

ANEXO 1

(documento WT/DS160/5, de 16 de abril de 1999)

ESTADOS UNIDOS - ARTÍCULO 110(5) DE LA LEY DE DERECHO DE AUTOR
DE LOS ESTADOS UNIDOS

Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las
Comunidades Europeas y sus Estados miembros

Como consecuencia de lo expuesto, el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos no parece estar en conformidad con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, incluido, aunque no exclusivamente, el párrafo 1 del artículo 9 de dicho Acuerdo.

En una comunicación de fecha 26 de enero de 1999 (WT/DS160/1-IP/D/16) las Comunidades Europeas y sus Estados miembros solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos de América de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, contenido en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC (en adelante, "el ESD"). Estas consultas, que tuvieron lugar el 2 de marzo de 1999 en Ginebra, permitieron que se entendieran mejor las posiciones respectivas, pero no dieron lugar a una solución satisfactoria de la diferencia.

Por consiguiente, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros solicitan 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 para examinar la cuestión a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC y para constatar que los Estados Unidos de América no observan las obligaciones establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC, incluido, aunque no exclusivamente, el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, y, en consecuencia, anulan o menoscaban ventajas resultantes directa o indirectamente para las Comunidades Europeas y sus Estados miembros del Acuerdo sobre los ADPIC.

Las Comunidades Europeas y sus Estados miembros solicitan que se establezca el grupo especial con el mandato uniforme enunciado en el artículo 7 del ESD.

ANEXO II

(documento WT/DS160/6, de 6 de agosto de 1999)

ESTADOS UNIDOS - ARTÍCULO 110(5) DE LA LEY DE DERECHO DE AUTOR
DE LOS ESTADOS UNIDOS

Constitución del Grupo Especial establecido a
petición de las Comunidades Europeas

Nota de la Secretaría

1. En su reunión de 26 de mayo de 1999, el OSD estableció un Grupo Especial en 363 30ff6as Comunidades Eur

APÉNDICE 1.1

PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS

(5 de octubre de 1999)

Índice

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN.....	85
II. ANTECEDENTES DE LOS PROCEDIMIENTOS.....	86
III. LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS AMPARADAS POR EL DERECHO DE AUTOR Y LAS EXCEPCIONES A ESA PROTECCIÓN PREVISTAS EN LA LEY DE DERECHO DE AUTOR DE LOS EE.UU.....	87
1. Antecedentes históricos: el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor antes de su enmienda de 1998 (la "exención de uso hogareño").....	87
2. Alcance y aplicación actuales del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU.	91
a) Parte A)	91
b) Parte B)	92
ba) Usos exentos	93
bb) Usuarios exentos.....	94
bc) Condiciones generales.....	95
c) Resumen	96
IV. CONSECUENCIAS CUANTITATIVAS PARA LOS TITULARES DE DERECHO DE AUTOR	96
V. INCOMPATIBILIDAD DE LA LEGISLACIÓN DE LOS EE.UU. CON SUS OBLIGACIONES EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO, DE LA OMC	97
1. Breve historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC	97
2. La protección del derecho de autor en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC	98
3. El artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor a la luz del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 1) del artículo 11bis y el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna.....	98
a) Párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.....	98
b) Párrafo 1) del artículo 11bis del Convenio de Berna	99
c) Párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna	101
4. Excepciones admisibles a la protección del derecho de autor.....	101
5. Anulación y menoscabo	102
VI. CONCLUSIÓN	102

I. INTRODUCCIÓN

6. Las Comunidades Europeas (CE) y sus Estados miembros formulan esta reclamación contra los Estados Unidos de América (EE.UU.) porque consideran que ciertos aspectos de la legislación de los EE.UU. relativos a la protección de las obras amparadas por el derecho de autor son incompatibles con las obligaciones de los EE.UU. derivadas del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) de la OMC.

7. Aunque el artículo 106 de la Ley de Derecho de Autor otorga al titular de una obra amparada por el derecho de autor la facultad exclusiva de reproducir la obra, preparar obras derivadas, distribuir copias de la obra e interpretarla o ejecutarla en público, el artículo 110(5) de la misma Ley establece dos exenciones respecto de la protección de ese derecho que, en términos simples, pueden resumirse del modo que sigue:

- en virtud de la parte A), cualquier persona está autorizada en ciertas condiciones a ejecutar en sus locales comerciales, para el disfrute de sus clientes, sin el consentimiento de los titulares del derecho de autor, obras amparadas por ese derecho que no sean composiciones no dramáticas, como las obras de teatro, óperas o comedias musicales, tomadas de emisiones de radio o televisión;
- en virtud de la parte B), cualquier persona está autorizada a ejecutar en sus locales comerciales, para el disfrute de sus clientes, "música no dramática" comunicando transmisiones de radio o televisión sin el consentimiento del titular del derecho de autor, sin ninguna limitación práctica cuando no se excede de cierta superficie, o respetando determinadas condiciones referentes al número de altavoces utilizados cuando se supera esa superficie.

8. En opinión de las CE y sus Estados miembros, estas medidas de los EE.UU. constituyen infracción de las obligaciones de los EE.UU. con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC. En particular, las medidas de los EE.UU. son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con el párrafo 1) del artículo 11 y el párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna y no pueden justificarse en virtud de ninguna excepción o limitación, explícita ni implícita, admisible con arreglo al Convenio de Berna o al Acuerdo sobre los ADPIC. Estas medidas causan perjuicio a intereses legítimos de los titulares de derecho de autor, anulando y menoscabando los derechos de las CE y sus Estados miembros.

9. Las CE y sus Estados miembros desean mencionar asimismo que varios altos funcionarios del Gobierno de los EE.UU., al prestar testimonio ante el Congreso de los EE.UU. durante el proceso legislativo que dio origen a la actual versión del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, manifestaron la opinión de que la extensión del alcance de esa disposición violaría las obligaciones de los EE.UU. con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna.^{1,2,3}

¹ La Directora del Registro de Derecho de Autor declaró ante el Congreso, el 17 de julio de 1997, lo siguiente (se presenta copia de toda su declaración sobre los aspectos internacionales en la [prueba documental EC-11](#)): "La Oficina de Derecho de Autor considera que varias de las excepciones que se amplían, en caso de aprobarse en su forma actual, darían lugar a reclamaciones de otros países fundadas en infracción por los Estados Unidos de sus obligaciones con arreglo al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, incorporado en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ('Acuerdo sobre los ADPIC') de la Ronda Uruguay del GATT."

² En las mismas oportunidades, el Secretario Adjunto de Comercio y Comisionado de Patentes y Marcas manifestó lo siguiente: "Es probable que nuestros interlocutores comerciales aleguen que varias de las modificaciones de la legislación sobre derecho de autor propuestas en el artículo 2 del proyecto de ley pueden ser incompatibles con nuestras obligaciones con arreglo al Convenio de Berna y al Acuerdo sobre los Aspectos

10. Los intereses económicos de las CE y sus Estados miembros en esta cuestión son importantes. Según un estudio al que las CE y sus Estados miembros habrán de referirse en la parte IV, aproximadamente un 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y un 45 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista de los EE.UU. pueden ejecutar música de la radio o la televisión, sin limitación alguna, sin el consentimiento del titular del derecho de autor. Esto demuestra claramente las posibilidades que origina el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor en cuanto a causar pérdidas muy importantes de ingresos por licencias.

II. ANTECEDENTES DE LOS PROCEDIMIENTOS

11. La llamada "exención de uso hogareño", que corresponde textualmente a la actual parte A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, ya figuraba en la Ley de Derecho de Autor de 1976, que entró en vigor el 1º de enero de 1978. La parte B) fue añadida a la Ley de Derecho de Autor en octubre de 1998 en virtud de la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales". La consecuencia práctica de esta última enmienda consiste en una considerable ampliación del alcance de la excepción a la protección del derecho de autor en relación con la anterior "exención de uso hogareño".

12. Los EE.UU. notificaron sus leyes y reglamentos que rigen la protección de los derechos de propiedad intelectual al Consejo de los ADPIC.⁴⁵ de la 1o 1TD -0.213.1577 Tc 4.2202intw (propi27n octubrctirdotad más16.2. Esto demues 1
12.4

Mediante una comunicación de fecha 15 de febrero de 1999, Suiza¹⁰ procedió de igual modo. Las tres solicitudes fueron aceptadas por los EE.UU.¹¹

16. El 2 de marzo de 1999 se celebraron en Ginebra consultas entre las CE y sus Estados miembros y los EE.UU. El Canadá participó en esas consultas. Antes de su celebración, las CE y sus Estados miembros presentaron a los EE.UU., por escrito, varias preguntas, a la mayoría de las cuales los EE.UU. respondieron oralmente. Estas consultas, sin embargo, no dieron lugar a una solución satisfactoria del asunto.

17. Mediante una comunicación de fecha 15 de abril de 1999¹², las CE y sus Estados miembros pidieron el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 7 del artículo 4 y el párrafo 1 del artículo 6 del ESD. En la reunión del OSD celebrada el 28 de abril de 1999 los EE.UU. no aceptaron el establecimiento de un grupo especial. En la reunión celebrada por el OSD el 26 de mayo de 1999 se estableció el Grupo Especial.

18. El mandato del Grupo Especial es el siguiente:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las Comunidades Europeas en el documento WT/DS/160/5, el asunto sometido al OSD por las Comunidades Europeas en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."¹³

19. Cinco Miembros de la OMC han notificado de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10 del ESD su interés en la cuestión sometida al Grupo Especial. Esos terceros son Australia, el Brasil, el Canadá, el Japón y Suiza.¹⁴

III. LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS AMPARADAS POR EL DERECHO DE AUTOR Y LAS EXCEPCIONES A ESA PROTECCIÓN PREVISTAS EN LA LEY DE DERECHO DE AUTOR DE LOS EE.UU.

1. Antecedentes históricos: el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor antes de su enmienda de 1998 (la "exención de uso hogareño")

20. En virtud del artículo 106 de la Ley de Derecho de Autor de 1976, el titular de los derechos sobre una obra tiene el derecho exclusivo de reproducir la obra, preparar obras derivadas y distribuir copias de la obra. Con arreglo al artículo 106(4) de dicha Ley, el titular del derecho de autor también tiene el derecho exclusivo de "*interpretar o ejecutar en público la obra amparada por el derecho de autor*".

21. Para comprender cabalmente las exenciones incluidas en la versión actual del artículo 110(5) resulta fundamental considerar su versión anterior. Antes de 1999, el artículo 110(5) sólo consistía en la actual parte A) (con excepción de las palabras "*salvo lo dispuesto en la parte B)*"). La parte B) fue añadida en virtud de la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias musicales", en octubre de 1998. La versión de 1976 del artículo 110(5) se conocía habitualmente como "exención de uso hogareño". Su texto es el siguiente:

interpretar o ejecutar en público la obra amparada por el derecho de aut361o". Su texto es el siguiente:

aut361o"Cn5 TD balmentxTdertte.19.25 -41 TSu texto

"

- la circunstancia de que el establecimiento, según sus ingresos, fuera o no de un tipo que normalmente se suscribiría a un servicio de suministro de música de fondo;
- el nivel de ruido en las zonas del establecimiento en que se hacían audibles las transmisiones;
- la medida en que se considerara que el aparato receptor era de los utilizados habitualmente en hogares privados; y
-

únicos factores pertinentes para evaluar la aplicabilidad de la exención son la cantidad y la calidad de los aparatos receptores utilizados en cada local. El tamaño del establecimiento, la propiedad o la estructura societaria de la empresa y cualquier otro factor que la jurisprudencia anterior había tomado en consideración fueron declarados irrelevantes a los efectos de la aplicación de la exención de uso hogareño.

33. A comienzos del decenio de 1990, una coalición de asociaciones empresariales inició activas gestiones ante miembros del Congreso con el fin de obtener al mismo tiempo una aclaración del artículo 110(5) y una ampliación de su alcance. Los esfuerzos de esa coalición rindieron frutos rápidamente. A partir de 1995 se presentaron varios proyectos de ley ante la Cámara de Representantes y el Senado de los EE.UU. con el fin de ampliar considerablemente el alcance de la exención de uso hogareño.

34. Los días 6 y 7 de octubre de 1998 la Cámara de Representantes y el Senado de los EE.UU., respectivamente, aprobaron un proyecto titulado "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales". El proyecto consistía en el agregado de una nueva parte B) al artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU., mientras que la redacción de la exención de uso hogareño permanece sin cambios en la parte A). La Ley fue promulgada por el Presidente el 27 de octubre de 1998 y entró en vigor el 26 de enero de 1999.

2. Alcance y aplicación actuales del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU.

35. El artículo 110(5) contiene ahora dos exenciones independientes: la llamada "exención de uso hogareño", de la parte A), modificada en cuanto a la clase de obras que abarca, y una nueva exención en la parte B) (llamada a veces "exención empresarial").

a) Parte A)

36. El significado y el alcance exactos de la "exención de uso hogareño", correspondiente ahora a la parte A) del artículo 110(5), después del añadido en el artículo de la parte B), y precedido por la expresión "*salvo lo dispuesto en la parte B)*", parecen ser los siguientes.

Mientras que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se aplicaba hasta la enmienda de 1998 a todos los tipos de obras amparadas por el derecho de autor, en apariencia la parte A) de ese artículo excluye ahora de su alcance las "obras musicales no dramáticas" y sigue aplicándose a todos los demás tipos de obras, incluyendo, por ejemplo, las obras teatrales, piezas breves, óperas, operetas y comedias musicales, ya que la parte A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se refiere a "obras" en general, mientras que el alcance de la parte B) está limitado expresamente a las "obras musicales no dramáticas".

37. Lo dicho antes acerca del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976 continúa aplicándose a la parte A) de ese artículo con la salvedad de que el alcance de la disposición ha sido limitado en apariencia por la exclusión de las obras musicales no dramáticas, a las que ahora se refiere la parte B) del artículo. Sin embargo, habida cuenta de que en la parte B) se han atenuado en gran

b) Parte B)

38. La parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor dice así:

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

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 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."

ba) Usos exentos

39. La exención que figura en la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor comprende las transmisiones o retransmisiones que incorporen la interpretación o ejecución²⁹ o la exhibición³⁰ de una obra musical no dramática destinada a la recepción por el público, originada en una emisora de radio o televisión autorizada como tal por la Comisión Federal de Comunicaciones. Esto comprende, en lo fundamental, una situación que parece análoga a la abarcada por la exención de uso hogareño, es decir: los establecimientos abiertos al público pueden hacer funcionar en sus locales receptores de radio o televisión para el disfrute de sus clientes sin el consentimiento de los titulares de derechos.

40. Una última diferencia consiste en que la parte B) no se aplica a las "obras" en general, sino únicamente a las "obras musicales no dramáticas", es decir, a las canciones y no a las óperas, operetas o comedias musicales.

41. Mientras que la anterior "exención de uso hogareño" y la actual parte A) limitan la exención al empleo de un único aparato receptor utilizado habitualmente en los hogares privados, esta condición está totalmente ausente de la parte B) para los TDai 6eoaiccept(ente ausente 0_1237aiausen7ue A) 5in7ue

41.

los programas de televisión queden totalmente sujetos a las excepciones en todas las formas de transmisión.

44. Cabe presumir que la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se aplica al caso de la comunicación pública de obras musicales mediante nuevas tecnologías, como las redes informáticas (por ejemplo, Internet), habida cuenta de la redacción de esta norma. Este modo de transmisión, cuya importancia se acentúa cada día, ha quedado sujeto ahora a la exención de la protección por el derecho de autor.³²

bb) Usuarios exentos

45. Para que la exención se aplique a los establecimientos que no son de servicios de comidas o bebidas, rigen los siguientes requisitos:

utilizarse cualquier clase de equipo sonoro o audiovisual, incluido el equipo profesional, y cualquier número de altavoces;

- si el establecimiento tiene una superficie bruta mayor de 3.750 pies cuadrados, la exención rige con las siguientes condiciones:
 - si la interpretación o ejecución se realiza únicamente por medios sonoros, puede comunicarse mediante un máximo de seis altavoces, de los cuales pueden situarse como máximo cuatro en cada habitación;
 - si la interpretación, ejecución o representación se efectúa por medios audiovisuales:
 - las partes visuales de la interpretación o ejecución pueden comunicarse mediante un máximo de cuatro artefactos audiovisuales, situándose no más de uno en cada habitación. Además, esos artefactos deben tener una pantalla cuya diagonal no sea mayor de 55 pulgadas;
 - las partes sonoras de la interpretación o ejecución pueden comunicarse mediante un máximo de seis altavoces, de los cuales no pueden colocarse más de cuatro en cada habitación.

47. La exención se aplica a los "*establecimientos*", que ahora están definidos por el artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. (en virtud de la modificación introducida por el artículo 205 de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales) como "*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*". Esta definición también ratifica la conclusión de los dos tribunales de circuito mencionada antes en relación con el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976³⁴ en el sentido de que para poder obtener la excepción al derecho de autor cada tienda o local comercial debe examinarse individualmente, sin que importe que una misma empresa explote varios miles de tales locales comerciales en todo el territorio de los EE.UU.

bc) Condiciones generales

48. *No debe efectuarse ningún cobro directo al público para que pueda ver u oír la transmisión o retransmisión.* Esta condición se aplica también a la exención de uso hogareño. Sin embargo, el requisito no tiene absolutamente ninguna posibilidad de limitar la excepción, porque el propietario del establecimiento sigue disponiendo de total libertad para amortizar la adquisición y cubrir los gastos de funcionamiento del equipo sonoro o audiovisual trasladando esos costos a los clientes de los bienes y servicios.

49. *La transmisión o retransmisión no puede transmitirse a su vez fuera del establecimiento en que se recibe.* La nueva transmisión o retransmisión significaría, desde luego, que se alcanzaría a un nuevo público y de ese modo se efectuaría una nueva comunicación al público. En consecuencia, tampoco esta condición tiene en la práctica absolutamente ninguna posibilidad de limitar la excepción en forma significativa.

50. *La transmisión o retransmisión debe contar con licencia del titular del derecho de autor de la obra interpretada o ejecutada.* Esto significa que el organismo de radiodifusión debe contar con la adecuada licencia del titular de los derechos. Teniendo en cuenta que prácticamente todas las emisoras de radio y televisión de los Estados Unidos tienen licencia de organizaciones

³⁴ Véanse las notas de pie de página 25 y 26.

administradoras de los derechos de los intérpretes y ejecutantes, esta condición tampoco tiene probabilidades de ejercer ningún efecto práctico que limite el alcance de la exención.

c) Resumen

51. Las exenciones respecto de la protección del derecho de autor que figuran en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor pueden resumirse del siguiente modo:

En lo que respecta a las obras amparadas por el derecho de autor que no son obras musicales no dramáticas, cualquier persona puede, en los Estados Unidos, difundir esas obras tomadas de la radio o

detalladas sobre la observancia de las normas de fondo en materia de derechos de propiedad intelectual, lo que constituía una absoluta novedad en materia de normas internacionales sobre tales derechos.

60. El llamado "Texto Dunkel" del Acuerdo sobre los ADPIC, de diciembre de 1991, se incorporó en forma casi literal en el Acta Final adoptada en la Conferencia Ministerial de Marrakech, en abril de 1994, que dio término con éxito a las negociaciones de la Ronda Uruguay. Las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC pasaron a ser plenamente aplicables a los países Miembros de la OMC que no eran países en desarrollo a partir del 1º de enero de 1996 (párrafo 1 del artículo 65 del Acuerdo).

2. La protección del derecho de autor en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC

61. Las disposiciones de fondo para la protección del derecho de autor (incluidos los derechos conexos) figuran en la sección 1 de la parte II, es decir, en los artículos 9 a 14 del Acuerdo sobre los ADPIC. El artículo 9 estipula el principio de que los Miembros de la OMC deben observar las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna (sus artículos 1 a 21) y reitera el principio básico de la protección por el derecho de autor, es decir, que la protección sólo abarca las expresiones pero no las ideas, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

62. El artículo 12 del Acuerdo establece normas mínimas sobre la duración de la protección de las obras amparadas por el derecho de autor. El plazo de protección para muchas obras es de 50 años contados desde la muerte de su autor.

63. El párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna prohíbe la imposición de limitaciones o excepciones al derecho de reproducción, salvo en determinados casos especiales en que esos límites o excepciones no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, que también debe interpretarse junto con el artículo 20 del Convenio de Berna, hace aplicable esta disposición igualmente a todos los demás derechos exclusivos correspondientes al derecho de autor y los derechos conexos, circunscribiendo de ese modo estrictamente las limitaciones y excepciones que los países Miembros de la OMC pueden imponer.

3. El artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor a la luz de los artículos 17 y 18 del Acuerdo sobre los ADPIC

b) Párrafo 1) del artículo 11bis del Convenio de Berna

66. La disposición que tiene particular importancia en el asunto presente es el párrafo 1 del artículo 11bis del Convenio de Berna, que dice así:

"1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;

ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida."

67. El artículo 11bis fue introducido en el Convenio de Berna con ocasión de la revisión de Roma (1928), y desarrollado más detalladamente en la revisión de Bruselas (1948), en una época en que la comunicación al público por altavoz, radio, etc., se había convertido en un medio de comunicación muy importante. Ese medio de comunicación era claramente similar a la interpretación o ejecución pública de una obra, salvo en que acrecentaba su público potencial.

68. Cada uno de los usos que se indican en los puntos 1) a 3) del párrafo 1) del artículo 11bis del Convenio de Berna debe considerarse un uso separado, que requiere una autorización independiente para cada uno de ellos, otorgada por el titular del derecho de autor.⁴⁰ El punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11bis del Convenio de Berna es la disposición pertinente a los efectos de este asunto.

³⁹ Véase también *Message from the President of the United States transmitting the Uruguay Round Trade Agreements, texts of Agreements Implementing Bill, Statement of Administrative Action and Required Supporting Statement, 103^d Congress, 2^d Session, House Document 103-316*, volumen 1, página 981, septiembre de 1994 ([prueba documental EC-8](#)).

⁴⁰ El razonamiento en que esto se basa está explicado en la *Guía del Convenio de Berna* de la OMPI, 1978, páginas 81 y 82: "Se plantea la cuestión de si la autorización de radiodifundir una obra que se concede a la emisora comprende además cualquier utilización de la emisión, incluso su comunicación pública mediante altavoz, sobre todo si se persiguen fines de lucro.

artículo 11bis.12. La respuesta del Convenio es negativa al atribuir al autor, también en este caso, un derecho exclusivo. De igual modo que cuando la recepción de la emisión va seguida de una comunicación pública de la misma, dirigida a un nuevo círculo de oyentes (o de televidentes), bien mediante una nueva emisión o bien mediante transmisión por hilo (véase el inciso ii) del párrafo 1), se considera que la comunicación a través de altavoz (o instrumento análogo) llega a un público nuevo, distinto del que el autor tuvo presente cuando autorizó la radiodifusión de su obra. Efectivamente, y aunque por definición la radiodifusión puede llegar a un número indeterminado de personas, al autorizar esta modalidad de explotación de su obra el autor sólo tiene presentes a los usuarios directos, es decir, los proveedores de aparatos receptores que captan las emisiones individualmente o en un ámbito privado o familiar. A partir del momento en que se efectúa esta captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto (a veces con fines de lucro), es una nueva fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha [o de la visión] de la obra, con lo cual la comunicación de la emisión a través de altavoz (o instrumento análogo) no constituye ya la simple recepción de la emisión misma, sino un acto independiente mediante el cual la obra emitida es comunicada a un público nuevo. Y esta recepción pública da lugar al derecho exclusivo de autorización, que corresponde al autor.

artículo 11bis.13. El ejemplo citado se refiere a la música; pero, evidentemente, ese derecho

69. No puede haber duda de que el artículo 11*bis* del Convenio de Berna abarca no sólo la comunicación al público que emana de emisiones de radio, sino también la procedente de la televisión.⁴¹ Tampoco puede haber duda de que, con arreglo al artículo 2 del Convenio de Berna, las obras musicales, dramáticas, dramático-musicales y demás obras musicales constituyen obras literarias y artísticas.⁴² En consecuencia puede extraerse la conclusión de que las obras a las que niega protección el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (en sus dos alternativas) Tw ss arras

través de la radio o la televisión por ondas hertzianas y se difunden en locales comerciales para el disfrute de sus clientes, los EE.UU. no otorgan la protección a que están obligados con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna.

c) Párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna

74. Esta disposición dice así:

"1) Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

i) ...

ii) la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras."

75. Mientras que el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna requiere que la obra musical se haya transmitido por ondas hertzianas en algún momento de su camino hasta el aparato receptor, el punto 2) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna comprende el caso en que toda la transmisión se efectúa por hilo.⁴⁶

76. Las consideraciones expuestas antes en relación con el artículo 11*bis* del Convenio de Berna acerca de las obras y de la comunicación pública se aplican, *mutatis mutandis*, al párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna.

77. En consecuencia, puede afirmarse que la difusión de música o de otras obras amparadas por el derecho de autor en locales comerciales, tomadas de la radio o la televisión para el disfrute de los clientes, tal como se indica en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, constituye un acto protegido por el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna si toda la transmisión de radio o televisión se efectúa por hilo. Al negar esa protección, los EE.UU. incurren en violación de sus obligaciones derivadas del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna.

4. Excepciones admisibles a la protección del derecho de autor

78. Aunque los EE.UU. han controvertido en algún momento que una "radio de tipo hogareño" sea un "altavoz u otro instrumento análogo" en el sentido del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, posteriormente se han apoyado exclusivamente en la afirmación de que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor sería admisible en virtud de cláusulas de excepción incluidas en el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC. En particular, los EE.UU. se han referido a las llamadas "pequeñas excepciones" del Convenio de Berna, al párrafo 2) del artículo 9 y al párrafo 2) del artículo 11*bis* de ese Convenio y al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁴⁶ Véanse las inequívocas expresiones de la *Guía del Convenio de Berna* de la OMPI, 1978, página 76, que dice así: "La segunda parte del derecho de representación o de ejecución pública atribuye al autor el derecho exclusivo de autorizar la transmisión pública por todos los medios de la representación y de la ejecución de su obra. 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 sus abonados a través de una red telefónica, se ha de aplicar el artículo 11".

79. Las CE y sus Estados miembros desean señalar que la carga de invocar y probar la aplicabilidad de una excepción recae en la parte que se vale de ella. Este criterio está en conformidad con los informes del Órgano de Apelación en los asuntos *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*⁴⁷ y *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*.⁴⁸

80. En esta situación, las CE y sus Estados miembros desean afirmar que, a su juicio, ninguna de las excepciones a la protección del derecho de autor que figuran en el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna puede excusar -total ni parcialmente- las exenciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. Las CE y sus Estados miembros formularán sus observaciones acerca de esta cuestión en términos más detallados a la luz de los argumentos que los EE.UU. deseen exponer al respecto ante el Grupo Especial.

5. Anulación y menoscabo

81. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC, el artículo XXIII del GATT y el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, se presume que el incumplimiento de las obligaciones de los EE.UU. con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC constituye un caso de anulación o menoscabo.

VI. CONCLUSIÓN

82. Las CE y sus Estados miembros, en consecuencia, solicitan respetuosamente al Grupo Especial que constate que los EE.UU. han incurrido en incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, junto con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna, y que deben poner su legislación interna en conformidad con sus obligaciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.

⁴⁷ WT/DS2/AB/R (adoptado el 20 de mayo de 1996), página 28.

⁴⁸ WT/DS33/AB/R (adoptado el 23 de mayo de 1997), página 16.

APÉNDICE 1.2

- en virtud de la parte A), cualquier persona está autorizada a ejecutar en sus locales comerciales, para el disfrute de sus clientes, sin el consentimiento de los titulares del derecho de autor, cualquier otra obra amparada por ese derecho, como las obras de teatro, óperas o comedias musicales, tomadas de emisiones de radio o televisión, con la condición, en particular, de que el equipo utilizado pueda considerarse "de tipo hogareño".

5. En opinión de las CE y sus Estados miembros, estas medidas de los Estados Unidos constituyen infracción de las obligaciones de los Estados Unidos con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC. En particular, las medidas de los Estados Unidos son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con el párrafo 1) del artículo 11 y el párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna y no pueden justificarse en virtud de ninguna excepción o limitación, explícita ni implícita, admisible con arreglo al Convenio de Berna o al Acuerdo sobre los ADPIC. Estas medidas causan perjuicio a intereses legítimos de titulares de derecho de autor europeos, anulando y menoscabando los derechos de las CE y sus Estados miembros.

6. Los intereses económicos de las CE y sus Estados miembros en esta cuestión son importantes. Según un estudio al que las CE y sus Estados miembros habrán de referirse en la parte IV, aproximadamente un 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y un 45 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos pueden ejecutar música de la radio o la televisión, sin limitación alguna, sin el consentimiento del titular del derecho de autor. Esto demuestra claramente las posibilidades que origina el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor en cuanto a causar pérdidas muy importantes de ingresos por licencias.

II. LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS AMPARADAS POR EL DERECHO DE AUTOR Y LAS EXCEPCIONES A ESA PROTECCIÓN PREVISTAS EN LA LEY DE DERECHO DE AUTOR DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. Antecedentes históricos: el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor antes de su enmienda de 1998 (la "exención de uso hogareño")

7. En virtud del artículo 106 de la Ley de Derecho de Autor de 1976, el titular de los derechos sobre una obra tiene el derecho exclusivo de reproducir la obra, preparar obras derivadas y distribuir copias de la obra. Con arreglo al artículo 106(4) de dicha Ley, el titular del derecho de autor también tiene el derecho exclusivo de "*interpretar o ejecutar en público la obra amparada por el derecho de autor*".

8. Para comprender cabalmente las exenciones incluidas en la versión actual del artículo 110(5) resulta útil considerar su versión anterior. Antes de 1999, el artículo 110(5) sólo consistía en la actual parte A). La parte B) fue añadida en virtud de la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales", en octubre de 1998. La versión de 1976 del artículo 110(5) se conocía

emisión de radiodifusión a fin de poder comunicarla al público legalmente, pero el Sr. Aiken carecía de licencia de los titulares de derechos sobre las obras amparadas por el derecho de autor que se difundían en sus locales a través de la radio. El Tribunal Supremo eximió de responsabilidad al Sr. Aiken sobre la base de la Ley de Derecho de Autor de 1909 (antecesora de la Ley de 1976) ya que, según el Tribunal, lo que él hacía no podía considerarse una "interpretación o ejecución" en el sentido de dicha Ley.

10. En cambio, en la Ley de Derecho de Autor de 1976 la nueva definición de "interpretación o ejecución" abarcaba claramente lo que había hecho el Sr. Aiken. Para que las "actividades Aiken" siguieran estando permitidas sin el consentimiento del titular de los derechos, se insertó en la Ley de Derecho de Autor una disposición expresa que otorga a los usuarios una exención respecto de la responsabilidad por derecho de autor.

11. El alcance del artículo 110(5) (en su versión referente al "uso hogareño") ha evolucionado con el curso de los años. En la época en que se aprobó la Ley de Derecho de Autor de 1976, el propósito del Congreso de los Estados Unidos parecía ser que la excepción tuviera un alcance restringido y sólo se aplicara a los pequeños establecimientos comerciales "donde mamá atiende el mostrador y papá hace de cajero". Sin embargo, el propósito del Congreso no era del todo claro (puede apreciarse un ejemplo ilustrativo de la ambigüedad de propósitos del legislador en las actas del Congreso que hemos presentado en la prueba documental EC-3).

12. Aunque los Estados Unidos han afirmado reiteradas veces que sus tribunales han interpretado restrictivamente esta disposición, cuando se examina con detenimiento la voluminosa jurisprudencia sobre el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976 no se llega a la misma conclusión. En estos 20 años de jurisprudencia pueden distinguirse dos períodos.

