op. cit.*, página 129.

⁵² Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966-II), página 243.

⁵³ Yasseen, *l'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, *op. cit.*, página 37; citado por Sinclair, *op. cit.*, página 129.

⁵⁴ "Il y a ici une certaine notion de contemporanéité, l'un ou l'autre peut être concomitant à cette

*Naturaleza jurídica de la doctrina de las pequeñas excepciones con arreglo al
Convenio de Berna*

6.47 Ahora aplicaremos esas reglas fundamentales de interpretación a las disposiciones del Convenio de Berna (1971) en nuestro marco de referencia, con miras a determinar la naturaleza jurídica de la doctrina de las pequeñas excepciones en relación con el párrafo 1 del artículo 11*bis* y el párrafo 1 del artículo 11 de dicha Convención.

6.48 Observamos que, además de las disposiciones explícitas sobre las limitaciones y excepciones autorizadas a los derechos exclusivos consagradas en el texto del Convenio de Berna (1971), en los informes de las sucesivas conferencias de revisión de dicho Convenio se hace referencia a las "excepciones implícitas" que permiten a los países miembros establecer limitaciones y excepciones a determinados derechos. Se hace referencia a la llamada doctrina de las "pequeñas reservas" o de las "pequeñas excepciones" con respecto al derecho de interpretación o ejecución públicas y a algunos otros derechos exclusivos.⁵⁷ Conforme a dicha doctrina, los miembros de la Unión de Berna pueden prever pequeñas excepciones a los derechos prescritos, entre otras disposiciones, en los artículos 11*bis* y 11 del Convenio de Berna (1971).⁵⁸

6.49 Casi siempre se hace referencia a la posibilidad, de que disponen todos los miembros de la Unión de Berna, de establecer excepciones a ciertos derechos exclusivos como la doctrina de las "pequeñas reservas". Sin embargo esta terminología puede inducir a error en el sentido de que dicha posibilidad no constituye una reserva conforme a los artículos 19 a 23 de la sección 2 sobre "Reservas" de la Convención de Viena. Las normas que se aplican a los miembros de la Unión de Berna son las del artículo 30 del Convenio de Berna (1971), en el cual se prescriben las condiciones para formular reservas con arreglo a dicho Convenio. También debe observarse que en el artículo 72 del Acuerdo sobre los ADPIC⁵⁹ se prohíbe a los Miembros de la OMC hacer reservas sin el consentimiento de los demás Miembros. No se ha hecho ninguna reserva conforme al Acuerdo sobre los ADPIC en relación con ésta o con cualquier otra cuestión.⁶⁰ En consecuencia, para mayor claridad, emplearemos en adelante el término doctrina de las "pequeñas excepciones".

6.50 En lo que respecta a la interpretación o ejecución pública de las obras, hasta 1948 sólo se prescribía, conforme al Convenio de Berna, una obligación de trato nacional. Los puntos 1º y 2º del artículo 11 de dicho Convenio se originaron en el Acta de Bruselas de 1948. Su redacción sigue siendo fundamentalmente la misma en el Acta de Estocolmo de 1967 y el Acta de París de 1971. No se ha añadido al texto del Convenio ninguna cláusula especial sobre las excepciones. Sin embargo, cuando se enunció el derecho general de interpretación o ejecución públicas por primera vez, en el artículo 11 del Acta de Bruselas, la declaración figuró en el Informe General de la Conferencia de Bruselas con referencia a la doctrina de las pequeñas excepciones.

⁵⁷ Se entiende que la otra categoría principal de excepciones implícitas se aplica al uso de traducciones de obras literarias.

⁵⁸ La doctrina se refiere a i) la interpretación o ejecución públicas y ii) la transmisión pública de las mismas conforme al sentido de los puntos 1º y 2º del párrafo 1 del artículo 11 así como a i) la radiodifusión sin hilo, ii) la comunicación pública de la obra radiodifundida por hilo o redifusión, y iii) la comunicación pública por altavoz, etc., de la obra radiodifundida según el sentido del párrafo 1 del artículo 11*bis*. También se ha hecho referencia a la doctrina de las pequeñas excepciones en el contexto de los artículos 11*ter*, 13 y 14 del Convenio de Berna. Véase: Berne Convention for the Protection of published by the International Bureau from 1886 to 1986, publicado por la Oficina Internacional de la OMPI (1986), ("Berne Convention Centenary"), páginas 203 a 204. Véase también: Ricketson, Sam: The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Londres (1987), páginas 532 a 537 y siguientes.

⁵⁹ Artículo 72 del Acuerdo sobre los ADPIC: "No se podrán hacer reservas relativas a ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo sin el consentimiento de los demás Miembros."

⁶⁰ En el párrafo 5 del artículo XVI del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio se reafirma el artículo 72 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.51 Las disposiciones ahora contenidas en el punto 1º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* y en el párrafo 2) del artículo 11*bis* se introdujeron por primera vez en el Convenio de Berna durante la Conferencia de Roma de 1928 pero luego se modificaron. Los puntos 1º) y 2º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* se añadieron al Convenio en la Conferencia de Bruselas de 1948. En el Informe General de la Conferencia de Bruselas se dice, al tratar de los puntos 1º) y 2º) del párrafo 1 del artículo 11*bis*, que la doctrina de las pequeñas excepciones se aplica también a los derechos exclusivos con arreglo al artículo 11*bis*.

6.52 De manera más específica, en la Conferencia de Bruselas de 1948 se propuso insertar en el Convenio de Berna una disposición de alcance general en virtud de la cual se permitiría a los Estados partes en el Convenio que mantuviesen diversas pequeñas excepciones que ya existían en sus leyes nacionales. Sin embargo esta propuesta no fue adoptada por la Conferencia, debido a la preocupación de que esta disposición de carácter general podría alentar la ampliación del alcance de las pequeñas excepciones existentes o la introducción de nuevas excepciones en las leyes nacionales. No obstante, la Conferencia no puso en tela de juicio la existencia misma y el mantenimiento de las pequeñas excepciones como tales en las leyes nacionales. En el contexto de esos debates sobre el artículo 11 se convino en que, en vez de tratar esta cuestión en el texto del propio Convenio, se insertaría en el Informe General una declaración relativa a la posibilidad de establecer pequeñas excepciones en las leyes nacionales.⁶¹

6.53 Al precisar la naturaleza jurídica de la doctrina de las pequeñas excepciones, es importante señalar que en el Informe General se dice que se encomendó al Redactor General que se "refiriese *expresamente* ... a la posibilidad disponible en la legislación nacional de hacer lo que se ha convenido en denominar "pequeñas reservas".⁶² Consideramos que la elección de estas palabras refleja un acuerdo, conforme al apartado a) del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena, entre los miembros de la Unión de Berna presentes en la Conferencia de Bruselas en el sentido de mantener la posibilidad de establecer pequeñas excepciones en las leyes nacionales. Llegamos a esta conclusión por las siguientes razones. Primera, la introducción del punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 ocurrió simultáneamente con la adopción del Informe General en el cual se mencionaba expresamente la doctrina de las pequeñas excepciones. Segunda, esta doctrina está estrechamente relacionada con el fondo de la enmienda al Convenio de Berna, puesto que limita el alcance de los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna. En tercer luy txos 8s 0 - 0 93

artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11, a los cuales se aplicarían estas limitaciones y que también ese acuerdo es pertinente como contexto para interpretar dichos artículos.⁶³

A

los ejemplos ofrecidos en los informes de las Conferencias de Bruselas y Estocolmo no son idénticos.

enmiendas de dicho Convenio, pasamos ahora a la segunda parte de nuestro análisis conforme a lo que antes hemos dicho. Esta segunda parte se refiere a la cuestión de si la doctrina de las pequeñas excepciones ha sido incorporada o no en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9⁷⁷, conjuntamente con los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971), como parte del acervo de Berna.

6.61 Observamos que en el texto del párrafo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC no se establece ni se excluye expresamente la incorporación al Acuerdo de la doctrina de las pequeñas excepciones tal como se aplica a los artículos 11, 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14 del Convenio de Berna (1971).⁷⁸

6.62 Hemos demostrado antes que la doctrina de las pequeñas excepciones forma parte del contexto -en el sentido del apartado a) del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena- por lo menos de los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna (1971). En el texto del Acuerdo sobre los ADPIC no hay indicación alguna de que los artículos 11 y 11*bis* se hayan incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9, sin conllevar la posibilidad de establecer pequeñas excepciones a los respectivos derechos exclusivos. Si esta incorporación abarcara sólo el texto de los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971), aunque no todo el acervo de Berna relativo a esos artículos, esto se hubiera señalado expresamente en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁷⁹

6.63 En consecuencia, llegamos a la conclusión de que, a falta de toda exclusión expresa formulada en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, la incorporación de los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna (1971) en el Acuerdo comprende todo el acervo de esas disposiciones, inclusive la posibilidad de establecer pequeñas excepciones a los respectivos derechos exclusivos.

6.64 Consideramos que nuestra interpretación queda confirmada por ciertas referencias a la doctrina de las pequeñas excepciones contenidas en la documentación de las negociaciones celebradas en la Ronda Uruguay del GATT acerca del Acuerdo sobre los ADPIC.⁸⁰ En un documento del Grupo de Negociación sobre los ADPIC⁸¹ se reproduce un documento preparado por la Oficina Internacional

dmismode No obstauer,-12.75 TD -0.1553 10.5586 0 T0Tj -154.1345 Tj -135 -(delcuerd04 Tw (ning exnlMiembr)
se reproduce 78c 3.9933 T7reparado p4. 0.342cina845 36onv0.7Tj 310. el -Inorporación de los
35 5.25 TD /F1v0.0os ADPIC55o 7-156 e Berna relati.ción -642.5 0 453 86.63

La sección titulada "Alcance de los derechos" contiene el texto siguiente relativo a la doctrina de las pequeñas excepciones.⁸³

"Además de las limitaciones mencionadas explícitamente en el texto del Convenio, existe otra posibilidad de hacer ciertas excepciones, respecto de la cual se llegó a un acuerdo expreso en diversas conferencias consagradas a la revisión de texto, a saber, la posibilidad de establecer "pequeñas reservas" al derecho de representación y ejecución públicas (concepto éste que está próximo de la noción de "uso leal" o "acto leal" (véase el punto iii), *infra*)."

6.65 En otro documento del Grupo de Negociación sobre los ADPIC⁸⁴ se menciona la doctrina de las pequeñas excepciones como parte de las normas internacionales existentes. No tenemos conocimiento de que en la documentación de la Ronda Uruguay haya constancia de que ningún país participante en las negociaciones haya impugnado o puesto en tela de juicio la doctrina de las pequeñas excepciones en tanto que parte del acervo de Berna a base del cual debía redactarse el Acuerdo sobre los ADPIC.⁸⁵

6.66 En la esfera del derecho de autor, el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC forman un marco global de protección multilateral. La mayoría de los Miembros de la OMC son también partes en el Convenio de Berna. Recordamos que uno de los principios generales de la interpretación es adoptar el sentido que hace concordar los textos de los diversos tratados y evita un conflicto entre ellos. En consecuencia, se debe evitar una interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC en la cual éste signifique algo distinto del Convenio de Berna, salvo cuando la distinción se haya establecido de manera explícita. Este principio es conforme a la presunción contraria a la existencia de conflictos característica del derecho internacional público que ha sido aplicada por los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC en otros casos.⁸⁶ Consideramos que nuestra

⁸³ *Ibid.*, página 22.

⁸⁴ El documento MTN.GNG/NG11/W/32/Rev.2 de 2 de febrero de 1990 contiene cuadros sinópticos de las propuestas presentadas en el Grupo. En él figuran las primeras propuestas específicas sobre los derechos que deben ser conferidos y sobre las limitaciones, excepciones y licencias obligatorias permitidas en la esfera del derecho de autor. En la primera columna de cada cuadro figuran las normas de los tratados internacionales vigentes al momento de formularse las propuestas. La Secretaría preparó el contenido de esta columna utilizando el documento antes mencionado preparado por la Oficina Internacional de la OMPI. En la primera columna del párrafo 5 relativo a las limitaciones, la Secretaría reprodujo, en su presentación de las normas internacionales existentes, la información antes mencionada proporcionada por la OMPI sobre la doctrina de las pequeñas excepciones. *Ibid.*, página 32.

⁸⁵ Encontramos una nueva confirmación de nuestra interpretación en la documentación sobre las negociaciones celebrada en torno al párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC. En los primeros proyectos de dicho artículo se hacía referencia solamente a las "disposiciones sustantivas" del Convenio de Berna (1971), indicando que la intención era abarcar todo el acervo de Berna y no sólo la redacción literal de los distintos artículos. Durante las negociaciones se expresó preferencia por identificar esas disposiciones sustantivas. Como resultado de ello, en la oración final del artículo se determinaron esas disposiciones como "los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo". Al parecer esto se hizo para mayor claridad, y no hay ninguna indicación de que la intención fuera modificar el propósito de abarcar todo el acervo de Berna.

⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación sobre *Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones* ("Canadá - Publicaciones"), adoptado el 30 de julio de 1997, WT/DS31/AB/R, página 23. Informe del Órgano de Apelación sobre *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, ("CE - Bananos III"), adoptado el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R, párrafos 219 a 222.

En *Guatemala - Cemento*, el Órgano de Apelación, al examinar la posibilidad de que existieran conflictos entre las disposiciones del Acuerdo Antidumping y el ESD, consideró que: "Sólo podrá llegarse a la conclusión de que una disposición especial adicional *prevalece* sobre una disposición del ESD en el supuesto de que el cumplimiento de una disposición lleve aparejada la vulneración de la otra, es decir en caso de *conflicto*

interpretación de la naturaleza jurídica de la doctrina de las pequeñas excepciones en el Acuerdo sobre los ADPIC es compatible con estos principios generales.

Evolución ulterior

6.67 Los Estados Unidos sostienen que el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor ("WCT"), adoptado el 20 de diciembre de 1996 en una Conferencia Diplomática organizada bajo los auspicios de la OMPI, refleja la norma establecida en el artículo 13 del Acuerdo sobre los

6.69 Observamos que los hechos ocurridos posteriormente que acabamos de mencionar no constituyen un acuerdo ulterior sobre la misma materia según el sentido del artículo 30, ni acuerdos ulteriores sobre la interpretación de un tratado, ni la práctica ulteriormente seguida según el sentido del párrafo 3) del artículo 31. En consecuencia esta evolución posterior puede tener una importancia más bien limitada, habida cuenta de las normas generales de interpretación contenidas en la Convención de Viena. Sin embargo, a nuestro juicio, la redacción del WCT, y en particular de la declaración concertada relativa al mismo, confirma, en lo que respecta al Convenio de Berna, que se permite a los miembros de la Unión de Berna establecer pequeñas excepciones a los derechos previstos en los artículos 11 y 11*bis* del Acta de París de 1971, así como a algunos otros derechos. Parece que el objetivo no fue prohibir el establecimiento de estas pequeñas excepciones por las partes en el WCT, sino más bien hacer que la aplicación de las excepciones estuviera sometida al "criterio de tres etapas" contenido en el párrafo 2 del artículo 10 del WCT.

6.70 En el párrafo 6.66 hemos examinado la necesidad de interpretar el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC de manera que haga concordar los textos de estos dos tratados y evite un conflicto entre ellos, en vista de que forman el marco global de la protección multilateral del derecho de autor. El mismo principio debe aplicarse también a la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el WCT. El WCT está diseñado para ser compatible con este marco, e incorpora o utiliza en gran medida los términos del Convenio de Berna y del Acuerdo sobre los ADPIC.⁹⁰ El WCT fue aprobado por unanimidad en la conferencia diplomática organizada bajo los auspicios de la OMPI en diciembre de 1996, en el cual participaron 127 países que se celebró un año después de que entrara en vigor el

6.73 En el Convenio de Berna no se reconoció un derecho general de reproducción hasta el Acta de Estocolmo en 1967. La principal dificultad surgida al preparar esta enmienda fue encontrar una fórmula apropiada que permitiera excepciones a este derecho. Al adoptar el presente texto del párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, el Comité Principal I de la Conferencia Diplomática de Estocolmo (1967) ofreció la siguiente orientación sobre su interpretación:

"El Comité también adoptó una propuesta del Comité de Redacción en el sentido de que la segunda condición figurase antes de la primera, puesto que esto permitiría establecer un orden más lógico para la interpretación de la regla. Si se considera que la reproducción entra en conflicto con la explotación normal de la obra, no se permite en absoluto la reproducción. Si se considera que la reproducción no entra en conflicto con la explotación normal de la obra, habrá que considerar si no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Sólo si esto no es así será posible, en algunos casos especiales, establecer una licencia obligatoria o prever la utilización sin pago. Un ejemplo práctico podrían ser las fotocopias para diversos propósitos. Si se producen un gran número de copias, éstas pueden no estar permitidas, puesto que entran en conflicto con la explotación normal de la obra. Si se trata de un número relativamente grande de copias para su uso en empresas industriales, es posible que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, siempre que, con arreglo a la legislación nacional, se pague una remuneración equitativa. Si se hace un pequeño número de copias, puede permitirse la fotocopia sin pago, en particular para usos individuales o científicos."⁹⁶

6.74 Aparte de la diferencia en el uso de los términos "permitir" y "circunscribirán"⁹⁷, la principal diferencia entre el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna (1971) y el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es que el primero sólo se aplica al derecho de reproducción. El artículo 13 no contiene una limitación expresa en cuanto a las categorías de derechos que son objeto del derecho de autor y a las cuales puede aplicarse. Se dice que las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos sólo pueden formularse si se cumplen tres condiciones: 1) las limitaciones o excepciones están circunscritas a determinados casos especiales; 2) no atentan contra la explotación normal de la obra; y 3) no causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. Ambas partes convienen en que estas tres condiciones se aplican de manera acumulativa; una

"Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten con la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos."

⁹⁴ El párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna (1971) dice lo siguiente:

"Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor."

⁹⁵ Los trabajos preparatorios del párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna permiten apreciar

⁹⁵ e T jul 0 -11.-11.25 TD 0.146 Tc -0.2570.13la ob0 0 TD -0determd19671 pIafrsee los ADPIC os preparnvenioaprtaciDE
95

limitación o excepción es compatible con el artículo 13 sólo si cumple con cada una de las tres condiciones.

6.75 Las Comunidades Europeas sostienen que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se aplica sólo a los derechos que se añadieron al Acuerdo sobre los ADPIC y que, por consiguiente, no se aplica a las disposiciones del Convenio de Berna (1971), en particular al párrafo 1) de su artículo 11 y al párrafo 1) del artículo 11*bis*, que se incorporaron por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC.⁹⁸

6.76 A juicio de las Comunidades Europeas, el artículo 20 del Convenio de Berna (1971) es contrario a la interpretación del artículo 13 como base de las excepciones a los derechos de Berna incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC, debido a que en el artículo 20 del Convenio se prescribe tan sólo que "los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio (de Berna)".⁹⁹ En otras palabras, las Comunidades Europeas sostienen que las partes en el Convenio de Berna no pueden acordar en otro tratado que se reduzca el nivel de protección establecido en el Convenio de Berna.

6.77 Además, las Comunidades Europeas afirman que el artículo 20 del Convenio de Berna (de 1971) no cumple con el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

(1971) no exime de las obligaciones con arreglo al Convenio de Berna en violación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC o del artículo 20 del Convenio de Berna, puesto que en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se prescribe la norma aplicable a las pequeñas excepciones con arreglo al Convenio de Berna (1971) en lo que se refiere a estos artículos.

6.80 A nuestro juicio, ni la redacción expresa ni el contexto del artículo 13 ni ninguna otra disposición del Acuerdo sobre los ADPIC confirma la interpretación de que el campo de aplicación del artículo 13 se limita a los derechos exclusivos recientemente establecidos con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.

6.81 La aplicación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC a los derechos establecidos con arreglo al párrafo 1) del artículo 11 y al párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971), conforme se han incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC, no tienen por qué llevar a normas distintas de las aplicables en virtud del Convenio de Berna (1971), puesto que hemos comprobado que la posibilidad de establecer pequeñas excepciones forma parte del contexto de esos artículos. Habida cuenta de esta orientación en función del contexto, examinaremos el campo de aplicación de las pequeñas excepciones permitidas a los derechos exclusivos en cuestión aplicando las condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.82 En lo que respecta al argumento de las Comunidades Europeas en el sentido de que la interpretación del artículo 13 que hacen los Estados Unidos es incompatible con el artículo 20 del Convenio de Berna (1971) y con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, debido a que se considera que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC constituye una base para excepciones que no serían compatibles con las permitidas con arreglo al Convenio de Berna (1971),

régimen de licencias obligatorias¹⁰², o que establezcan otras condiciones siempre que éstas no afecten el derecho del titular del derecho a obtener una remuneración equitativa.¹⁰³

6.85 Las Comunidades Europeas sostienen que en toda excepción a los derechos contenidos en el párrafo 1 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC se tendría que prever una remuneración equitativa para el titular del derecho; éste no es el caso del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos. En tal sentido, las Comunidades Europeas hacen referencia a los sustanciales argumentos en apoyo de esa interpretación

6.90 Consideramos que nuestra interpretación otorga sentido y vigencia al párrafo 2 del artículo 11*bis*, y a la doctrina de las pequeñas excepciones aplicada al artículo 11*bis* y al artículo 13. Sin embargo, estimamos que, conforme a la interpretación sugerida por las Comunidades Europeas, éste no sería el caso, por ejemplo en las situaciones que se exponen a continuación. Toda excepción *de minimis*

de manera semejante la interpretación de la segunda y la tercera condición y la aplicaremos a las partes B) y A) del artículo 110(5).

6.99 Al fundamentar sus argumentos jurídicos en relación con cada una de las tres condiciones prescritas en el artículo 13, las partes se han basado en gran medida en informaciones de hecho semejantes. Nos corresponde evaluar esas informaciones desde distintos puntos de vista con arreglo a las tres condiciones, que imponen requisitos diferentes para justificar las excepciones o limitaciones. Examinaremos la aplicación definida y limitada a las exenciones en cuestión en función de la primera condición, y nos centraremos en el posible conflicto con la explotación normal de la obra de acuerdo con la segunda condición. En lo que se refiere a la tercera condición, examinaremos el alcance del perjuicio causado a los intereses legítimos del titular de los derechos a la luz de la información presentada por las partes.