13. Hasta comienzos del decenio de 1990, los principales elementos que los tribunales tomaban en consideración a este respecto eran los siguientes:

- el tamaño físico del establecimiento;
- la importancia económica del establecimiento;
- el número de altavoces;
- el hecho de que los altavoces estuvieran sueltos o embutidos en el techo;
- la medida en que se considerara que el aparato receptor era de los utilizados habitualmente en hogares privados.

Como consecuencia de la formulación ambigua del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976, los tribunales aplicaron selectivamente diversos criterios o conjuntos de criterios, lo que dio lugar a una jurisprudencia un tanto incoherente.

14. En los últimos años, en lugar de examinar los antecedentes legislativos del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976, los tribunales comenzaron a hacer mayor hincapié en la letra de la disposición sobre la exención de uso hogareño, lo que originó una interpretación más amplia de la exención. De este modo se declaró que las empresas de ciertas grandes cadenas de tiendas estaban exentas de la obtención de licencia y del pago de regalías. Los asuntos *Edison* y *Claire's Boutiques* presentan sentencias ilustrativas dictadas por dos Tribunales de Apelaciones federales con un mes de diferencia.

Usos exentos

21. La exención que figura en la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor comprende las transmisiones o retransmisiones que incorporen 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 como tal por la Comisión Federal de Comunicaciones. Esto comprende, en lo fundamental, una situación que parece análoga a la abarcada por la exención de uso hogareño, es decir: los establecimientos abiertos al público pueden hacer funcionar en sus locales receptores de radio o televisión para el disfrute de sus clientes sin el consentimiento de los titulares de derechos.

22. Una última diferencia consiste en que la parte B) no se aplica a las "obras" en general, sino únicamente a las "obras musicales no dramáticas", es decir, a la música popular y no a las óperas, operetas o comedias musicales.

23. Mientras que la anterior "exención de uso hogareño" y la actual parte A) limitan la excepción al empleo de un único aparato receptor utilizado habitualmente en los hogares privados, esta condición está totalmente ausente de la parte B) para los casos en que el establecimiento no exceda de determinada superficie. Para todos los establecimientos mayores, el requisito del "uso hogareño" ha sido sustituido por condiciones mucho menos rigurosas respecto del equipo sonoro o de televisión que puede emplearse: en términos prácticos, limita a seis el número de altavoces. Además, la comunicación al público de *retransmisiones*, que no estaba exenta expresamente en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976, ahora lo está.

24. La mayoría de los programas de televisión de los Estados Unidos se transmiten por emisión hertziana, por cable o mediante satélite. Por lo tanto, la inclusión expresa de esta forma de transmisión hace que los programas de televisión queden totalmente sujetos a las excepciones en todas las formas de transmisión.

25. Cabe presumir que la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se aplica al caso de la comunicación pública de obras musicales mediante nuevas tecnologías, como las redes informáticas (por ejemplo, Internet), habida cuenta de la redacción de esta norma. Este modo de transmisión, cuya importancia se acentúa cada día, ha quedado sujeto ahora a la exención de la protección por el derecho de autor. Se menciona el ejemplo siguiente para ilustrar una situación en que adquiere importancia lo señalado: un organismo de radio (o televisión) autorizado por la Comisión Federal de Comunicaciones transmite paralelamente su emisión hertziana junto con una transmisión en Internet (en su sitio Web). Esos programas se reciben por un ordenador conectado con diversos altavoces en un bar u otro establecimiento que cumple todas las condiciones estipuladas en la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. Aunque las CE y sus Estados miembros estiman que la comunicación por una red digital también involucra los derechos de reproducción y de distribución, en el asunto presente no están en juego esos derechos.

En este asunto se trata exclusivamente del derecho de comunicación al público; y a nuestro juicio la primera comunicación escrita de los Estados Unidos no respalda en parte alguna su aseveración (hecha en el punto 16) de que la comunicación al público de obras mediante un ordenador 5) tán en juego eso372blico de

25.

- si el establecimiento tiene una superficie bruta menor de 2.000 pies cuadrados (186 m²), la exención rige sin ninguna otra condición; es decir, puede emplearse cualquier equipo sonoro, también el de carácter profesional, y cualquier número de altavoces;
- si el establecimiento tiene una superficie bruta mayor de 2.000 pies cuadrados, la exención rige con las siguientes condiciones:
 - si la interpretación o ejecución se realiza únicamente por medios sonoros, puede comunicarse mediante un máximo de 6 altavoces, de los cuales pueden situarse como máximo 4 en cada habitación;
 - si la interpretación, ejecución o exhibición se efectúa por medios audiovisuales:
 - las partes visuales de la interpretación o ejecución pueden comunicarse mediante un máximo de 4 artefactos audiovisuales, situándose no más de 1 en cada habitación. Además, esos artefactos deben tener una pantalla cuya diagonal no sea mayor de 55 pulgadas;
 - las partes sonoras de la interpretación o ejecución pueden comunicarse mediante un máximo de 6 altavoces, de los cuales no pueden colocarse más de 4 en cada habitación.

27. Para los establecimientos de servicios de comidas o bebidas rigen las siguientes condiciones aún más generosas:

- si el establecimiento tiene una superficie bruta inferior a 3.750 pies cuadrados (348 m²), la exención rige sin condiciones, es decir, puede utilizarse cualquier clase de equipo sonoro o audiovisual, incluido el equipo profesional, y cualquier número de altavoces;
- si el establecimiento tiene una superficie bruta mayor de 3.750 pies cuadrados, la exención rige con las siguientes condiciones:
 - si la interpretación o ejecución se realiza únicamente por medios sonoros, puede comunicarse mediante un máximo de 6 altavoces, de los cuales pueden situarse como máximo 4 en cada habitación;
 - si la interpretación, ejecución o exhibición se efectúa por medios audiovisuales:
 - las partes visuales de la interpretación o ejecución pueden comunicarse mediante un máximo de 4 artefactos audiovisuales, situándose no más de 1 en cada habitación. Además, esos artefactos deben tener una pantalla cuya diagonal no sea mayor de 55 pulgadas;
 - las partes sonoras de la interpretación o ejecución pueden comunicarse mediante un máximo de 6 altavoces, de los cuales no pueden colocarse más de 4 en cada habitación.

28. La exención se aplica a los "*establecimientos*", que ahora están definidos por el artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos (en virtud de la modificación introducida por el

- un 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas de los Estados Unidos tiene una superficie inferior a 3.750 pies cuadrados; y
- un 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos tiene una superficie inferior a 2.000 pies cuadrados.

34. Estas cifras comprenden bares, restaurantes, salones de té, cantinas, etc., y tiendas minoristas. Sin embargo, no se han tenido en cuenta otros sectores en que es probable que queden igualmente exonerados diversos establecimientos (por ejemplo: hoteles, locales de servicios financieros, oficinas de negocios inmobiliarios y otros tipos de locales de servicios).

35. Para presentar de otra manera los resultados de estos datos: aproximadamente el 70 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas y comidas de los Estados Unidos y el 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista del país tienen derecho, en virtud del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, sin limitación alguna, a difundir música tomada de la radio y la televisión en sus locales comerciales para el disfrute de sus clientes sin el consentimiento de los titulares del derecho de autor, privando a éstos de cualquier posible fuente de ingresos por concepto de licencias por el uso de sus obras. Todos los demás establecimientos –de mayor superficie– se benefician, desde luego, de la excepción de la parte B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor si cumplen varias condiciones muy poco exigentes respecto del número de altavoces autorizados.

36. Dun and Bradstreet había preparado otras cifras basadas en sus propias estimaciones y no en las respuestas efectivamente recibidas a sus cuestionarios, a las que nos hemos referido en nuestra primera comunicación escrita. Como los resultados de ambos análisis son muy similares, no nos proponemos reiterar las cifras aquí.

37. Para fines de comparación, las cifras preparadas en 1995 por Dun and Bradstreet por cuenta del Congreso de los Estados Unidos arrojaban los siguientes resultados:

- la primera hipótesis aplicaba el supuesto de que los locales exentos sin condiciones de la responsabilidad por derecho de autor no excedieran de la superficie del establecimiento de Aiken, que era de 1.055 pies cuadrados. Quedan por debajo de ese límite de superficie, beneficiándose en consecuencia de la exención incondicional:
 - 16 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas de los Estados Unidos;
 - 13,5 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas de los Estados Unidos;
 - 18 por ciento de los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos.
- la segunda hipótesis se basó en otro supuesto: que la exención incondicional respecto del derecho de autor se aplicara a los establecimientos de servicios de comidas y de bebidas con una superficie inferior a 3.500 pies cuadrados y a los establecimientos de comercio minorista de menos de 1.500 pies cuadrados. Quedan por debajo de esa superficie mínima, beneficiándose en consecuencia de la exención incondicional:
 - 65 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas de los Estados Unidos;

- 72 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas de los Estados Unidos; y
- 27 por ciento de los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos.

38. Estas cifras no sólo corroboran las del análisis de Dun and Bradstreet de 1999, sino que demuestran también con suma claridad el aumento muy considerable del alcance de la exención como consecuencia de la Ley de Derecho de Autor de 1976 en comparación con la excepción actualmente en vigor. El alcance respecto de los establecimientos de servicios de comidas registra un incremento del 437 por ciento; en los establecimientos de servicios de bebidas, del 540 por ciento; y en los establecimientos de comercio minorista, de 250 por ciento. Habremos de volver a referirnos a estas cifras más adelante y de explicar por qué son pertinentes respecto del asunto.

IV. INCOMPATIBILIDAD DE LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS CON

- 3°, *la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.*"

42. El artículo 11*bis* fue introducido en el Convenio de Berna con ocasión de la revisión de Roma (1928), y desarrollado más detalladamente en la revisión de Bruselas (1948), en una época en que la comunicación al público por altavoz, radio, etc., se había convertido en un medio de comunicación muy importante. Ese medio de comunicación se consideraba claramente similar a la interpretación o ejecución pública de una obra, salvo en que acrecentaba su público potencial.

43. Cada uno de los usos que se indican en los puntos 1° a 3° del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna debe considerarse un uso separado, que requiere una autorización independiente para cada uno de ellos, otorgada por el titular del derecho de autor. El punto 3° del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna es la disposición pertinente a los efectos de este asunto.

Párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna

44. Mientras que el punto 3° del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna requiere que la obra musical se haya transmitido por ondas hertzianas en alguna parte de su camino al aparato receptor, el punto 2° del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio se refiere al caso en que la transmisión se ha efectuado íntegramente por hilo.

2. Compatibilidad del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor 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

45. Habida cuenta de que los Estados Unidos parecen admitir que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se aparta de las disposiciones del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (párrafo 17 de su primera comunicación escrita), habremos de limitar nuestra exposición hoy al análisis de las siguientes observaciones remitiéndonos a la presentación sistemática del análisis jurídico que se efectuó en nuestra primera comunicación escrita acerca del punto 3° del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2° del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna. Al negar la protección del derecho de autor a las obras cuando se las recibe a través de la radio o la televisión por ondas hertzianas y se las difunde posteriormente en locales comerciales para el disfrute de sus clientes, los Estados Unidos no otorgan la protección a que están obligados en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con el punto 3° del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna.

46. Las consideraciones expuestas en relación con el artículo 11*bis* del Convenio de Berna se aplican, *mutatis mutandis*, al párrafo 1) del artículo 11 del mismo Convenio. Cabe afirmar, por lo tanto, que la difusión de música u otras obras amparadas por el derecho de autor, tomadas de la radio o la televisión, en locales comerciales para el disfrute de sus clientes, que se describe en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, constituye un acto protegido por el punto 2° del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna si toda la transmisión por radio o televisión se efectúa por hilo. Al negar esa protección, los Estados Unidos incurren en incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, junto con el punto 2° del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna.

3. Excepciones admisibles a la protección del derecho de autor

47. Las CE y sus Estados miembros desearían señalar que la carga de invocar y probar la aplicabilidad de una excepción recae en la parte que se vale de ella. Este criterio está en conformidad con los informes del Órgano de Apelación en los asuntos *Estados Unidos – Pautas para la gasolina*

54. Aunque los Estados Unidos parecerían estar de acuerdo hasta este punto, manifiestan la opinión de que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC establece una cláusula de excepción que, en caso de cumplirse su triple condición, permite establecer excepciones a los derechos exclusivos otorgado por los artículos 11 y artículo 11*bis* del Convenio de Berna. Las CE y sus Estados miembros discrepan con esta interpretación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

55. En primer lugar, el artículo 20 del Convenio de Berna es claramente contrario a la interpretación que los Estados Unidos dan al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC porque sólo permite a "los países de la Unión (de Berna) ... adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio". En otras palabras, los países del Convenio de Berna no pueden convenir en otro tratado en reducir el nivel de protección del Convenio de Berna. La interpretación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC que hacen los Estados Unidos tendría precisamente el efecto de reducir el nivel de protección del Convenio de Berna.

56. El artículo 20 del Convenio de Berna encuentra su correlato en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que estipula lo siguiente:

"Ninguna disposición de la Partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del ... Convenio de Berna".

57. Además, la interpretación que dan los Estados Unidos al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC llevaría a la consecuencia absurda de que el Acuerdo reduciría el nivel de protección establecido en el anterior Convenio de Berna. Lo cierto es lo contrario: tanto las CE y sus Estados miembros como los Estados Unidos lucharon enérgicamente, y finalmente con éxito, para acrecentar mediante el Acuerdo sobre los ADPIC los niveles de protección preexistentes.

58. Aun cuando el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se considerase aplicable a los artículos 11 o artículo 11*bis* del Convenio de Berna, en lo que respecta a este último cualquier excepción o limitación admisible tendría que otorgar como mínimo al autor una remuneración equitativa (última frase del párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna), cosa que no hace el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. Esta opinión parece ser plenamente compartida por Australia (véanse los puntos 2.10 y 5.2 de su comunicación como tercero).

59. De cualquier modo, el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor no cumple los tres criterios establecidos en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, respecto de su parte A) ni respecto de su parte B).

60. Antes de analizar las tres condiciones que figuran en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC parecen indispensables algunas observaciones más, referentes a todo el sistema, sobre la argumentación de los Estados Unidos

61. En varios lugares de su primera comunicación escrita (por ejemplo, los puntos 28 y 29), los Estados Unidos dejan la impresión de que los derechos exclusivos que figuran en el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC forman un orden jerárquico, con derechos "importantes" y derechos "no importantes", y se refieren a los derechos de ejecución pública que figuran en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 y el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna como derechos "secundarios". Las CE y sus Estados miembros discrepan con este punto de vista. Todos y cada uno de los derechos exclusivos estipulados en el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC son derechos independientes igualmente importantes, que deben considerarse en función de sus méritos respectivos. La importancia relativa para cada titular de derecho de autor habrá de variar según el tipo de obra de que se trate y la forma en que el autor administre sus obras.

62. Se deduce de lo anterior que, contrariamente a lo que parecen sugerir los Estados Unidos en los puntos 28 y 29 de su primera comunicación escrita, no es posible sostener sobre la base del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC que un mayor nivel de protección respecto de un derecho exclusivo determinado puede justificar la reducción de la protección de otro derecho exclusivo por debajo del nivel mínimo. En otras palabras: no es posible justificar una protección inferior a la norma mínima respecto de los derechos de interpretación o ejecución pública invocando una protección superior a la norma mínima en el derecho de reproducción. También Australia destaca en su comunicación como tercero que los distintos derechos exclusivos otorgados a los titulares de derecho de autor deben apreciarse por separado (véase, por ejemplo, el punto 3.8).

63. Además, los Estados Unidos se refieren también en varias oportunidades a acuerdos celebrados entre operadores privados o sus asociaciones y las asociaciones que representan a titulares de derecho de autor (por ejemplo, en el punto 12 de su primera comunicación escrita) y alegan que esos acuerdos privados eran similares a lo que en definitiva se codificó en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. Aunque los Estados Unidos no han suministrado el acuerdo al que se hace referencia, la apreciación de las dos principales sociedades recaudadoras de derechos de los Estados Unidos se manifestó en términos inequívocos en un comunicado de prensa conjunto de BMI y la ASCAP el día siguiente a la aprobación por el Congreso de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales, del que habrán de citarse solamente unos pocos pasajes (el texto completo del comunicado de prensa se presentará como prueba documental EC-8).

"Con esta ley sobre las licencias musicales, que incauta bienes privados de los titulares de derecho de autor, el Gobierno de los Estados Unidos ha perjudicado gravemente a los creadores de canciones, los compositores y los editores de los Estados Unidos ... Los ingresos de los autores de canciones, compositores y editores han quedado reducidos en decenas de millones de dólares cada año."

Lo que es más importante: el argumento de los Estados Unidos, cuando se refieren a acuerdos privados para justificar disposiciones de una ley, establece un círculo vicioso. Es tarea del legislador fijar el marco jurídico y otorgar determinados derechos. Es sólo después de que el legislador ha establecido ese marco jurídico que los operadores económicos privados pueden comenzar a actuar dentro de tal marco. Las partes sólo pueden convenir útilmente en un contrato de licencia si la ley estipula un derecho de interpretación o ejecución pública. Para los usos que son libres, como los previstos en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, no tiene objeto un contrato de licencia porque no hay derecho alguno que pueda ser objeto de ella. En su comunicación como tercero, Australia señala acertadamente que el derecho a obtener una remuneración tiene que distinguirse del caso en que el titular de derechos opta por no hacer valer su derecho (véanse los puntos 3.12 y 3.13).

64. Los Estados Unidos también se refieren a las dificultades administrativas intrínsecas de la concesión de licencias a un número muy grande de pequeños establecimientos. Desde el punto de vista lógico, las cuestiones relativas a la forma de hacer valer un derecho no pueden invocarse para justificar la eliminación de su existencia misma. Sólo es posible hacer valer un derecho si está reconocido por la ley. Las sociedades recaudadoras europeas están otorgando con éxito licencias para grandes cantidades de establecimientos igualmente pequeños, y en apariencia no tropiezan con obstáculos insalvables. En los Estados Unidos parecería que, si las sociedades recaudadoras efectivamente encuentran dificultades administrativas, ello se debe a que en ese país las sociedades recaudadoras nunca desarrollaron la estructura administrativa necesaria para otorgar licencias a los pequeños establecimientos debido a la falta de protección legal que durante prolongados períodos existió allí. El argumento de los Estados Unidos también falla porque el artículo 110(5) niega protección a obras amparadas por el derecho de autor que provienen de la radio y la televisión. La difusión de obras amparadas por el derecho de autor tomadas de discos compactos y cintas no está incluida en las excepciones. En otras palabras: los operadores de establecimientos deben obtener licencia para difundir música tomada de discos compactos o cintas, pero pueden difundirla sin licencia

tomándola de la radio o la televisión. Esta diferencia es difícil de justificar. Si el otorgamiento de licencias a gran número de establecimientos tropieza con dificultades insalvables, ello tiene que ocurrir con independencia del medio utilizado; o bien, de lo contrario, no ocurre tal cosa.

65. Examinemos ahora más concretamente las tres condiciones que hacen admisibles las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos conforme al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC:

- tienen que circunscribirse a determinados casos especiales;
- no deben atentar contra la explotación normal de la obra; y
- no deben causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Estas tres condiciones tienen que cumplirse acumulativamente.

66. Cuando los Estados Unidos sostienen que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor circunscribe la exclusión respecto de la protección del derecho de autor a "determinados casos especiales" (párrafos 24 a 26 de su primera comunicación escrita), esto parecería más bien, a juicio de las CE y sus Estados miembros, una alegación de que las excepciones están bien definidas en cuanto a la certidumbre jurídica. Sin embargo, nada se dice sobre por qué la difusión de música tomada de la radio y la televisión para el disfrute de los clientes es "especial" en relación con otros casos. Una de las cuestiones que surgen de inmediato es por qué la ejecución de música tomada de la radio o la televisión es "especial" en comparación con la música de discos compactos o cassetes. La observación que formula Australia en su comunicación como tercero (véase el punto 5.5) de que "... el artículo 110(5) parece establecer una exención genérica en favor de esos establecimientos en lugar de referirse a determinados casos especiales" llega a la misma conclusión.

67. Además, el hecho de que la excepción alcance a cantidades muy importantes de establecimientos demuestra que la exoneración constituye la regla más que la excepción, en una situación en que abarca entre la mitad y más de dos terceras partes de los establecimientos de los Estados Unidos.

68. En cuanto a la parte A) del artículo 110(5), la referencia a "aparatos receptores de tipo hogareño" es en sí misma de tal imprecisión que no crea siquiera ninguna certidumbre jurídica, y mucho menos define con precisión un "caso especial" en el sentido del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

El concepto de aparato receptor de tipo hogareño es un "blanco móvil" sujeto a la evolución tecnológica. Los equipos sonoros que actualmente adquieren compradores privados corrientes para usarlos en sus hogares pueden tener varios cientos de vatios de potencia, y son aptos para cubrir varias veces la superficie de que se trataba en el histórico asunto *Aiken*.

69. Las limitaciones o excepciones no deben atentar contra la explotación normal de la obra. Como ya se indicó, este análisis tiene que efectuarse sobre la base individual de cada derecho exclusivo.

70. El punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 y el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis del Convenio de Berna crean un derecho exclusivo en favor del titular del derecho de autor para autorizar la interpretación o ejecución pública de su obra. Aunque resulta difícil determinar con precisión cuáles son las clases de interpretación o ejecución pública que no forman parte de la explotación normal de este derecho, en opinión de las CE y sus Estados miembros parece posible afirmar con certeza que, como mínimo, todos los usos que originan un beneficio económico para los usuarios de las obras están comprendidos en la explotación normal. La abundante jurisprudencia y la historia

organización de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes (párrafo 34 de su primera exposición escrita) se contradice con su propia afirmación (que figura en el párrafo 10 de su primera comunicación escrita) de que esas organizaciones han recurrido al hostigamiento y a tácticas abusivas en sus prácticas en materia de licencias.

75. En lo que respecta a la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, el carácter injustificado del perjuicio causado al titular de los derechos resulta de total evidencia cuando un 73 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas, un 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y un 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista están alcanzados incondicionalmente por la excepción, y el resto de los establecimientos también pueden quedar exentos en condiciones nada exigentes. En tal situación, la negación de la protección se ha convertido en la regla y la protección del derecho se ha convertido en la excepción.

76. En lo que respecta a los análisis elaborados por Dun and Bradstreet, uno de los poderes del Estado puede considerar, en los Estados Unidos, que son "carentes de significado en sí mismos"; pero lo cierto es que el análisis de 1995 fue encomendado por el Congreso de los Estados Unidos porque se esperaba contar con algún conocimiento significativo de los efectos de la superficie respecto de la exención. El análisis de 1998 fue una nueva aplicación de los análisis de 1995 basada en cifras de 1998. A juicio de las CE y sus Estados miembros, la cuantificación de las pérdidas económicas efectivas sufridas por los respectivos titulares de derechos es irrelevante; basta con acreditar la posibilidad del perjuicio sufrido.

77. En cuanto a la crítica formulada por los Estados Unidos en el sentido de que las CE no han realizado esfuerzo alguno para referirse a las consecuencias de estas excepciones para los titulares de derechos de las CE, basta con señalar que, como mínimo, un 25 por ciento de la música que se ejecuta en los Estados Unidos pertenece a titulares de derecho de autor de las CE.

78. Para resumir nuestra argumentación jurídica, Señora Presidenta y señores miembros del Grupo Especial, permítaseme señalar lo que sigue.

En opinión de las CE y sus Estados miembros, que en apariencia comparten los Estados Unidos, el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se aparta de lo dispuesto en 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 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna.

79. Las CE y sus Estados miembros no concuerdan con la defensa de los Estados Unidos según la cual la excepción estipulada en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor puede justificarse sobre la base del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. En opinión de las CE y sus Estados miembros, el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC no es aplicable a los artículos 11 y artículo 11*bis* del Convenio de Berna porque tanto el artículo 20 del Convenio de Berna como el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC impiden que este último amplíe el ámbito de aplicación de las excepciones permitidas por el Convenio de Berna. En cualquier caso, ninguna excepción al artículo 11*bis* del Convenio de Berna podría desconocer el requisito estipulado en la última frase del párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, que requiere como mínimo que

APÉNDICE 1.3

RESPUESTAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL - PRIMERA REUNIÓN

(19 de noviembre de 1999)

I. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS A LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS POR EL GRUPO ESPECIAL

Legislación de las CE

Pregunta 1

Sírvanse indicar qué tipos de pequeñas excepciones rigen para la interpretación o ejecución pública de obras en el derecho de las CE o en las leyes de sus Estados miembros, y en particular si se aplica o no alguna limitación a los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y a los demás establecimientos comerciales (a los que se hará referencia en adelante como "otros establecimientos").

Respuesta

Véase la respuesta a la pregunta 2.

Pregunta 2

En la legislación de las CE, o de sus Estados miembros, ¿está sujeta la comunicación al público de música radiodifundida o ejecutada mediante grabaciones de sonidos o en directo a derechos exclusivos o a un derecho de remuneración, y se hacen valer los derechos respecto de tales usos de la música por los titulares o por sus organizaciones de administración colectiva?

Respuesta

Aunque el Grupo Especial emplea aquí, y en otros casos, la expresión "pequeñas excepciones", las CE y sus Estados miembros desearían señalar que esa expresión no es un término técnico conforme al Convenio de Berna ni al Acuerdo sobre los ADPIC. Habremos de referirnos a "excepciones" en relación con el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y a excepciones expresas en relación con el Convenio de Berna, y a "pequeñas reservas" cuando se trate del concepto que fue considerado en las Conferencias Diplomáticas de Bruselas y de Estocolmo de la Unión de Berna.

No existe ninguna norma legislativa de las CE que trate directamente la cuestión de las excepciones a la interpretación o ejecución pública de obras; esta cuestión está tratada exclusivamente en las leyes internas de los Estados miembros. Debido al plazo muy breve de que se

Según las informaciones de que disponemos, parece posible afirmar con certeza que ninguno

- i) **la radiodifusión y la comunicación de la obra radiodifundida, en el sentido de los puntos 1º) y 2º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna;**

las CE. Sin embargo, la grabación con la versión de Frank Sinatra fue producida en los Estados Unidos. Las ventas de esa grabación, por lo tanto, no se clasificarán como "ventas de una grabación francesa".

El porcentaje de 25 por ciento que se empleó en el punto 77 de nuestra exposición oral se basa en una estimación suministrada a las CE por las empresas, que utilizaron datos publicados según

Pregunta 7

Sírvanse facilitar cualquier información de mercado referente a otros países que consideren de interés para el asunto tratado.

Respuesta

Las CE y sus Estados miembros no disponen de datos de mercado referentes a otros países.

Obligaciones derivadas de tratados internacionales

Pregunta 8

Sírvanse explicar qué derechos exclusivos resultan afectados, en qué medida, por cuáles disposiciones concretas del párrafo 1 del artículo 11 y el párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, como consecuencia de qué disposiciones concretas de las partes A y/o B del artículo 110(5).

Respuesta

Como se indicó en los puntos 61 a 72 de nuestra primera comunicación escrita, y se ratificó en los puntos 41 a 46 de nuestra exposición oral en la primera reunión con el Grupo Especial, las CE y sus Estados miembros estiman -y en apariencia así lo comparten los EE.UU., Australia y Suiza- que ambas partes del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se apartan de las disposiciones del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna.

Ambas disposiciones del Convenio de Berna se refieren al mismo derecho exclusivo, es decir, la comunicación al público de una obra protegida. La distinción trazada entre las dos disposiciones se refiere a la forma en que las obras llegan al lugar en que han de difundirse al público: es decir, por ondas hertzianas en el artículo 11*bis* y por hilo en el artículo 11 (véase también la cita extraída de la *Guía del Convenio de Berna* que se menciona en la nota de pie de página 46 de nuestra primera comunicación escrita). Ambas partes del artículo 110(5) permiten la ejecución de música para el disfrute de los clientes.

Pregunta 9

Para el examen de la compatibilidad de las partes A y B del artículo 110(5) con el párrafo 1) del artículo 11*bis* o con el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna, según el caso, o para evaluar si el artículo 110(5) cumple o no los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, en particular sus condiciones segunda y tercera, ¿corresponde hacerlo sobre la base del alcance potencial de su aplicación, y no sobre la base de su efecto real actual?

Respuesta

En opinión de las CE y sus Estados miembros, el artículo 110(5) es incompatible con los artículos 11*bis* y 11 del Convenio de Berna simplemente porque se niega un derecho exclusivo, cosa que ocurre según ambas partes. La dicotomía entre el alcance potencial y el efecto real, a juicio de las CE y sus Estados miembros, es pertinente respecto de las tres condiciones que figuran en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esto, desde luego, exigiría que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC fuera aplicable como excepción a los artículos 11*bis* y 11 del Convenio de Berna, cosa que la CE y sus Estados miembros han negado reiteradas veces (véase también la respuesta a la pregunta 11, *infra*).

permitía establecer limitaciones ni excepciones a los derechos del Convenio de Berna. Es interesante observar que los Estados Unidos perseguían evidentemente el mismo objetivo al afirmar en su comunicación al grupo de negociación (documento MTN.GNG/NG11/W/14/Rev.1, prueba documental EC-18) que "Cualquier limitación o excepción a los derechos económicos exclusivos se permitirá únicamente en la medida autorizada por el Convenio de Berna (1971) y en plena conformidad con sus requisitos".

El argumento de que las tres condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC pueden aplicarse además de cualquier requisito establecido por excepciones incorporadas en el Acuerdo de Berna se formula para la hipótesis de que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sea aplicable al artículo 11*bis* y al artículo 11 del Convenio de Berna.

Pregunta 11

¿Cuál es el fundamento jurídico de la opinión de las CE según la cual la doctrina de las "pequeñas reservas", en el Convenio de Berna, sólo justifica excepciones preexistentes? Este mantenimiento de derechos adquiridos respecto de las excepciones ¿se refiere a las excepciones que existieran antes de la conclusión del Convenio de Berna, antes de la revisión o modificación de ciertos artículos (por ejemplo, el párrafo 2) del artículo 9 en 1967, o el artículo 11*bis* en 1928 y 1948), antes de la fecha de entrada en vigor del Convenio de Berna respecto de cada país que ingresa en la Unión, o antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC?

Respuesta

Las deliberaciones de la Unión de Berna sobre la cuestión de las "pequeñas reservas" nunca fueron concluyentes. Sin embargo, diversas fuentes permiten extraer la conclusión de que tenía por objeto preservar "pequeñas reservas" preexistentes o, como lo expresa el Grupo Especial, mantenerlas como derechos adquiridos. En la *Guía del Convenio de Berna* de la OMPI, en el punto 11.6, se indica lo siguiente:

"A propósito del artículo 11 cabe mencionar la cuestión de las llamadas 'pequeñas reservas'!... En la revisión de Estocolmo (1967) se reconoció de nuevo que las disposiciones del Convenio no impedirían que los países de la Unión mantuviesen en sus legislaciones respectivas ciertas excepciones basadas en esas 'pequeñas reservas'" (subrayado añadido).

Además, en el Informe de la Conferencia de Estocolmo de 1967 (citado en Ricketson, *The Berne Convention*, página 535, presentado como prueba documental EC-11) se indica lo siguiente:

"210. No parece haber sido el propósito del Comité impedir que los Estados mantuviesen en su legislación nacional disposiciones basadas en la declaración incluida en el Informe General de la Conferencia de Bruselas."

El propósito de no admitir "pequeñas reservas" nuevas se confirma por el hecho de que la Conferencia de Bruselas se pronunció en contra de la aprobación de una disposición general porque ésta podría "alentar positivamente a aquellas naciones que hasta el momento no hubieran reconocido tales excepciones a incorporarlas en su legislación" (Ricketson, *The Berne Convention: 1886-1986*, páginas 533 y 536).