6.100 Al presentar esas informaciones de hecho, los Estados Unidos han tratado de describir los efectos inmediatos y directos sobre los titulares del derecho de autor provocados por el establecimiento de las exenciones en su legislación; esto puede caracterizarse como los efectos *reales* de las exenciones. Los Estados Unidos sostienen que si bien tanto las pérdidas reales como las pérdidas potenciales pueden tener interés para el análisis, la clave está en una apreciación realista de las condiciones del mercado; el único modo de evitar el peligro de la arbitrariedad consiste en basar el análisis en condiciones realistas del mercado.¹⁰⁷

6.101 Las Comunidades Europeas ponen de relieve la importancia de tener en cuenta la manera como las exenciones afectan las oportunidades de los titulares de derechos a ejercer sus derechos exclusivos así como los efectos indirectos que pueden tener las exenciones. Éstos pueden caracterizarse como los efectos *potenciales*. Trataremos más adelante la cuestión de la medida en que debemos centrarnos en los efectos reales sobre los titulares de derechos y la medida en que debemos tener en cuenta asimismo los efectos potenciales.

b) "Determinados casos especiales"

i) *Análisis interpretativo general*

6.102 Al invocar la excepción del artículo 13, en tanto que enunciado de la doctrina de las pequeñas excepciones, los Estados Unidos alegan que las partes A) y B) del artículo 110(5) cumplen con la norma de limitarse a "determinados casos especiales".

6.103 Los Estados Unidos sostienen que el hecho de que el Acuerdo sobre los ADPIC no se extienda acerca de los criterios de los casos que deben considerarse "especiales" otorga a los Miembros flexibilidad para que decidan por sí mismos si un caso particular representa una base apropiada para una excepción.¹⁰⁸ Reconocen sin embargo que lo fundamental de la primera condición es que las excepciones estén bien definidas y sean de aplicación limitada.¹⁰⁹

6.104 A juicio de las Comunidades Europeas, para cumplir los requisitos de la primera condición, la excepción debe estar bien definida y ser de aplicación estricta. Las CE consideran que, en el caso que se examina, el número de empresas a las que se ha exonerado del pago de derechos por el uso de derechos exclusivos con arreglo a las partes A) y B) del artículo 110(5) es tan considerable que las excepciones resultantes constituyen una regla más que una excepción.¹¹⁰

¹⁰⁷ Segunda exposición oral de los Estados Unidos, párrafo 18.

¹⁰⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 24.

¹⁰⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 29.

¹¹⁰ Primera exposición oral de las CE, párrafo 66ff y segunda comunicación escrita, párrafo 31.

casos especiales" equivalga a "propósito especial".¹¹⁴ Es difícil conciliar la redacción del artículo 13 con la aseveración de que una excepción o limitación debe justificarse en función de un propósito político legítimo a fin de cumplir la primera condición del artículo. Recordamos también en tal sentido que al interpretar otras normas de la OMC, tales como la cláusula del trato nacional del GATT y del AGCS, el Órgano de Apelación ha rechazado pruebas interpretativas basadas en el propósito u objetivo subjetivo de legislación nacional.¹¹⁵

6.112 A nuestro juicio, la primera condición del artículo 13 es que las limitaciones o excepciones prescritas en la legislación nacional estén claramente definidas y sean de aplicación y alcance estrictos. Por otra parte, las limitaciones o excepciones deben ser compatibles con la primera condición aun si tienen un propósito especial cuya legitimidad subyacente en un sentido normativo no sea posible apreciar. La redacción de la primera condición del artículo 13 no entraña juzgar la legitimidad de las excepciones que son objeto de la diferencia. Sin embargo, los propósitos de política enunciados por los legisladores al establecer una limitación o excepción pueden ser útiles desde una perspectiva de hecho para hacer inferencias sobre el alcance de una limitación o excepción o sobre la claridad de su definición.

6.113 En el caso que se examina, a fin de determinar si las partes B) y A) del artículo 110(5) se limitan a "determinados casos especiales", examinamos primero si las excepciones se han definido claramente. En segundo lugar, comprobamos si las exenciones son limitadas, entre otras cosas con respecto a su campo de aplicación. En tal sentido, tomamos en cuenta qué proporción de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de los establecimientos de comercio minorista pueden beneficiarse de la exención empresarial con arreglo a la parte B), y por otra parte, qué proporción de los establecimientos pueden aprovechar la exención de uso hogareño con arreglo a la parte A). De manera complementaria, examinamos si es posible deducir inferencias sobre el alcance de las exenciones empresariales y de uso hogareño a partir de los propósitos declarados de política en que se basan dichas exenciones de conformidad con las declaraciones formuladas durante el proceso legislativo de los Estados Unidos.¹¹⁶

ii)

que137 Tla clarLmpresarial con arreglo a londici otra pa TD -0.1225 Tc 0 0.2625 Tc (6.112) Tj 36 0j

definida en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos por superficie en pies cuadrados y por limitaciones en materia de equipo.¹¹⁷

6.115 A juicio de los Estados Unidos, en caso de que el propósito de una excepción sea pertinente, la primera condición requiere solamente que la excepción tenga un objetivo de política específico, pero no impone requisito alguno en cuanto a los objetivos de política que un país dado puede considerar especiales, habida cuenta de su historia y sus prioridades nacionales. En lo que respecta a

los establecimientos de comercio minorista, mientras que los límites fijados en la parte B) son ahora de 3.750 pies cuadrados para los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de 2.000 pies cuadrados para los de comercio minorista. Por consiguiente, a nuestro juicio, es posible suponer que el porcentaje real de establecimientos que podrían acogerse a la exención empresarial promulgada en la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998 es más elevado que los porcentajes antes citados.

6.121 Los Estados Unidos han presentado asimismo estimaciones de la Asociación Nacional de Restaurantes (NRA) acerca de sus miembros.¹²² Según esas estimaciones, el 36 por ciento de los restaurantes miembros de la Asociación con servicio en mesas (es decir aquellos en que el personal atiende a los clientes en las mesas) tienen superficie de menos de 3.750 pies cuadrados y alrededor del 95 por ciento de los restaurantes que sirven comidas de preparación rápida miembros de la Asociación tienen menos de 3.750 pies cuadrados.¹²³ No podemos concordar plenamente las estimaciones del Servicio de Investigación del Congreso con las de la NRA debido a que no se nos ha comunicado información sobre la representatividad de los miembros de la Asociación en relación con todos los restaurantes existentes en los Estados Unidos, ni sobre la proporción entre los restaurantes miembros de servicio en mesas con los de servicios de comidas de preparación rápida. Por consiguiente, nos limitamos a señalar que las cifras de la NRA no parecen contradecir las estimaciones del estudio preparado por el Servicio de Investigación del Congreso en 1995.

6.122 En 1999, la ASCAP pidió a Dun and Bradstreet, Inc. ("D and B") que actualizara el estudio preparado en 1995 por el Servicio de Investigación del Congreso sobre la base de los datos correspondientes a 1998 y de los criterios de la enmienda de 1998.¹²⁴ Las Comunidades Europeas explican que los métodos usados por D and B en 1998/1999 eran idénticos a los utilizados en el análisis que preparó la D and B en 1995 para el Servicio de Investigación del Congreso durante el proceso legislativo que eventualmente tuvo por consecuencia la promulgación de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales. En el estudio D and B de 1999¹²⁵

reU5 ies cum1c 12-12.7izados en el

la conclusión de que aproximadamente un 73 por ciento de todos los establecimientos de servicios de bebidas, un 70 por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas y 45 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos tienen derecho, conforme a la parte B), sin ninguna limitación en cuanto al equipo, a difundir música de la radio y la televisión en sus locales comerciales sin el consentimiento de los titulares de derechos.¹²⁶

6.123 Observamos que si bien los Estados Unidos no confirman las cifras del estudio preparado por D and B en 1999, las han utilizado, en apoyo de sus argumentos, como base de los cálculos relativos a las posibles pérdidas sufridas por los titulares de derechos de las CE como resultado de la exención prevista en la parte B).¹²⁷

6.124 En vista de la vaguedad de la explicación de que disponemos sobre los métodos usados en el estudio preparado por D and B en 1999¹²⁸, no estamos en posición de volver a calcular con exactitud los resultados y tendencias de dicho estudio. Parece sin embargo que los resultados del estudio preparado en 1999 por D and B confirman en gran medida los resultados y tendencias registrados en el estudio preparado en 1995 por el Servicio de Investigación del Congreso.

6.125 Refiriéndose a estos estudios, las Comunidades Europeas señalan que el 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y el 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista son todos posibles usuarios de la exención empresarial, debido a que en cualquier momento, sin permiso de los titulares de derechos, pueden difundir por altavoces las obras musicales.¹²⁹

6.126 Los Estados Unidos sostienen que si aun los límites de las superficies fijados en la parte B) después la enmienda de 1998 se aplican a un 70 por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y a un 45 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista, muchos de esos establecimientos tendrían que restarse de ese número por diversas razones. Entre ellos figuran i) los establecimientos que no difunden ninguna clase de música; ii) los que dejarían de difundir la música si tuvieran que pagar derechos; iii) los que difunden música de otras fuentes que no son la radio y la televisión, tales como cintas grabadas, discos compactos, fonógrafos automáticos o interpretaciones y ejecuciones en directo; iv) los establecimientos que no disponían de una licencia antes de promulgarse la exención empresarial en 1998; v) los establecimientos que aprovecharían los acuerdos de licencias colectivas como los concertados entre la NLBA y las organizaciones de administración colectiva.¹³⁰

b) 192.692 establecimientos de servicios de comidas con superficies inferiores a 3.750 pies cuadrados lo cual representa un 68 por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas de los Estados Unidos que figuran en la base de datos D and B;

c) 281.406 establecimientos de comercio minorista con superficies inferiores a 2.000 pies cuadrados o sea un 42 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos que figuran en la base de datos D and B. Véase la prueba documental EC-7.

¹²⁶ Las Comunidades Europeas calculan que el número de establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista de superficies inferiores a los límites de la parte B), en comparación con el número de establecimientos de dimensiones inferiores al restaurante administrado por el Sr. Aiken, aumentó en un 437 por ciento, 540 por ciento y 250 por ciento, respectivamente. Si bien no aceptamos ni rechazamos los porcentajes de estas estimaciones observamos que existe cierta diferencia de las dimensiones entre la exención de uso hogareño original y la nueva exención empresarial.

¹²⁷ Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 33 a 48.

¹²⁸ Prueba documental EC-7.

¹²⁹ Cf. el examen sobre los efectos reales y posibles en los párrafos 184ff más adelante.

¹³⁰ Examinamos los cálculos de los Estados Unidos en relación con la tercera condición del artículo 13 en la sección titulada "Cálculos alternativos efectuados por las partes de las pérdidas sufridas por los titulares de derechos" en los párrafos 6.252 y siguientes *infra*.

6.127 Estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que lo importante para determinar si el alcance de una exención es lo bastante limitado como para que se le pueda considerar un "determinado caso *especial*" es su campo de aplicación con respecto a los posibles usuarios. Si bien es cierto, como lo sostienen los Estados Unidos, que algunos establecimientos podrían suprimir su utilización de la radio y la televisión si tuvieran que pagar derechos, otros que antes no difundían obras musicales podrían hacerlo porque con la exención empresarial la utilización de la música resulta gratuita. Algunos establecimientos que han utilizado música grabada podrían pasar la música radiodifundida a fin de no pagar los derechos de licencia. Es evidente que, al examinar la exención, debemos considerar también sus repercusiones sobre la utilización de otras fuentes sustituibles de música. En consecuencia, no consideramos que los cálculos de los Estados Unidos relativos a los establecimientos que deben deducirse de las estimaciones del Servicio de Investigación del Congreso o de la D and B sean pertinentes para calcular el posible alcance de la exención empresarial en relación con la primera condición del artículo 13.