En cuanto al aspecto cronológico, los beneficios de la doctrina de las "pequeñas reservas" sólo podían corresponder a las normas legales nacionales ya vigentes en 1967. Las CE y sus Estados miembros sostendrían que los países adheridos al Convenio de Berna después de 1967 están

impedidos totalmente de aplicar derechos adquiridos sobre la base de la doctrina de las "pequeñas reservas" o que sólo pueden hacerlo con sus excepciones anteriores a 1967 (desde luego, con la condición de que también se cumplan todos los demás requisitos). Sostener otra cosa equivaldría a dar a los "recién llegados" mayores derechos que a los Miembros anteriores.

Esta lógica se siguió también en una disposición del Acuerdo sobre los ADPIC que mantiene derechos adquiridos, el párrafo 4 de su artículo 24, donde el marco temporal aplicable es idéntico para los Miembros anteriores y para los recién llegados. La entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC parecería representar un momento que no tiene pertinencia a los efectos de la doctrina de las "pequeñas reservas".

Pregunta 12

Habida cuenta de que con arreglo al párrafo 2) del artículo 11bis debe pagarse una remuneración equitativa, ¿existe algún medio para establecer tal remuneración equitativa, distinto del régimen de licencias obligatorias?

Respuesta

Parecería que los países pueden fijar niveles mínimos o fijos de regalías por los distintos usos protegidos con arreglo al artículo 11bis 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.

II. RESPUESTAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL A AMBAS PARTES

Pregunta 1

Sírvanse explicar en qué medida la jurisprudencia referente al artículo 110(5) que se cita en sus respectivas comunicaciones es pertinente a los fines de la interpretación de la actual parte A de ese artículo.

Respuesta

Esa jurisprudencia es pertinente, ante todo, para apreciar la evolución de las excepciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976 hasta la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998. En lo que respecta a la parte A de dicho artículo, la jurisprudencia parecería conservar su pertinencia respecto de todos los elementos de la excepción que no se han modificado en virtud de la nueva ley.

Categorías de obras

Pregunta 2

El Grupo Especial entiende que el texto original del artículo 110(5) es idéntico al de su actual parte A con excepción de las palabras "salvo lo dispuesto en la parte B". En los trabajos preparatorios reproducidos en las pruebas documentales EC-3 y US-1 (H.R. Rep. N° 94-1476 (1976)) se explica que la disposición "se aplica a las interpretaciones o ejecuciones y exhibiciones de todo tipo de obras". El párrafo 31 de la comunicación de las CE y el párrafo 9 de la

comunicación de los Estados Unidos (y algunos otros párrafos) contienen una interpretación según la cual este texto, tal como figura en la parte A, tiene el objeto de excluir de su alcance las "obras musicales no dramáticas". Sírvanse aclarar su interpretación del texto de esta disposición en el párrafo original y, por otro lado, en la parte A, y la medida en que a su juicio el texto debe entenderse de modo diferente en uno y otro caso. Sírvanse explicar los motivos.

Respuesta

Aunque consideramos que el artículo 110(5) debe examinarse como una única entidad, hemos señalado nuestra interpretación sobre una posible línea divisoria entre sus partes A y B en cuanto a las obras amparadas por el derecho de autor que respectivamente comprenden, tanto en nuestra primera comunicación (véanse sus puntos 31 y 32) como en nuestra exposición oral (véase su punto 20). En la segunda nos referimos también a la posibilidad de interpretaciones divergentes de los tribunales de los Estados Unidos

Pregunta 3

¿Cuál es la definición de la expresión "obras musicales no dramáticas" en el contexto del artículo 110(5)? ¿Qué tipos de obras musicales están incluidas, o excluidas, de la aplicación de las disposiciones de ese artículo, y qué tipos de titulares de derecho de autor resultan afectados por las disposiciones de sus partes A y B? ¿Abarca también esa disposición la comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones musicales en directo? Por ejemplo, la interpretación o ejecución de una canción tomada de una comedia musical ¿significaría interpretar o ejecutar una obra musical "dramática" o "no dramática"? ¿Sigue siendo una obra "dramática" si la canción tomada de una comedia musical se interpreta o ejecuta por separado y por otro artista? ¿En qué medida corresponde el concepto de "obra musical no dramática", o existe el propósito de que corresponda, al concepto de "pequeños derechos musicales" aplicado en la práctica por las organizaciones de administración colectiva de derechos?

Respuesta

Puesto que ni el Convenio de Berna ni el Acuerdo sobre los ADPIC establecen tal distinción, esperamos que los Estados Unidos indiquen esta distinción que existe en sus leyes, reservándonos el derecho de formular observaciones acerca de esas explicaciones.

Prácticas en materia de licencias

Pregunta 4

En el párrafo 4 de la exposición oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva se afirma que el artículo 110(5) se limita únicamente a ciertos usos secundarios de la radiodifusión de interpretaciones o ejecuciones públicas, en los cuales el titular de derechos ya ha sido retribuido por la interpretación o ejecución primaria. ¿En qué forma, si existe alguna, se tiene en cuenta en las disposiciones en materia de licencias entre organizaciones de administración colectiva y organismos de radiodifusión de los Estados Unidos o de las CE el público adicional que puede crearse mediante una nueva comunicación al público por altavoces, etc., de la obra radiodifundida, conforme al punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna?

Respuesta

Las CE y sus Estados miembros desearían reiterar que, en su opinión, cada derecho exclusivo tiene que examinarse en forma separada. En consecuencia, respecto de cada uso es preciso que se otorgue una autorización expresa del titular de los derechos. Aunque desde un punto de vista puramente jurídico sería posible que el organismo de radiodifusión también obtuviera y pagara una licencia por usuarios sucesivos de su emisión radiodifundida (licencia de terceros beneficiarios), las CE y sus Estados miembros no tienen conocimiento de la existencia de tal práctica en los Estados Unidos para los usos de que se trata en este asunto.

Interpretación de las obligaciones derivadas de tratados

Pregunta 5

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los materiales como los "Informes Generales" de las Conferencias Diplomáticas de los países del Convenio de Berna a la luz del artículo 31 de la Convención de Berna sobre el Derecho de los Tratados? ¿Son "acuerdos ulteriores acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" conforme al apartado a) del párrafo 3 del artículo 31, o una "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del apartado b) del mismo párrafo, o "normas pertinentes de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" en el sentido del apartado c) del mismo párrafo, o un "sentido especial [que se da a un término] si consta que tal fue la intención de las partes"?

Respuesta

La naturaleza de los materiales como los "Informes Generales" de las Conferencias Diplomáticas del Convenio de Berna parece corresponder a la historia de su negociación. En consecuencia podrían constituir "trabajos preparatorios" del Convenio, en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como las CE y sus Estados miembros no consideran que la interpretación del "sentido corriente" de las disposiciones pertinentes de los artículos 11 y artículo 11*bis* del Convenio de Berna, incorporadas en el Acuerdo sobre los ADPIC, realizada conforme al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena, conduzca a un resultado manifiestamente absurdo ni injustificable, no consideran que exista margen alguno para apoyarse en los Informes Generales como "trabajos preparatorios" a los efectos de determinar el significado de esas disposiciones del Convenio de Berna.

Las partes pertinentes de los Informes Generales pueden constituir un acuerdo sobre la interpretación del Convenio de Berna o la aplicación de sus disposiciones, o la prueba de tal acuerdo, en las formas que se indican en el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena. La dificultad evidente que se plantea a este respecto es que los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna no contienen absolutamente ninguna expresión susceptible de ser *interpretada* en el sentido de que permiten "pequeñas reservas" o en el sentido de que tienen un significado especial de igual consecuencia.

Otra posibilidad que puede ser más fácil de conciliar con el texto del Convenio de Berna consiste en entender que el Acuerdo entre las partes celebrado en 1967 apuntaba a *modificar* el Convenio de Berna para permitir lo que en las conferencias diplomáticas se calificó como "pequeñas reservas". Esta posibilidad, sin embargo, tropieza con dificultades, porque el Convenio de Berna

Una posibilidad más que las CE desearían mencionar es que las declaraciones sobre pequeñas reservas, formuladas en los Informes Generales, podrían constituir auténticas "reservas" al tratado formuladas por ciertas partes y aceptadas por las demás partes, mediante su aprobación de los

Pregunta 7

¿En qué medida, a su juicio, ha pasado el Convenio de Berna a formar parte del derecho internacional consuetudinario y, en caso de que así haya ocurrido, qué partes de los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna?

Respuesta

A juicio de las CE y sus Estados miembros, el Convenio de Berna no forma parte del derecho internacional consuetudinario. El derecho internacional consuetudinario es "el uso constante y uniforme, aceptado como derecho".⁴ No puede deducirse con ligereza que una disposición de un tratado ha pasado a ser parte del derecho internacional consuetudinario.⁵ El Convenio de Berna no es aceptado universalmente, y los países que lo han aceptado lo han hecho en diferentes versiones. Las CE y sus Estados miembros, en consecuencia, no consideran que sea posible hablar de un "uso constante y uniforme". Tampoco ven cómo puede considerarse que los principios establecidos en el Convenio han sido "aceptados como derecho" independientemente de sus disposiciones.

Pregunta 8

¿Ha adquirido el carácter de derecho internacional consuetudinario la doctrina de las "pequeñas excepciones" con arreglo al Convenio de Berna, y especialmente en el contexto del párrafo 1) del artículo 11bis y el párrafo 1 del artículo 11 del Convenio? ¿Cuál es la trascendencia jurídica de la doctrina de las "pequeñas excepciones" con arreglo al Convenio de Berna a la luz de los apartados a) a c) del párrafo 3 o del párrafo 4 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o del artículo 32 de la misma Convención? ¿Han quedado incorporadas en el Acuerdo sobre los ADPIC la doctrina de las "pequeñas excepciones", o cualesquiera otras excepciones implícitas, por efecto del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna? Sírvanse explicar su punto de vista.

Respuesta

Como se explicó en la respuesta a la pregunta 5, las CE y sus Estados miembros no consideran que el Convenio de Berna forme parte del derecho internacional consuetudinario. Para las CE y sus Estados miembros, se desprende de ello que la doctrina de las "pequeñas reservas" difícilmente puede formar parte del derecho internacional consuetudinario. Se plantea una dificultad especial por su carácter excepcional, que le impide convertirse en un "uso constante y uniforme, aceptado como derecho".

Las CE y sus Estados miembros no excluirían la posibilidad de que la doctrina de las "pequeñas reservas" haya pasado a formar parte del Acuerdo sobre los ADPIC por efecto del párrafo 1 del artículo 9 de ese Acuerdo, cualquiera que sea la trascendencia jurídica de tal doctrina. Las CE y sus Estados miembros no comprenden a qué se refiere el Grupo Especial al mencionar "otras excepciones implícitas".

Con respecto al párrafo 4 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las CE y sus Estados miembros no advierten a qué términos de los artículos 11 y 11bis del Convenio de Berna podría dar un significado especial la doctrina de las "pequeñas reservas".

⁴ Corte Internacional de Justicia, *Asylum Case: Columbia v. Peru* (1950), página 266.

⁵ Corte Internacional de Justicia, *North Sea Continental Shelf Cases* (1969), página 3.

Pregunta 9

Acuerdo sobre los ADPIC, es la explotación normal de ese derecho exclusivo en relación con una obra determinada.

Una argumentación diferente haría que pudieran cancelarse derechos exclusivos íntegramente por efecto del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, si sólo se mantuvieran los derechos "fundamentales".

Esta última interpretación se apartaría evidentemente de los fundamentos mismos del Convenio de Berna, que establece un complejo sistema de diferentes derechos exclusivos con distintos mecanismos para su ajuste preciso.

están en un nivel análogo de desarrollo social y económico pueden ser útiles para corroborar o contradecir los datos originales del país respectivo o para suministrar informaciones que, por razones prácticas, no se poseen en el Miembro respectivo.

Pregunta 15

Conforme a la tercera condición del artículo 13, ¿deben definirse los conceptos de "perjuicio injustificado" y de "intereses legítimos" sobre la base de los derechos existentes y legalmente garantizados, o tienen esos conceptos también una connotación referente a un aspecto de preocupación normativa para los titulares de derechos? En el segundo caso, ¿cuál puede ser esa preocupación normativa? Además de un análisis empírico de los perjuicios para intereses legítimos ¿cómo podría tenerse en cuenta ese elemento normativo en la definición de los límites de la tercera condición del artículo 13?

Respuesta

No está del todo claro para las CE y sus Estados miembros lo que se entiende por "preocupación normativa". Como también se señala en la respuesta a la pregunta 18, *infra*, las CE y sus Estados miembros consideran que respecto del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC deben tomarse en consideración elementos tanto normativos como empíricos, y que los elementos empíricos pueden tener consecuencias en cuestiones normativas. También deseamos hacer referencia al ejemplo que se ofrece en la respuesta a la pregunta 18, *infra*.

Pregunta 16

¿Cuál es el alcance del "perjuicio injustificado" para los intereses legítimos de los titulares de derechos que resulta admisible con arreglo a la tercera condición del artículo 13?

Respuesta

Las tres condiciones mencionadas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC procuran, todas ellas, asegurar que no se invierta la situación entre la excepción y la regla. El perjuicio justificado tiene que compararse con el perjuicio injustificado. Si bien, como ya lo hemos señalado (véanse los puntos 73 y siguientes de nuestra exposición oral), puede resultar difícil trazar una línea divisoria precisa entre el perjuicio justificado y el injustificado, en opinión de las CE y sus Estados miembros no puede caber duda de que el perjuicio causado por una excepción que abarca entre 45 y más de 70 por ciento de los establecimientos en ningún caso puede considerarse justificado, porque invierte los términos entre la regla y la excepción.

Pregunta 17

Con el fin de dar un significado propio a las condiciones segunda y tercera del artículo 13, ¿en qué sentido se diferencia la medida, el grado o la forma de la interferencia con derechos exclusivos, cuando no alcanza los límites que "atentan contra la explotación normal", de la medida, el grado o la forma de interferencia con esos derechos exclusivos que supera el límite de un perjuicio justificado a los intereses del titular de derechos? En otras palabras: ¿cuál es la relación entre un grado de perjuicio admisible conforme a la tercera condición del artículo 13 y la "explotación normal" prevista en la segunda condición?

Respuesta

Las CE y sus Estados miembros están de acuerdo en que la segunda y la tercera de las condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC son condiciones independientes que deben aplicarse acumulativamente.

En primer lugar, el requisito de que una excepción o limitación no atente contra la explotación normal de la obra parecería requerir un criterio más normativo o cualitativo que el tercer requisito. Esto se manifiesta en la comparación entre el término "atenten" (en el sentido de "interfieran con" o "no sean compatibles con") y la expresión "perjuicio injustificado".

En segundo lugar, el requisito relativo a la "explotación normal de la obra" difiere en diversos sentidos de "los intereses legítimos del titular de los derechos". Una explotación que no es "normal" puede ser, sin embargo, un "interés legítimo" del titular de los derechos. Por otra parte, "explotación" se refiere a las formas en que un autor puede obtener una *retribución* de un derecho exclusivo sobre su obra, mientras que sus "intereses" pueden abarcar cuestiones distintas de los intereses económicos sobre la explotación de determinado derecho, como su interés en el reconocimiento de su obra o la información acerca de su utilización.

Como consecuencia del alcance excesivo de las situaciones previstas en el artículo 110(5) (véanse también los resultados del análisis de Dun and Bradstreet al que se ha hecho referencia reiteradas veces), no puede caber duda, a juicio de las CE y sus Estados miembros de que no se cumple ninguna de las dos últimas condiciones del artículo 13.

Pregunta 18

Para definir las tres condiciones del artículo 13 ¿corresponde aplicar criterios empíricos cuantitativos, o bien normativos?

Respuesta

A juicio de las CE y sus Estados miembros, deben aplicarse para la interpretación tanto elementos cuantitativos como normativos. También hay casos en que los datos cuantitativos pueden influir en un evaluación normativa, como cuando se determina, a partir de datos cuantitativos, que la excepción abarca más de la mitad del total de las situaciones, invirtiéndose con ello los términos del principio de la regla y la excepción en que se basa el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

APÉNDICE 1.4

contemplada en la OMPI, aun cuando esa "doctrina" fuese aplicable al artículo 11 del Convenio de Berna.

Pregunta 4

¿Sostienen las CE que la doctrina de las "pequeñas reservas" no permite ninguna otra excepción distinta de las que existían en los países Miembros en el momento de su adhesión al Convenio de Berna?

Respuesta

Véase la respuesta a la pregunta 11 formulada a las CE y sus Estados miembros por el Grupo Especial.

Pregunta 5

Sírvanse enumerar y describir todas las exenciones del derecho de interpretación o ejecución pública que existan en leyes sobre el derecho de autor o sobre los derechos conexos de las CE y sus Estados miembros, facilitando las fechas de aprobación de tales exenciones.

Respuesta

Remitimos a los Estados Unidos a las respuestas dadas por las CE y sus Estados miembros en el contexto del examen sobre el derecho de autor y los derechos conexos que se llevó a cabo en el primer semestre de 1996 en el Consejo de los ADPIC, para el cual la Secretaría de la OMC reunió una amplia documentación. Además, deseáramos señalar a los Estados Unidos que todas las leyes y reglamentos pertinentes respecto de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC fueron notificados al Consejo de los ADPIC en la forma establecida en el Acuerdo.

Pregunta 6

Del 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y de bebidas y el 45 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista que, según alegan las CE, resultan afectados por la enmienda de 1998, sírvanse indicar si las CE tienen alguna información fáctica acerca de:

- **¿en cuántos de esos establecimientos se ejecuta música?**
- **¿en cuántos de esos establecimientos se ejecuta música proveniente de la radio, y no grabaciones musicales?**

Respuesta

Todos los porcentajes indicados en los análisis de Dun and Bradstreet, incluyendo, desde luego, la base de 100 por ciento, corresponden a usuarios potenciales. Los usuarios potenciales exonerados pueden beneficiarse libremente de la posibilidad que ofrece el artículo 110(5), según lo deseen y en cualquier momento, sin notificación alguna a los titulares de derechos o a sus organizaciones recaudadoras. En consecuencia, las CE y sus Estados miembros considerarían que la cuestión de "*cuántos establecimientos ejecutan efectivamente música tomada de la radio o de grabaciones en determinado momento*" es de importancia secundaria y difícil de establecer respecto de los hechos.

Pregunta 7

¿En qué hechos apoyan las CE su aseveración de que los titulares de derechos de las CE han perdido o habrán de perder ingresos como consecuencia de la parte B del artículo 110(5)? ¿Cuál es la cuantía en que se estiman las pérdidas o las pérdidas proyectadas?

Respuesta

Según surge de los comunicados de prensa conjuntos de BMI y la ASCAP emitidos el día siguiente a la aprobación por el Congreso de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obw92D -00espuest2nta 7obw3.g espuesta

APÉNDICE 1.5

SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS

(24 de noviembre de 1999)

Índice

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN.....	143
II. ASPECTOS FÁCTICOS.....	143
1. Importancia económica, para el autor de obras musicales, de los derechos de comunicación al público en comparación con los demás derechos exclusivos de que goza	143
2. Relación recíproca y separación entre las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.....	144
3. Internet	144
4. Prácticas de terceros países	145
5. Prácticas seguidas en los Estados Unidos	145
III. ASPECTOS JURÍDICOS.....	145
1. El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna	145
2. La doctrina de las "pequeñas reservas"	145
a) Naturaleza jurídica	145
b) Alcance y aspectos cronológicos.....	146
3. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC	146
a) Alcance	147
b) Condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC	148
IV. CONCLUSIÓN	149

I. INTRODUCCIÓN

1. En vista de las numerosas preguntas a que las partes y los terceros han respondido recientemente, y de las discusiones, a menudo bastante detalladas, que se desarrollaron los días 8 y 9 de noviembre de 1999 durante la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, las CE y sus Estados miembros emplearán esta oportunidad para exponer su posición en forma sistemática y destacando los puntos controvertidos restantes.

II. ASPECTOS FÁCTICOS

2. En los procedimientos seguidos hasta aquí han quedado aclarados numerosos aspectos fácticos. A juicio de las CE y sus Estados miembros, subsisten todavía algunos importantes aspectos fácticos que requieren aclaración.

1. **Importancia económica, para el autor de obras musicales, de los derechos de comunicación al público en comparación con los demás derechos exclusivos de que goza**

3. El objetivo principal del derecho de autor es compensar a los autores por sus esfuerzos creadores y sus inversiones. De este modo, mediante disposiciones adecuadas en materia de licencias, los autores pueden controlar cada uso protegido de su propiedad intelectual y recibir una remuneración adecuada.

4. Sin embargo, en los últimos decenios ciertos usos han adquirido mayor importancia comercial que otros. En particular, según algunos comentaristas estadounidenses, "el derecho de interpretación o ejecución pública se ha convertido en el más importante de los derechos legales, que proporciona la mayor fuente de ingresos a la mayoría de los compositores, letristas y editores musicales".¹

5. La magnitud del valor comercial que tiene para los autores el derecho de interpretación o ejecución pública, o de comunicación al público, ya se lo considere en sí mismo o en comparación con los derechos de reproducción, es considerable y está confirmada por las cifras publicadas anualmente por las organizaciones de recaudación. Por ejemplo, en Bélgica, donde una única organización de recaudación tiene a su cargo todos los derechos relacionados con obras musicales (lo que hace más inmediata la comparación), el total de los ingresos distribuidos entre los autores en 1998 por derechos de interpretación o ejecución alcanzó a 867 millones de francos belgas (21 millones de euros), mientras que en el primer semestre del mismo año la suma distribuida por derechos de reproducción mecánica sólo fue de 324 millones de francos belgas (8 millones de euros). Esto significa que alrededor del 60 por ciento de los ingresos de todos los autores provenían del derecho de comunicación al público.²

6. Esto ilustra con elocuencia la consiguiente escala, en términos cuantitativos, de la pérdida que causan a los autores las exenciones análogas a las dispuestas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. Siguiendo con nuestro ejemplo local, en Europa los ingresos distribuidos por emisiones de radio y televisión en pequeños establecimientos abiertos al público representan entre el 26 y el 10 por ciento del total de los ingresos por interpretación o ejecución pública. Por consiguiente, las exenciones análogas a la que se controvierte en el presente asunto reducirían los ingresos totales que los autores reciben por sus obras en un orden comprendido entre el 15 y el 6 por ciento. Estas cifras y proporciones muestran con absoluta claridad que los derechos exclusivos estipulados en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna no son derechos secundarios y subordinados, de escaso o ningún valor en la

¹ B. Korman e I.F. Koenigsberg, "Performing rights in music and performing rights societies", en *33 Journal of Copyright Society*, 1986, página 332 y siguientes (presentado como prueba documental EC-22).

² Véase la prueba documental EC-23.

realidad, sino que constituyen derechos exclusivos muy significativos, no sólo en términos absolutos, sino también cuando se los compara con los demás derechos exclusivos que garantizan el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC.

2. Relación recíproca y separación entre las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor

7. Ambas partes interpretan el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor -por un razonamiento *a contrario sensu*

tratado de excluir o minimizar ese peligro.⁵ Las CE y sus Estados miembros observan con satisfacción, en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 formulada a los Estados Unidos por el Grupo Especial, que han dejado de excluir esa posibilidad. En cualquier caso, no puede haber duda de que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se aplica plenamente cuando se utiliza un ordenador como aparato receptor de emisiones de radio o televisión.

4. Prácticas de terceros países

13. Aunque las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, en el breve plazo transcurrido desde que recibieron las respuestas de los Estados Unidos, no han podido verificar la exactitud de la respuesta acerca de las prácticas en terceros países que se da a la pregunta 16 formulada a los Estados Unidos por el Grupo Especial, resulta notable, aunque no sorprendente, que ni siquiera un solo país de los mencionados admita una excepción a la protección del derecho de autor en situaciones comparables con las del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. También es digno de mención que algunos países (el Brasil, Filipinas, la India y Sudáfrica) aún no tienen que cumplir la

4. Pse due 4os mspuestas de los Esos países

13.

propiedad intelectual, los Estados Unidos sostienen que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor puede justificarse en virtud del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

26. La aplicación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC a los derechos que figuran en el párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna debe considerarse también en relación con el párrafo 2) del mismo artículo, que estipula una cláusula de excepción específica para los derechos que figuran en el párrafo 1). Esto significa que cualquier excepción tendría que establecer, como mínimo, una remuneración equitativa otorgada al titular de los derechos. No ocurre tal cosa en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. Las CE y sus Estados miembros opinan que el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna se aplica a todas las excepciones y limitaciones al párrafo 1) del mismo artículo. No existe absolutamente ninguna expresión que apoye la opinión de los Estados Unidos según la cual el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna se aplica únicamente a las licencias obligatorias. El título del artículo 11*bis* del Convenio de Berna es irrelevante, ya que no se basa en un texto negociado sino en una redacción dada por la Oficina Internacional de la OMPI.⁸

27. Las CE y sus Estados miembros han sostenido sistemáticamente que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, por una multitud de razones, no se aplica al párrafo 1) del artículo 11*bis* ni al párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna. Aun cuando se atribuyera una función al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC en el contexto de las excepciones a los derechos exclusivos del Convenio de Berna, tendría que respetarse el principio de que el Acuerdo sobre los ADPIC no tiene por objeto otorgar nuevas excepciones ni ampliar las ya existentes, sino reducir o eliminar las excepciones existentes. También el texto del propio artículo 13 del Acuerdo dice lo siguiente:

"Los Miembros circunscribirán las excepciones a los derechos exclusivos de los autores de obras de la OMPI."

tratados, todavía pendientes de un nacimiento futuro, puedan sumar ni restar cosa alguna de las obligaciones estipuladas por el Acuerdo sobre los ADPIC, que ha estado en vigor desde 1995 y obliga a más de 130 Miembros de la OMC.

b) Condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC

30. Aun cuando hubiera de sostenerse que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC crea nuevas excepciones aplicables también a los derechos ya existentes en virtud del Convenio de Berna (situación que sería, desde luego, inconciliable con el argumento de que el Acuerdo sobre los ADPIC tiene por objeto mejorar el nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual y, en consecuencia, su artículo 13 procura reducir o eliminar las excepciones existentes, los efectos del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor son tales que no se cumpliría ninguna de las tres condiciones establecidas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

31. En lo que respecta a "determinados casos especiales", las CE y sus Estados miembros han señalado⁹ las razones que nos hacen pensar que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor no cumple este requisito. Desde el punto de vista de su plausibilidad, parece evidente que una excepción que abarca entre el 45 por ciento y más del 70 por ciento del total de los establecimientos existentes no representa "determinados casos especiales", sino que invierte los términos entre la regla y la excepción.

32. Con relación a las condiciones segunda y tercera, las CE y sus Estados miembros han indicado su opinión al responder a las preguntas 11 y 12 dirigidas por el Grupo Especial a ambas partes, y en su exposición oral en la primera reunión con el Grupo Especial, los días 8 y 9 de noviembre de 1999.¹⁰ Las CE y sus Estados miembros siguen considerando que el análisis debe basarse en una evaluación en relación con el respectivo derecho exclusivo, habida cuenta de la compleja distinción entre los derechos exclusivos que se efectúa en el Convenio de Berna. Sostener otra cosa supondría el riesgo de que se desconocieran íntegramente derechos exclusivos mientras se mantuviera la protección de los derechos económicos básicos, situación que también los Estados Unidos consideran que no está contemplada por el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹¹

33. Las CE y sus Estados miembros no pueden seguir la argumentación de los Estados Unidos en su respuesta a la pregunta 18 formulada por el Grupo Especial, donde plantean la idea de que el análisis debe basarse en ambos aspectos, es decir, en el respectivo derecho exclusivo y en la totalidad de la obra. Aunque ciertamente es posible imaginar un criterio acumulativo, su conclusión será negativa si está ausente uno cualquiera de sus elementos constitutivos. En otras palabras: si el criterio no se cumple sobre la base del respectivo derecho exclusivo, deja de cumplirse todo el criterio, y ello es independiente de las conclusiones del análisis acerca del conjunto de la obra.

34. Por último, las CE y sus Estados miembros desean reiterar que, conforme a una jurisprudencia de la OMC firmemente establecida¹², recae en los Estados Unidos la carga de probar que las excepciones invocadas son aplicables y que se cumplen totalmente sus condiciones.

⁹ Véanse la respuesta a la pregunta 10 formulada por el Grupo Especial a ambas partes, y los puntos 66 a 68 de nuestra exposición oral en la primera reunión con el Grupo Especial.

¹⁰ Véanse los puntos 69 a 71.

¹¹ Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 dirigida a ellos por el Grupo Especial.

¹² Véanse las referencias citadas en el punto 47 de nuestra exposición oral en la primera reunión con el Grupo Especial.

IV.

APÉNDICE 1.6

EXPOSICIÓN ORAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS EN LA SEGUNDA REUNIÓN CON EL GRUPO ESPECIAL

(7 y 8 de diciembre de 1999)

Índice

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN.....	151
II. ASPECTOS FÁCTICOS.....	151
III. ASPECTOS JURÍDICOS.....	151
1) La doctrina de las "pequeñas reservas"	152
a) Alcance de la doctrina de las "pequeñas reservas".....	153
b) La doctrina de las "pequeñas reservas" como mecanismo para preservar derechos adquiridos.....	153
c) La Ley tipo de Túnez sobre derecho de autor	154
d) El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas.....	155
2) El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC	156
a) Determinados casos especiales	156
b) Atentado contra la explotación normal.....	156
c) Perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos	156
i) <i>La cuantía de las pérdidas según la estimación en el aire hecha por los Estados Unidos</i>	<i>157</i>
ii) <i>Análisis con criterio inverso</i>	<i>158.....</i>

I. INTRODUCCIÓN

Es ésta la segunda audiencia celebrada en este asunto y, por consiguiente, la última oportunidad de que disponen las partes para presentar ante ustedes el conjunto de los hechos y de los argumentos que se invocan.

Las CE y sus Estados miembros expondrán su posición a la luz de los hechos y los documentos presentados por las partes y los terceros. Siempre que sea necesario se comentarán también las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial y por las CE y sus Estados miembros, y el escrito de réplica de los Estados Unidos de fecha 24 de noviembre de 1999.

II. ASPECTOS FÁCTICOS

1. Las CE y sus Estados miembros estiman que el alcance del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor ha quedado ahora aclarado en gran medida por las partes, salvo la cuestión de la relación recíproca y la separación entre la parte A y la parte B y la aplicabilidad al ámbito de la tecnología de la información e Internet.

2. En cuanto a la primera cuestión, la letra de la parte A indicaría que abarca todas las obras amparadas por el derecho de autor que son susceptibles de comunicación al público mediante altavoz. La parte B define su alcance estableciéndolo en las obras musicales no dramáticas. Aunque parece posible extraer de la parte B un argumento *a contrario sensu* del que resulta que la parte A no se

El artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor es incompatible con el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, junto con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna a menos que los Estados Unidos puedan demostrar que su medida está amparada por una disposición de excepción.

6. Los Estados Unidos sostienen que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC autoriza las excepciones al párrafo 1 del artículo 11*bis* y el párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna que figuran en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

En opinión de las CE y sus Estados miembros, las exenciones que figuran en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor no pueden justificarse sobre la base de ninguna clase de argumentación relacionada con el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7. Las CE y sus Estados miembros han señalado detalladamente las razones por las que, a su juicio, el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC no es aplicable a los derechos del Convenio de Berna, que quedaron incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC mediante referencia. Militan en favor de esta conclusión la letra del texto, la historia de la negociación y el objeto y propósito del Acuerdo sobre los ADPIC.

8. Sin embargo, aun cuando se sostuviera que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC puede desempeñar alguna función en el contexto de los derechos del Convenio de Berna, no podrían justificarse las excepciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

9. Parecería que los Estados Unidos están de acuerdo en que uno de los principales objetivos del Acuerdo sobre los ADPIC consiste en acrecentar el nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual en relación con el que regía en virtud de los anteriores tratados de la OMPI. Esto, a su vez, significa respecto del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC que si fuera aplicable al párrafo 1) del artículo 11*bis* y el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna- su objetivo tendría que consistir en limitar cualquier excepción más amplia del anterior Convenio de Berna.