6.128 Nos remitimos a nuestro examen de la tercera condición del artículo 13, en el que analizamos con mayor detalle la pertinencia de los argumentos de los Estados Unidos acerca de los cinco tipos de sustracción que habría que hacer de los porcentajes antes citados, y de los posibles efectos de la exención sobre la concesión de licencias para usar otros medios de reproducción musical.¹³¹ En este contexto, trataremos también el argumento de los Estados Unidos en el sentido de que muchos establecimientos que no disponían de licencias antes de promulgarse la exención empresarial y muchos establecimientos comprendidos en la parte B) suscribirían probablemente el acuerdo de concesión de licencias colectivas concertados entre la NLBA y las organizaciones de administración colectiva.

6.129 Los Estados Unidos no parecen hacer una distinción entre, de una parte, los establecimientos de servicios de comidas y bebidas o de comercio minorista que tienen superficies inferiores a los límites aplicables de la parte B), y, de otra parte, los establecimientos más grandes que pueden utilizar la música gratuitamente si cumplen con las limitaciones en materia de equipo (por ejemplo en lo que se refiere al número de altavoces en cada ambiente o a la dimensión de la pantalla).¹³² No se nos ha presentado información relativa al número absoluto o a la proporción de estos establecimientos más grandes que pueden ampararse en la exención empresarial. Baste decir que la proporción de todos los establecimientos de servicios de comidas, bebidas y comercio minorista de los Estados Unidos que pueden estar comprendidos en la parte B) podrían ser in9-rUnidos qiento80f89emrarTc 47r tiores a er indes que2
 re rondo urrste3n de la paj 0 -12.75 0659n g f -4 Twexpedios lectiva.

1291 3 9 1 3 8

1 4 r 3 6 3 t e o d i s p u i p o o b j e r d l q u e l a p o n 3

las redifusiones por medios terrestres o por satélite, las retransmisiones por cable de radiodifusiones originales, las transmisiones por cable originales y otras transmisiones alámbricas. Estas disposiciones no distinguen entre transmisiones analógicas y digitales.

6.150 Las Comunidades Europeas dan por supuesto que, en vista de su redacción abierta, la parte A) puede aplicarse a la comunicación pública de obras musicales transmitidas mediante nuevas tecnologías como redes de ordenadores (por ejemplo, el Internet), cuya importancia aumenta día a día.¹⁴²

6.151 Los Estados Unidos ponen de relieve que, en general, ninguna de las partes del artículo 110(5) exime la comunicación por redes digitales. A su juicio, la transmisión de obras mediante las redes de ordenadores supone muchos incidentes de reproducción y puede entrañar también derechos de distribución. Por consiguiente, los usuarios de Internet tendrían que obtener una licencia para la reproducción y, posiblemente, para la distribución de las obras. Los Estados Unidos desarrollaron su argumentación añadiendo que no era claro si el aspecto de interpretación o ejecución de una transmisión por Internet estaría comprendido en una de las partes del artículo 110(5).¹⁴³ Señalaron sin embargo, que si una emisora con licencia de la Comisión Federal de Comunicaciones difunde sus señales por Internet, el aspecto de interpretación o ejecución de la radiodifusión podría estar comprendido en la exención.

6.152 El hecho de que un establecimiento requiera o no una autorización para reproducir o distribuir obras musicales, en situaciones previstas en el artículo 110(5), no afecta, a nuestro modo de ver, la necesidad de contar con una autorización para explotar las obras protegidas con respecto a los derechos exclusivos protegidos en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 o en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971).

6.153 Habida cuenta de los argumentos de las partes, no podemos excluir la posibilidad de que la exención de uso hogareño se aplique a la comunicación pública de obras transmitidas por Internet. Observamos asimismo que, conforme a las informaciones que nos han presentado las partes, no parece disponerse hasta la fecha de experiencia en cuanto a la aplicación de la exención de uso hogareño, en su forma original o modificada, a la transmisión de obras musicales "dramáticas" por Internet. En estas circunstancias, no advertimos cómo las repercusiones que puedan presentarse en el futuro afectan por ahora nuestras conclusiones sobre la parte A) en relación con la primera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo no deseamos excluir la posibilidad de que en el futuro las nuevas tecnologías puedan crear nuevas maneras de difundir interpretaciones dramáticas de obras musicales "dramáticas" que tengan consecuencias sobre la evaluación de la parte A) en tanto que "determinado caso especial" conforme al sentido de la primera condición del artículo 13.

Otras consideraciones

6.154 Las Comunidades Europeas sostienen que ninguna de las partes del artículo 110(5) revela una política pública "válida" ni ninguna otra circunstancia excepcional que haga inapropiado o imposible observar los derechos exclusivos conferidos.

6.155 Como se explicó en un informe de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos sobre el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976: "El fundamento de esta cláusula es que la

¹⁴² Por ejemplo, una emisora de radio con licencia de la Comisión Federal de Comunicaciones (una empresa de televisión) tiene emisiones por ondas y al mismo tiempo las difunde por Internet (con transmisión de sonido en su sitio de la red). Estos programas son recibidos por un ordenador personal conectado con varios altavoces en un bar o en otro establecimiento que cumple todas las condiciones establecidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos.

¹⁴³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 a) formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

utilización secundaria de la transmisión mediante el uso en público de un receptor ordinario es tan remota y mínima que no debe imponerse ninguna responsabilidad." "[La cláusula] impondría responsabilidad cuando el propietario tiene un 'sistema sonoro' comercial instalado o convierte un aparato receptor de los que se usan en hogares privados ... en el equivalente de un sistema sonoro comercial."¹⁴⁴ En un informe posterior se observó que la intención era eximir de obligaciones a los pequeños establecimientos comerciales "que no tenían dimensiones suficientes para justificar, en la práctica, la suscripción a un servicio comercial de música de fondo".¹⁴⁵

6.156 Los Estados Unidos explican además que el propósito de política que justifica la parte A) es proteger las pequeñas tiendas de barrio que "desempeñan un papel importante en la vida social

estrechamente relacionadas entre sí y que sus respectivos campos de aplicación se duplican en algunos aspectos que no son tan sólo las clases de obras abarcadas. En vista de ello, consideramos que al llevar a cabo nuestra tarea de examinar el asunto sometido al OSD y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer sus recomendaciones o dictar sus resoluciones¹⁴⁶, es apropiado examinar los otros argumentos fundamentales formulados por las partes con respecto a la parte B) que se refieren a su coherencia con las otras dos condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁴⁷

6.162 Al continuar nuestro análisis de la segunda y tercera condiciones del artículo 13 con respecto a la exención empresarial de la parte B) tomamos nota de las declaraciones del Órgano de Apelación sobre la "economía procesal" en la diferencia *Estados Unidos - Camisas y blusas*.¹⁴⁸ En una diferencia examinada posteriormente, *Australia - Medidas que afectan a las importaciones de salmón*, el Órgano de Apelación se centró en la necesidad de que los grupos especiales examinaran todas las alegaciones y/o medidas necesarias para lograr una solución positiva de una diferencia y añadió que llegar a una solución solamente parcial del asunto debatido sería una falsa economía procesal.¹⁴⁹ Conforme a la declaración del Órgano de Apelación en *Australia - Salmón* continuaremos nuestro análisis de la exención empresarial en relación con las demás condiciones del artículo 13. Ahora procedemos a examinar la compatibilidad de la parte A), así como de la parte B), con las otras condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

- c) "Que no atente contra la explotación normal de la obra"
- i) *Análisis interpretativo general*

interpretación de esta segunda condición del artículo 13 en general, y luego examinaremos sucesivamente la exención empresarial y la de uso hogareño.

6.164 Al interpretar la segunda condición del artículo 13, debemos comenzar por definir lo que significa la "explotación" de una "obra". Más importante aún, debemos determinar lo que constituye una explotación "normal" contra la cual no debe "atentar" una excepción.

6.165 El sentido corriente del término "explotar" es "hacer uso de" o "utilizar para los propios fines".¹⁵⁰ Creemos que la "explotación" de obras musicales se refiere por consiguiente a la actividad mediante la cual los titulares del derecho de autor utilizan los derechos exclusivos que les han sido conferidos para obtener un valor económico de sus derechos a esas obras.

6.166 Observamos que el sentido corriente del término "normal" puede definirse como "que constituye o se ajusta a un tipo o norma; regular, usual, típico, ordinario, convencional ...".¹⁵¹ A juicio nuestro, estas definiciones parecen reflejar dos connotaciones: la primera parece ser de carácter empírico, es decir, lo que es regular, usual, típico u ordinario. La segunda aplica un planteamiento algo más normativo, si no dinámico, es decir conforme a un tipo o norma. No nos creemos obligados a decidir cuál de esas connotaciones resulta más pertinente. Sobre la base del artículo 31 de la Convención de Viena trataremos de formular una interpretación armoniosa que dé sentido y efecto a ambas connotaciones de "normal".

6.167 Si la explotación "normal" equivaliera al pleno uso de los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor, la cláusula de excepción del artículo 13 no tendría sentido. Por lo tanto, la explotación "normal" significa evidentemente algo menos que el pleno uso de un derecho exclusivo.¹⁵²

6.168 A juicio de los Estados Unidos, al determinar lo que constituye una explotación normal es necesario examinar las formas en las que podría esperarse razonablemente que un autor explotase su obra en circunstancias normales. En tal sentido resulta pertinente que el artículo 13 no se refiera a determinados derechos específicos sino a "la obra" como un todo. Eso significa que, al examinar una excepción con arreglo a la segunda condición, debe tenerse en cuenta el alcance de la excepción en relación con todos los derechos exclusivos del titular de los derechos, así como en relación con el derecho exclusivo al cual se aplica. A su modo de ver, las formas más importantes de explotación de obras musicales, a saber la interpretación o ejecución y la radiodifusión de carácter "primario" no

¹⁵⁰ Oxford English Dictionary, página 888.

¹⁵¹ Oxford English Dictionary, página 1940.

¹⁵² En el contexto de las excepciones a los derechos de reproducción conforme al párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna (1971) -cuya segunda condición tiene una redacción que en gran medida es idéntica a la segunda condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC- el Comité Principal I de la Conferencia de Diplomáticos de Estocolmo (1967) dijo lo siguiente:

"Si se estima que la reproducción atenta contra la explotación normal de la obra, no se permite en absoluto la reproducción. Si se estima que la reproducción no atenta contra la explotación normal de la obra, hay que estudiar si no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Solamente si no es así sería posible en ciertos casos especiales, introducir una licencia obligatoria o prever la utilización sin pago. A título de ejemplo práctico cabe mencionar las fotocopias hechas con distintas finalidades. La fotocopia de un número muy grande de ejemplares puede no estar permitida, porque atenta contra la explotación normal de la obra. La fotocopia de un número relativamente grande de ejemplares para su utilización en empresas industriales, puede no causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, siempre que, conforme a la legislación nacional, se pague una remuneración equitativa. La fotocopia de un pequeño número de ejemplares puede estar permitida sin pago, particularmente para su utilización individual o científica." Véanse las Actas de la Conferencia de Propiedad Intelectual de Estocolmo, 11 de junio a 14 de julio de 1967. Informe sobre la labor del Comité Principal I (Disposiciones sustantivas del Convenio de Berna: artículos 1 a 20. Texto reproducido en *Berne Convention Centenary* , página 197.

quedan afectadas por ninguna de las dos partes del artículo 110(5). Las exenciones empresariales y de

conferidos por otras disposiciones, como el artículo 11, del Convenio de Berna (1971). Si estuviera

propietario del establecimiento.¹⁵⁸ Ambas partes convienen en el carácter comercial de la música aun cuando no se cobre directamente por ella a los clientes. Puede ser que el monto de las regalías que debe pagarse como consecuencia de esta prestación de la obra no sea muy elevado si la cuestión se aprecia en el contexto de los distintos establecimientos. Sin embargo, lo que cuenta es la acumulación de los establecimientos. Debe recordarse que el titular del derecho de autor está facultado para explotar cada uno de los derechos establecidos en el tratado y en la legislación nacional en virtud de la cual se aplica el tratado. Si el titular del derecho de autor está facultado para percibir una regalía por

Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual ("BIRPI"), establecido para preparar la Conferencia de Revisión de Estocolmo de 1967 ("Grupo de Estudio Sueco/BIRPI"). Refiriéndose al derecho de reproducción, este Grupo sugirió que se permitiera a los países:

"limitar el reconocimiento y el ejercicio de ese derecho, a determinados propósitos y a condición de que esos propósitos no entren en competencia económica con esas obras" en el sentido de que "

6.184 Al desarrollar el criterio para definir la connotación normativa de la explotación normal, recordamos que las Comunidades Europeas insisten en los efectos potenciales de una excepción más que sus efectos reales sobre el mercado en un determinado momento, en vista de que, a su juicio, son los efectos potenciales los que determinan las condiciones del mercado.

6.185 Observamos que tener en cuenta los efectos tanto reales como potenciales al evaluar la admisibilidad de las exenciones sería compatible con conceptos y normas de interpretación semejantes desarrollados en la práctica de solución de diferencias del GATT/OMC. Por ejemplo, el criterio de los efectos comerciales reales no se ha considerado como indispensable para constatar el incumplimiento de la cláusula de trato nacional del artículo III del GATT cuando existían posibles efectos negativos sobre las oportunidades de competencia y la igualdad de las condiciones competitivas para los productos extranjeros (en comparación con productos nacionales similares).¹⁶³ Creemos que se debe proceder con cautela en la interpretación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz de los conceptos que se han desarrollado en la práctica de solución de diferencias seguida en el GATT. Pero recordamos también que, por ejemplo, en la diferencia *CE - Bananos III*, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación introdujeron conceptos -que habían sido desarrollados en la práctica de solución de diferencias con arreglo al artículo III del GATT- en la cláusula de trato

¹⁶³ En el informe del Grupo de Trabajo sobre *Impuestos Interiores del Brasil*

nacional del artículo XVII del AGCS cuya redacción se basa en la cláusula de trato nacional del GATT, así como en interpretaciones formuladas en la práctica de solución de diferencias del GATT.¹⁶⁴ En vista de que los acuerdos abarcados por la OMC forman un sistema jurídico único e integrado, consideramos apropiado formular interpretaciones sobre la protección jurídica conferida a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme al Acuerdo sobre los ADPIC que no sean incompatibles con el trato conferido a los productos en virtud del GATT, o con respecto a servicios y a proveedores de servicios con arreglo al AGCS, habida cuenta de la práctica de solución de diferencias que sea aplicable.

6.186 Por consiguiente, con respecto a los derechos exclusivos relativos a las obras musicales, consideramos que la explotación normal de dichas obras no sólo queda afectada por las personas que las utilizan en la práctica sin autorización de los titulares de derechos debido a una excepción o limitación, sino también por aquellos que pueden ser inducidos a hacerlo en cualquier momento sin haber obtenido una licencia de los titulares de derecho, o de las organizaciones de administración colectiva que los representan. Hemos de tener en cuenta las personas cuya utilización de las obras musicales es gratuita como resultado de las exenciones, y también a quienes pueden comenzar la utilización de música radiodifundida una vez esta utilización se vuelva gratuita.

6.187 Basamos nuestra evaluación de los efectos reales y potenciales de las condiciones comerciales y tecnológicas preexistentes en el mercado en la actualidad o en un futuro próximo.¹⁶⁵ Lo que es una explotación normal en el mercado puede evolucionar como resultado del progreso tecnológico o de un cambio en las preferencias de los consumidores. Sin embargo, aunque no deseamos especular sobre la evolución futura, es preciso que examinemos los efectos reales y potenciales de las exenciones de que se trata en el mercado y el entorno tecnológico actuales.

6.188 Reconocemos que la medida en que los titulares de los derechos ejerzan o no ejerzan sus derechos exclusivos en un determinado momento es de gran importancia para evaluar lo que constituye la explotación normal con respecto a un determinado derecho exclusivo en un determinado mercado. Sin embargo, en ciertas circunstancias, las prácticas de concesión de licencias que ahora se aplican pueden no constituir una orientación suficiente para evaluar el posible efecto de una excepción o limitación sobre la explotación normal. Por ejemplo, cuando un determinado uso de las obras no está comprendido en los derechos exclusivos conferidos por la ley de una jurisdicción, el hecho de que los titulares de derechos no otorguen licencias sobre dicho uso en esa jurisdicción no puede considerarse como una indicación de lo que constituye una explotación normal. Lo mismo sería cierto en una situación en que, debido a la falta de medios de observancia efectivos y accesibles, los titulares de derechos no consideren conveniente o práctico ejercer sus derechos.

6.189 Ambas partes son de opinión que la "normalidad" de una forma de explotación debe analizarse primordialmente con referencia al mercado del Miembro de la OMC cuya medida sea objeto de la diferencia, es decir, en el presente caso, el mercado de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas estiman también que las referencias comparativas a otros países con un nivel semejante de desarrollo socioeconómico pueden ser de interés para corroborar o contradecir los datos

¹⁶⁴ El párrafo 2 del artículo XVII del AGCS se basa en la interpretación formulada por un grupo especial del GATT con respecto al párrafo 4 del artículo III del GATT. Véase el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley arancelaria de 1930*, adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/402, párrafo 5.11.

El párrafo 3 del artículo XVII del AGCS se basa en la interpretación formulada en el informe del Grupo de Trabajo sobre *Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola*, adoptado el 23 de octubre de 1958, IBDD 7S/64, párrafo 12.

¹⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas*, adoptado el 17 de febrero de 1999, WT/DS75, 84/AB/R, párrafos 125 a 131. Véase también el informe del Grupo Especial sobre el caso *Impuestos interiores aplicados por Brasil*, adoptado el 30 de junio de 1949, BISD II/181, 185. Informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y determinadas sustancias importadas*, IBDD 34S/157, párrafo 5.19.

relativos al país primordialmente interesado.¹⁶⁶ Observamos que, si bien los Miembros de la OMC tienen libertad para elegir el método de aplicación, las normas mínimas de protección son las mismas para todos ellos.¹⁶⁷ En el presente caso basta para nuestro propósito tener en cuenta las condiciones

6.192 Respondiendo a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos aclaran que no alegan que las dificultades administrativas del otorgamiento de licencias a pequeños establecimientos sean más graves respecto de la radiodifusión que respecto de los discos compactos o la música ejecutada en directo. Esta distinción se funda, en parte, en razones históricas.¹⁶⁹

6.193 En lo que se refiere a su declaración de que el mercado al cual se aplica la exención empresarial no ha sido nunca explotado de manera considerable por las organizaciones de administración colectiva, los Estados Unidos presentaron información acerca del número y el porcentaje de establecimientos que habían obtenido licencias en el pasado de las organizaciones de administración colectiva.¹⁷⁰ Los Estados Unidos explican que, al considerar la exención de uso hogareño original del artículo 110(5), el Congreso de los Estados Unidos comprobó que, antes de 1976, la mayoría de los beneficiarios de la exención, que entonces se hallaba en examen, no tenían licencias.¹⁷¹ En lo que respecta a la situación prevaleciente entre la entrada en vigor de la Ley de Derecho de Autor de 1976 y la aprobación de la Enmienda de 1998, los Estados Unidos se refieren a la información proporcionada por la NRA (Asociación Nacional de Restaurantes).¹⁷² Sobre la base de datos sobre 1996 de la Oficina del Censo de los Estados Unidos y de una serie de sus propios estudios, la NRA estima que en ese momento, en los Estados Unidos, un 16 por ciento de los restaurantes con servicio de mesa y un 5 por ciento de los restaurantes de comidas rápidas disponían de licencias otorgadas por las organizaciones de administración colectiva. Según las estimaciones de la NRA, basándose asimismo en datos de la Oficina del Censo, existía en los Estados Unidos aproximadamente el mismo número de restaurantes con servicio de mesa y de restaurantes de comidas rápidas.¹⁷³ Tras deducir el promedio de estos porcentajes, los Estados Unidos llegaron a la conclusión de que aproximadamente un 10,5 por ciento de los restaurantes tenían licencias expedidas por las organizaciones de administración colectiva.

6.194 En este contexto, los Estados Unidos hacen referencia al testimonio de la Presidenta de la ASCAP ante el Congreso de los Estados Unidos en 1997.¹⁷⁴ Sobre la base del total de restaurantes que disponían de licencias de la ASCAP¹⁷⁵ y del número total de restaurantes estimado por la NRA sobre la base de los datos de la Oficina del Censo¹⁷⁶, los Estados Unidos calculan que, en ese momento, la ASCAP no había otorgado licencias a más de un 19 por ciento de los restaurantes. A su juicio, eso indicaba también un nivel relativamente bajo de la concesión de licencias a dichos establecimientos.

¹⁶⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 del Grupo Especial a los Estados Unidos.

¹⁷⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 10 del Grupo Especial a los Estados Unidos.

¹⁷¹ Informe de la Cámara de Representantes (1976), prueba documental US-1.

¹⁷² Carta, de fecha 18 de noviembre de 1999, de la NRA al Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales. Prueba documental confidencial US-18.

¹⁷³ Sobre la base de los datos de la Oficina del Censo, la NRA estima que en los Estados Unidos existían 183.253 restaurantes con servicios de mesa y 185.891 restaurantes de servicios rápidos. Basándose en estos datos y en una serie de sus propias encuestas, calcula que un 16 por ciento (28.000 a 31.000) restaurantes con servicios de mesa y un 5 por ciento (8.000 a 10.000) restaurantes de servicios rápidos habían obtenido durante el mismo período licencias de las organizaciones de administración colectiva. Véanse las respuestas de los Estados Unidos a la pregunta 10 b) formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

¹⁷⁴ Declaración escrita de la Presidenta de la ASCAP, Sra. Marilyn Bergman, de fecha 31 de julio de 1997 al Subcomité de Tribunales y Propiedad Intelectual, Comité de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes, prueba documental US-20.