10. Mientras que el Convenio de Berna establece diversas excepciones, como en el párrafo 2) del artículo 9, el artículo 10 y el artículo 10*bis*, no existe ninguna disposición sobre excepciones al artículo 11 del Convenio, y el artículo 11*bis* contiene una disposición específica referente a las excepciones en su párrafo 2) en virtud de la cual, como mínimo, debe otorgarse al titular de los derechos una remuneración equitativa. Los propios Estados Unidos no alegan que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor pueda justificarse sobre la base del párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna.

1. La doctrina de las "pequeñas reservas"

11. En esta situación, los Estados Unidos invocan el beneficio de la doctrina de las "pequeñas reservas", que en su opinión quedó más aclarada y desarrollada por el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC (véase el punto 2 de la réplica).

12. Efectivamente se desarrollaron discusiones sobre las llamadas "pequeñas reservas" con ocasión de dos conferencias diplomáticas de la Unión de Berna, en 1948 y 1967. Hemos examinado en detalle la posible naturaleza jurídica de las referencias a "pequeñas reservas" que figuran en los Informes Generales de esas conferencias diplomáticas en nuestra respuesta a la pregunta 5 formulada a las Comunidades Europeas y sus Estados miembros por el Grupo Especial. Hemos llegado a la conclusión de que el significado jurídico de la doctrina de las "pequeñas reservas", con arreglo al derecho internacional público, es dudoso.

13. Los Estados Unidos sostienen que la doctrina de las "pequeñas reservas" constituye una "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del apartado b) del párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, esa "práctica ulteriormente seguida" es un instrumento, entre otros, para interpretar disposiciones del texto de los tratados que requieren interpretación. En el caso presente resulta totalmente claro que el artículo 11 del Convenio de Berna no contiene ninguna disposición sobre excepciones y que el artículo 11*bis* del Convenio contiene al respecto una disposición cuyas condiciones no están cumplidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. De este modo, no existe necesidad alguna de interpretar la letra del texto.

a) Alcance de la doctrina de las "pequeñas reservas"

14. La lista de presuntas disposiciones de excepción que figura en la prueba documental US-22 se

existentes, y no era un invitación a los miembros de la Unión de Berna a que adoptaran

las CE son perfectamente irrelevantes a esta altura. Sólo adquieren importancia en el contexto del artículo 22 del ESD.

38. Otro defecto de la estimación en el aire realizada por los Estados Unidos consiste en que, a pesar de existir tres organizaciones que recaudan los derechos de que se trata en este asunto, los Estados Unidos sólo presentan cifras correspondientes a una de ellas.

ii) Análisis con criterio inverso

39. Aunque reiteradas veces hemos sostenido que el análisis correspondiente al artículo 13 del

Desde luego, las CE y sus Estados miembros habrán de responder con sumo placer a cualquier otra pregunta que desee formular el Grupo Especial. En cuanto a las respuestas presentadas por la OMPI, las CE y sus Estados miembros se reservan el derecho de formular sus observaciones al respecto después de haber tenido la posibilidad de examinarlas detenidamente.

APÉNDICE 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 OMPI¹**

(12 de enero de 2000)

1. Las Comunidades Europeas (CE) y sus Estados miembros desearían manifestar, por intermedio del Grupo Especial, su reconocimiento a la Oficina Internacional de la OMPI por la labor que ha realizado para responder a las tres preguntas formuladas por el Grupo Especial.

2. En cuanto al contenido de las respuestas formuladas, observamos que las respuestas de la OMPI y sus anexos no contienen prueba alguna acerca de la existencia ni el alcance con arreglo al Convenio de Berna de ninguna excepción o limitación, incluyendo la llamada doctrina de las "pequeñas reservas", que pudiera ser susceptible de justificar las exenciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos

3. A juicio de las CE y sus Estados miembros, esto confirma nuestra conclusión ya expresada en el punto 26 de nuestra exposición durante la segunda reunión sustantiva, en el sentido de que:

"En definitiva cabe afirmar que en el Convenio de Berna no existe disposición alguna sobre excepciones o limitaciones expresas o implícitas- que pueda justificar las exenciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, y menos aún una disposición sobre excepciones o limitaciones que, "restringida" por el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, pudiera justificar el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor."

4. Las Comunidades Europeas y sus Estados miembros confían que habrán de ser invitados a comentar cualquier observación de fondo que los Estados Unidos realicen sobre la base de las respuestas de la OMPI y sus anexos.

¹ Esta comunicación de las CE también contenía observaciones sobre una carta dirigida a la Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales por una empresa jurídica en representación de la ASCAP, cuya copia se transmitió al Grupo Especial. Esa parte de la comunicación no se reproduce aquí, como tampoco dicha carta ni las observaciones formuladas a su respecto por los Estados Unidos que se reproducen en los apéndices de este informe. Véase la parte VI.B del informe.

APÉNDICE 2.1

PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS

(26 de octubre de 1999)

Índice

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN.....	163
II. ANTECEDENTES DE HECHO.....	163
A. PARTE A DEL ARTÍCULO 110(5).....	164
B. PARTE B DEL ARTÍCULO 110(5).....	166
III. ANÁLISIS JURÍDICO.....	170
A. EL ARTÍCULO 110(5) SE APLICA A DETERMINADOS CASOS ESPECIALES	171
B. EL ARTÍCULO 110(5) NO ATENTA CONTRA LA EXPLOTACIÓN NORMAL	172
C. EL ARTÍCULO 110(5) NO CAUSA UN PERJUICIO INJUSTIFICADO A LOS INTERESES LEGÍTIMOS DE LOS TITULARES DE DERECHOS.....	174
1. Parte A del artículo 110(5).....	174
2. Parte B del artículo 110(5).....	175
IV. CONCLUSIÓN	176

I. INTRODUCCIÓN

1. El artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976¹ es plenamente compatible con las obligaciones de los Estados Unidos con arreglo al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC"). El Acuerdo sobre los ADPIC, al incorporar las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1971 ("Convenio de Berna"), permite que los Miembros establezcan pequeñas limitaciones a los derechos exclusivos de los titulares de derecho de autor. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC establece un criterio para apreciar la pertinencia de tales limitaciones o excepciones. Las exenciones incluidas en el artículo 110(5) están comprendidas en el criterio del artículo 13: son casos determinados que no atentan contra la explotación normal de la obra y no causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

2. Los Estados Unidos tienen uno de los sistemas de protección de la propiedad intelectual más firme del mundo. Con arreglo al sistema de derecho de autor de los Estados Unidos, se otorga a los titulares de derecho de autor un conjunto de derechos exclusivos. Concretamente, el artículo 106 de la Ley de Derecho de Autor otorga a los titulares de derechos la facultad exclusiva de realizar y autorizar los siguientes actos:

- i) la reproducción de la obra amparada por el derecho de autor;
- ii) la preparación de obras derivadas basadas en la obra amparada por el derecho de autor;
- iii) la distribución al público de ejemplares de la obra amparada por el derecho de autor;
- iv) 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;
- v) 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
- vi) en el caso de las grabaciones de sonidos, ejecutar públicamente la obra amparada por el derecho de autor mediante una transmisión sonora digital.

3. El artículo 110 de la Ley de Derecho de Autor establece varias excepciones limitadas a uno de estos derechos exclusivos: el derecho de interpretación o ejecución pública. Las exenciones del artículo 110 incluyen excepciones al derecho de interpretación o ejecución para ciertos usos de enseñanza, de beneficencia o religiosos, así como las disposiciones que las CE impugnan en estos procedimientos, de las partes A y B del artículo 110(5).

¹ Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976, Ley de 19 de octubre de 1976, *Pub. L. 95-553, 90 Stat. 2541* (con sus modificaciones).

A. PARTE A DEL ARTÍCULO 110(5)

4. La parte A del artículo 110(5) constituyó la totalidad de la exención del artículo 110(5) durante los 22 años anteriores a la aprobación de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998 ("enmienda de 1998").² La parte A del artículo 110(5) exonera las interpretaciones o ejecuciones públicas comunicadas mediante equipo receptor "de tipo hogareño" con sujeción a ciertas limitaciones complementarias, y dispone lo que sigue.³

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

5) la comunicación o transmisión que comprenda una 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:

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

la transmisión así recibida se retransmita a su vez al público.

5. El Congreso, al establecer en 1976 la "exención de uso hogareño", se proponía exonerar de responsabilidad por derecho de autor las pequeñas tiendas y restaurantes cuyos propietarios no hacían otra cosa que poner en funcionamiento un receptor ordinario de radio o televisión mientras trabajaban. Como se explicó en el Informe de la Cámara de Representantes que acompañó la revisión de la Ley de Derecho de Autor de 1976:

[E]sta cláusula exoneraría los pequeños establecimientos comerciales cuyos propietarios no hicieran otra cosa que llevar a sus locales equipos corrientes de radio o televisión y ponerlos en funcionamiento para el disfrute de sus clientes, pero impondría responsabilidad cuando el propietario tuviese instalado un 'sistema sonoro' o convirtiera un aparato receptor doméstico corriente en el equivalente de un sistema sonoro comercial (añadiéndole un equipo de amplificación complejo o amplio).⁴

Según el Informe de la Cámara de Representantes, entre los factores que deben considerarse en cada caso figuran el tamaño, la disposición física y el nivel de ruido de las partes del establecimiento en que se efectuaran las transmisiones, y la medida en que el aparato receptor hubiera sido alterado o complementado con el fin de mejorar la calidad de la ejecución.⁵ En el Informe de Conferencia se

² La enmienda de 1998 añadió al artículo 110(5) una nueva parte B. En consecuencia, el texto anterior del artículo 110(5) recibió la nueva denominación de parte A de dicho artículo. Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 27 de octubre de 1998, *P.L. 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Congress 2th Session (1998)*.

³ Tanto la parte A como la parte B del artículo 110(5) eximen también del derecho de exhibición. Como ese derecho tiene poca o ninguna importancia para los titulares de derecho de autor respecto de obras musicales, no se lo analiza aquí.

⁴ Informe de la Comisión de Asuntos JI tama cni 9.7yámara de Representantes, entrAsunt05-298,Ax8d81184,

indican más detalladamente los fundamentos de la exención, señalando que se justificaría en los casos en que el demandado fuera un pequeño establecimiento comercial y "de tamaño insuficiente para justificar, desde el punto de vista práctico, la suscripción a un servicio comercial de suministro de música de fondo".⁶

6. Por su naturaleza, el otorgamiento de licencias individuales a miles de restaurantes y establecimientos minoristas es un procedimiento difícil y engorroso.⁷ Desde luego, existe un punto a partir del cual los eventuales ingresos por licencias no justifican la carga administrativa del procedimiento necesario para otorgarlas. El procedimiento de otorgamiento de licencias resulta especialmente difícil respecto de los establecimientos más pequeños que podrían beneficiarse de la exención de uso hogareño. El Congreso preveía que la exención de uso hogareño tendría efectos económicos limitados porque en lo esencial codificaba las prácticas seguidas en materia de licencias por las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes y ejecutantes respecto de tales establecimientos. Como se observó acerca de la exención de uso hogareño en el Informe de la Cámara de Representantes, "en la gran mayoría de los casos no se perciben actualmente regalías, y la exención debería hacerse explícita en la Ley".⁸

7. En los casi dos decenios y medio transcurridos desde que se sancionó legalmente la exención de uso hogareño, los tribunales de los Estados Unidos han aplicado la excepción en forma restrictiva y de manera coherente con el propósito del Congreso. En las 40 sentencias dadas a conocer en relación con el artículo 110(5) (actualmente parte A del artículo 110(5)), sólo tres tribunales consideraron que el demandado tenía derecho a beneficiarse de la excepción. Para llegar a sus conclusiones, los tribunales han realizado por lo general un análisis fuertemente ceñido a los hechos del caso concreto, tomando en consideración los factores que se citan en el texto y en los antecedentes legislativos de la parte A del artículo 110(5). Por ejemplo, en el asunto *Sailor Music v. Gap Stores, Inc.*, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito declaró que una cadena de tiendas no tenía derecho a la exención de uso hogareño porque usaba entre cuatro y siete altavoces embutidos en el techo de sus tiendas y, en palabras del propio tribunal, "era de volumen suficiente para justificar, desde el punto de vista práctico, una suscripción a un servicio comercial de suministro de música de fondo".⁹ De modo similar, en el asunto *Broadcast Music, Inc. v. United States Shoe Corp.*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito siguió el precedente del asunto *Gap Stores* negando que la exención de uso

8. En dos sentencias se ha asignado una importancia mayor al equipo, en relación con los demás factores, al aplicar la exención de uso hogareño. Esos dos tribunales no tuvieron en cuenta los ingresos de la empresa ni la estructura de la propiedad, sino que se concentraron en el hecho de que las cadenas de tiendas de que se trataba tenían un equipo estereofónico extremadamente limitado. En el asunto *Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques*, por ejemplo, el "aparato receptor" se vendía al detalle por 129.95 dólares, sólo tenía cinco vatios de potencia y sólo podía utilizar dos altavoces, cada uno de los cuales medía 7 x 5 x 4 pulgadas (aproximadamente 18 x 13 x 10 cm). El Tribunal llevó a cabo un riguroso análisis del sistema estereofónico, exigiendo que el demandado acreditara que cada uno de los componentes del sistema era "de tipo hogareño", y también que los componentes estaban configurados en una forma habitual en los hogares.¹¹ Del mismo modo, en el asunto *Broadcast Music, Inc. v. Edison Brothers*, el Tribunal llegó a la convicción de que era aplicable la exención al comprobar que la empresa sólo utilizaba "receptores de radio de bajo nivel exclusivamente" con un máximo de dos altavoces portátiles situados a 15 pies (4,6 m) del receptor.¹²

9. Considerada en su conjunto la abundante jurisprudencia referente a la parte A del artículo 110(5) demuestra su carácter limitado y su aplicación cuidadosa por los tribunales. Pero, además, resulta importante reconocer que la enmienda de 1998 limitó enormemente, aún más, la exención de uso hogareño. Como lo reconocen las CE, la parte A del artículo 110(5) ha dejado totalmente de aplicarse a las obras musicales no dramáticas. Sólo abarca otros tipos de obras, como las obras teatrales y las óperas. No existe actualmente ningún mecanismo de otorgamiento de licencias para que los titulares de derechos perciban regalías en forma colectiva por la ejecución secundaria de esos tipos de obras en los establecimientos. Desde el punto de vista práctico, no se perciben regalías por esas ejecuciones secundarias y, en consecuencia, la exención legal de los equipos receptores de tipo hogareño carece de repercusión en el mercado.

B. PARTE B DEL ARTÍCULO 110(5)

10. A mediados del decenio de 1990, respondiendo a quejas de diversos sectores de pequeños empresarios acerca de diversos abusos cometidos por organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes¹³, el Congreso inició el examen de un proyecto de ampliación de la exención de uso hogareño apoyado por una coalición de asociaciones empresariales

la sentencia anterior). Otros tribunales de todo el país han aplicado igualmente este tipo de análisis detallado del equipo y del volumen del establecimiento y sus ingresos para declarar inaplicable la exención de uso hogareño. Por ejemplo: *Hickory Grove Music v. Andrews*, 749 F. Supp. 10310 TDa.12c 1.1s, la

("coalición"). El proyecto presentado por la coalición era mucho más amplio que el que finalmente resultó sancionado como ley, y establecía una exención completa para la interpretación o ejecución de obras musicales no dramáticas, cualquiera que fuese el tipo de establecimiento, el tamaño de éste y el equipo utilizado para la radiodifusión de la obra. También habría permitido la ulterior retransmisión a un lugar distinto del de recepción. Las únicas limitaciones consistían en que no podrían cobrarse derechos de admisión y que la transmisión debería efectuarse mediante la adecuada licencia.¹⁴

11. En esa época, las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes también propusieron modificaciones del artículo 110(5), que en su opinión correspondían "con exactitud de los usos de los pequeños establecimientos comerciales en el mercado".¹⁵ La propuesta de esas organizaciones, además de establecer un límite de superficie de 1.250 pies cuadrados (116,2 m²), propugnaba también determinadas limitaciones en materia de equipo, de un máximo de cuatro altavoces y dos pantallas de televisión no mayores de 44 pulgadas (1,1 m).¹⁶ En particular, el alcance de la exención que esas organizaciones propugnaban en su propuesta inicial era más amplio que la interpretación dada por los tribunales a la exención de uso hogareño en vigor, y por lo tanto representaba una modesta ampliación de la exención.

12.

- ii) en caso de que el establecimiento tenga 3.500 pies cuadrados o más, que no se utilicen más de seis altavoces de radio o televisión, ni más de cuatro en una misma habitación; ni más de tres televisores con una pantalla de menos de 55 pulgadas [1,4 m], con un máximo de dos televisores en una misma habitación; y
- iii) no se efectúe ningún cobro directo para poder ver u oír la transmisión y no se efectúa retransmisión.¹⁸

13.

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 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."²³

²³ P.L. 105-298, Section 202 (presentado como prueba documental US-10).

15. Esta ley formaba parte de un proyecto más amplio en que se extendía el plazo de protección del derecho de autor en 20 años, dando a los titulares una protección considerablemente mayor que la exigida por los acuerdos internacionales.

16. Contrariamente a las afirmaciones de las CE, la parte B del artículo 110(5) no se aplica a la comunicación de obras por la Internet.²⁴ En realidad, ni la parte A ni la parte B del artículo 110(5) eximen las comunicaciones realizadas a través de una red digital. Esas comunicaciones, por la naturaleza misma del proceso técnico de transmisión, involucran numerosos fenómenos de reproducción y podrían determinar que entrase en juego también el derecho de distribución. Cuando se transmite una obra a un lugar distante por una red informática, los ordenadores a través de los que pasan crean, por efecto del proceso técnico de transmisión, copias temporales en memoria RAM.²⁵ Esto representa una función esencial de la forma en que se transporta la información digital a través de las redes digitales. Las exenciones del artículo 110(5), tanto de la parte A como de la parte B, se aplican únicamente al derecho de ejecución y no afectan a los derechos exclusivos que poseen los titulares de derecho de autor en materia de reproducción y distribución. En consecuencia, incluso con arreglo al artículo 110(5) en su forma enmendada, los propietarios de establecimientos generalmente tienen que obtener una licencia de los derechos de reproducción, y eventualmente de distribución, que suponen las transmisiones por la Internet.

III. ANÁLISIS JURÍDICO

17. Las CE dedican casi la totalidad de su argumentación jurídica a alegar que las exenciones del artículo 110(5) involucran los artículos 11 y 11bis del Convenio de Berna. Esa cuestión no está controvertida. Lo que está en juego en este asunto no es si los derechos del Convenio de Berna están o no involucrados, sino si las disposiciones de que se trata son o no excepciones admisibles conforme al criterio del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. En su comunicación, las CE no se refieren en absoluto a los aspectos de fondo de esta cuestión medular.

18. El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC incorpora los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. El Convenio de Berna permite que los países miembros hagan "pequeñas reservas" a los derechos exclusivos que garantiza, incluyendo limitaciones al derecho de interpretación o ejecución pública de los artículos 11 y 11bis.²⁶ El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC expresa el criterio según el cual debe juzgarse la admisibilidad de esas limitaciones a los derechos exclusivos. El criterio se basa en el texto del párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna²⁷, que se refiere a las excepciones al derecho de reproducción y dispone 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".

19. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que "los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que

²⁴ Primera comunicación de las CE, párrafo 39.

²⁵ Los tribunales de los Estados Unidos han declarado sistemáticamente que las copias en memoria RAM involucran el derecho de reproducción de los titulares de derecho de autor. Véase, por ejemplo, *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d. 511 (9th Cir. 1993), cert. dismissed, 114 S.Ct. 671 (1994); *Stenograph L.L.C. v. Bossard Assocs.*, 144 F.3d 96, 101 02 (D.C.Cir. 1998) (estas sentencias se presentan como prueba documental US-11). La conclusión quedó codificada en el título III de la Ley de Derecho de Autor Digital del Milenio, en el artículo 301.

²⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), 103 (1978) (en adelante: "Guía del Convenio de Berna de la OMPI").

²⁷ Véase también Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, párrafos 2.72 y 90 (1998).

no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos". Esta disposición debe interpretarse en conformidad con los

factores estipulados en el texto y los antecedentes legislativos de la disposición. Aunque los jueces pueden haber ponderado en distinta forma los diversos factores al dictar sus respectivas sentencias, estos asuntos muestran una aplicación razonable y coherente, en un régimen de *common law*, de una norma referente a los hechos.

26. La parte B del artículo 110(5) también está circunscrita a determinados casos especiales, y define con gran precisión los establecimientos que pueden beneficiarse de la excepción. Las limitaciones de superficie y de equipo que se indican en la ley son inequívocas, y pueden aplicarse con facilidad.

B. EL ARTÍCULO 110(5) NO ATENTA CONTRA LA EXPLOTACIÓN NORMAL

27. El Acuerdo sobre los ADPIC no contiene una definición normativa de lo que constituye "explotación normal" de una obra amparada por el derecho de autor. La explotación normal de una obra, sin embargo, puede y debe incluir necesariamente excepciones admisibles a los derechos

30. Además, como lo señala el Profesor Ricketson, el uso no atenta contra la explotación normal si el titular del derecho de autor de todos modos no cuenta con percibir regalías por ese uso.³² Es importante destacar que lo controvertido en esta diferencia es el alcance de la explotación normal en los Estados Unidos. Así, aun cuando un uso pueda estar comprendido, técnicamente, en los derechos exclusivos del titular del derecho de autor, puede no ser susceptible normalmente de explotación en determinado mercado o jurisdicción. Con respecto a la exención de uso hogareño de la parte A del artículo 110(5), incluso antes de que las obras musicales no dramáticas se eliminasen del ámbito de aplicación del artículo al aprobarse la enmienda de 1998, estaba limitada a los establecimientos cuyo tamaño no era suficiente para justificar la suscripción a un servicio comercial de suministro de música de fondo.³³ Como se señala en el Informe de la Cámara de Representantes, el Congreso se proponía que esta excepción no hiciera otra cosa que codificar las prácticas en materia de licencias que ya aplicaban los titulares de derechos y sus organizaciones de administración de licencias.³⁴ El propósito y el alcance que procuraba el Congreso fueron seguidos por los tribuni

obtenido una exención nueva en virtud de la parte B del artículo 110(5). Sin embargo, frente a la multitud de usos de explotación con que cuentan los titulares de derecho de autor con arreglo a la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, esta pequeña limitación de algunos usos secundarios de las transmisiones radiodifundidas al público simplemente no puede alcanzar al nivel de un atentado contra la explotación normal.

C. EL ARTÍCULO 110(5) NO CAUSA UN PERJUICIO INJUSTIFICADO A LOS INTERESES LEGÍTIMOS DE LOS TITULARES DE DERECHOS

33. Mientras que el criterio del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC referente al "atentado contra la explotación normal" se refiere a la medida en que una limitación o excepción causa desplazamientos en el mercado, el criterio del "perjuicio injustificado" mide el grado del perjuicio que causan al titular de los derechos los efectos de la excepción. Es importante reconocer que este análisis no se refiere a la cuestión de si los intereses del titular de derechos sufren o no algún perjuicio. Puesto que toda excepción a los derechos exclusivos puede, técnicamente, dar lugar a alguna medida de perjuicio para el titular de los derechos, la cuestión clave consiste en determinar si el perjuicio es o no injustificado.³⁶

1. Parte A del artículo 110(5)

34. El efecto económico de la parte A del artículo 110(5) es mínimo y ya lo era antes de aprobarse la enmienda de 1998, y en consecuencia no causaba ningún perjuicio injustificado a ningún interés legítimo de los titulares de derechos de las CE. Volviendo una vez más al propósito fundamental de la disposición, consistía en exonerar de responsabilidad a los propietarios de pequeñas tiendas y restaurantes cuyos establecimientos, por diversas razones, no habrían justificado una licencia comercial. En general, en los casos en que no se habría procurado u otorgado licencia aunque no hubiera existido una excepción, el titular de derecho de autor no sufre literalmente ningún detrimento económico por efecto de la excepción explícita.³⁷ Los establecimientos exonerados por la parte A del artículo 110(5), con pequeña superficie y un equipo sonoro elemental, son los menos expuestos a una política de licencias agresiva de las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes, y los derechos de licencia correspondientes a esos establecimientos habrían tendido a ser los más bajos de la escala.³⁸ Por otra parte, teniendo en cuenta su tamaño y el hecho de que la difusión de música suele ser accesoria de otros servicios, esos establecimientos figuran entre los que más probablemente habrían optado simplemente por apagar la radio si se los hubiera apremiado a abonar derechos de licencia.

35. Con la aprobación de la enmienda de 1998, y la eliminación de las obras musicales no dramáticas del ámbito de aplicación de la parte A del artículo 110(5), esta parte del artículo ha quedado aún más limitada y ha dejado de tener toda importancia económica real. Como ya se ha indicado, desde el punto de vista práctico no existe ningún mercado importante para las ejecuciones secundarias en los establecimientos de comercio minorista o de servicios de comidas o bebidas respecto de las obras que están incluidas ahora en la parte A del artículo 110(5). En otras palabras: esos establecimientos no son, ni podrían ser, una fuente de ingresos significativa para los titulares de derechos. En consecuencia, esta excepción no perjudica los intereses legítimos de esos titulares de derechos.

36. Tal vez sea lo más ilustrativo a este respecto que las CE no hayan hecho tentativa alguna, en su comunicación, de referirse a las consecuencias de esta excepción para sus titulares de derechos. En

³⁶ *Guía del Convenio de Berna de la OMPI*, página 63.

³⁷ Véase *supra*, párrafo 6 (análisis de las prácticas en materia de licencias).

³⁸ Véase la audiencia de la Comisión de Asuntos Judiciales, carta de Marilyn Bergman, Presidenta y Jefa Ejecutiva de la ASCAP, páginas 175 a 186.

ninguna parte de la comunicación de las CE se encuentra alegación concreta alguna sobre el perjuicio que las CE consideran sufrir como consecuencia de la parte A del artículo 110(5).

2. Parte B del artículo 110(5)

37. En el capítulo de su exposición titulado "Consecuencias cuantitativas para los titulares de derecho de autor", las CE no presentan ninguna información sobre las consecuencias cuantitativas que para los titulares de derecho de autor resultan de la parte B del artículo 110(5). En cambio, las CE presentan al Grupo Especial unas pocas estadísticas -que en sí mismas no son significativas- acerca de la superficie de ciertos establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista de los Estados Unidos. Por varias razones, esas cifras no sirven como fundamento útil a los efectos de estimar las consecuencias económicas de la parte B del artículo 110(5) para los titulares de derechos. No toman en consideración la mayoría de los factores pertinentes que determinan si un titular de derechos sufre o no algún perjuicio económico por la exención de la parte B del artículo 110(5). Aun suponiendo, para seguir la argumentación, que las cifras citadas por las CE sean exactas, para poder llegar a una estimación razonable del número de establecimientos de los que verdaderamente pierden ingresos los titulares de derecho de autor como consecuencia de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales, sería preciso:

- restar de esos totales brutos el

39. A la luz de los antecedentes de la enmienda de 1998, y de la estrecha similitud entre esa

APÉNDICE 2.2

EXPOSICIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN LA PRIMERA REUNIÓN CON EL GRUPO ESPECIAL

(8 de noviembre de 1999)

I. INTRODUCCIÓN

1. Buen día, Señora Presidenta y Señores miembros del Grupo Especial. Nos complace tener esta oportunidad de comparecer ante ustedes y exponer los argumentos de los Estados Unidos en defensa de las exenciones del régimen de licencias musicales previstas en el artículo 110(5). Recibiremos con satisfacción cualquier pregunta que deseen formularnos, y las responderemos con sumo placer.

2. Los Estados Unidos tienen uno de los sistemas de protección de la propiedad intelectual más firme del mundo. En realidad, la enmienda de 1998 sobre las licencias musicales formaba parte de un proyecto de ley más amplio, en que se extendía el plazo de la protección del derecho de autor en 20 años, dando a los titulares de ese derecho una protección considerablemente mayor que la exigida por los acuerdos internacionales. Para ayudar al Grupo Especial a concentrar su atención en el verdadero problema controvertido en esta diferencia hemos presentado un gráfico en la prueba documental US-14, que muestra el alcance de las exenciones en el contexto correspondiente.

II. ANTECEDENTES DE LAS EXENCIONES DEL ARTÍCULO 110(5)

3. Pasando a la prueba documental US-14, vemos que el sistema de los EE.UU. en materia de derecho de autor otorga a los titulares un conjunto de derechos exclusivos. Concretamente, se otorga al titular el derecho exclusivo de realizar y autorizar los siguientes actos: 1) la reproducción de su obra en copias y fonogramas; 2) la distribución y venta de esas copias y fonogramas; 3) la adaptación, traducción, arreglo u otras formas de transformación de su obra; 4) la interpretación o ejecución pública de su obra; 5) la exhibición de su obra; y 6) con respecto a las grabaciones de sonidos, la ejecución pública mediante transmisión digital. Entre estos derechos, los más importantes para el titular de derechos sobre una obra musical son los derechos de reproducción, distribución e interpretación o ejecución pública.

4. El artículo 110(5) sólo limita efectivamente uno de esos derechos exclusivos: el derecho de interpretación o ejecución pública. Además, no tiene efecto alguno en el campo más importante de la explotación de las interpretaciones o ejecuciones públicas para un titular de derecho de autor: la ejecución primaria de su obra (por ejemplo, la emisión de obras por televisión y radio). Por el contrario, la excepción se limita únicamente a determinados usos secundarios de las interpretaciones o ejecuciones públicas radiodifundidas, a cuyo respecto el titular de los derechos ya ha sido retribuido por la ejecución primaria.

5. Las CE exageran de manera flagrante el alcance del artículo 110(5). Es importante recordar que el artículo 110(5) contiene dos excepciones: la exención de uso hogareño de la parte A (que ha sido restringida) y la parte B del artículo, que fue añadida por la enmienda de 1998. Casi todas las alegaciones de las CE se basan en especulaciones acerca de las consecuencias de la enmienda de 1998 que creó la parte B del artículo 110(5).

6. Con respecto a la exención de uso hogareño, las CE reconocen que su alcance quedó limitado al suprimirse de su ámbito de aplicación, por la enmienda de 1998, las obras musicales no dramáticas. Sin embargo, las CE intentan distorsionar la jurisprudencia desarrollada por los tribunales de los EE.UU. durante más de 20 años acerca del alcance de la exención de uso hogareño.

7. Como lo hemos demostrado en nuestra primera comunicación, en los casi dos decenios y medio transcurridos desde que se estableció legalmente la exención de uso hogareño, los tribunales de los EE.UU. la han aplicado restrictivamente y en forma coherente con el texto legal y con el propósito manifestado por el Congreso. En las 40 sentencias dadas a conocer en relación con el artículo 110(5) (la exención de uso hogareño), sólo tres tribunales han declarado que el demandado tenía derecho a valerse de la excepción. Entre esos tres asuntos, sólo dos sentencias, en el asunto *Claire's Boutiques* y el asunto *Edison Bros.*, estimaron que las cadenas de tiendas tenían derecho a la exención. En ambos casos el factor decisivo era el equipo limitado y simple, de tipo hogareño, utilizado en las tiendas. Por ejemplo, en el asunto *Edison Bros.*, las tiendas sólo usaban receptores de radio exclusivamente, con dos altavoces portátiles situados a menos de 15 pies del receptor. Estos dos casos no son "ilustrativos", como alegaron las CE esta mañana en su exposición. Son los únicos casos en que se declaró que una cadena de tiendas tenía derecho a la exención.

8. A mediados del decenio de 1990 se produjo un clamor de las pequeñas empresas que pedían respaldo contra lo que consideraban tácticas abusivas de recaudación y hostigamiento por las sociedades recaudadoras. Durante varios años, una variada coalición de empresas abogó por una gran ampliación de la exención de uso hogareño. Frente a ello, las sociedades recaudadoras propusieron que la ley eximiera los establecimientos según su superficie y su equipo. Efectivamente, la norma legal que en definitiva pasó a ser el año pasado la parte B del artículo 110(5), después de intensas negociaciones con la coalición de empresas y las sociedades recaudadoras de derechos, se asemejaba notablemente al acuerdo negociado voluntariamente por esas sociedades con la National Licensed Beverage Association tres años antes. En ese momento, la ASCAP, la mayor de las sociedades de recaudación de derechos de los EE.UU., elogió el acuerdo con la NLBA calificándolo de "transacción justa".

III. EL ARTÍCULO 110(5) CUMPLE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 13

9. Como señalamos en nuestra primera comunicación, la cuestión que está en juego en este asunto no consiste en si están o no involucrados derechos del Convenio de Berna, sino que consiste en determinar si las disposiciones de que se trata son o no excepciones admisibles conforme a la formulación del Acuerdo sobre los ADPIC, en su artículo 13, de la norma de las "pequeñas reservas" del Convenio de Berna. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC formula el criterio según el cual debe apreciarse la admisibilidad de las limitaciones (o "pequeñas reservas") de los derechos exclusivos. En realidad, el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC está basado en el criterio del Convenio de Berna respecto de las excepciones al derecho exclusivo de reproducción (párrafo 2 del artículo 9).

10. Al examinar el alcance de los derechos del Convenio de Berna, como los que se controvierten en este asunto, es importante recordar la distinción básica que existe en materia de derecho de autor entre las excepciones a los derechos exclusivos y las licencias obligatorias. Las partes A y B del artículo 110(5) son excepciones a un derecho exclusivo. En cambio, respecto de ciertos derechos el Convenio de Berna permite que los países establezcan licencias obligatorias en lugar de un derecho exclusivo. Con una licencia obligatoria, el autor se ve privado del derecho a autorizar o prohibir el uso de la obra, siempre que se establezca remuneración. Las excepciones y las licencias obligatorias están sujetas a diferentes criterios con arreglo al Convenio de Berna. Las excepciones a los derechos exclusivos están sujetas en general a la doctrina de las "pequeñas reservas". Las licencias obligatorias están sujetas a la norma de la remuneración equitativa, como se expresa en el párrafo 2) del artículo 11*bis*. Por esta razón, el párrafo 2) del artículo 11*bis* no es pertinente a los efectos del examen por el Grupo Especial de las partes A y B del artículo 110(5).

11. La cuestión medular que el Grupo Especial ha de resolver consiste, entonces, en determinar si con arreglo al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC el artículo 110(5) exime o no de infracción

23. El efecto económico de la exención de uso hogareño es mínimo y ya lo era antes de aprobarse la enmienda de 1998, y en consecuencia no causaba ningún perjuicio injustificado a ningún interés legítimo de los titulares de derechos de las CE. Volviendo una vez más al propósito fundamental de la disposición, consistía en exonerar de responsabilidad a los propietarios de pequeñas tiendas y restaurantes cuyos establecimientos no justificaban una licencia comercial. La exención de uso hogareño no hacía otra cosa que codificar las prácticas entonces en vigor en materia de licencias. En general, en los casos en que no se habría procurado u otorgado licencia aunque no hubiera existido una excepción, el titular de derecho de autor no sufre literalmente ningún detrimento económico por efecto de una excepción explícita. Como señala la ASCAP, los establecimientos beneficiados por la exención de uso hogareño, con pequeña superficie y un equipo sonoro elemental, son los menos expuestos a una política de licencias agresiva de las sociedades recaudadoras, y los derechos de licencia correspondientes a esos establecimientos habrían tendido a ser los más bajos de la escala (carta de la ASCAP presentada en las audiencias de la Comisión de Asuntos Judiciales). Por otra parte, teniendo en cuenta su volumen y el hecho de que la difusión de música suele ser accesoria de otros servicios, esos establecimientos figuran entre los que más probablemente habrían optado simplemente por apagar la radio si se los hubiera apremiado a pagar derechos de licencia.

24. Con la aprobación de la enmienda de 1998, y la eliminación de las obras musicales no dramáticas del ámbito de aplicación de la exención de uso hogareño, esta parte del artículo ha quedado aún más limitada y ha dejado de tener toda importancia económica real. Como hemos demostrado, desde el punto de vista práctico no existe ningún mercado importante para las ejecuciones secundarias en los establecimientos de comercio minorista o de servicios de comidas o bebidas respecto de las obras que están incluidas ahora en la exención de uso hogareño (obras dramáticas, como las óperas). En otras palabras: esos establecimientos no son, ni podrían ser, una

- por último, restar todavía los establecimientos que sencillamente optarían por apagar la música en vez de abonar los derechos exigidos por las sociedades recaudadoras.

Aunque resulta imposible estimar estas cifras con precisión científica, existen amplios motivos para considerar que representan una cantidad considerable de establecimientos.

26. Ni siquiera una estimación realista del número de establecimientos en los que los titulares de derecho de autor han perdido ingresos podría presentar un cuadro auténtico del perjuicio económico para los titulares de derechos de las CE. Los ingresos que hubieran podido recaudarse en esos establecimientos de menor tamaño, cualquiera que fuera su cuantía, tendrían que volver a reducirse en la medida que correspondiera a titulares de derechos que no fueran de las CE.

27. Las CE no hacen tentativa alguna de tomar en consideración estos factores, sino que se limitan a afirmar que los titulares de derecho de autor han sido privados de una fuente de ingresos importante. Al no presentar respaldo alguno de esa aseveración, las CE no han acreditado la presunción de que algún perjuicio sufrido por titulares de derechos de las CE sea injustificado en el sentido del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

28.

APÉNDICE 2.3

que las partes A y B del artículo 110(5), en su forma revisada, no son compatibles con el

enfocara partituras musicales. También debe señalarse que el derecho de exhibición, aunque figura en la legislación de los EE.UU., no está impuesto por el Convenio de Berna.

La parte B no se aplica a ninguna categoría de obras fuera de las obras musicales no dramáticas. La aplicación de esta disposición a otras obras, y en particular a obras audiovisuales, gira en torno de la interpretación de la palabra "incorpore". La parte B sólo exonera las ejecuciones de obras musicales no dramáticas que se realizan durante una transmisión audiovisual. El propietario del establecimiento no estaría obligado a pagar derechos de licencia por la ejecución de música durante programas de televisión, pero tendría que pagar a los titulares del derecho de autor de otras obras ejecutadas, como las cinematográficas. En la práctica, sin embargo, no existen licencias de ejecución secundaria de otros tipos de obras, incluidas las obras audiovisuales, en bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista.

Establecimientos comprendidos

Pregunta 4

Conforme a la parte B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, si: i) un establecimiento que no es de servicios de comidas o bebidas tiene menos de 2.000 pies cuadrados de superficie, o ii) un establecimiento de servicios de comidas o bebidas tiene menos de 3.750 pies cuadrados de superficie, y en él se desea ejecutar obras musicales no dramáticas, ¿puede utilizarse algún equipo profesional, o sólo se puede utilizar un equipo de tipo hogareño como el que se describe en la parte A del artículo 110(5)?

Respuesta

Si el establecimiento está comprendido en los límites de superficie de 2.000 y 3.750 pies cuadrados, no se aplican las limitaciones de equipo de la parte A.

Derechos afectados

Pregunta 5

Sírvanse indicar qué tipos de transmisiones están comprendidos en las partes A y B del artículo 110(5), en particular los siguientes:

a) Sírvanse especificar, separadamente respecto de la parte A y de la parte B, si abarcan o no:

i) las emisiones originales radiodifundidas por ondas hertzianas;

Se aplicarían tanto la parte A como la parte B si las emisiones de radiodifusión tuvieran su origen en una emisora de radio o televisión habilitada por la Comisión Federal de Comunicaciones.

ii) las emisiones de radiodifusión originales mediante satélite;

Se aplicarían tanto la parte A como la parte B.

iii) la retransmisión de emisiones radiodifundidas, por medios terrestres o mediante satélite;

Se aplicarían tanto la parte A como la parte B.

iv) la retransmisión por cable de una radiodifusión original;

Se aplicarían tanto la parte A como la parte B.

v) la transmisión original por cable u otra transmisión por hilo.

Se aplicarían tanto la parte A como la parte B.

b) En los casos antes mencionados, ¿existe alguna diferencia entre el régimen de las transmisiones de sonidos y las audiovisuales?

En términos generales no existe ninguna diferencia, salvo en cuanto a los aspectos técnicos de los aparatos receptores.

c) ¿Qué objeto y qué consecuencias tiene la referencia expresa que figura en la parte B a la transmisión audiovisual en un sistema de cable o de satélite portador? ¿Qué situaciones

La Asociación Nacional de Restaurantes (NRA) estima que, entre los restaurantes de los Estados Unidos en que se atiende a los clientes con servicio de mesa, los que tienen una superficie inferior a 3.750 pies cuadrados representan un 36 por ciento; y que los restaurantes de comidas rápidas de esa superficie son aproximadamente un 95 por ciento (prueba documental US-18). En 1996, el Servicio de Investigación del Congreso llevó a cabo un análisis de los proyectos de leyes de la ASCAP y BMI que habría exonerado los restaurantes de menos de 3.500 pies cuadrados. Ese Servicio estimó que quedarían comprendidos en ese límite de superficie el 65,2 por ciento de los restaurantes y el 71,8 por ciento de los establecimientos de bebidas (prueba documental US-16). Los Estados Unidos no han podido obtener información sobre el número de establecimientos de comercio minorista comprendidos en el límite de 2.000 pies cuadrados.

- c) **Porcentaje de esos establecimientos, comprendidos o no en el límite de superficie, que podrían quedar exentos por la aplicación de otros factores, en particular las limitaciones referentes al equipo.**

Los Estados Unidos no disponen de acceso a información sobre los establecimientos que podrían quedar exentos en virtud de la parte B del artículo 110(5) sobre la base del equipo utilizado.

Pregunta 10

Sírvanse facilitar información sobre las prácticas aplicadas en materia de licencias por las tres organizaciones de administración colectiva de los EE.UU. respecto de la ejecución pública de música por establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos, en particular lo siguiente:

Respuesta

Los Estados Unidos se complacen en presentar la información que sigue en respuesta a las preguntas 10, 11 y 12 del Grupo Especial. Deseamos señalar que, como indicamos en la primera reunión con el Grupo Especial, durante la preparación para este asunto pedimos informaciones a las principales sociedades recaudadoras de los EE.UU. (la ASCAP y BMI) acerca de sus prácticas en materia de licencias, pero esa información no fue suministrada. Ante las preguntas del Grupo Especial hemos reiterado y renovado esas solicitudes a las sociedades recaudadoras. Si éstas responden, podremos suministrar al Grupo Especial, en el futuro, nuevas informaciones. Véase la prueba documental US-19.

- a) **Porcentaje de tales establecimientos que disponían de licencia para música radiodifundida antes de la Ley de Derecho de Autor de 1976;**

Los Estados Unidos no disponen de información detallada respecto del período anterior a 1976; no obstante, en el informe de la Cámara de Representantes citado en la primera comunicación de los EE.UU. (prueba documental US-1), el Congreso constató que la mayoría de los beneficiarios de la exención de uso hogareño no tenían licencia.

- b) **Porcentaje de tales establecimientos que disponían de licencia para música radiodifundida desde la entrada en vigor de la Ley de Derecho de Autor de 1976 hasta la entrada en vigor de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales (respecto de los tres últimos años sobre los que se cuente con de datos);**

Según estudios llevados a cabo en 1996-1997 por la Asociación Nacional de Restaurantes, un 16 por ciento de los establecimientos de comidas con servicio de mesa y un 5 por ciento de

	<u>1995</u>	<u>1996</u>	<u>1997</u>
Radio	110	120	124,7
Televisión	141,8	158,4	155,2
Total de ingresos	436,8	482,6	482,1

No se dispone de cifras exactas sobre el importe de los ingresos percibidos por comunicación

Los Estados Unidos estiman que aproximadamente un 74 por ciento de los restaurantes difunden alguna clase de música. A partir de esta información y las estimaciones confidenciales de la NRA es posible suponer con certeza que, de los derechos de licencia provenientes de restaurantes, no puede atribuirse a la música de radio más del 44 por ciento.

- c) **Desglose de los ingresos entre sus diversas fuentes, en particular el porcentaje de los ingresos recaudados en establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos; en la medida de lo posible, sírvanse desglosar esas cifras entre los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos que están comprendidos en los respectivos límites de superficie establecidos en la parte B y los establecimientos no comprendidos en esos límites;**

En la medida en que se dispone de esta información, ha sido presentada en la respuesta a la pregunta 10 y a los puntos a) y b) precedentes.

- d) **¿Cuál es el efecto probable de la enmienda del artículo 110(5) sobre los ingresos que antes se percibían de esos establecimientos?**

Los efectos de la enmienda del artículo 110(5) sobre los ingresos de las sociedades recaudadoras serán probablemente ínfimos. La ASCAP percibe de licenciarios generales apenas un 14 por ciento del total de sus ingresos, incluidos en ese porcentaje los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista. Una parte importante de esos ingresos corresponde a ejecuciones públicas en directo o de grabaciones musicales y no a música radiodifundida. Sobre la base de datos suministrados por la NLBA y de otras fuentes es posible estimar, con criterio moderado, que la música de radio representa a lo sumo entre 28 y 44 por ciento de los ingresos obtenidos de establecimientos de servicios de comidas y bebidas. El 28-44 por ciento de 14 por ciento equivale a 3,9-6,2 por ciento del total de los ingresos. Además, este porcentaje debe reducirse todavía porque no todos los restaurantes y bares tienen derecho a las exenciones del artículo 110(5). Aun empleando el porcentaje indicado por las CE, según el cual un 70 por ciento de los restaurantes de los EE.UU. quedarían exentos en virtud de la parte B del artículo 110(5), la excepción relativa a la música de radio sólo parece tener un efecto máximo sobre los ingresos de entre 2,7 y 4,3 por ciento.

Pregunta 12

¿Pueden confirmar los EE.UU. la afirmación de las CE, formulada en el párrafo 77 de su exposición oral en la primera reunión sustantiva, de que un mínimo del 25 por ciento de la música difundida en los EE.UU. pertenece a titulares de derechos de las CE? En caso negativo, rogamos a los EE.UU. que presenten otra estimación.

Respuesta

Los Estados Unidos no están de acuerdo con esa afirmación de las CE. En particular, no podemos coincidir con las CE cuando parten de la base de que un 25 por ciento de las regalías percibidas en los Estados Unidos corresponden a titulares de derechos de las CE. En realidad, la afirmación de las CE sorprende a los Estados Unidos, habida cuenta de un análisis interno de las CE, de 1998, sobre las consecuencias económicas de la exención de uso hogareño sobre los titulares de derechos de las CE, en que se estimó que apenas un 6,2 por ciento de los ingresos de la ASCAP se distribuía entre las sociedades recaudadoras extranjeras, y que en BMI ese porcentaje era de 5,6 por ciento. Desde luego, el porcentaje que corresponde a las sociedades recaudadoras de las CE sería considerablemente menor que el que corresponde a los pagos totales a sociedades recaudadoras

extranjeras (Comisión Europea, Procedimiento de Examen sobre las Licencias de Obras Musicales en los Estados Unidos de América, 23 de febrero de 1998).

Pregunta 13

Sírvanse facilitar cualquier información de mercado referente a otros países que consideren pertinente a los efectos de este asunto.

Respuesta

Las condiciones de mercado en los Estados Unidos son las más pertinentes a los efectos de este asunto y, en consecuencia, los Estados Unidos no consideran que la información de mercado referente a otros países sea necesaria para la solución del caso. Las expectativas legítimas de los titulares de derechos respecto de la explotación de sus obras en determinado mercado deben orientarse por las condiciones en ese mercado.

Obligaciones derivadas de tratados internacionales

Pregunta 14

Rogamos a los EE.UU. que expliquen de qué modo, no existiendo ninguna manifestación expresa en ese sentido en el Acuerdo sobre los ADPIC, su artículo 13 "constituye la formulación" de la doctrina de las "pequeñas reservas" conforme al Convenio de Berna. ¿Alegan los EE.UU. que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC puede invocarse en sí mismo, o sólo a través de la doctrina de las "pequeñas reservas" con arreglo al Convenio de Berna?

Respuesta

Durante la negociación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, la pregunta formulada por el Grupo Especial fue objeto de discusiones detenidas y se manifestaron opiniones divergentes acerca de la necesidad de ese artículo. Por último, la posición que prevaleció reconocía que prácticamente todos los países tenían pequeñas excepciones a los derechos exclusivos del Convenio de Berna, ya fuera a través de sus leyes, su jurisprudencia o su práctica, y que la inclusión del artículo 13 era un modo eficaz de apreciar si esas excepciones eran apropiadas.

En el proyecto de Acuerdo sobre los ADPIC de 23 de julio de 1990 (W/76) se formula la siguiente afirmación respecto del artículo 13: "Con respecto a los derechos establecidos en el punto 3, las limitaciones y exenciones, incluidas las licencias obligatorias, reconocidas en el Convenio de Berna (1971) se aplicarán también, *mutatis mutandis*". Por otra parte, un destacado especialista, autor de un libro sobre la historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC, comenta lo siguiente:

La interpretación [del artículo 13] sólo es posible a la luz del párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo y, en virtud de su incorporación, del artículo 20 del Convenio de Berna. En consecuencia, el artículo 13 no crea nuevas excepciones, aunque si se lo lee separadamente de esas otras disposiciones sería tentador afirmar que permite a los países crear nuevas licencias obligatorias. ... Sin embargo, esta línea de razonamiento no puede admitirse. La introducción de *nuevas* licencias obligatorias violaría en casi todos los casos el Convenio de Berna. El artículo 13 permite que un grupo especial de solución de diferencias examine las excepciones, incluidas las llamadas "pequeñas excepciones", para verificar que cumplan el criterio. ... [Siguen citas del Informe de la Conferencia de Bruselas en que se mencionan pequeñas reservas aplicables a los artículos 11, 11*bis*, 11*ter*, 13

y 14.] Al invocarse estas excepciones, a partir de ahora podrán someterse al criterio general del artículo 13 ... (subrayado añadido).

D. Gervais, The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis (1998), páginas 89-90.

Es importante señalar que esta interpretación también resulta confirmada por el texto y los

Si el Convenio de Berna no admitiera ninguna clase de pequeñas excepciones o limitaciones, no existiría motivo para el párrafo 2) del artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor ni para la disposición citada de la Declaración Convenida.

El artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor presenta el mismo texto que figuraba como artículo 12 en la Propuesta Básica para la Conferencia Diplomática de 1996 (CRNR/DC/4). El comentario de la Propuesta Básica es ilustrativo. Tras observar que el Acuerdo sobre los ADPIC ya enunciaba este criterio respecto de las limitaciones y excepciones admisibles a los derechos, indica que "ninguna limitación, ni siquiera las que pertenecen a la categoría de las pequeñas reservas, podrá exceder de los límites fijados por el criterio en tres etapas".

Las CE y los EE.UU. son signatarios tanto del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor como del Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas.

Pregunta 15

A la luz del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 20 del Convenio de Berna, ¿puede el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC ir en detrimento del requisito establecido en el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, de establecer "una remuneración equitativa"?

Respuesta

encontrar diversas excepciones al derecho de interpretación o ejecución pública, incluso en Estados miembros de las CE.

Por ejemplo, la Ley de Derecho de Autor de Australia establece diversas excepciones al derecho de interpretación o ejecución pública. El artículo 46 establece una exención para las ejecuciones públicas mediante aparatos receptores sin hilo o mediante una grabación "en locales en que residen o duermen personas, para la recreación exclusiva de los residentes o internados en los locales o de ellos y sus huéspedes" (*Ley de Derecho de Autor de 1968 (modificada en 1994), artículo 46*). Cabe destacar el carácter comercial de esta exención, ya que se aplica a los hoteles y casas de huéspedes. Véase Parlamento de Australia, Comisión Permanente de Asuntos Legales y Constitucionales, "Don't Stop the Music!: a report on the inquiry into copyright, music and small business", 29 de mayo de 1998; puede consultarse en www.aph.gov.au/house/committee/laca/reports/copyright/index/htm. Australia también exime las interpretaciones o ejecuciones públicas con fines de enseñanza: *ibid.*, artículo 28.

Con arreglo al artículo 22 de la Ley de Derecho de Autor de Bélgica, el autor "no podrá prohibir ... la comunicación al público de una obra expuesta en un lugar al que el público tiene acceso, cuando el propósito de la comunicación al público no es la obra misma": *Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de 1994 (modificada en 1995), párrafo 1 del artículo 22*. Bélgica también tiene una excepción para la "libre interpretación de una obra durante un examen público cuando el propósito no es la obra misma, sino la apreciación del intérprete o ejecutante ..." (*ibid.*).

Conforme a la Ley de Derecho de Autor de Finlandia, "una obra publicada también podrá ejecutarse o representarse públicamente en actividades en que la ejecución o interpretación de la obra no sea el elemento principal, siempre que no se cobren derechos de ingreso y que la actividad no haya sido organizada con fines de lucro": *Ley de Derecho de Autor (modificada en 1997), Ley 446/1995, artículo 21*. La misma Ley contiene también una exención para la ejecuciones públicas "en relación con servicios religiosos y con la enseñanza" (*ibid.*). Dinamarca también establece una excepción para la ejecución pública de obras no dramáticas por radio o televisión "en oportunidades en que la ejecución o interpretación de tales obras no constituya el elemento principal de la actividad, siempre que no se cobren derechos de ingreso y la actividad no se realice con fines de lucro": *Ley sobre Derecho de Autor de 1995, artículo 21*.

Nueva Zelanda exime las interpretaciones o ejecuciones públicas de obras musicales en los establecimientos de enseñanza: *Ley de Derecho de Autor de 1994, artículo 47*. Filipinas exceptúa las interpretaciones o ejecuciones públicas con fines de enseñanza y beneficencia: *Código de Propiedad Intelectual de Filipinas, artículo 184 (1997)*. La India, además de la exención para fines de enseñanza, exime también "la interpretación o ejecución de obras literarias, dramáticas o musicales por una sociedad o club de aficionados, si se realiza para un público que no paga entrada ...": *Ley de Derecho de Autor de la India de 1957 (modificada en 1994), artículos 52 (l) y 52 (i)*.

El Canadá establece diversas excepciones al derecho de interpretación o ejecución pública: *Ley de Derecho de Autor de 1994 (modificada en 1997)*. Establece varias excepciones con fines de enseñanza (*artículos 29.4 y 29.5*) y para las interpretaciones o ejecuciones "en cualquier exposición o feria agrícola o agroindustrial": *artículo 32.2 (2)*, así como una excepción genérica para cualquier interpretación o ejecución pública de una obra musical, ya sea en directo o mediante "señal de comunicación", por una organización o institución religiosa, establecimiento de enseñanza, organización de beneficencia o fraternidad para el cumplimiento de objetivos religiosos, educativos o de beneficencia": *artículo 32.2 (3)*. Este último artículo dispone expresamente que, en las circunstancias indicadas, ninguna organización de esa clase "será responsable del pago de ninguna retribución" (*subrayado añadido*).

particular. En sí mismo, el término "especiales" no indica ningún orden de prioridad entre los propósitos, ni preferencia por uno respecto de otro.

Además, al examinar si una excepción constituye o no un "caso especial", es fundamental que los grupos especiales de la OMC no juzguen la conveniencia del fundamento de la excepción, establecido por la política general pública del país respectivo. En una organización tan variada como la OMC, un grupo especial no debe determinar la aceptabilidad de los objetivos de política general pública de sus Miembros. Ninguna disposición del Acuerdo sobre los ADPIC da fundamento para que un grupo especial determine los fundamentos de política general aceptables a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 13 del Acuerdo. El propósito con el cual los países pueden establecer excepciones a los derechos exclusivos no es el tema central del artículo 13; ese aspecto, si tiene alguna importancia, no es más que tangencial. La clave está en el alcance de la excepción y sus consecuencias para los titulares de derechos.

Como se analizó en los párrafos 24 a 26 de la primera comunicación de los EE.UU., las excepciones de las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. están bien definidas y limitadas a circunstancias particulares. La parte A se limita a casos en que se usa un aparato receptor de tipo hogareño, y la parte B se limita a los casos de establecimientos que cumplen requisitos de superficie y equipo claramente establecidos.

Por otra parte, tanto la parte A como la parte B corresponden a importantes problemas de política general pública. Con respecto a la parte A, los antecedentes muestran claramente que el Congreso estaba preocupado por las pequeñas empresas familiares. Las pequeñas empresas desempeñan una función particularmente importante en el entramado social del país. Fomentan los valores locales y la innovación y la experimentación en la economía. Las pequeñas empresas también generan un número desproporcionadamente mayor de oportunidades económicas para las mujeres, las minorías, los inmigrantes y las personas que antes dependieron de la asistencia pública, por lo que constituyen un mecanismo esencial a través del cual millones de personas se incorporan en la vida económica y social: *The State of Small Business: Report of the President* (Imprenta Oficial de los EE.UU., Wáshington, 1998), página 3.

También la parte B del artículo 110(5) está respaldada por importantes preocupaciones de política general pública. Con respecto a muchas de las empresas eximidas se aplican las mismas preocupaciones relacionadas con la importancia social de las pequeñas empresas. Véase, por ejemplo, *Congressional Record* (7 de octubre de 1998); carta del Representante James Sensenbrenner, Jr., a los miembros del Congreso titulada "*Key small business vote next week*" (20 de marzo de 1998). Además, la historia legislativa de esta disposición reboza de manifestaciones de preocupación por abusos de las organizaciones administradoras de los derechos de los intérpretes o ejecutantes. Al exonerar a las pequeñas empresas, a muchas de las cuales las sociedades recaudadoras ya habían convenido en eximir como parte del acuerdo con la NLBA, el Congreso consideraba que resolvía la cuestión de las prácticas abusivas en materia de licencias sin causar ningún perjuicio injustificado a los titulares de derechos.

Pregunta 18

¿Permite el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC una compensación entre los ingresos generados, o que tienen probabilidades de generarse, por determinados derechos exclusivos, en particular a los fines de determinar la "explotación normal" de las obras o el "perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos", o es preciso examinar cada uno de los derechos exclusivos en forma separada?

Respuesta

Esta pregunta, como la siguiente, parece partir del supuesto de que el Grupo Especial tiene que optar entre examinar cada uno de los derechos por separado, *o bien* examinar todos los derechos conjuntamente. Por el contrario, ambos criterios son pertinentes. Las excepciones deben examinarse

Pregunta 19

Al examinar los criterios para determinar la "explotación normal" y el "perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos" conforme al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, ¿es preciso considerar separadamente cada uno de los derechos exclusivos?

Respuesta

Véase la respuesta a la pregunta precedente.

Pregunta 20

Rogamos a los EE.UU. que expliquen más detalladamente en qué forma podrían las disposiciones del párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna ir en detrimento de las normas de fondo sobre derecho de autor en medida mayor que una excepción prevista en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Respuesta

Esta pregunta también podría formularse así: "en qué forma podría un derecho de remuneración, conforme al párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, ir en detrimento de los derechos exclusivos en mayor medida que una excepción basada en la doctrina de las pequeñas reservas aplicable al artículo 11

Pregunta 21

¿Protegen los EE.UU. los derechos de radiodifusión a través de los derechos de interpretación o ejecución protegidos en el artículo 106 de su Ley de Derecho de Autor?

Respuesta

Suponiendo que por "derechos de radiodifusión" el Grupo Especial entienda el derecho de radiodifusión del titular de derecho de autor conforme al artículo 11*bis* (y no los derechos del organismo de radiodifusión respecto de la programación que producen), la respuesta es sencillamente afirmativa.

La radiodifusión no es más que uno de los medios a través de los cuales una obra puede ser interpretada o ejecutada en público. Conforme a la legislación de los EE.UU. sobre derecho de autor, el titular de ese derecho tiene, por lo general, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir esa radiodifusión. El derecho de interpretación o ejecución pública del artículo 106 de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. comprende el derecho de radiodifusión previsto en el artículo 11*bis* del Convenio de Berna, así como otros tipos de interpretación o ejecución pública.

II. RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL A AMBAS PARTES

Pregunta 1

Sírvanse explicar en qué medida la jurisprudencia referente al artículo 110(5) que se cita en sus respectivas comunicaciones es pertinente a los fines de la interpretación de la actual parte A de ese artículo.

Respuesta

Los Estados Unidos consideran que la jurisprudencia es pertinente porque el artículo 110(5) era compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC incluso antes de que se excluyeran de su alcance las obras musicales no dramáticas. Además, la jurisprudencia también ofrece orientación en cuanto a los límites de la excepción respecto de otras obras distintas de las obras musicales no dramáticas.

Categorías de obras

Pregunta 2

El Grupo Especial entiende que el texto original del artículo 110(5) es idéntico al de su actual parte A con excepción de las palabras "salvo lo dispuesto en la parte B". En los trabajos preparatorios reproducidos en las pruebas documentales EC-3 y US-1 (*H.R. Rep. N° 94-1476 (1976)*) se explica que la disposición "se aplica a las interpretaciones, ejecuciones y exhibiciones de todo tipo de obras". El párrafo 31 de la comunicación de las CE y el párrafo 9 de la comunicación de los EE.UU. (y algunos otros párrafos) contienen una interpretación según la cual este texto, tal como figura en la parte A, tiene el objeto de excluir de su alcance las "obras musicales no dramáticas". Sírvanse aclarar su interpretación del texto de esta disposición en el párrafo original y, por otro lado, en la parte A, y la medida en que a su juicio el texto debe entenderse de modo diferente en uno y otro caso. Sírvanse explicar los motivos.

Respuesta

Con respecto a la exención original (

Respuesta

Los Estados Unidos no afirman que las disposiciones sobre licencias entre los organismos de radiodifusión y las sociedades recaudadoras incluyan regalías por ejecuciones secundarias realizadas por el público receptor. Sin embargo, al evaluar las consecuencias económicas del artículo 110(5) y, concretamente, la medida del perjuicio para los titulares de derecho de autor, el Grupo Especial debe tomar nota de que ese titular ya ha sido retribuido una vez por la radiodifusión de la interpretación o ejecución pública.

Interpretación de las obligaciones derivadas de tratados

Pregunta 5

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los materiales como los "Informes Generales" de las Conferencias Diplomáticas de los países del Convenio de Berna a la luz del artículo 31 de la Convención de Berna sobre el Derecho de los Tratados? ¿Son "acuerdos ulteriores acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" conforme al apartado a) del párrafo 3) del artículo 31, o una "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del apartado b) del mismo párrafo, o "normas pertinentes de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" en el sentido del apartado c) del mismo párrafo, o un "sentido especial [que se da a un término] si consta que tal fue la intención de las partes"?

Respuesta

Los Informes Generales de las Conferencias Diplomáticas del Convenio de Berna pueden considerarse, según el contexto, trabajos preparatorios de las revisiones del Convenio de Berna, o prueba de las circunstancias que rodearon la adopción del texto de las revisiones de ese Convenio; en consecuencia, deberían analizarse conforme al artículo 32 de la Convención de Viena. No son "acuerdos acerca de la interpretación o aplicación" del Convenio de Berna, ni representan una "práctica ulteriormente seguida" en forma generalizada por las partes en el Convenio, y tampoco constituyen, como tales, "normas pertinentes de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". En consecuencia, no están comprendidos en ninguna de las categorías que se enumeran en los apartados a), b) y c) del párrafo 3) del artículo 31.