¹⁷⁵ En su testimonio del Congreso formulado en 1997, la Presidenta de la ASCAP declaró que "el número total de restaurantes que disponen de licencias de la ASCAP no es superior a 70.000". Prueba documental US-20, página 177. En su testimonio se quejó también de que existe un serio problema de incumplimiento de parte de decenas de miles de restaurantes. Prueba documental US-20, página 175.

¹⁷⁶ La NRA estimó, sobre la base de datos de la Oficina del Censo, que existían en los Estados Unidos un total de 369.144 restaurantes con servicio de mesa o de comidas rápidas. Prueba documental confidencial US-18.

6.195 Recordamos que, en su estudio de noviembre de 1995¹⁷⁷, el Servicio de Investigación del Congreso (CRS) estimó que del 16 por ciento a los establecimientos de servicios de comidas, el 13,5 por ciento a los establecimientos de servicios de bebidas y el 18 por ciento a los establecimientos de comercio minorista no tenían en ese momento dimensiones mayores a las del restaurante *Aiken*, es decir, una superficie de 1.055 pies cuadrados. Estos establecimientos podrían beneficiarse de la exención con arreglo al artículo 110(5) original, con cargo a las limitaciones en materia de equipo. Los Estados Unidos ofrecen dos estimaciones del número de restaurantes que disponían de licencias en ese momento: de una parte, el 10,5 por ciento en restaurantes contaban con licencias expedidas por las organizaciones de administración colectiva¹⁷⁸, y, de otra, un 19 por ciento de restaurantes tenían licencias otorgadas por la ASCAP.¹⁷⁹ Los Estados Unidos estiman asimismo que un 74 por ciento de todos los restaurantes difunden alguna clase de música.¹⁸⁰

6.196 Aun si restamos la parte correspondiente a los restaurantes que estaban potencialmente exonerados en virtud de la exención de uso hogareño original, convenimos con los Estados Unidos en que esas cifras indican un nivel relativamente bajo de otorgamiento de licencias a restaurantes que probablemente difunden música. Sin embargo, como antes se ha señalado, el hecho de que las organizaciones de administración colectiva ejerzan o no plenamente su derecho a autorizar el uso de determinados derechos exclusivos, o prefieran recaudar remuneraciones por determinados usos, o de determinados usuarios, no es, a nuestro juicio, plenamente indicativo de una "explotación normal" de probablemente difunde l.11so de Lonidos en

Aiken , es

situación actual o grado de ejercicio de un derecho exclusivo por los titulares de derechos. En nuestra opinión, es posible abusar de este argumento para justificar cualquier excepción o limitación, puesto que los titulares de derechos no podrían razonablemente esperar nunca una remuneración por usos que no están comprendidos en los derechos exclusivos previstos en la legislación nacional. Lógicamente, no podría deducirse que se atentaba contra la explotación normal. Lo mismo ocurriría cuando el bajo nivel de ejercicio de un derecho exclusivo se debiera a la falta de un medio efectivo o accesible de observancia de ese derecho. En otras palabras, las prácticas de otorgamiento de licencias de las organizaciones de administración colectiva en un determinado mercado y en un determinado momento no definen las normas mínimas de protección con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC que deben aplicarse con arreglo a la legislación nacional.

6.199 Los Estados Unidos señalan a la atención una propuesta formulada por las organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos para modificar el artículo 110(5).¹⁸¹ En 1995, esas organizaciones presentaron un texto para sustituir al proyecto¹⁸² que en ese momento se hallaba pendiente en el Congreso. En la propuesta de las organizaciones se establecía un límite de superficie de 1.250 pies cuadrados así como determinadas limitaciones en materia de equipo, que consistían en un máximo de cuatro altavoces y dos pantallas de televisión no mayores de 44 pulgadas. Con respecto a otras cuestiones, las organizaciones dijeron en sus propuestas que era posible y deseable permitir que fueran objeto de un arreglo negociado con las asociaciones de usuarios.¹⁸³ La propuesta de las organizaciones representaba una pequeña ampliación de la exención de uso hogareño original.¹⁸⁴

6.200 Las organizaciones de administración colectiva, las coaliciones de pequeñas empresas y otros grupos de intereses pueden formular propuestas legislativas al parlamento nacional por diversas razones. Algunas propuestas pueden formar parte de un conjunto más amplio con elementos que sean 5).

6.205 Una cosa es tener una práctica como la del Acuerdo NLBA, en que los titulares del derecho no tienen necesidad de explotar sus derechos, o pueden hacerlo por una tasa simbólica o sin cobrar ninguna tasa. Otra cosa es promulgar normas legislativas que impidan el ejercicio de un derecho que, conforme a un tratado vinculante, un país está obligado a observar en relación con los nacionales de las demás partes en el tratado. Los acuerdos de licencias individuales o colectivas son resultado de negociaciones entre las partes y no de una imposición de los gobiernos. Conforme a las condiciones convenidas entre las partes éstas, si así lo desean, puede prorrogar, modificar o declarar terminados dichos acuerdos. Mientras que el Acuerdo NLBA puede modificarse para responder a una evolución del mercado que afecte la explotación normal de las obras, la exención empresarial legal no puede modificarse de manera semejante, puesto que impide que el mercado se desarrolle o bien lo distorsiona. Observamos que en el artículo 13, en particular en la segunda condición, se establece una prueba objetiva para las excepciones permitidas a los derechos exclusivos. Al evaluar si una exención legal cumple las condiciones de este criterio, no es pertinente hacer una comparación entre sus disposiciones y los términos y condiciones de un acuerdo colectivo de licencias como el que existe entre la NLBA y las organizaciones de administración cooperativa de los Estados Unidos.

6.206 Recordamos que una mayoría considerable de establecimientos de servicios de comidas y bebidas y casi la mitad de los establecimientos de comercio minorista pueden beneficiarse de la exención empresarial. Esto constituye una importante fuente potencial de regalías para el ejercicio de los derechos exclusivos previstos en el punto 3º del párrafo 1 del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971), como lo demuestran las cifras de los estudios de D and B de 1997 y de 2001. Los estudios de D and B de 1997 muestran que el 58% de los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos se benefician de la exención empresarial, y el 46% de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas.

Los estudios de D and B de 2001 muestran que el 67% de los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos se benefician de la exención empresarial, y el 50% de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas.

hecho instalar un 'sistema sonoro' comercial o convertido un aparato receptor normal de uso doméstico (añadiéndole un equipo de amplificación refinado o amplio) en el equivalente de un sistema sonoro comercial."¹⁹⁵ Recordemos también el fundamento de la exención de uso hogareño expresado en los antecedentes legislativos en relación con su versión original: "el fundamento de esta cláusula es que el uso secundario de transmisión, en forma de su difusión al público con un receptor ordinario, es tan remoto y mínimo que no debe imponerse ninguna nueva responsabilidad".¹⁹⁶

6.214 En otras palabras, la disposición tiene por objeto definir el límite entre dos situaciones: una situación en el que alguien escucha la radio o mira la televisión -y evidentemente esto no está comprendido claramente en el campo de aplicación de derecho de autor y, por consiguiente, no representa una explotación normal de las obras- y una situación en el que alguien usa equipo apropiado para llevar a cabo una nueva interpretación o ejecución pública de la música contenida en una emisión de radio u otra transmisión. El límite se define insistiendo en "encender un receptor ordinario", para que también los miembros del público puedan escuchar la transmisión.

6.215 En lo que respecta a los beneficiarios de la exención del uso hogareño, observamos que su historia legislativa revela la intención de que la exención abarque sólo los establecimientos que probablemente no obtendrían en otro caso una licencia, o que no hubieran obtenido la licencia con las prácticas seguidas en ese momento. Como se ha señalado antes, según el estudio publicado en 1995 por el Servicio de Investigación del Congreso, el número de establecimientos que tenían las mismas dimensiones o dimensiones menores que el restaurante *Aiken* y podían beneficiarse de la exención de uso hogareño se limitaba a un porcentaje relativamente reducido de todos los establecimientos de servicios de comidas o bebidas y de comercio minorista de los Estados Unidos.¹⁹⁷

6.216 Los Estados Unidos sostienen que la exención de uso hogareño de 1998 es a n.7Tc 1.4722 Tw (En respoA

6.223 El sentido corriente del término "intereses"¹⁹⁹ puede abarcar un derecho o título legal a un bien o el uso o beneficio de un bien (inclusive la propiedad intelectual). También puede referirse a un posible detrimento o ventaja, y más generalmente a algo que es cierta importancia para una persona física o jurídica. En consecuencia, el concepto de "intereses" no se limita necesariamente a una ventaja o un detrimento económico real o potencial.

6.224 El término "legítimo" tiene los sentidos de

"a) conforme a, sancionado o autorizado por, leyes o principios; lícito; justificable; apropiado;

b) normal, regular, conforme a un tipo normal reconocido."

En consecuencia, el término se refiere al carácter lícito en una perspectiva jurídica positivista, pero también tiene una connotación de legitimidad en una perspectiva más normativa, en el contexto de exigir la protección de intereses que se justifican habida cuenta de los objetivos de protección de los derechos exclusivos.

6.225 Señalamos que el sentido corriente de "perjuicio" connota daño, detrimento o lesión.²⁰⁰ "No injustificado" supone un umbral ligeramente más estricto que "justificado". Este último término significa "proporcionado", "dentro de los límites de la razón, ni mucho menor ni mucho mayor de lo que podía considerarse probable o apropiado", o "de un monto o tamaño justo, promedio o considerable".²⁰¹

6.226 En vista de que las partes no ponen en tela de juicio la "legitimidad" del interés de los titulares de derechos a ejercer sus derechos para obtener un beneficio económico, la cuestión decisiva es el grado o el nivel del "perjuicio" que puede considerarse "injustificado". Antes de tratar la cuestión de cuál es la importancia o la clase de perjuicio que alcanza un nivel que no es justificado, debemos contar con un medio para medir o justificar los intereses legítimos.

6.227 A nuestro juicio una manera de considerar los intereses legítimos -aunque incompleta y, por consiguiente, limitada- es el valor económico de los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor a sus titulares. Es posible calcular en términos económicos el valor de ejercer esos derechos, por ejemplo mediante el otorgamiento de licencias. Esto no quiere decir que los intereses legítimos se limiten necesariamente a este valor económico.²⁰²

6.228 Al examinar la segunda condición del artículo 13, hemos considerado el argumento de los Estados Unidos en el sentido de que el perjuicio causado a los titulares de derechos por las exenciones en cuestión es mínimo debido a que éstos reciben ya regalías de las estaciones de radiodifusión. Concluimos que cada derecho exclusivo conferido por el derecho de autor, entre otras cosas, con

¹⁹⁹ Otros sentidos: "El hecho o relación de tener una participación o un interés en, o un derecho a, algo, especialmente con arreglo a la ley; un derecho o título, especialmente a un (participación en un) bien o en un uso o beneficio relativo a un bien", "una participación o interés financieros en algo", "una cosa que sea ventajosa para alguien, un beneficio, una ventaja", "la relación de participar o estar interesado en lo que respecta a un posible detrimento o ventaja", "una cosa que sea de importancia para una persona, empresa, estado, etc."; *Oxford English Dictionary*, página 1393.

²⁰⁰ "Daño, detrimento o lesión a una persona o que resulta de un juicio o acción, en especial si no se tienen en cuenta sus derechos." *Oxford English Dictionary*, página 2333.

²⁰¹ *Oxford English Dictionary*, página 2496.

²⁰² Informe del Grupo Especial sobre *Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*, adoptado el 7 de abril de 2000, WT/DS114/R, párrafo 7.60ff. Observamos sin embargo la diferencia de redacción entre los artículos 13 y 30 del Acuerdo sobre los ADPIC. En este último se dice también "teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros".

sufridos. Los Estados Unidos han limitado su estimación de los efectos económicos de la parte B) a las pérdidas reales causadas por ella a los titulares de los derechos de las CE.

6.231 Esto plantea la cuestión de saber quién debe hacer valer los intereses legítimos de los titulares de derechos de los diversos Miembros de la OMC en los procedimientos de grupos especiales en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC.²⁰⁶ En el caso *CE - Bananos III*, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que ninguna disposición del ESD contenía una exigencia de que la parte demandante debía demostrar que tenía un interés protegido jurídicamente como requisito previo para solicitar el establecimiento de un grupo especial.²⁰⁷ El hecho de que no exista una exigencia de "interés protegido jurídicamente" no entraña necesariamente que, en el contexto de la tercera condición del artículo 13, resulte pertinente el perjuicio causado a los intereses legítimos de los titulares de derechos que no sean titulares de derechos de las CE. Pero no encontramos en el texto de la tercera condición del artículo 13 ninguna indicación de que la evaluación de si el perjuicio causado por una excepción o limitación a los intereses legítimos al titular de los derechos es de un nivel injustificado deba limitarse a los titulares de derechos del Miembro que ha presentado la reclamación. Para que exista dicha limitación, la tercera condición del artículo 13 tendría que referirse exclusivamente a los titulares de derechos nacionales de la parte reclamante, y no al "titular de derechos" como tal.

6.232 También hacemos referencia a la explicación de la diferencia entre los procedimientos de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, y el proceso de aplicación en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC que ofrecieron los Árbitros, actuando de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, en el arbitraje entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas sobre la suspensión de concesiones en el asunto *Bananos III*.²⁰⁸ Una evaluación de los efectos que tiene una medida contraria a las disposiciones de la OMC sobre un Miembro en términos de anulación o menoscabo es pertinente, con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, cuando la compensación o suspensión de concesiones u otras obligaciones deben estimarse en equivalencia a la

2062069,0Tc 0.3916 2ditraje ena medida3n de cchos del Miembro que

anulación o menoscabo sufridos como consecuencia de una medida contraria a las disposiciones de la OMC en relación con la cual no se ha asegurado el cumplimiento de las normas de la OMC en un plazo razonable.

6.233 En este caso, ambas partes han presentado estimaciones de la parte del mercado de música que corresponde a los titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas sostienen que al menos un 25 por ciento de toda la música difundida en los Estados Unidos pertenece a titulares de derechos de las CE. Esta cifra se basa en una estimación de la industria conforme a la cual los artistas intérpretes o ejecutantes del Reino Unido tuvieron en 1988 una participación del 23 por ciento en las ventas de discos en los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas parecen suponer que esta cifra relativa a los artistas intérpretes o ejecutantes del Reino Unido sería indicativa de la parte correspondiente a los compositores y otros titulares del derecho de autor de las CE en las regalías percibidas por la amplificación de las transmisiones de música. Las Comunidades Europeas añaden que otra manera de calcular la participación en el mercado de los autores de las CE es tener presente las distribuciones de regalías por las organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas citan una cifra, proporcionada por la ASCAP para 1998, en la que se indica el porcentaje de sus distribuciones totales que se pagaron a los titulares de los derechos de las CE; esta cifra no se reproduce aquí, en vista de que fue comunicada a las Comunidades Europeas con carácter confidencial.²⁰⁹

6.234 Los Estados Unidos no están de acuerdo con el supuesto de las CE en el sentido de que un 25 por ciento de las regalías recaudadas en los Estados Unidos se paga a los titulares de derechos de las CE. Según los Estados Unidos, en un análisis interno de las CE realizado en 1998 acerca de los efectos económicos de la exención de uso hogareño sobre los titulares de los derechos de las CE se calculó que sólo un 6,2 por ciento de las distribuciones de la ASCAP, y sólo un 5,6 por ciento de las distribuciones del BMI, se pagaron a todas las sociedades recaudadoras extranjeras.²¹⁰ Evidentemente, el porcentaje pagadero a las sociedades recaudadoras de las CE sería considerablemente menor a estas cifras correspondientes al total de los pagos a todas las sociedades recaudadoras extranjeras.²¹¹

6.235 Tomamos nota de esas estimaciones, que son ilustrativas de las condiciones del mercado. Sin embargo, habida cuenta de las consideraciones que antes hemos expuesto, nuestra evaluación de si el perjuicio causado por las exenciones contenidas en el artículo 110(5) a los intereses legítimos del titular de los derechos es injustificado no se limita a los titulares de derechos de las Comunidades Europeas.

6.235tit94T2I14pal oion en los02s expueg 5,6 po4gTj Ta8 Tc -ác1 Tc 2.00.2625 Tc (6.235) Tj 36 0e lat3u TD

presentadas por las partes teniendo en cuenta, en la medida de lo posible, el perjuicio real, así como el potencial causado por las exenciones en tanto que condición previa para determinar si el alcance o grado del perjuicio es injustificada. A este respecto, recordamos que, como antes hemos señalado, tener presentes los efectos reales así como los potenciales es compatible con la práctica de solución de diferencias GATT/OMC seguida en el pasado.²¹²

ii) *La exención empresarial de la parte B)*

6.237 Las Comunidades Europeas se centran en un análisis de los efectos económicos potenciales de la parte B) sobre los intereses legítimos de los titulares de derechos. Sostienen que el carácter injustificado del perjuicio causado al titular de los derechos resulta plenamente aparente en vista de que el 73 por ciento de todos los establecimientos de servicios de bebidas, el 70 por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas y el 45 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista están comprendidos sin condición alguna por la exención empresarial, mientras que los demás establecimientos pueden también quedar exentos con arreglo a condiciones que son fáciles de cumplir. A su juicio, la denegación de la protección se ha convertido en una regla y la protección del derecho exclusivo se ha vuelto una excepción.²¹³

6.238 Los Estados Unidos no centran su argumento en impugnar la exactitud de las cifras que indican el porcentaje de los establecimientos de servicios de comidas o bebidas y de comercio minorista en los Estados Unidos comprendidos en el marco de los límites fijados a las dimensiones en la parte B). Usando estas cifras como punto de partida para otros cálculos, los Estados Unidos sostienen, sin embargo, que no resultan útiles para estimar los efectos o perjuicios económicos causados por la parte B) a los titulares de derechos, porque al hacerlo no se tienen en cuenta muchos factores que determinan si los titulares de derechos quedarán económicamente perjudicados por la exención empresarial. A fin de lograr una estimación razonable del número de establecimientos en relación con los cuales los titulares del derecho de autor han verdaderamente perdido ingresos como resultado de la exención empresarial, los Estados Unidos restan de las cifras mencionadas los establecimientos que:

- i) no difunden música de ninguna clase;
- ii) utilizan música de fuentes distintas de la radio o la televisión (tales como las cintas, los discos compactos, los servicios comerciales de música de fondo, los fonógrafos automáticos o la música ejecutada en directo);
- iii) no disponían de licencias antes de que se promulgara la enmienda de 1998 y no obtuvieron licencias de las organizaciones de administración colectiva;
- iv) aprovecharían el Acuerdo NLBA, cuyos términos son prácticamente idénticos a la parte B), si no se dispusiera de la exención legal; y
- v) preferirían no difundir música a pagar los derechos exigidos por las organizaciones de administración colectiva.

Los Estados Unidos admiten que es imposible estimar estas cifras, pero dan por supuesto que existen muchas razones para considerar que representan un número considerable de establecimientos.

6.239 Hemos examinado la pertinencia de estos factores, comenzando con el primero, el segundo y el quinto, para luego pasar al tercero y el cuarto. En este contexto recordamos que, si bien ambas partes deben aportar pruebas en apoyo de sus argumentos de hecho y de derecho, sólo incumbe en

primera, alrededor del 10,5 por ciento de los restaurantes tenían licencias expedidas por las organizaciones recaudadoras, y, según la segunda, la ASCAP había expedido en ese momento licencias a un 19 por ciento de los restaurantes. A su juicio, estas cifras indican un nivel relativamente bajo de otorgamiento de licencias a los establecimientos. Recordamos también la estimación hecha en noviembre de 1995 por el Servicio de Investigación del Senado, en el sentido de que el 16 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas, el 13,5 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas y el 18 por ciento de los establecimientos de comercio minorista tenían en ese momento dimensiones inferiores al restaurante *Aiken*, es decir una superficie de 1.055 pies cuadrados.²¹⁴ Además, los Estados Unidos calculan que el 74 por ciento de todos los restaurantes difunden alguna clase de música.²¹⁵

6.244 Sobre la base de estas estadísticas relativas a las prácticas de otorgamiento de licencias seguidas en el pasado y a la recaudación de derechos por la ASCAP, los Estados Unidos sostienen que, probablemente, los efectos de la enmienda del artículo 110(5) sobre los ingresos percibidos por las sociedades recaudadoras serían ínfimos.²¹⁶ La ASCAP percibe un 14 por ciento del total de sus

exención prevista en la legislación nacional de conformidad con las obligaciones internacionales derivadas de tratados.²²⁰

Resumen de la pertinencia de los actores antes mencionados

6.251 En consecuencia, hacemos una advertencia para que no se atribuya una importancia excesiva a los factores propuestos por los Estados Unidos para reducir las cifras de las CE que tienen por objeto indicar el perjuicio potencial en relación con los establecimientos de servicios de comidas o bebidas y de comercio minorista y, en consecuencia, precisar el nivel del perjuicio causado por la exención empresarial a los intereses legítimos de los titulares de derechos. Al mismo tiempo, reconocemos la dificultad de cuantificar el valor económico del perjuicio potencial. La mayoría de los datos sobre el mercado de licencias de los Estados Unidos en la actualidad que han presentado las partes se refiere a las pérdidas reales inmediatas que sufren los titulares de derechos; en particular, ambas partes nos han presentado cálculos detallados sobre las pérdidas de ingresos sufridas por los titulares de derechos como consecuencia de la enmienda de 1998. Teniendo en cuenta nuestra conclusión de que estas cifras no pueden determinar por sí solas el nivel del perjuicio sufrido por los titulares de derechos, pasaremos ahora a examinar esos cálculos.