Pregunta 6

¿Cuál es, a su juicio, la relación existente entre el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2) del artículo 11bis del Convenio de Berna? ¿Prevalece el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la excepción prevista en el párrafo 2) del artículo 11bis respecto de los derechos exclusivos otorgados por los puntos 1º) a 3º) del párrafo 1) del artículo 11bis del Convenio de Berna en el sentido de que, cuando se cumplen las tres condiciones del artículo 13, no surge la obligación de pagar una remuneración equitativa? ¿Prevalen los requisitos del párrafo 2) del artículo 11bis del Convenio de Berna, con carácter de ley especial, sobre los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, en el sentido de que si se paga una remuneración equitativa no existe necesidad de cumplir el criterio de las tres condiciones establecidas en el artículo 13? ¿Se aplican los requisitos del artículo 13 y del párrafo 2) del artículo 11bis en forma acumulativa en el sentido de que, aun cuando se cumpla el criterio de las tres condiciones del artículo 13, existe un cuarto requisito adicional de pagar una remuneración equitativa y, por otra parte, aun cuando se pague una remuneración equitativa conforme al párrafo 2) del artículo 11bis, es preciso cumplir también las tres condiciones del artículo 13? Sírvanse explicar su punto de vista.

Respuesta

Como cuestión fundamental es preciso aclarar que la referencia a la "remuneración equitativa" que figura en el párrafo 2) del artículo 11*bis* sólo se aplica a las licencias obligatorias y, en realidad, constituye una alusión abreviada a ellas. El párrafo 2) del artículo 11*bis* permite que los países impongan cualquier condición a un titular de derechos de radiodifusión, siempre que no le priven de una remuneración equitativa. Esto es una licencia obligatoria. Las licencias obligatorias pueden ser mucho más amplias que una excepción, y son un mecanismo diferente de limitación de derechos que la doctrina de las pequeñas reservas.

El párrafo 2) del artículo 11*bis* ha sido calificado sistemáticamente como una disposición de autorización de licencias obligatorias:

- "Generó dilatadas discusiones tanto en el Subcomité como en el Comité General- el párrafo 2 [del artículo 11*bis*], que permite a los países de la Unión establecer licencias obligatorias a favor de la radio." (*Report on the Brussels Conference for the Revision of the Berne Convention*, Dr. Alfred Baum, Zurich, 1948).
- "Esta disposición [el párrafo 2) del artículo 11*bis*] atribuye a las legislaciones nacionales la facultad de reemplazar el derecho exclusivo consagrado en el párrafo precedente por un régimen de licencias obligatorias" (OMPI, *Guía del Convenio de Berna*, página 82).
- "Se entiende en general que la referencia a 'condiciones' que figura en el párrafo 2) de artículo 11*bis* se refiere a la imposición de licencias obligatorias, pero la determinación de la forma de esas licencias queda librada a la legislación nacional" (S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986* (1987), página 525).

Es digno de destacar que la doctrina de las pequeñas reservas, largamente discutida durante las negociaciones sobre el Convenio de Berna y en trabajos doctrinarios posteriores, nunca se haya vinculado en forma alguna con las licencias obligatorias ni con el párrafo 2) del artículo 11*bis*. En el Informe General de la Conferencia de Bruselas (1948), Marcel Plaisant analizó expresamente la aplicabilidad de las pequeñas reservas al artículo 11*bis*: "Estas medidas excepcionales se aplican a los artículos 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14" (citado en Ricketson, página 534). La disposición sobre remuneración que figura en el párrafo 2) del artículo 11*bis* ya figuraba en esa época en el Convenio. Si el Comité de Redacción hubiera tenido el propósito de que las pequeñas reservas fueran objeto de algún otro requisito relacionado únicamente con el artículo 11*bis*, indudablemente habría mencionado tal hecho en su Informe. Del mismo modo, en la *Guía del Convenio de Berna* de la OMPI, el párrafo 2) del artículo 11*bis* se analiza en la página 82 bajo el acápite "Licencias obligatorias". La doctrina de las pequeñas reservas se analiza en la página 76: "A propósito del artículo 11 cabe mencionar la cuestión de las llamadas 'pequeñas reservas'. ... En la revisión de Bruselas (1948) se puso de relieve que tales exenciones (que también se aplican a los artículos 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14) eran admisibles ..." No se hace referencia alguna al párrafo 2) del artículo 11*bis*, y no hay ninguna indicación que se relacione con la doctrina de las pequeñas reservas.

Pregunta 7

¿En qué medida, a su juicio, ha pasado el Convenio de Berna a formar parte del derecho internacional consuetudinario y, en caso de que así haya ocurrido, qué partes de los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna?

Respuesta

Los Estados Unidos siguen efectuando consultas internas acerca de las cuestiones planteadas por esta pregunta, así como por la siguiente. Por este motivo, las opiniones que siguen deben considerarse preliminares y es posible que las desarrollemos en nuestra segunda comunicación al Grupo Especial.

Los Estados Unidos no consideran que el Convenio de Berna haya pasado a formar parte del

Pregunta 9

¿Qué más abarca la doctrina de las "pequeñas reservas", además de las ceremonias religiosas, las ejecuciones musicales por bandas militares, los conciertos de beneficencia o las necesidades de la enseñanza? ¿Abarca únicamente usos no comerciales? ¿Fue concebida esa doctrina únicamente en relación con el artículo 11 del Convenio de Berna, o se extendía también al punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio, habida cuenta de que esos artículos se refieren a distintos tipos de derechos? ¿Cuáles de esos casos de excepciones implícitas podrían ser pertinentes respecto de la presente diferencia?

Respuesta

Las pequeñas reservas comprenden excepciones que cumplen el criterio formulado ahora en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. La doctrina no se limita a los ejemplos concretos citados por algunos países en los antecedentes de la negociación, y la práctica ulterior de muchos países demuestra la aplicabilidad de la doctrina a una gran variedad de tipos de excepciones. Tal como se indica en la historia de la negociación, existía el propósito de que la doctrina se extendiera al artículo 1*bis*.

Pregunta 10

Para cumplir la primera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC ("determinados casos especiales"), ¿es suficiente que la limitación o excepción esté definida con gran precisión?

Respuesta

Véase nuestra respuesta a la pregunta 17 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

Pregunta 11

Con arreglo a la segunda condición del artículo 13, ¿en qué sentido, si existe alguno, equivale una explotación normal de la "obra" a una explotación normal de los "derechos exclusivos" relativos a la obra?

Respuesta

Véase nuestra respuesta a la pregunta 18 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

Pregunta 12

¿En qué medida es adecuado evaluar si una ley se ajusta o no a las condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la base de un examen de la situación actual del mercado en un país determinado?

Respuesta

La situación actual en un país determinado es de suma importancia en cuanto establece los límites de la normalidad en ese mercado e ilustra acerca de si está o no justificado el perjuicio sufrido por un titular de derechos. Un criterio inverso -el de evaluar los criterios del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC por referencia a situaciones de mercado hipotéticas, futuras o potenciales- sería

El mercado nacional de un Miembro es el factor más importante que determina lo que es

derechos exclusivos, cuando no alcanza los límites que "atentan contra la explotación normal", de la medida, el grado o la forma de interferencia con esos derechos exclusivos que supera el límite de un perjuicio justificado a los intereses del titular de derechos? En otras palabras: ¿cuál es la relación entre un grado de perjuicio admisible conforme a la tercera condición del artículo 13 y la "explotación normal" prevista en la segunda condición?

Respuesta

El elemento del artículo 13 referente a la explotación normal atiende a la medida del desplazamiento de mercado que causa la excepción o limitación de que se trate. En otras palabras, se trata de saber si existen o no sectores del mercado en que los titulares de derecho de autor cuentan con explotar su obra y a los que han dejado de tener acceso debido a esa exención. Obsérvese que sólo se trata de la explotación normal; los usos por los que el titular no espera recibir retribución no forman parte de la explotación normal. En cambio, el elemento del artículo 13 referente a los intereses

Rew (079plazamTn cobjete expln n cia e"enefiiblerec13 rprocrplotaresproducen

APÉNDICE 2.4

**RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS
FORMULADAS POR ESCRITO POR LAS COMUNIDADES
EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS -
PRIMERA REUNIÓN**

(19 de noviembre de 1999)

Pregunta 1

Pregunta 7

Según los Estados Unidos, ¿qué porcentaje de los establecimientos tendría que quedar excluido de la protección en virtud del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos antes de que la disposición dejara de poder considerarse una exención conforme al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC?

Respuesta

Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos y las Comunidades Europeas.

Pregunta 8

Rogamos a los Estados Unidos que expliquen por qué la difusión de obras amparadas por el derecho de autor que tienen su origen en emisiones de radio o televisión puede quedar excluida de la protección, y no la difusión de obras amparadas por el derecho de autor tomadas directamente de cintas o casetes.

Respuesta

Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

Pregunta 9

Rogamos a los Estados Unidos que faciliten un ejemplar de la licencia de la NLBA que, según afirman los Estados Unidos en el párrafo 13 de su primera comunicación escrita, se basa en criterios similares a los empleados en el artículo 110(5).

Respuesta

Véanse la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta formulada por el Grupo Especial a

Pregunta 11

Sírvanse explicar por qué consideran que las demás disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC en materia de excepciones (artículo 17, párrafo 2 del artículo 26 y artículo 30) son un contexto pertinente para la interpretación del artículo 13 y qué consecuencias extraen de ello. ¿Cuál es la importancia relativa de esas otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y de las excepciones, reservas o limitaciones permitidas por el Convenio de Berna como contexto para la interpretación del artículo 13?

Respuesta

Con arreglo al artículo 31 de la Convención de Viena, las demás disposiciones de un tratado forman parte del contexto a los efectos de la interpretación de una disposición determinada. Al considerar la interpretación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sería inadecuado no tener en cuenta otras tres disposiciones del Acuerdo redactadas en términos similares que rigen en materia de excepciones. En general, en el Acuerdo sobre los ADPIC la admisibilidad de las excepciones se determina por criterios similares (aunque no idénticos) respecto del derecho de autor, las patentes, los dibujos y modelos industriales, así como las marcas de fábrica o de comercio. Esas excepciones confirman el principio de que el Acuerdo sobre los ADPIC tenía por objeto equilibrar los intereses de los productores y los usuarios de propiedad intelectual. No existen fundamentos, en la historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC, para suponer que los Miembros de la OMC emplearon términos similares y se proponían, a pesar de ello, permitir excepciones de alcance radicalmente distinto, respecto de diferentes tipos de derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, los artículos 30 y 31 fortalecen el argumento presentado en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos, en cuanto presentan una clara distinción en el campo de la propiedad intelectual entre las excepciones (para las que no se requiere remuneración equitativa) y las licencias obligatorias (para las que sí se la exige).

APÉNDICE 2.5

SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS

(24 de noviembre de 1999)

Índice

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	216
II. ASPECTOS FÁCTICOS	216
III. EL ARTÍCULO 13 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC CONSTITUYE EL CRITERIO APLICABLE PARA EVALUAR LAS EXCEPCIONES	217
A. LA LETRA CLARA DEL ARTÍCULO 13	218
B. EL TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR	219
C. HISTORIA DE LA NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC	219
D. RELACIÓN CON EL CONVENIO DE BERNA	220
E. PERTINENCIA DEL PÁRRAFO 2) DEL ARTÍCULO 11BIS DEL CONVENIO DE BERNA.....	222
F. CONCLUSIÓN.....	223
IV. EL ARTÍCULO 110(5) CUMPLE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 13	223
A. INTERPRETACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 13.....	223
B. LAS PARTES A Y B DEL ARTÍCULO 110(5) SE APLICAN A CASOS DETERMINADOS Y ESPECIALES.....	223
C. NI LA PARTE A NI LA PARTE B DEL ARTÍCULO 110(5) ATENTAN CONTRA LA EXPLOTACIÓN NORMAL.....	224
D. NI LA PARTE A NI LA PARTE B DEL ARTÍCULO 110(5) CAUSAN UN PERJUICIO INJUSTIFICADO	224
1. La parte B del artículo 110(5) no causa un perjuicio injustificado porque cualquier daño efectivo a los titulares de derechos es ínfimo.....	225
a) Punto de partida del análisis: el total de las regalías pagadas a titulares de derechos de las CE se sitúa entre 19,6 y 39 millones de dólares	225
b) Deducida la suma imputable a licencias generales, las pérdidas de los titulares de derechos de las CE se sitúan entre 3,7 y 7,4 millones de dólares.....	225
c) Deducidos los ingresos provenientes de licenciatarios generales que no cumplen la definición legal de "establecimiento", las pérdidas de los titulares de derechos de las CE se sitúan entre 1,85 y 3,69 millones de dólares.....	226
d) Deducidos los ingresos por licencias provenientes de licenciatarios generales que no hacen funcionar la radio, las pérdidas de los titulares de derechos de las CE se sitúan entre 560.000 y 1,13 millones de dólares.....	227
e) Reducidos los ingresos a los provenientes de establecimientos licenciatarios generales que emplean la radio y cumplen las limitaciones de superficie del artículo 110(5), las pérdidas de los titulares de derechos de las CE se sitúan entre 294.113 y 586.332 dólares.....	227
f) El método aplicado por los Estados Unidos se basa en criterios moderados..	228
2. Los propios titulares de derechos consideraron que eran razonables unas limitaciones de superficie comparables con la parte B del artículo 110(5) y las apoyaron voluntariamente	229
V. CONCLUSION.....	230

I. INTRODUCCIÓN

1. En este asunto, el Grupo Especial, se ve frente a dos importantes cuestiones referentes al Acuerdo sobre los ADPIC. En primer lugar, el Grupo Especial debe decidir sobre el criterio adecuado para evaluar una excepción a un derecho exclusivo establecido por el Convenio de Berna, que ha sido impugnada sobre la base de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. En segundo lugar, el Grupo Especial debe aplicar ese criterio al asunto planteado para determinar si la excepción es o no admisible con arreglo al Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC. La determinación adecuada respecto de ambas cuestiones lleva a la conclusión de que las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos son admisibles con arreglo al Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC.

2. La doctrina de las pequeñas reservas está firmemente asentada en la historia y la práctica del Convenio de Berna, y debe aplicarse a las excepciones a los derechos de ese Convenio que se controvierten aquí: derechos de los artículos 11 y 11*bis*. Esa doctrina, sin embargo, ha sido aclarada y formulada más precisamente por el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, que constituye el criterio conforme al cual deben apreciarse tales excepciones. El Grupo Especial debe aplicar el criterio del artículo 13 como pauta para apreciar la admisibilidad del artículo 110(5) conforme al Convenio de Berna. Las exenciones del artículo 110(5) satisfacen el criterio del artículo 13: son casos especiales que no atentan contra la explotación normal de la obra y que no causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

II. ASPECTOS FÁCTICOS

3. Como punto inicial hay varias cuestiones fácticas relacionadas con la parte A del artículo 110(5) que requieren aclaración. En primer lugar, los Estados Unidos destacan que no existe controversia acerca de los hechos, ante el Grupo Especial, en cuanto a las obras comprendidas en la actual parte A del artículo 110(5), y que el texto de la disposición misma es inequívoco. Ambas partes están de acuerdo

reservas con arreglo al Convenio de Berna. Según las CE, el Convenio de Berna no permite absolutamente ninguna excepción a los artículos 11 y 11*bis* o, si las permite, el artículo 110(5) no está comprendido entre las excepciones admitidas porque es de naturaleza comercial y fue aprobado después de 1967. Pero estos argumentos no son eficaces porque ninguno de esos factores es determinante para resolver si una excepción está o no comprendida en la doctrina de las pequeñas reservas con arreglo al Convenio de Berna.

A. LA LETRA CLARA DEL ARTÍCULO 13

9. El texto del artículo 13 es inequívoco y se aplica a las "limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos". En vista de la claridad de este texto, el Grupo Especial debe ser particularmente reacio a adoptar una interpretación del artículo 13 que lo hace de algún modo inaplicable a una "limitación o excepción" a un derecho exclusivo. La posición de las CE está en contradicción con el texto del artículo 13 en cuanto las CE alegan que ese artículo no rige para limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos del Convenio de Berna que se han incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC.

10. La regla general en materia de interpretación de los tratados, en la OMC, es que "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".⁷ Un corolario de la regla general de interpretación es que la interpretación debe dar significado y eficacia a todos los términos

B. EL TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR

11. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor representa una prueba más de la aplicabilidad del criterio formulado en el artículo 13 a los derechos exclusivos establecidos con arreglo al Convenio de Berna. Como se expone en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 14 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor fue adoptado por consenso en 1996 por la Conferencia Diplomática de la OMPI. La abrumadora mayoría de la miembros de la Unión de Berna (99 de 119) y de los Miembros de la OMC (94 de 128) participaron en la Conferencia Diplomática.¹¹ Al igual que el Acuerdo sobre los ADPIC, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor es un acuerdo destinado expresamente a otorgar un nivel de protección mayor que el establecido por el Convenio de Berna. El artículo 1 del Tratado establece que constituye un "Arreglo particular" en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna, dispone que ninguna parte de su contenido derogará las obligaciones existentes en virtud del Convenio de Berna, y también impone expresamente el cumplimiento de los artículos 1 a 21 y el Anexo del Convenio de Berna.¹²

12. El preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor establece que las partes reconocen "la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes".¹³ El párrafo 2) del artículo 10 ofrece un ejemplo de una interpretación que aclara el Convenio de Berna, al disponer: "al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor" (subrayado añadido). En consecuencia, con arreglo al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor las excepciones admisibles conforme al Convenio de Berna son aquellas que cumplen el mismo criterio establecido en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por otro lado, conforme a la interpretación que las CE dan al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC -conforme a la cual no puede constituir el criterio que rige las excepciones a los derechos del Convenio de Berna porque el Acuerdo sobre los ADPIC representaría entonces una disminución de derechos otorgados por el Convenio de Berna- el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor tiene que representar una derogación de derechos establecidos por el Convenio de Berna, conclusión que se contradice frontalmente con el artículo 1 del Tratado.

C. HISTORIA DE LA NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

13. La historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC apoya aún más nuestra conclusión de que el artículo 13 se aplica a los derechos del Convenio de Berna. Como explica un comentarista: "El artículo 13 permite que un grupo especial de solución de diferencias examine excepciones, incluidas las llamadas 'pequeñas excepciones', para verificar que cumplan el criterio ... Al invocarse

¹¹ Para una enumeración completa de los Estados que participaron en la Conferencia de Ginebra, véase la lista de participantes en el documento de la OMPI CRNR/DC/INF.2, en www.wipo.org/eng/dipconf.

¹² El artículo 1 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor se titula "Relación con el Convenio de Berna", y dispone lo siguiente:

- 1) El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado.
- 2) Ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.
- 3) En adelante, se entenderá por "Convenio de Berna" el Acta de París, de 24 de julio de 1971, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.
- 4) Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna.

¹³ Preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

estas excepciones, a partir de ahora podrán someterse al criterio general del artículo 13."¹⁴ Los Estados Unidos ya se han expresado en detalle sobre la historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC en su respuesta a la pregunta 14 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos, y en su primera comunicación.

14. En su respuesta a la pregunta 10 formulada por el Grupo Especial, las CE han citado su posición inicial en las negociaciones sobre el Acuerdo sobre los ADPIC como prueba de la inaplicabilidad del artículo 13 a los derechos del Convenio de Berna. Durante las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC, las CE adoptaron la posición de que el artículo del Acuerdo referente a las excepciones no debería aplicarse a los derechos del Convenio de Berna, sino únicamente a los derechos de tipo "más que Berna" establecidos en determinadas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁵ El contraste entre la posición de las CE en la negociación y el texto final del artículo 13, cuya aplicación no se limita a determinados derechos exclusivos, demuestra que si los Miembros de la OMC hubieran tenido el propósito de que el artículo 13 se aplicara únicamente a determinados derechos exclusivos del Acuerdo sobre los ADPIC, habrían especificado tal resultado. Por el contrario, el artículo 13 fue formulado en términos generales, no indica ninguna clase de aplicación limitada, y tenía el objeto de aplicarse a todos los derechos exclusivos.

D. RELACIÓN CON EL CONVENIO DE B

Estados Unidos se citaron numerosas excepciones. En la prueba documental US-22 se mencionan otros países que permiten excepciones al derecho de interpretación o ejecución pública. Esta práctica generalizada de permitir pequeñas excepciones a ese derecho concreto del Convenio de Berna ilustra su aceptación común entre los miembros de la Unión de Berna.

17. La historia de la negociación del Convenio de Berna ya ha sido examinada en estos procedimientos, en lo pertinente, y también establece claramente la admisibilidad de las pequeñas reservas conforme al Convenio. Con arreglo al artículo 32 de la Convención de Viena, se puede acudir a los trabajos preparatorios de un tratado para confirmar el sentido del texto y el contexto o aclarar ambigüedades. La historia de la negociación, en lo que respecta a las pequeñas excepciones, confirma que los miembros de la Unión de Berna tenían el propósito de que se permitieran excepciones a los derechos exclusivos establecidos en los artículos 1 y 11*bis*.

18. Contrariamente a las afirmaciones de las CE, con arreglo al Convenio de Berna las pequeñas reservas no están limitadas únicamente a: a) los usos no comerciales concretamente enumerados en los Informes Generales ("ceremonias religiosas, ejecuciones musicales por bandas militares y las necesidades de la enseñanza de niños y adultos"), ni b) las excepciones que ya existieran en la legislación de los Estados miembros de la Unión de Berna en 1967, a más tardar.

19. En primer lugar, no existe ningún requisito por el que los usos exentos deban ser no comerciales. Aunque por regla general los usos no comerciales pueden ser menos perjudiciales para los titulares de derechos que los usos comerciales, esto no representa una regla absoluta. Incluso los usos mencionados en los Informes Generales no son necesariamente no comerciales: por ejemplo, existen numerosos establecimientos de enseñanza o programas de capacitación que se desarrollan con fines de lucro. Varias de las excepciones al derecho de interpretación o ejecución pública existentes en la legislación de Estados miembros de las CE eximen las actividades de enseñanza sin especificar que el establecimiento respectivo deba actuar sin fines de lucro. Las exenciones que existen en la legislación de ciertos países que son terceros en esta diferencia también rigen para usos comerciales. Esto incluye la ley de Australia que exonera las ejecuciones secundarias en hoteles y casas de huéspedes, y la ley del Canadá que exonera las ejecuciones en ferias y exposiciones agropecuarias.²⁰ Estas exenciones demuestran que la naturaleza comercial de un uso no puede considerarse un elemento determinante.

20. Además, el análisis de la doctrina de las pequeñas reservas en los Informes Generales excluye la noción de que esa doctrina estuviera limitada a las excepciones mencionadas específicamente en dichos Informes. Los Informes Generales sólo enumeran varias excepciones tradicionales al derecho de interpretación o ejecución pública del artículo 11, como las bandas militares y las ceremonias religiosas. Pero los Informes dejan sentado igualmente que la doctrina de las pequeñas reservas se aplica también a los artículos 11*bis*, 13 y 14, sin ofrecer ningún ejemplo de excepciones admisibles a esos derechos.²¹ Tiene que haber existido el propósito de que la doctrina se aplicara a excepciones no

2 a l g u n o

Es í a m e o x e l m a s s e n t T d w o (i E g n u a p 10 m e r s 0 s e

tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna." Si las excepciones admisibles conforme al Convenio de Berna hubieran quedado congeladas en 1967, entonces este texto estaría efectivamente en contradicción con el artículo 1 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, donde se dice que ninguna parte del Tratado derogará la protección otorgada en virtud del Convenio de Berna.

22. Una interpretación de la doctrina de las pequeñas reservas por la que sólo se aplique a las excepciones que existieran en 1967 también genera consecuencias injustas para los países en desarrollo, y determina que el Convenio de Berna resulte menos aplicable en el mundo moderno. Muchos países en desarrollo que ahora son miembros de la Unión de Berna, en 1967 no tenían ninguna legislación en materia de derecho de autor, o sólo tenían una legislación rudimentaria. Si se aceptara el argumento de las CE según el cual los países, cuando se adhieren al Convenio de Berna, sólo pueden "aplicar [la doctrina de las pequeñas reservas] a sus excepciones anteriores a 1967" la mayoría de los países en desarrollo no podrían tener absolutamente ninguna excepción. Además, la flexibilidad de los principios de protección del derecho de autor formulada en el Convenio de Berna quedaría radicalmente menoscabada si los países no pudieran responder a los cambios y la evolución de la tecnología, así como de la práctica. Tal como se dispone en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, los países tienen que poder ampliar y adaptar adecuadamente las excepciones para ajustarse a las realidades de un mundo cambiante. La interpretación del Convenio de Berna por las CE, que lo congela en 1967, lo privaría en gran medida de su pertinencia en el entorno actual de la propiedad intelectual.

E. PERTINENCIA DEL ARTÍCULO 11BIS DEL CONVENIO DE BERNA

23. Observamos que también ha habido algunas discusiones, en comunicaciones de terceros y en preguntas formuladas por el Grupo Especial, sobre la pertinencia del párrafo 2) del artículo 11bis respecto de la admisibilidad del artículo 110(5). Reiteramos nuestra posición, expuesta más cabalmente en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos y a las CE, de que el párrafo 2) del artículo 11bis no tiene relación alguna con el artículo 110(5). Ese párrafo solamente autoriza a los países a sustituir por una licencia obligatoria, o su equivalente, los derechos exclusivos del artículo 11bis. Ni la historia de la negociación del Convenio de Berna ni los posteriores estudios doctrinarios apoyan la idea de que el párrafo 2) del artículo 11bis autoriza excepciones a ese artículo, o representa un criterio para apreciar tales excepciones.²² En términos simples, el párrafo 2) del artículo 11bis no se relaciona con la doctrina de las pequeñas reservas ni afecta al ámbito de aplicación de las excepciones admisibles en virtud de esa doctrina.²³

24. Interpretar el párrafo 2) del artículo 11bis en el sentido de que se aplica tanto a las excepciones como a las licencias obligatorias conduce, en realidad, a resultados que no son lógicos ni prácticos. Por ejemplo, cuando una excepción se refiere a varios derechos, como en el

²² La historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC también apoya la distinción entre las licencias obligatorias y las excepciones. Presenta interés una versión tardía del artículo 13 que incluía una disposición separada sobre el derecho de remuneración equitativa, estableciendo lo siguiente: "Cualquier licencia obligatoria (y cualquier restricción de los derechos exclusivos que los limite a un derecho de remuneración) deberá establecer mecanismos que aseguren que las regalías se paguen y remitan sin demora." Situación de los Trabajos en el Grupo de Negociación: documento preparado por el Presidente, N° 2341, (1° de octubre de 1990).

²³ Las CE reconocen implícitamente la falta de relación entre el párrafo 2) del artículo 11bis y la doctrina de las pequeñas reservas en su respuesta a la pregunta 10 formulada por el Grupo Especial a las CE, en la cual el Grupo Especial les pide que faciliten ejemplos de formas de suministrar una "remuneración equitativa" conforme al párrafo 2) del artículo 11bis que sea distinta de las licencias obligatorias. En su respuesta, las CE plantean varios mecanismos, como planes de regalías y sistemas de gravámenes, que son un equivalente funcional de las licencias obligatorias.

artículo 110(5), y sólo uno de ellos es objeto de un derecho a remuneración equitativa, resultaría prácticamente imposible dividir la excepción entre los diferentes derechos afectados y aplicar

artículo 110(5) están suficientemente definidas. La parte A está definida por las limitaciones referentes al equipo, y la jurisprudencia posterior que ha impuesto sistemáticamente limitaciones de superficie. La parte B del artículo 110(5) está claramente definida en el texto legal por las limitaciones referentes a la superficie y al equipo. Además, en la medida en que el propósito de la excepción tiene importancia, sólo se requiere que la excepción tenga un objetivo de política concreto. El Acuerdo sobre los ADPIC no impone ninguna prescripción respecto de los objetivos de política que cada país puede considerar a la luz de su propia historia y sus prioridades nacionales. En este caso, ambas excepciones están basadas en objetivos válidos de política general pública relacionados con los beneficios sociales del fomento de las pequeñas empresas y con la prevención de tácticas abusivas de las sociedades recaudadoras.

C. NI LA PARTE A NI LA PARTE B DEL ARTÍCULO 110(5) ATENTAN CONTRA LA EXPLOTACIÓN NORMAL

30. Ni la parte A ni la parte B del artículo 110(5) atentan contra la explotación normal de las obras. La parte A, casi por definición, no puede atentar contra la explotación normal porque precisamente tiene por objeto eximir aquellos establecimientos que de todos modos no justificarían una licencia comercial.²⁵

31. Al evaluar la explotación normal, el Grupo Especial debe tomar en consideración el ámbito de aplicación de la excepción respecto de la gran variedad de derechos exclusivos, así como respecto del derecho concreto que es objeto de la exención. Como se explicó más detalladamente en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 del Grupo Especial a los Estados Unidos, ambas perspectivas son pertinentes. Los efectos sobre el derecho concretamente afectado son pertinentes, pero lo es igualmente la proporción de ese derecho en relación con el resto de los derechos exclusivos. En especial, el criterio del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC no habla de que la excepción "atente contra la explotación normal de un derecho exclusivo", sino que se refiere a la explotación de la "obra" en conjunto.

D. NI LA PARTE A NI LA PARTE B DEL ARTÍCULO 110(5) CAUSAN UN PERJUICIO INJUSTIFICADO

32. Las partes A y B del artículo 110(5) no causan un perjuicio injustificado a los titulares de derechos, porque los efectos económicos de las excepciones son ínfimos. En el análisis que sigue se apuntará principalmente a la parte B del artículo, ya que las CE le dirigen la mayor parte de sus críticas, y le dedican el mínimo análisis empírico. Cabe suponer, sin embargo, que los efectos de la parte A, la exención de uso hogareño, son sólo una fracción de las cantidades que se mencionan más adelante, puesto que esa parte afecta a un número menor de establecimientos que la parte B, y a establecimientos de menor tamaño. Los Estados Unidos también TD /Frntos qul,25 0

32.Tj 114rtes A y5665ue esa pmini ar.75 TD -0.18 En

1137310.5 0 T

25

1. La parte B del artículo 110(5) no causa un perjuicio injustificado porque cualquier daño efectivo a los titulares de derechos es ínfimo

33. La cuantía de los perjuicios resultantes de la parte B del artículo 110(5) no es injustificada. En su primera comunicación los Estados Unidos señalaron que las cifras presentadas por las CE no eran pertinentes y analizaron los factores que obligaban a reducirlas para obtener una aproximación razonable a las pérdidas sufridas por los titulares de derechos de las CE. El análisis empírico que sigue complementa el ya presentado por los Estados Unidos²⁷, y está basado en nuevas informaciones recibidas recientemente. Tiene por objeto refutar las aseveraciones de las CE, en particular las formuladas en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial, según las cuales es probable que el artículo 110(5) cueste a los titulares de derechos de las CE "millones" de dólares. El análisis demuestra que la pérdida máxima para los titulares de derechos de las CE por distribuciones efectuadas por la mayor de las sociedades recaudadoras de los Estados Unidos, la ASCAP, por efecto de la exención del artículo 110(5), se sitúa entre 294.113 y 586.332 dólares: mucho menos que los "millones" de dólares que alegan las CE. Especialmente a la luz del volumen de los mercados de los Estados Unidos y las CE, esta cifra es verdaderamente ínfima y no determina ningún grado injustificado de perjuicio.

a) Punto de partida del análisis: el total de las regalías pagadas a titulares de derechos de las CE se sitúa entre 19,6 y 39 millones de dólares

34. Para determinar la medida del perjuicio causado por la exención a los titulares de derechos de las CE, el punto de partida lógico es el importe total pagado a esos titulares de derechos por las sociedades recaudadoras. Las CE han presentado recientemente cifras de la ASCAP destinadas a mostrar que los titulares de derechos de las CE recibieron por los años 1996, 1997 y 1998, por término medio, 39.045.833 dólares de la ASCAP.²⁸ Según los datos de las CE, esta cifra de 39 millones de dólares representa un promedio del 13,7 por ciento del total de las distribuciones de la ASCAP de ingresos recaudados en el país correspondientes a esos tres años. Debe observarse aquí que, en un análisis anterior llevado a cabo por las CE

Unidos por licencias que pueden imputarse a la música difundida en restaurantes, bares y establecimientos de comercio minorista. Como se analizó en las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial, los informes anuales de la ASCAP demuestran que la mayoría de los ingresos de las sociedades recaudadoras -alrededor del 58 por ciento- proviene de organismos de radio y televisión.³² Otra cuarta parte de los ingresos de la ASCAP proviene de sociedades recaudadoras extranjeras (25-26 por ciento). Los intereses, las cuotas pagadas por los afiliados y los ingresos derivados de orquestas sinfónicas y conciertos representan aproximadamente un 2 por ciento. Todos los demás ingresos por licencias representan apenas un 14 por ciento del total de ingresos de la ASCAP provenientes de fuentes nacionales y extranjeras. Este porcentaje de 14 por ciento incluye las regalías por servicios de suministro comercial de música de fondo y una gran variedad de

43. Aplicando el porcentaje de 45 por ciento al número total de establecimientos de comercio minorista (683.783), se obtiene un total de 307.702 establecimientos de esa clase que cumplen los criterios de superficie del artículo 110(5). Aplicando el porcentaje de 65,5 por ciento al número total de establecimientos de servicios de comidas y bebidas (364.404) se obtiene un total de 238.685 establecimientos de esa clase que cumplen dichos criterios. El número total de establecimientos (de comercio minorista y de servicios de comidas y bebidas) que cumplen los criterios de superficie de la ley es, por lo tanto, de 546.387, lo que representa el 52,1 por ciento del total de establecimientos. La pérdida de los titulares de derechos de las CE se reduce nuevamente situándose entre 294.113 dólares (52,1 por ciento de 564.517) y 586.332 dólares (52,1 por ciento de 1.125.398).

f) El método aplicado por los Estados Unidos se basa en criterios moderados

44. Las cifras precedentes se basan en criterios moderados, sobre la base de la información disponible. Por diversas razones, la cuantía real del perjuicio económico de los titulares de derechos de las CE probablemente esté aún por debajo del rango comprendido entre 294.113 y 586.332 dólares. Por ejemplo, los Estados Unidos han partido del supuesto de que, como un 30,5 por ciento de los establecimientos utiliza la radio, un 30,5 por ciento de los ingresos por licencias es imputable a ese empleo. Este porcentaje es evidentemente excesivo, teniendo en cuenta la gran proporción de establecimientos que difunden música proveniente de más de un tipo de fuente. Además, los Estados Unidos han partido del supuesto de que el 65,5 por ciento de los restaurantes (y el 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista) que se ajustan a los límites de superficie establecidos en la excepción representan un 65,5 por ciento (y un 45 por ciento, respectivamente) de pérdida de ingresos. En realidad, los restaurantes y establecimientos de comercio minorista eximidos son necesariamente establecimientos más pequeños, y es casi seguro que representen una proporción menor de ingresos por licencias.

45. Además, el análisis precedente no tiene en cuenta las medidas que la ASCAP y BMI podrían adoptar para reducir al mínimo los efectos del artículo 110(5), por ejemplo, concentrando sus recursos de concertación de licencias únicamente en las tiendas mayores, que por lo general pagan regalías superiores, o cobrando más por la difusión de música de discos compactos y cintas. Del mismo modo, el análisis no tiene en cuenta los establecimientos que pueden aprovechar el acuerdo privado concertado entre las organizaciones administradoras de los derechos de los intérpretes o ejecutantes y la NLBA. Teniendo en cuenta el gran número de afiliados de la NLBA, y el hecho de que puede serlo cualquier establecimiento que disponga de licencia para servir bebidas alcohólicas, el acuerdo de la NLBA debe dar lugar a otra importante reducción en cualquier cálculo de las pérdidas potenciales de los titulares de derechos de las CE derivadas del artículo 110(5). Como los Estados Unidos no disponen actualmente de datos precisos acerca de este factor, y procuran mantener sus estimaciones en el nivel más moderado posible, este elemento no ha figurado en el precedente cálculo de las pérdidas.

46. Los Estados Unidos reconocen que las estimaciones precedentes sólo se refieren a las pérdidas provenientes de distribuciones de la ASCAP. Los Estados Unidos han podido obtener pocas informaciones acerca de los ingresos y las distribuciones de BMI, que es la menor de las dos principales sociedades recaudadoras del país. Si bien la pérdida total de los titulares de derechos de las CE debería tomar en consideración evidentemente las cifras de BMI, esas cifras ciertamente serían aún menores que las calculadas respecto de la ASCAP. Como se indicó antes en la sección IV.1.B, los ingresos obtenidos por la ASCAP en el país durante 1995-97 tuvieron un promedio aproximado de 347 millones de dólares. El promedio de los ingresos obtenidos en el país por BMI en 1995 y 1996

fue de 260,5 millones de dólares.³⁹ En consecuencia, la inclusión de las cifras de BMI no acrecentaría notablemente las pérdidas de los titulares de derechos de las CE.

47. Los Estados Unidos reconocen también que en el análisis no se tiene en cuenta la música difundida de la televisión. Teniendo en cuenta que son pocos los establecimientos que utilizan la televisión para difundir música, y que la proporción de los restaurantes que utilizan receptores de televisión es aún más baja que el porcentaje de los que emplean la radio⁴⁰, no parece probable que esas cifras aumenten significativamente las pérdidas de los titulares de derechos de las CE. Por último, los Estados Unidos señalan que la parte B del artículo 110(5) exime los establecimientos que superan los límites de superficie siempre que cumplan determinados límites en materia de equipo. Sin embargo, no se dispone actualmente de información sobre este factor.

48. Los Estados Unidos se han esforzado por presentar al Grupo Especial las mejores estimaciones posibles a partir de los limitados datos de que se dispone. Las cifras resultantes tienen fundamento sólido en los hechos y en la lógica, e indican la cuantía insignificante del perjuicio que los titulares de derechos de las CE pueden sufrir realmente como consecuencia del artículo 110(5). Las CE, hasta el momento, no han ofrecido ningún hecho concreto que refute ninguno de los supuestos adoptados precedentemente. Los únicos datos presentados hasta ahora en apoyo de las alegaciones de las CE de que sus titulares de derechos han sufrido un perjuicio injustificado provienen de un comunicado de prensa de las organizaciones estadounidenses de administración de los derechos de los intérpretes y ejecutantes, destinado a sus propios fines, en que se afirma que sus titulares de derechos perderán "decenas de millones" de dólares. Sobre la base de ese comunicado de prensa, las CE piden al Grupo Especial que constate que sus titulares de derechos habrán de sufrir pérdidas "en la esfera de los millones de dólares".⁴¹ El análisis más riguroso presentado por los Estados Unidos refuta esta alegación exagerada y especulativa, y establece el perjuicio ínfimo que realmente tiene probabilidades de producirse.

2. Los propios titulares de derechos consideraron razonables unas limitaciones de superficie comparables con la parte B del artículo 110(5) y las apoyaron voluntariamente

49. Al examinar si la aprobación de la parte B del artículo 110(5) ha causado algún perjuicio injustificado a los titulares de derechos, también resulta sumamente pertinente el acuerdo privado celebrado entre las organizaciones de administración de derechos de los intérpretes y ejecutantes y la NLBA. En especial, esas organizaciones convinieron voluntariamente, en su acuerdo privado con la NLBA, en una exoneración genérica con límite de 3.500 pies cuadrados. El hecho de que esas organizaciones estuvieran dispuestas a renunciar voluntariamente al cobro de todo ingreso de tales establecimientos debe indicar que los gastos administrativos de su percepción no justificaban los ingresos probables, y que era preferible, desde el punto de vista de los titulares de derechos, procurar un mayor grado de cumplimiento de parte de los restaurantes no exentos.

50. En realidad, a lo largo de toda la discusión legislativa sobre la parte B del artículo 110(5), las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes y ejecutantes estuvieron dispuestas a concertar un acuerdo privado con la Asociación Nacional de Restaurantes que, al igual que el acuerdo con la NLBA, habría exonerado todos los restaurantes de menos de 3.500 pies cuadrados del pago de regalías por la difusión de música de radio. Además, durante el examen legislativo de la parte B del artículo 110(5), el proyecto de la ASCAP y BMI giró en torno de una exención para los establecimientos menores de 3.500 pies cuadrados.

³⁹ Prueba documental US-23.

⁴⁰ Prueba documental US-18.

⁴¹ Respuesta de las CE a la pregunta 4 formulada por el Grupo Especial a las CE.

V. CONCLUSIÓN

51. En conclusión, el criterio aplicable para determinar la compatibilidad con el Acuerdo sobre los ADPIC del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos es el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. El artículo 110(5) es una excepción admisible respecto del derecho de interpretación o ejecución pública sobre la base de los criterios formulados en el artículo 13. Por lo tanto, los Estados Unidos solicitan respetuosamente al Grupo Especial que constate que tanto la parte A) como la parte B) del artículo 110(5) son compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC.

APÉNDICE 2.6

EXPOSICIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN LA SEGUNDA REUNIÓN CON EL GRUPO ESPECIAL

(7 de diciembre de 1999)

I. INTRODUCCIÓN

1. Las excepciones admisibles respecto de los derechos exclusivos, y los criterios por los que deben regirse, constituyen cuestiones de enorme importancia en el régimen del Acuerdo sobre los ADPIC. El artículo 13 del Acuerdo es una disposición fundamental que limita las posibilidades de los Miembros de la OMC de restringir derechos exclusivos, pero también les suministra una flexibilidad esencial para poner en práctica sus obligaciones en el marco del Acuerdo. La aplicación adecuada de este criterio a las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos lleva a la conclusión de que esas disposiciones son plenamente compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC.

II. ASPECTOS FÁCTICOS

2. En nuestra segunda comunicación, los Estados Unidos se refirieron a varias inexactitudes fácticas presentadas por las CE. No habremos de repetir aquí esas explicaciones, salvo para señalar que, cuando las partes están de acuerdo respecto de los hechos, el Grupo Especial no debe entrar en especulaciones acerca de otras hipótesis sobre los hechos que no existen en la realidad. Las partes están de acuerdo en que la parte A del artículo 110(5) no se aplica a las obras musicales no dramáticas. Las partes están de acuerdo en que las limitaciones de superficie de la parte B del artículo 110(5) no se aplican a la parte A del mismo artículo. Así lo dice la letra de la Ley; ningún tribunal de los Estados Unidos ha declarado otra cosa; y éstos son los únicos hechos que el Grupo Especial tiene ante sí.

III. EL ARTÍCULO 13 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC CONSTITUYE EL CRITERIO APLICABLE PARA EVALUAR LAS EXCEPCIONES

3. Comenzaremos por el artículo 13. La letra clara del artículo 13 indica que constituye el criterio adecuado para juzgar las excepciones a los derechos exclusivos, como las del artículo 110(5). Esta interpretación del artículo 13 está confirmada por el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, recientemente concertado, así como por la historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC.

4. El texto del artículo 13 es inequívoco y se aplica a "las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos". No a *algunas* limitaciones; no a las limitaciones de *algunos* derechos exclusivos. Simplemente a las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos. A la luz de la clara orientación impartida por el Órgano de Apelación sobre la importancia de la letra de los textos para la interpretación de los Acuerdos de la OMC, las CE tendrán que salvar una valla muy difícil para convencer a este Grupo Especial de que la desconozca.

5. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor representa una nueva prueba de la aplicabilidad del criterio del artículo 13 a los derechos exclusivos establecidos en el Convenio de Berna. Las CE indican en su comunicación que "no comprenden" la pertinencia de este acuerdo. Entendemos, sin embargo, que cuando 99 miembros de la Unión de Berna se reúnen y adoptan por consenso un documento en que se establece la aplicacomprenbhb5s qpUnihos excl 4oco y Tones; Las Cn q63nF

ulteriormente seguida son instrumentos importantes para la interpretación de los tratados. En el asunto *Japón - Impuestos*, el Órgano de Apelación de la OMC destacó que la práctica ulteriormente seguida podía determinarse por declaraciones concordantes que establecieran un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado.¹

6. Del mismo modo que el Acuerdo sobre los ADPIC, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor es un acuerdo destinado expresamente a establecer un nivel de protección mayor que el Convenio de Berna. Establece expresamente que constituye un "Arreglo particular" en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna, que sus disposiciones no derogan las obligaciones ya existentes en virtud del Convenio de Berna, y exige específicamente el cumplimiento de los artículos 1 a 21 y el Anexo del Convenio de Berna.

7. El párrafo 2) del artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor establece expresamente que "al aplicar el Convenio de Berna" las Partes Contratantes restringirán las limitaciones a las que cumplan el mismo criterio que se establece en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. También son ilustrativos los trabajos preparatorios del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, ya que la Propuesta Básica de la Conferencia Diplomática de 1996 contiene un análisis específico de la aplicación del criterio de tres puntos del Acuerdo sobre los ADPIC a las pequeñas reservas con arreglo al Convenio de Berna.

8. El punto de vista de los Estados Unidos, de que el artículo 13 establece el criterio que rige todas las excepciones o limitaciones a derechos exclusivos, está en consonancia con el contexto del artículo 13, incluido el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esto no significa que el Acuerdo sobre los ADPIC haya reducido el nivel de protección por debajo del admisible con arreglo al Convenio de Berna. El Convenio permite pequeñas excepciones a los derechos exclusivos.

9. Como se expuso con cierto detenimiento en las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y en el escrito de réplica de los Estados Unidos, la práctica ulterior de los miembros de la Unión de Berna indica una aceptación generalizada del concepto de que los derechos de los artículos 11 y 11*bis* admiten excepciones. Además, la historia de la negociación del Convenio de Berna, en particular en las conferencias de Bruselas y Estocolmo, confirma que los miembros de la Unión de Berna tenían el propósito de que se admitieran excepciones a los derechos exclusivos establecidos en los artículos 11 y 11*bis*.

10. Los usos comerciales no están excluidos por tener ese carácter del ámbito de aplicación de la doctrina de las pequeñas reservas. Los propios usos que se mencionan en los Informes Generales pueden ser comerciales en determinados casos. Los ejemplos concretos de pequeñas reservas que se ofrecen nunca tuvieron por objeto constituir una lista exhaustiva. Para citar a Ricketson: "Los ejemplos de usos que se dan en las actas de las Conferencias de Bruselas y Estocolmo no son en modo alguno listas exhaustivas ni determinan los casos particulares en que se justificarían las excepciones" (página 536). El análisis de la doctrina de las pequeñas reservas en los Informes Generales excluye, en realidad, la noción de que la doctrina quedara limitada a las excepciones citadas específicamente. Los Informes Generales sólo enumeran varias excepciones tradicionales del derecho de interpretación o ejecución pública del artículo 11. Pero los Informes dejan sentado igualmente que la doctrina de las pequeñas reservas se aplica también a los artículos 11*bis*, 13 y 14, sin ofrecer ningún ejemplo de excepciones admisibles a esos derechos. Tiene que haber existido el propósito de que la doctrina se aplicara a excepciones no enumeradas concretamente en los Informes, puesto que de lo contrario la redacción no tendría sentido alguno.

¹ *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Informe del Órgano de Apelación, 4 de octubre de 1996, página 25.

11. Tampoco la aplicabilidad de la doctrina de las pequeñas reservas quedó congelada en 1967. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor ofrece una vez más una orientación útil a este respecto. La Declaración Concertada referente al artículo 10 del Tratado establece que las Partes Contratantes podrán "aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales", tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Señalamos que las CE son signatarias tanto del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor como de la Declaración Concertada.

12. Una interpretación de la doctrina de las pequeñas reservas por la que sólo se aplique a las excepciones que existieran en 1967 también genera consecuencias injustas, y determina que el Convenio de Berna resulte menos aplicable en el mundo moderno. Muchos países en desarrollo que ahora son miembros de la Unión de Berna, en 1967 no tenían ninguna legislación en materia de derecho de autor, o sólo tenían una legislación rudimentaria. Si se aceptara el argumento de las CE, la mayoría de los países en desarrollo no podrían tener absolutamente ninguna excepción. Además, la flexibilidad de los principios de protección del derecho de autor formulada en el Convenio de Berna quedaría radicalmente menoscabada si esos países no pudieran responder a los cambios y la evolución de la tecnología, así como de la práctica.

13. Para que este análisis resulte más completo, me referiré ahora brevemente al párrafo 2) del artículo 11*bis*. Ésta es una disposición referente a las licencias obligatorias. Las licencias obligatorias se caracterizan por la exigencia de una remuneración equitativa. No se trata de una norma totalmente independiente que rige las excepciones. No se aplica en lugar del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y no afecta a la aplicabilidad de ese artículo al presente asunto. El párrafo 2) del artículo 11*bis* puede y debe interpretarse en forma coherente con el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

14. El párrafo 2) del artículo 11*bis* se aplica a las "condiciones" para los derechos de ese artículo. Ricketson escribe que "la referencia a 'condiciones', que figura en el párrafo 2) del artículo 11*bis*, se considera en general una referencia a la imposición de licencias obligatorias" (página 525). La *Guía* *bis*

A. INTERPRETACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO

firmaron voluntariamente un acuerdo privado con la NLBA con las mismas limitaciones de superficie; y ofrecieron igual arreglo a la NRA. Estos actos de las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes y ejecutantes constituyen una importante prueba de que la parte B del artículo 110(5) no atenta contra la explotación normal de las obras en el mercado de los Estados Unidos.

D. NI LA PARTE A NI LA PARTE B DEL ARTÍCULO 110(5) CAUSAN UN PERJUICIO INJUSTIFICADO

23. Pasemos finalmente al último elemento del criterio del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC: el perjuicio injustificado. Los efectos económicos de las partes A y B del artículo 110(5) son ínfimos. Ninguna de esas disposiciones causa un perjuicio injustificado a los titulares de derechos de las CE. En realidad, las CE no han presentado todavía ni la sombra de una prueba de que la parte A del artículo 110(5) cause a sus titulares de derechos *algún* perjuicio en absoluto. Habida Buerta ce esaa cstulción , nusaar a n341glisi ecmp355rcoshanbr341gce eoncetra rse,eono ele e las CE.,en aa

observarán ustedes que la mayoría de las cifras están redondeadas. Las cifras exactas están citadas en la segunda comunicación de los Estados Unidos. Para simplificar la exposición, me referiré en particular al análisis sobre la ASCAP. Sin embargo, como indicamos en nuestra comunicación, las cifras de BMI son aún menores. BMI recauda menos ingresos anuales y lo hace para un porcentaje más bajo de titulares de derechos de las CE.

1. Punto de partida: regalías pagadas a titulares de derechos de las CE: entre 19,6 y 39 millones de dólares

29. El punto de partida lógico es la suma total pagada por las sociedades recaudadoras a titulares de derechos de las CE. Al realizar un análisis interno de las consecuencias del artículo 110(5) para los titulares de derechos de las CE en 1998, las CE basaron sus cálculos en las distribuciones realizadas por las organizaciones estadounidenses de administración de los derechos de los intérpretes y ejecutantes a las sociedades recaudadoras de las CE. En 1996, esas distribuciones se situaron un poco por debajo de 19,6 millones de dólares.²

30. Sin embargo, en su respuesta a las preguntas del Grupo Especial, las CE alegan que la cantidad correcta es mucho mayor, y citan cifras de la ASCAP destinadas a mostrar que los titulares de derechos de las CE recibieron de la ASCAP, por los años 1996-98, un promedio de 39 millones de dólares. En vista de la contradicción en el método seguido por las CE, el análisis de los Estados Unidos se basará en un nivel situado entre 19,6 y 39 millones de dólares (*línea 1 de la prueba documental US-24*).

31. Ahora bien: estas cifras totales (entre 19,6 y 39 millones de dólares) representan pagos provenientes de todos los licenciatarios, incluidos los no afectados en absoluto por la parte B del artículo 110(5). Por lo tanto, es evidente que no representan una cantidad realista en cuanto a las pérdidas potenciales de los titulares de derechos de las CE. Las únicas pérdidas son las que podían provenir de establecimientos que cumplieran las limitaciones de superficie y de equipo y utilizaran la radio. Por lo tanto, procederemos paso por paso a reducir la cifra total para excluir los ingresos que no están afectados por el artículo 110(5).

2. Reducción a la cantidad imputable a licencias generales: entre 3,7 y 7,4 millones de dólares

32. Primera etapa: deben excluirse los ingresos provenientes de emisiones de televisión y radio. Ninguna disposición de la parte B del artículo 110(5) se refiere a tales ingresos. En realidad, los derechos de licencia que pagan los organismos de radio y televisión son, con gran ventaja, la mayor parte de los ingresos de la ASCAP. Los derechos de licencia provenientes de establecimientos alcanzados por la parte B del artículo 110(5) se consideran derechos de licencias generales. Los Informes Anuales de la ASCAP nos indican que los derechos por licencias generales sólo representan un 14 por ciento de sus ingresos totales. Esto significa un 18,9 por ciento de los ingresos nacionales de la ASCAP. En consecuencia, como puede verse en la línea 1 de la prueba documental, es preciso reducir de inmediato la suma total pagada a titulares de derechos de las CE a sólo un 18,9 por ciento de ese total; es decir, a una suma situada entre 3,7 y 7,4 millones de dólares.

² La cifra inicial respecto de BMI se tomó del Informe de 1998 sobre Reglamentaciones de Obstáculo al Comercio, de las CE, que indicaba que, del total de las distribuciones de BMI a titulares de derechos, que en 1996 fue de 217,3 millones de dólares, un 5,6 por ciento se destinó a sociedades recaudadoras extranjeras. Hemos adoptado el supuesto realista de que dos terceras partes de esas distribuciones a extranjeros se pagaron a titulares de derechos de las CE ($217,3 \times 0,056 \times 0,67 = 8,15$), y a continuación hemos seguido los mismos cálculos que se indican respecto de la ASCAP.

3.

5. **Reducción a los ingresos provenientes de establecimientos con licencias generales que emplean la radio y cumplen los límites de superficie del artículo 110(5): las pérdidas de**

7. Cualquier ínfimo perjuicio derivado de la parte B del artículo 110(5) está justificado a la luz de la prédica de la ASCAP y BMI en favor de una exención de alcance casi idéntico

43. Por último, al examinar si la aprobación de la parte B del artículo 110(5) ha causado algún perjuicio injustificado a los titulares de derechos, también resulta sumamente pertinente, una vez más, el acuerdo privado celebrado entre las organizaciones de administración de derechos de los intérpretes y ejecutantes y la NLBA. Esas organizaciones convinieron voluntariamente en una exoneración genérica con límite de 3.500 pies cuadrados. Ofrecieron igual solución a la NRA. Lo más significativo tal vez sea que, durante el examen por el Congreso de la parte B del artículo 110(5), el "proyecto de la ASCAP y BMI" también giró en torno de una exención para los establecimientos menores de 3.500 pies cuadrados. Es de presumir que la ASCAP y BMI no habrían propuesto una exención de 3.500 pies cuadrados si hubieran considerado que tal exención causaría a sus afiliados cualquier perjuicio real.

V. CONCLUSIÓN

44.

APÉNDICE 2.7

**OBSERVACIONES ACERCA DE LA CARTA DIRIGIDA A LA PRESIDENTA
DEL GRUPO ESPECIAL POR EL DIRECTOR GENERAL DE LA OMPI**

(12 de enero de 2000)

1.

Índice

	<u>Página</u>
I. CUESTIONES DE POLÍTICA GENERAL	244
II. CUESTIONES JURÍDICAS.....	246
Alcance y objetivo del artículo 11bis del Convenio de Berna: el derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas y las condiciones impuestas a ese derecho.....	246
Alcance y objetivo del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC: las limitaciones generales y las excepciones impuestas al derecho de autor.....	246
Las obligaciones del Convenio de Berna en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC	247
El párrafo 2) del artículo 11bis del Convenio de Berna y el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC: conciliación de las disposiciones generales con las específicas	247
III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 11bis DEL CONVENIO DE BERNA.....	249
Alcance de las limitaciones específicas del artículo 11bis del Convenio de Berna: antecedentes interpretativos	249
Las pequeñas reservas en el artículo 11bis del Convenio de Berna	250
La "remuneración equitativa" del párrafo 2) del artículo 11bis	251
Naturaleza de la comunicación pública.....	254
IV. EL ARTÍCULO 13 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS RADIODIFUNDIDAS.....	254
El párrafo 2) del artículo 11bis del Convenio de Berna como orientación para la aplicación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.....	256
El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC en relación con los objetivos del Acuerdo	256
V. EL ARTÍCULO 110(5) DE LA LEY DE DERECHO DE AUTOR DE LOS ESTADOS UNIDOS EN RELACIÓN CON EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC	257
El artículo 110(5) y el párrafo 2) del artículo 11bis del Convenio de Berna: la necesidad de mantener la remuneración equitativa	257
Aplicación de la doctrina de las pequeñas reservas	257
El artículo 110(5) y los tres puntos del criterio de ADPIC 13.....	258
<i>Casos especiales</i>	<i>258</i>
<i>Atentado contra la explotación normal de la obra.....</i>	<i>258</i>
<i>Perjuicio injustificado a los intereses legítimos.....</i>	<i>259</i>

transacción entre dos tendencias contrapuestas": la tendencia a "asimilar totalmente el derecho de radiodifusión en los demás derechos exclusivos del autor", y la de considerar ese derecho "como objeto de intervención de las autoridades públicas para proteger intereses culturales y sociales vinculados con esta forma nueva y especial de difusión popular de obras intelectuales, especialmente obras musicales".³ Hay aquí un caso claro del "equilibrio de intereses" señalado en ADPIC 7, que se refiere específicamente al derecho que se discute en el presente asunto. El Informe del Subcomité de Radiodifusión, en Roma, observó que esa disposición concilia "el interés público general del Estado con los intereses de los autores"⁴, donde el interés público que se contemplaba consistía en los usos que era posible dar al nuevo medio de la radiodifusión para la divulgación de obras culturales.

1.6 La intervención de Australia como tercero en este asunto corresponde:

- a un interés comercial inmediato de asegurar que los compositores y autores de canciones australianos puedan obtener una remuneración equitativa por la comunicación pública de sus obras musicales radiodifundidas en el importante mercado de los Estados Unidos⁵; y
- a la necesidad de preservar la integridad de las normas referentes a los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio: es decir, asegurar que el Acuerdo sobre los ADPIC (y, en este caso, en particular, las disposiciones del Convenio de Berna incorporadas en él) se interpreten y apliquen en las leyes nacionales en forma que garantice el pleno respeto de las normas comunes, manteniendo al mismo tiempo un alcance legítimo para las excepciones a los derechos de propiedad intelectual fundadas en la política general pública, de modo que preserve el equilibrio de intereses consagrado en el Acuerdo sobre los ADPIC y promueva sus objetivos.

En consecuencia, la actitud de Australia está regida por la preocupación por asegurar que no se produzca ningún desmedro injustificado de los intereses legítimos de los titulares de derecho de autor, incluido el derecho a una remuneración equitativa cuando se encuentra establecido expresamente; y que los gobiernos dispongan de suficiente latitud para mantener el equilibrio de derechos y obligaciones en que se apoya el sistema, poniendo en práctica a la vez cabalmente las obligaciones concretas derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC.

1.7 En junio de 1998, la Subcomisión Permanente de Asuntos Legales y Constitucionales de la Cámara de Representantes de Australia presentó un informe sobre los derechos de interpretación o

⁴ obligacjun in5doj de losleyes nacioormas referentes a los de363n oy trecho sinopya rechy,e363 ún in(Anexo A). Tw (y) Tj T*890.1724 D3294.1802es de Austsig Twhaca, pon con h Tapias en

II. CUESTIONES JURÍDICAS

2.1 El problema planteado ante el Grupo Especial consiste en determinar si la reciente enmienda del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos supone o no una infracción

Radiodifusión, de que el ejercicio de esa prerrogativa "en ningún caso perjudicará al derecho ... del autor de recibir una remuneración equitativa".

3.3 En cuanto estos elementos ofrecen orientación sobre la índole de las obligaciones del Acuerdo sobre los ADPIC (y del Convenio de Berna incorporadas en el Acuerdo sobre los ADPIC), resulta claro que no se contempló ninguna excepción que permitiera la comunicación pública de obras radiodifundidas procurando objetivos comerciales sin la posibilidad de obtener una remuneración equitativa. En el Informe General de la Conferencia de Bruselas se mencionan "excepciones gratuitas establecidas con fines religiosos, patrióticos o culturales"¹⁶ en relación con las condiciones admisibles. La Conferencia de Estocolmo¹⁷ aclaró que esta disposición se refería a "las licencias obligatorias que las legislaciones nacionales pueden imponer, con sujeción a una justa remuneración". La disposición no parece alcanzar a una verdadera extinción del derecho en casos en que pudiera esperarse una remuneración equitativa. Como señala Ricketson, "la facultad de imponer condiciones al ejercicio de los derechos establecidos en el párrafo 1) del artículo 11*bis* no lleva consigo la facultad de cancelar esos derechos".¹⁸

si laciyonales pueden imponer restricciones a los sustituidos de 0 re art -0.1457 Tc30.348 TD 6de cansosebr na

3.3

3.5 En la Conferencia de Estocolmo (1967) se reconoció de nuevo que las disposiciones del Convenio de Berna no impedían que los Estados Partes mantuviesen en sus legislaciones respectivas ciertas excepciones ya existentes, sobre la base de que constituyeran pequeñas reservas.²² Los países nórdicos propusieron insertar en el Informe General una oración indicando que la posibilidad establecida en el Informe General de la Conferencia de Bruselas para el establecimiento de pequeñas reservas conservaba su validez. En consecuencia, las actas de la Conferencia de Estocolmo dicen así:

En el Informe General de la Conferencia de Bruselas se encomendó al Relator que se refiriese expresamente, en relación con el artículo 11, a la posibilidad de lo que se ha convenido en denominar "pequeñas reservas" de la legislación nacional. Algunos delegados habían mencionado las excepciones permitidas respecto de ceremonias religiosas, ejecuciones musicales por bandas militares y las necesidades de la enseñanza y la popularización. Las excepciones se aplican también a los artículos 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14. El Relator concluyó expresando que esas referencias se hacían escuetamente sin invalidar el principio del derecho.

Al parecer, no fue propósito del Comité impedir que los Estados mantuvieran en su legislación nacional disposiciones basadas en la declaración que figura en el Informe General de la Conferencia de Bruselas.²³

3.6 Tanto la Conferencia de Bruselas como la de Estocolmo consideraron que la doctrina de las pequeñas reservas se aplicaba al artículo 11*bis* entre otras disposiciones. La naturaleza jurídica de las pequeñas reservas no está totalmente clara: ¿son, estrictamente, "reservas" a la aplicación del tratado por los países que las formulan, o son interpretaciones implícitas del texto del tratado? Teniendo en cuenta que el Acuerdo sobre los ADPIC no permite reservas formales (artículo 72), es posible que ADPIC 13 haya tenido por objeto establecer el mismo grado de latitud que esas pequeñas reservas permitían con arreglo al Convenio de Berna; de lo contrario, podría considerarse que las pequeñas reservas ilustran sobre la interpretación práctica de Berna 11*bis*.2). Por ejemplo, podría considerarse que un uso "reservado" es aquel por el cual se entiende que la remuneración equitativa es nula: teniendo en cuenta su naturaleza no comercial y su ámbito privado o el uso en relación con un interés público común, podría considerarse que no es equitativo el cobro por tales comunicaciones.