Cálculos alternativos efectuados por las partes de las pérdidas sufridas por los titulares de derechos

6.252 Los Estados Unidos estiman que la pérdida anual máxima sufrida por los titulares de derechos de las CE en cuanto a las distribuciones de la sociedad recaudadora más importante de los Estados Unidos, la ASCAP, como resultado de la exención del artículo 110(5), es de 294.113 a 586.332 dólares EE.UU. Aplicando el mismo análisis, estiman que la pérdida en relación con la segunda empresa más importante, la BMI, es de 122.000 dólares EE.UU. En su cálculo de las distribuciones efectuadas por la ASCAP, los Estados Unidos toman como punto de partida el total de las regalías pagadas a los titulares de derechos de las CE por dicha organización. En segundo lugar, reducen el importe que puede atribuirse a las licencias generales (es decir el otorgamiento de licencias de servicios comerciales de música de fondo y muchas otras licencias, entre las cuales las expedidas a los locales para convenciones y encuentros deportivos, así como a restaurantes, bares y establecimientos de comercio minorista). En tercer lugar, hacen una deducción para tener en cuenta los ingresos por concepto de licencias generales otorgadas a entidades a las que no se aplica la definición legal de "establecimientos". En cuarto lugar, deducen de los ingresos de licencias generales la parte que puede atribuirse a música de fuentes distintas de la radio o la televisión (por ejemplo, cintas, discos compactos, servicios comerciales de música de fondo, fonógrafos automáticos, interpretaciones o ejecuciones en directo); y quinto, reducen este importe para tener en cuenta los ingresos procedentes del otorgamiento de licencias generales para establecimientos de servicios de comidas o bebidas y de comercio minorista que utilizan la radio pero no cumplen con las limitaciones en materia de dimensiones y equipo prescritas en la parte B) y, por lo tanto, no pueden acogerse a la exención empresarial. El cálculo completo y los comentarios de los Estados Unidos al respecto figuran en la segunda comunicación escrita y en la segunda exposición oral de los Estados Unidos.²²¹

6.253 Las Comunidades Europeas estiman que la pérdida anual de todos los titulares de derechos representa 53,65 millones de dólares EE.UU. En el cálculo de las CE se toma como punto de partida el número de establecimientos que podrían acogerse a la excepción. En segundo lugar, las Comunidades Europeas reducen ese número empleando la hipótesis de los Estados Unidos de que un 30,5 por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas o bebidas con una superficie de menos de 3.750 pies cuadrados utilizan música radiodifundida. En tercer lugar, aplican a los

²²⁰ Véase los párrafos 6.204-6.205 *supra*.

²²¹ Véanse la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 33-48, y la segunda exposición oral de los Estados Unidos, párrafos 29-42, que se reproducen en los apéndices 2.5 y 2.6 del presente informe.

establecimientos restantes los derechos de licencia apropiados seleccionados de los programas de licencias de la ASCAP²²² y la BMI.²²³ El cálculo completo y los comentarios al respecto figuran en

restaurantes que cumplen con los límites de las dimensiones, y el estudio de D and B sobre el porcentaje equivalente de los establecimientos de comercio minorista, los Estados Unidos estiman que un 52,1 por ciento de todos los establecimientos tienen dimensiones inferiores a los límites fijados en la exención empresarial.

6.259 En ninguno de los cálculos se tienen en cuenta las distribuciones de la tercera organización de administración colectiva de los Estados Unidos, la SESAC, ni la música difundida por televisión. En los cálculos no se trata de estimar las pérdidas en relación con los establecimientos que tienen dimensiones superiores a los límites de la parte B) del artículo 110(5), pero que cumplen con las limitaciones en materia de equipo. Al parecer ninguna de las partes considera que esos factores modificarían fundamentalmente el resultado de sus estimaciones.

6.260 Observamos que ambos cálculos contienen muchas estimaciones y supuestos. El hecho de que ninguna de las dos partes esté en posición de ofrecer informaciones más directas sobre los ingresos recaudados de los establecimientos afectados por la exención empresarial no facilita la estimación del efecto inmediato de la exención en términos de las pérdidas anuales de los titulares de derechos.

6.261 Una de las principales diferencias entre los cálculos es que en el cálculo de los Estados Unidos se tienen en cuenta las pérdidas de ingresos tan sólo en relación con los establecimientos que no estaban exonerados en virtud de la antigua exención de uso hogareño e incluso pagaban derechos de licencia. En vista de nuestras consideraciones sobre los efectos potenciales de la exención, somos de opinión que la pérdida de los ingresos potenciales en relación con otros usuarios de la música es también pertinente.

6.262 Además, los Estados Unidos exponen una serie de razones por las cuales consideran que su cálculo en cinco etapas es más bien prudente. Dan por supuesto que un 30,5 por ciento de los ingresos por concepto de licencias puede atribuirse a la utilización de aparatos de radio, porque un 30,5 por ciento de los establecimientos usa dichos aparatos, aunque esos establecimientos pueden difundir música procedente de muchas fuentes. Además, los Estados Unidos dan por supuesto que el 65,5 por ciento de restaurantes y el 45 por ciento de los establecimientos del comercio minorista que cumplen con los límites de las dimensiones de la superficie en pies cuadrados representan un 65 por ciento o un 45 por ciento de las pérdidas de los titulares de derechos; pero añaden que los establecimientos pequeños que pueden acogerse a las exenciones representan probablemente una proporción menor que los ingresos por concepto de licencias. Los Estados Unidos no sostienen que estas consideraciones modificarían de manera fundamental el resultado de su estimación.

6.263 Los Estados Unidos también sostienen que en su cálculo se tienen en cuenta las medidas que podrían adoptar la ASCAP y la BMI para reducir al mínimo los efectos de la enmienda de 1998 (por ejemplo centrando los recursos por concepto de licencia exclusivamente en los establecimientos más grandes que, por lo general, pagan mayores derechos, o cobrando más por la difusión de música a partir de discos compactos y cintas). A juicio de los Estados Unidos, en el análisis también se deben tener en cuenta los recursos limitados de las organizaciones de administración colectiva y el pequeño porcentaje del mercado que ha obtenido licencias de dichas organizaciones. En vista de la seguridad en cuanto a los límites precisos de la exención empresarial que figuran en la parte B), las organizaciones de administración colectiva pueden ahora reorientar de manera eficiente sus recursos por concepto de licencias hacia los establecimientos que no pueden acogerse a la exención empresarial, y compensar así cualquier perjuicio de menor importancia que puedan sufrir. Los Estados Unidos se refieren a una declaración de la ASCAP sobre su intención de "invertir los efectos" de la enmienda de 1998 mediante una reorientación de sus recursos por concepto de licencias hacia establecimientos no comprendidos en la parte B) así como mediante la generación de ingresos

adicionales alentando el uso de música de difusión directa y de música grabada, para el cual no existe ninguna exención.²²⁵

6.264 A nuestro juicio, este argumento no es pertinente para la cuestión que tenemos ante nosotros, es decir, si la parte B) cumple con la tercera condición del artículo 13. Si comprobamos que la parte B) no cumple con las condiciones prescritas para invocar la excepción del artículo 13, no existe ninguna regla de la OMC que obligue a otro Miembro, o a las partes privadas afectadas por alguna medida no compatible con las normas de la OMC adoptada por un Miembro, a tomar medidas a fin de remediar toda anulación o menoscabo que se haya causado o de reducir la anulación o menoscabo potenciales.

6.265 Recordamos que, en última instancia, la carga de probar si se han cumplido todas las condiciones del artículo 13 corresponde a los Estados Unidos en tanto que Miembro que invoca la excepción. Habida cuenta de nuestro análisis del perjuicio causado por la exención, inclusive de sus efectos reales y potenciales, somos de opinión que los Estados Unidos no han demostrado que la exención empresarial no perjudica injustificadamente los intereses legítimos del titular de los derechos.

6.266 En consecuencia, concluimos que la exención empresarial de la parte B) del artículo 110(5) no cumple con los requisitos de la tercera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

iii) *La exención de uso hogareño de la parte A)*

6.267 Los Estados Unidos sostienen que la exención de uso hogareño original del artículo 110(5) de 1976 tiene efectos económicos mínimos. Esta exención tenía por objeto exonerar de responsabilidad a los propietarios de pequeñas tiendas y restaurantes cuyos establecimientos podían justificar una licencia comercial. En vista de que esos establecimientos no constituían un mercado importante para las licencias, no hubieran podido ser fuentes importantes de ingresos para los titulares de derechos. En los casos en que no se solicitara u otorgara una licencia, de no existir una exención, el titular del derecho no sufriría literalmente ningún detrimento económico a causa de una excepción explícita. Los establecimientos exonerados, que disponían de una superficie pequeña y un equipo sonoro poco importante, eran los menos expuestos a una política agresiva de licencias de las organizaciones de administración colectiva y los derechos de licencia correspondientes a esos establecimientos habrían tendido a ser los más bajos de la escala.²²⁶ Por otra parte, teniendo en cuenta su tamaño y el hecho de que la difusión de la música suele tener un carácter accesorio a los servicios, esos establecimientos figuran entre los que con mayor probabilidad habrían optado simplemente por prescindir de la radio si se les hubiera apremiado a abonar derechos de licencia. Con la aprobación de la enmienda de 1998 sólo ha disminuido la importancia económica de la exención al reducirse su alcance a las obras musicales "dramáticas". Por consiguiente, a juicio de los Estados Unidos, la exención de uso hogareño contenida en la parte A) del artículo 110(5) no perjudica los intereses legítimos de los titulares de derechos.

6.268 Las Comunidades Europeas responden que la abundante jurisprudencia sobre la exención de uso hogareño anterior a 1998 pone de manifiesto que lo que está en juego son intereses económicos muy importantes. También en las condiciones del caso *Aiken*²²⁷, un número considerable de

establecimientos de los Estados Unidos estaban comprendidos por la exención. Según las Comunidades Europeas²²⁸ Los tribunales duplicaron la superficie del asunto *Aiken* antes de la enmienda legislativa de 1998.²²⁹

6.269 Recordamos nuestro examen de la historia legislativa de la exención de uso hogareño original en relación con la primera y segunda condición del artículo 13. En particular, en lo que se refiere a los beneficiarios de exención, en el Informe de la Conferencia (1976) se exponían los fundamentos de

²²⁸ Retamsu

²⁸⁸

²²⁸

²²⁸ la nalesheukevexoncaran losserio61alutilizan Tw(22)(T T)Tj0-1275896D-01403 Tc:25colipnacióndeusohro55cul636n,eneIn

6.271 Observamos que la difusión de música por los pequeños establecimientos comprendidos en la exención mediante el uso de aparatos de uso hogareño no ha sido nunca una fuente importante de recaudación de ingresos para las organizaciones de administración colectiva. Recordamos nuestro parecer²³³ en el sentido de que, a los efectos de evaluar el perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos también son pertinentes las pérdidas potenciales que éstos puedan sufrir. Sin embargo no se nos han presentado informaciones convincentes que indiquen que esos posibles efectos de importancia económica o práctica causarían un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos. En particular, con respecto a la exención, modificada en 1998 para excluir de su alcance las obras musicales no dramáticas, las Comunidades Europeas no han alegado explícitamente que la exención causaría perjuicio alguno a los titulares de derechos.

6.272 A la luz de las consideraciones que anteceden, concluimos que la exención de uso hogareño contenida en la parte A) del artículo 110(5) no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos en el sentido de la tercera condición del artículo 13.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1 Habida cuenta de las constataciones que figuran en los párrafos 6.92-6.95, 6.133, 6.159, 6.211, 6.219, 6.266 y 6.272 *supra*, el Grupo Especial llega a la conclusión de que:

a) La parte A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos cumple los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y, en consecuencia, es compatible con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 de dicho Acuerdo.

b) La parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos no cumple los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y en consecuencia es incompatible con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo.

7.2 El Grupo Especial *recomienda* que el Órgano de Solución de Diferencias solicite a los Estados Unidos que ponga la parte B) del artículo 110(5) en conformidad con sus obligaciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.

²³³ Véanse el párrafo 6.185, notas 163 y 165 y el párrafo 6.237 *supra*.