La "remuneración equitativa" del párrafo 2) del artículo 11*bis*

3.7 El artículo 11*bis*.2) dispone que, cualesquiera que sean las condiciones impuestas al ejercicio del derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas, "en ningún caso" pueden dejar de preservarse dos derechos claros: los derechos morales (que parecen no aplicarse en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, debido a su exclusión de ADPIC 9.1) y el derecho de obtener una remuneración equitativa. Ninguna de las primeras comunicaciones se refiere directamente a la cuestión de la remuneración equitativa. Esto merece examinarse, en primer lugar porque las excepciones y limitaciones al derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas tienen que evaluarse conforme al párrafo 2) del artículo 11*bis* y, en segundo lugar, porque ese párrafo debe informar la aplicación de ADPIC 13 a ese derecho.

3.8 La naturaleza independiente de la comunicación pública de una obra radiodifundida crea la expectativa de una retribución independiente para el creador de la obra. Esto quedó resumido en una comunicación a la reciente investigación parlamentaria de Australia en los siguientes términos:

²² *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978, página 76.

²³ *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, OMPI, Ginebra, 1971, página 1.166.

[la ley reconoce] que el beneficio tiene dos niveles. La emisora de radio obtiene un beneficio de la radiodifusión dirigida a los hogares de las personas. Si alguien, en el punto de recepción, opta por obtener un segundo beneficio comercial difundiendo la música utilizando la recepción, entonces se trata de un acto que debería generar alguna utilidad para el autor o compositor.²⁴

De allí que el concepto de "remuneración equitativa" debe estar orientado por esta expectativa de una retribución independiente. En el mismo informe se señalaba lo siguiente:

Muchos compositores han hecho hincapié en la importancia de las regalías que percibían por interpretación o ejecución pública para permitirles seguir componiendo música. ... Se insistía en que el valor de las regalías no residía únicamente en su cuantía, sino también en la noción de que los autores estaban recibiendo alguna clase de retribución económica por su obra. En muchos casos, el principio de la retribución se consideraba tan importante como el dinero.²⁵

3.9 Teniendo en cuenta la clara orientación de Berna 11*bis*.2), la remuneración equitativa, ya sea por acuerdo mutuo o mediante determinación por la autoridad competente, es necesaria para la comunicación pública de las obras radiodifundidas, incluso en relación con objetivos comerciales relativamente modestos. También los derechos adecuados pueden ser muy modestos en los casos de pequeñas empresas que procuran obtener beneficios comerciales de las obras radiodifundidas.²⁶ El nivel de la remuneración equitativa puede vincularse en términos generales con la utilidad comercial obtenida por el usuario comercial: por ejemplo, al atraer y retener a una mayor clientela, crear un ambiente particular, y aprovechar el atractivo popular de una obra musical. La National Licensed Beverage Association (NLBA) de los Estados Unidos, que representa a un importante grupo de usuarios de obras amparadas por el derecho de autor, ha reconocido las ventajas comerciales de la música:

El empleo de música en el establecimiento comercial es una de las formas que permiten aumentar la actividad, influir en los hábitos de comida y bebida de los clientes, y acrecentar las utilidades.²⁷

3.10 La remuneración equitativa no es simplemente el nivel de rendimiento que pretende el titular de derechos (o su representante): Berna 11*bis*.2) señala que la autoridad competente puede resolver a este respecto cuando no existe acuerdo, y el titular de los derechos no se encuentra en una posición de monopolio en la negociación. Puede hacer falta alguna evaluación objetiva del valor de la obra para la empresa comercial. Al mismo tiempo, está ampliamente reconocido que la observancia de los derechos de propiedad intelectual no debe ser engorrosa. La necesidad de eficiencia administrativa, en consecuencia, ha llevado a la creación de mecanismos de licencias colectivas o generales.

3.11 Es incompatible con el requisito de una remuneración equitativa eliminar toda posibilidad jurídica de obtener un beneficio adecuado por la comunicación pública de obras radiodifundidas en situaciones que son de naturaleza comercial en grado evidente e importante y en que la utilización de la música genera beneficios comerciales, muchas veces como una apreciación mercantil consciente (como en las situaciones señaladas por la NLBA en el párrafo 3.9, *supra*). Por ejemplo, las obras

²⁴ Comunicación de la

cuenta que las sociedades recaudadoras constituyen un medio voluntario para ejercitar el derecho de comunicación pública de las obras radiodifundidas.

Naturaleza de la comunicación pública

3.15 El artículo 11*bis* no define más precisamente la naturaleza de la "comunicación pública": esta cuestión sigue determinándose conforme a las leyes y la interpretación judicial nacionales. Algunas de las "pequeñas reservas" citadas en la Conferencia de Bruselas a propósito del artículo 11*bis* (especialmente las relacionadas con el uso en el ámbito familiar o doméstico) pueden tener relación, en realidad, con la forma en que se defina la "comunicación pública". Esta cuestión aparentemente no es objeto de controversia (párrafo 17 de la comunicación de los Estados Unidos), pero el Anexo B de la presente comunicación presenta algunas consideraciones sobre el tema, para el caso de que el Grupo Especial lo examine.

IV.

beneficios de la edición perderá los ingresos que le habrían correspondido por ese ejemplar. De lo que se trata, es de saber si el perjuicio es injustificado. En el ejemplo mencionado, casi no existe; pero podría serlo, en cambio, en el caso de una monografía de la que se hubiera hecho una edición con una pequeña tirada y que fuese reproducida en millares de ejemplares por una empresa industrial que la distribuyera a sus corresponsales de todo el mundo. Otro ejemplo es el de un conferenciante que, para apoyar su argumentación, en lugar de recurrir a una cita prefiere fotocopiar íntegramente un breve artículo aparecido en una revista especializada y leerlo durante una conferencia: es evidente que semejante acto no lesiona la difusión de esa revista. Otra cosa sería si el conferenciante hubiera confeccionado un número muy elevado de ejemplares y los distribuyera a sus auditores, anulando así la propagación de la publicación de que se trata en un medio determinado.

El párrafo 2) del artículo 11bis del Convenio de Berna como orientación para la aplicación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC

4.8 Como se analizó antes, (párrafos 2.14 y 4.3), Berna 11bis.2) se refiere de modo más directo a las obras literarias, científicas o artísticas que se reproducen en forma de conferencias o reuniones. Como se analizó antes, (párrafos 2.14 y 4.3), Berna 11bis.2) se refiere de modo más directo a las obras literarias, científicas o artísticas que se reproducen en forma de conferencias o reuniones.

mantener ese equilibrio? Sin duda no tenía por objeto que el autor dispusiera del derecho de prohibir la comunicación pública de la obra radiodifundida, ya que tal cosa sería una limitación injustificada del uso del material radiodifundido. También se contemplaron algunas excepciones *de minimis* o de interés público respecto de este derecho, por lo menos en relación con algunas jurisdicciones: el uso en ámbitos familiares o domésticos o en contextos religiosos o de enseñanza. El autor tampoco tenía un derecho ilimitado a obtener remuneración: en efecto, no se dio al autor un poder de monopolio en la negociación y se reconoció que la remuneración equitativa podría establecerse por una autoridad competente.

4.11 En consecuencia, el equilibrio que se estableció correspondía a un derecho íntegro de remuneración equitativa respecto del uso de las obras no comprendidas en las "pequeñas excepciones" ni en la categoría *de minimis*. En la Conferencia de Roma, cuando se presentó el artículo 11*bis* en su forma inicial, el Subcomité de Radiodifusión informó que el artículo tenía por objeto "poner en armonía los derechos del autor con los intereses públicos generales del Estado, los únicos a los que se subordinan intereses particulares"³⁷, al mismo tiempo que "se ratifica enfáticamente el derecho del autor".

4.12 Australia entiende que este enfoque es totalmente coherente con los objetivos más amplios del Acuerdo sobre los ADPIC, y en realidad constituye una aplicación ejemplar del "equilibrio" requerido por el artículo 7.

V. EL ARTÍCULO 110(5) DE LA LEY DE DERECHO DE AUTOR DE LOS ESTADOS UNIDOS EN RELACIÓN CON EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

5.1 A continuación se expondrán consideraciones generales sobre la compatibilidad de la disposición legislativa que se controvierte con el Acuerdo sobre los ADPIC. Como se indicó antes, el artículo 110(5) tiene que evaluarse en relación con Berna 11*bis*.2), así como con ADPIC 13 y, en particular, con una interpretación de ADPIC 13 que asigne su cabal importancia a la igual jerarquía jurídica de Berna 11*bis*.2). Si una excepción al derecho de interpretación o ejecución pública de obras radiodifundidas se considera incompatible con Berna 11*bis*.2), entonces de nada sirve sostener que es, sin embargo, compatible con ADPIC 13.

El artículo 110(5) y el párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna: la necesidad de mantener la remuneración equitativa

5.2 El comentario detallado que ya se expuso indica que sería incompatible con Berna 11*bis*.2) suprimir efectivamente el derecho de autorizar la comunicación pública de obras radiodifundidas cuando se la realiza con fines específicamente comerciales, habida cuenta de que no se ha contemplado ninguna condición ni reserva respecto de ese derecho que equivalga a la negación de una remuneración equitativa en tales circunstancias. Esto puede depender de la forma en que se determine la "remuneración equitativa"; pero resulta difícil concebir un modo de conciliar la inexistencia de todo derecho de remuneración para el autor con la utilización deliberada y directa de obras amparadas por el derecho de autor con fines específicamente comerciales.

Aplicación de la doctrina de las pequeñas reservas

5.3 El presente asunto se refiere a una excepción al derecho establecido en el punto 3º) de Berna 11*bis*.1), excepción que impide a los titulares de derechos procurar una remuneración equitativa en relación con la comunicación pública de obras musicales radiodifundidas en un conjunto muy vasto de situaciones comerciales: según el Servicio de Investigación del Congreso de los Estados

³⁷ *Proceedings of the Conference Convened at Rome*, BIRPI, Berna, 1929, página 183.

Unidos, alrededor del 70 por ciento de los bares y restaurantes de los Estados Unidos.³⁸ Cualquiera que sea el porcentaje exacto, esta excepción abarca claramente una parte importante del mercado de la comunicación al público de obras musicales radiodifundidas; tampoco se trata de comunicaciones esencialmente ajenas a objetivos comerciales. Las "pequeñas reservas" citadas en el desarrollo del Convenio de Berna (analizadas a partir del párrafo 3.4 no abarcan esta forma de utilización comercial en un sector del mercado que no es comercialmente insignificante, ni jurídicamente *de minimis*.

El artículo 110(5) y los tres puntos del criterio de ADPIC 13.

5.4 Si se estima pertinente o necesario examinar la compatibilidad con ADPIC 13, el análisis que sigue procura aplicar la anterior interpretación de ese artículo al caso en litigio.

Casos especiales

Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 13 se refiere a "la" explotación normal de la obra (en el sentido de "cualquier explotación normal"), y no a que se atente contra la comercialización global de la obra. El derecho de comunicación pública de las obras radiodifundidas ha sido reconocido expresamente en el Convenio de Berna como un derecho independiente, que da origen a un derecho de remuneración propio que constituye una de las formas normales de explotación de la obra.

Perjuicio injustificado a los intereses legítimos

5.8 Hemos indicado que, en este contexto, Berna 11*bis*.2) establece con claridad consideraciones que se aplican a la determinación del perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos. Un régimen de licencias obligatorias, una supresión de facultades monopolísticas de negociación, una excepción *de minimis* o una excepción para la enseñanza por razones de interés público son otras tantas formas de perjuicio a los intereses legítimos que serían justificadas: Berna 11*bis*.2) indica que la privación del derecho a una remuneración *equitativa* o de los derechos morales sería injustificada.

5.9 Podría alegarse que cualquier perju

ANEXO A

***"¡No paren la música!"
Informe de la investigación sobre el derecho de autor,
la música y las pequeñas empresas***

En junio de 1998, la Comisión Permanente de Asuntos Legales y Constitucionales de la Cámara de Representantes de Australia presentó un informe sobre los derechos de interpretación o ejecución pública y de radiodifusión en relación con las pequeñas empresas. Ese informe se titulaba *"Don't stop the music!"* ("¡No paren la música!"). La función de la Comisión consistía en investigar e informar acerca de la recaudación de regalías de derecho de autor por licencias para la ejecución de música en público por pequeñas empresas. Además de examinar la función desempeñada por las sociedades de recaudación de derecho de autor, la Comisión examinó la conveniencia de modificar la Ley de Derecho de Autor de Australia en relación con los derechos de interpretación o ejecución pública y de radiodifusión en el marco de las pequeñas empresas. La Comisión formuló diversas

ANEXO B

Definición de "en público"

Los derechos comprendidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna se refieren a la *comunicación pública* de la obra radiodifundida. Se plantea la cuestión de si los casos previstos en el artículo 110(5) equivalen o no a la *comunicación pública* de obras radiodifundidas.

El Convenio de Berna no ofrece una definición de lo que se entiende por la expresión "*comunicación pública*". La Conferencia de Bruselas (1948) dio alguna orientación al definir el

durante muchos años.⁴¹ Conforme a la jurisprudencia australiana actual, resulta claro que los tribunales australianos tendrán en cuenta los siguientes factores para determinar si una ejecución se realiza o no en público:

- ? en primer lugar, una ejecución es "pública" a menos que tenga lugar en un círculo "doméstico y privado";
- ? en segundo lugar, cuando la ejecución se realiza como complemento de una actividad comercial, se efectúa en público;
- ? en tercer lugar, el auditorio respectivo forma parte claramente del público del titular del derecho de autor.

⁴¹ El comentario judicial más reciente sobre el significado de la expresión "en público" es el formulado en

3.1.2 EXPOSICIÓN ORAL DE AUSTRALIA EN LA AUDIENCIA DE TERCEROS

(9 de noviembre de 1999)

Australia acoge complacida la oportunidad de exponer sus puntos de vista sobre este asunto ante el Grupo Especial y ambas partes.

Nuestra comunicación tiene por motivo los intereses comerciales directos relacionados con la remuneración equitativa por la comunicación pública de obras musicales radiodifundidas de compositores y autores de canciones australianos. También tiene por objeto promover la integridad del Acuerdo sobre los ADPIC, incluido el equilibrio de derechos y obligaciones que debe atender los intereses de los productores y usuarios de la propiedad intelectual.

Las excepciones o limitaciones al derecho de autorizar la comunicación pública de obras radiodifundidas deben ajustarse a las condiciones generales fijadas por el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y a las condiciones específicas fijadas por el artículo 11*bis* del Convenio de Berna. También deben estar en consonancia con los objetivos y principios generales del Acuerdo sobre los ADPIC, en particular su artículo 7.

Australia entiende que sería útil aclarar la relación existente entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna en cuanto se aplican concretamente a este derecho. Entre el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 11*bis* del Convenio de Berna no existe ninguna relación de orden jerárquico, puesto que ambas disposiciones están en el mismo nivel como

- ? el párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna, por el contrario, sólo tiene una pertinencia limitada e indirecta para la determinación del alcance de las excepciones y limitaciones admisibles de este derecho.

La remuneración equitativa, en relación con el derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas, debe suponer el reconocimiento de cualquier beneficio comercial concreto que se procure obtener mediante la comunicación pública efectuada con fines comerciales:

- ? la remuneración equitativa, en este contexto, es coherente con el equilibrio de derechos y de objetivos que requiere el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC;
- ? también aclara la naturaleza del "perjuicio injustificado" en la aplicación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC al derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas.

3.1.3 RESPUESTAS DE AUSTRALIA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL

(19 de noviembre de 1999)

Australia acoge complacida la oportunidad de suministrar información general complementaria sobre este asunto respondiendo a las preguntas del Grupo Especial. Observa, sin embargo, que la legislación y la práctica en materia de derecho de autor que rigen en Australia y en otros países distintos de los EE.UU. no son objeto de controversia en este asunto, y entiende que las obligaciones derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC no deben determinarse sobre la base de los criterios adoptados en el sistema, la práctica o las tradiciones de ningún único país determinado.

Pregunta 1

Sírvanse facilitar ejemplos de excepciones a las leyes de derecho de autor de su país, o de otros países, que se basen en la doctrina de las "pequeñas reservas".

o35(19 dpaíses, que288lel Acu739130.5 -75 TD0.1 ns ren detexsinsam23 e vas".) Tj 0 -24 TD /F 11.25 Tf -0.2354T

Sír

- 1) Con sujeción a lo dispuesto en el presente artículo, las referencias que en la presente Ley se hacen a las interpretaciones o ejecuciones habrán de entenderse:
 - a) incluyendo la referencia a cualquier forma de presentación visual o auditiva, ya se efectúe por el funcionamiento de aparatos de telegrafía sin hilo, por la exhibición de películas cinematográficas, el empleo de grabaciones o cualquier otro medio ...

...
- 3) Cuando se emitan o presenten imágenes visuales o sonidos por cualquier aparato receptor al que sean transmitidos mediante la emisión de señales electromagnéticas (ya sea por conductos formados por sustancias materiales o no), se considerará que el funcionamiento del aparato por el cual se transmiten las señales, directa o indirectamente, al aparato receptor no constituye una interpretación o ejecución o que no determina que se vean las imágenes o se oigan los sonidos; pero, en la medida en que la presentación o emisión de las imágenes o sonidos constituya una interpretación o ejecución, o determine que se vean las imágenes o se oigan los sonidos, la interpretación o ejecución, o el hecho de que se hagan ver las imágenes u oír los sonidos, según el caso, se considerará resultante del funcionamiento del aparato receptor.
- 4) Sin perjuicio de los dos párrafos precedentes, cuando se interprete o ejecute una obra o la adaptación de una obra, o se haga que puedan verse imágenes u oírse sonidos, mediante el funcionamiento de cualquiera de los aparatos mencionados en el último párrafo precedente o de cualquier aparato de reproducción de sonidos mediante la utilización de grabaciones, siempre que tales aparatos hayan sido suministrados por el ocupante de los locales en que están situados, o con su consentimiento, dicho ocupante, a los efectos de la presente Ley, se considerará la persona que presenta la ejecución o interpretación o hace que se vean las imágenes o se oigan los sonidos, con independencia de que sea o no esa persona la que hace funcionar los aparatos.

El artículo 31, en parte, dispone lo siguiente:

- 1) A los efectos de la presente Ley, a menos que se manifieste un propósito diferente, el derecho de autor respecto de una obra es el derecho exclusivo:
 - a) en el caso de una obra literaria, dramática o musical, de realizar cualquiera de los actos siguientes:
 - i) reproducir la obra en cualquier forma material;
 - ii) publicar la obra;
 - iii) interpretar o ejecutar la obra en público;
 - iv) radiodifundir la obra;
 - v) hacer que la obra se transmita a suscriptores de un servicio de difusión;
 - vi) efectuar adaptaciones de la obra;

vii) realizar, respecto de una obra que es una adaptación de la

- ? Una gasolinera con 12 trabajadores donde funciona la radio en un taller o un televisor detrás del mostrador, cerca de la caja. Los clientes que cargan gasolina, dejan sus vehículos para su reparación o pagan sus compras pueden oír la música.
- ? Un pequeño establecimiento de peluquería con una radio en el fondo de la sala, que los clientes puede alcanzar a oír a veces. La ubicación de la radio muestra que ello no es intencional.
- ? Una agencia de negocios inmobiliarios donde el recepcionista tiene una radio en el mostrador. Aunque los clientes pueden oírla, su objeto es que la disfrute el recepcionista.
- ? Un café en que funciona una radio en la zona de elaboración de comidas reservada al personal. La ubicación de la radio y el volumen indican que, aunque algunas veces los clientes puedan llegar a oír la música, no está destinada a ellos.
- ?

La segunda parte del derecho de representación o de ejecución pública atribuye al

garantizar que las limitaciones del derecho estén en conformidad con los requisitos generales del artículo 13.

¿Se aplican los requisitos del artículo 13 y del párrafo 2) del artículo 11bis en forma acumulativa en el sentido de que, aun cuando se cumpla el criterio de las tres condiciones del artículo 13, existe un cuarto requisito adicional de pagar una remuneración equitativa y, por otra parte, aun cuando se pague una remuneración equitativa conforme al párrafo 2) del artículo 11bis, es preciso cumplir también las tres condiciones del artículo 13? Sírvanse explicar su punto de vista.

La interpretación preferible de las dos disposiciones, aplicadas conjuntamente, debería ser la siguiente:

- ? tienen que cumplirse los dos criterios, independientemente si es preciso; pero sólo cuando existe alguna posibilidad;
- ? debe considerarse que el párrafo 2) del artículo 11bis del Convenio de Berna define, en relación con los derechos establecidos en virtud del párrafo 1), las limitaciones o excepciones que -conforme al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC- no causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos en este contexto; es decir, la privación de una remuneración equitativa supondría automáticamente un perjuicio injustificado a esos intereses en relación con esta forma de explotación del derecho de comunicación pública de las obras musicales radiodifundidas.

Pregunta 5

¿En qué medida, a su juicio, ha pasado el Convenio de Berna a formar parte del derecho internacional consuetudinario y, en caso de que tal cosa haya ocurrido, qué partes de los artículos 1 a 21 del Convenio?

Respuesta

En esta respuesta no se contestará directamente la pregunta formulada. Los derechos y obligaciones que actualmente se controvierten, incluidos los párrafos pertinentes del Convenio de Berna, son obligaciones directamente derivadas de tratados: el artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC y, por referencia, el punto 3º) del artículo 11bis y el párrafo 2) del mismo artículo del Convenio de Berna y el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Pregunta 6

¿Ha adquirido el carácter de derecho internacional consuetudinario la doctrina de las "pequeñas excepciones" con arreglo al Convenio de Berna, y especialmente en el contexto del párrafo 1) del artículo 11bis y el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio? ¿Cuál es la trascendencia jurídica de la doctrina de las "pequeñas excepciones" con arreglo al Convenio de Berna a la luz de los apartados a) a c) del párrafo 3 o del párrafo 4 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o del artículo 32 de la misma Convención? ¿Han quedado incorporadas en el Acuerdo sobre los ADPIC la doctrina de las "pequeñas excepciones", o cualesquiera otras excepciones implícitas, por efecto del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna? Sírvanse explicar su punto de vista.

Respuesta

En esta respuesta no se aventurará una conclusión acerca de si la doctrina de las pequeñas reservas es o no parte del derecho internacional consuetudinario. En cuanto a los hechos referentes a este asunto, el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. difícilmente puede caber en lo que la doctrina de las pequeñas reservas tenía por objeto abarcar. El Informe General de la Conferencia de Bruselas presenta una clara noción del alcance limitado del principio de las pequeñas reservas, en el texto que sigue:

Se ha encomendado a vuestro Relator General que mencionara expresamente la posibilidad con que cuentan las legislaciones nacionales de establecer lo que comúnmente se denomina pequeñas reservas. Los delegados de Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia, el delegado de Suiza y el delegado de Hungría han mencionado estas excepciones limitadas que se permiten para ceremonias religiosas, bandas militares y las necesidades de la enseñanza de niños y adultos. Tales medidas excepcionales se aplican a los artículos 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14. Comprenderán ustedes que estas referencias sólo se mencionan aquí escuetamente a fin de no perjudicar los principios del derecho.⁴⁶

Esto se confirmó en la Conferencia de Estocolmo en los siguientes términos:

En el Informe General de la Conferencia de Bruselas se encomendó al Relator que se refiriese expresamente, en relación con el artículo 11, a la posibilidad de lo que se ha

Las comunicaciones de las Comunidades Europeas y Australia suministran aportes valiosos a este Grupo Especial para comprender la contradicción entre las excepciones al derecho de autor que figuran en la legislación de los EE.UU. y las disposiciones en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna.

El Brasil concuerda con las Comunidades Europeas en que las situaciones previstas en el artículo 110(5) se refieren (explícitamente en el caso de la parte A, o implícitamente en el caso de la parte B) a la "comunicación pública", en el sentido del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna. Por consiguiente, al negar la protección prevista en esas disposiciones, los EE.UU. incurren en infracción de sus obligaciones relacionadas con el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Lo que es más importante: el Brasil apoya la argumentación jurídica expuesta en la comunicación de Australia en el sentido de que el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna ofrece al Grupo Especial una orientación más específica sobre la aplicación del artículo 110(5). Los EE.UU., sobre los cuales recae la carga de la prueba al invocar la excepción, omiten explicar la compatibilidad entre el artículo 110(5) y esa disposición, si existe.

Está reconocido que el artículo 110(5) perjudica el derecho del autor a obtener una remuneración equitativa. La privación de ese derecho está reconocida en el párrafo 29 de la comunicación de los EE.UU.¹ Cuando la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU., enmendada por la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales", permite la difusión en lugares públicos de música transmitida por radio y televisión sin el pago de regalías, en los hechos exime a los propietarios de la aplicación de una norma obligatoria cuyas excepciones no son aplicables a este caso. El párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, sin embargo, estipula que "en ningún caso" las condiciones impuestas al derecho de evisto juríyerstida por Bae deligacionesremuneración

titulares de derechos. En su comunicación, los EE.UU. no pudieron presentar estadísticas que probaran que sea insignificante el efecto de la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales" sobre los ingresos de los titulares de derechos. El Brasil considera, sin embargo, que aunque se dispusiera de tales estadísticas la tarea de examinar el artículo 110(5) no se relacionaría con limitaciones cuantitativas de la superficie de los establecimientos ni del número de altavoces. El

3.3 CANADÁ

3.3.1 COMUNICACIÓN ESCRITA

(1º de noviembre de 1999)

Esta diferencia plantea importantes cuestiones relativas a la protección del derecho de autor, que incluyen la función que corresponde a las excepciones limitadas. El Canadá mantiene un gran interés en estas cuestiones, y espera los resultados de las deliberaciones del Grupo Especial.

3.4 JAPÓN

3.4.1 COMUNICACIÓN ESCRITA

(1º de noviembre de 1999)

1. Las Comunidades Europeas y sus Estados miembros alegan que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos no está en conformidad con las obligaciones de los EE.UU. en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, en particular con el párrafo 1 de su artículo 9, con arreglo al cual los Miembros de la OMC están obligados a cumplir el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna.

2. El Japón expondrá aquí sus puntos de vista sobre la compatibilidad de la parte A del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. con las obligaciones de los EE.UU. derivadas del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.

3. Al examinar esa compatibilidad es preciso tomar en consideración las disposiciones pertinentes del Convenio de Berna y del Acuerdo sobre los ADPIC.

i) Artículos 11*bis* y 11 del Convenio de Berna

Como se indica en la "Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)", publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en 1978, se había acordado que el Convenio de Berna no impedía que los países miembros mantuviesen en sus legislaciones respectivas ciertas excepciones que caben en la categoría de las "pequeñas reservas" respecto de los artículos 11*bis* y 11 del Convenio. Sin embargo, será útil examinar las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC para aclarar el significado de las "pequeñas reservas".

ii) Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC

El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC (Limitaciones y excepciones) estipula que los Miembros de la OMC pueden tener en su legislación limitaciones o excepciones a derechos exclusivos, siempre que tales limitaciones o excepciones se circunscriban a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos (criterio en tres etapas).

4. Aunque no está totalmente clara la relación entre las "pequeñas reservas" y el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, existen fundamentos convincentes de que el criterio en tres etapas puede utilizarse para establecer si determinada excepción se encuentra o no dentro de los límites de las "pequeñas reservas". Por ejemplo, el Presidente del Comité de Expertos de la OMPI, Sr. Lieder, se pronunció una vez en el sentido de que todas las limitaciones y excepciones que eran admisibles con arreglo al Convenio de Berna sobrevivirían en caso de estar en conformidad con el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC (Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones relativas al Derecho de Autor y los Derechos Conexos, 10 de diciembre de 1996). El Japón considera, por lo tanto, que si la parte A del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. sólo comprende determinados casos especiales que no atentan contra la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, dicha parte puede considerarse compatible con el artículo 13 y, en consecuencia, con el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.

5. Al aplicar el criterio en tres etapas a la parte A, el Japón coincide con los Estados Unidos en su conclusión de que se encuentra en conformidad con el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6. Por las razones indicadas, el Japón está convencido de que la parte A del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. es plenamente compatible del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.

3.5 SUIZA

3.5.1 EXPOSICIÓN ORAL EN LA AUDIENCIA DE TERCEROS

(9 de noviembre de 1999)

I. INTRODUCCIÓN

1. La reclamación promovida por las Comunidades Europeas y sus Estados miembros contra los

referencia. En consecuencia, debe otorgarse protección conforme al Convenio de Berna a menos que el Acuerdo sobre los ADPIC disponga expresamente un nivel de protección diferente. Todo el Acuerdo sobre los ADPIC se ha calificado corrientemente, y sigue calificándose, como un "importante progreso" en materia de derecho de la propiedad intelectual a nivel internacional. El Convenio de Berna -en comparación con otros tratados internacionales en materia de derecho de autor- se consideraba en esa época el tratado internacional que ofrecía un nivel de protección relativamente satisfactorio. La única disposición de tipo "menos que Berna" del Acuerdo sobre los ADPIC es la segunda oración del párrafo 1 del artículo 9, que excluye expresamente el artículo *6bis* (Derechos morales) del Convenio de Berna. Todas las demás disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC sobre derecho de autor fueron introducidas en el Acuerdo con fines de aclaración o para mejorar las disposiciones respectivas del Convenio de Berna, y no para reducir el nivel de protección.

III. EL ARTÍCULO 13 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC: SUS RELACIONES CON EL PÁRRAFO 2) DEL ARTÍCULO 9 Y EL ARTÍCULO 11BIS DEL CONVENIO DE BERNA

5. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC tiene que entenderse como un elemento de tipo "más que Berna". Contiene "vías de seguridad" para las limitaciones y excepciones de cualquier clase al extender el criterio en tres etapas sobre el menoscabo de derechos establecido en el del párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna, referente al derecho de reproducción, a todos los derechos exclusivos incluidos en la sección 1 de la parte II del Acuerdo sobre los ADPIC. En consecuencia, el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC limita también el ámbito de aplicación de las "pequeñas reservas" respecto de los artículos *11bis* y 11 del Convenio de Berna. Esto resulta confirmado también por la circunstancia de que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor aclara explícitamente que el criterio en tres etapas es aplicable a todas las limitaciones y excepciones del Convenio de Berna y del propio Tratado. Por lo tanto, en el asunto sometido al Grupo Especial las excepciones sólo caben:

- en determinados casos especiales;
- si no atentan contra la explotación normal; y
- si no se causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Remitiéndose al análisis detallado y profundo efectuado por Australia acerca del criterio en tres etapas, la delegación de Suiza sostiene que no se cumple ninguna de las etapas del criterio sobre el menoscabo de derechos.

6. Además, las limitaciones y excepciones referentes al párrafo 1) del artículo *11bis* del Convenio de Berna tienen que ser compatibles con el párrafo 2) del artículo *11bis* del Convenio. En él se estipula que las condiciones para el ejercicio de derecho de radiodifusión y los derechos conexos "no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa ...". Para que pueda estar en conformidad con la protección garantizada por el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, que expresamente contiene un solo elemento de tipo "menos que Berna", referente al artículo *6bis* del Convenio, el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC no puede admitir limitaciones del párrafo 1) del artículo *11bis* del Convenio de Berna que vayan más allá de los límites estipulados en el párrafo 2) del artículo *11bis*.

7. En otras palabras: las limitaciones como las del caso sometido al Grupo Especial causan perjuicio a intereses legítimos de los titulares de derechos porque no respetan el derecho de los autores a obtener una remuneración equitativa.

IV. OTRAS CONSIDERACIONES

8. Por lo que respecta al artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC (Objetivos), sería útil recordar que esta disposición constituye una "ley general" donde el artículo 13 del Acuerdo es "ley especial". Ya se ha establecido un equilibrio cuidadoso en la segunda disposición citada. Es preciso analizar en primer lugar si se cumplen o no las condiciones fijadas por este artículo. En caso negativo, no parece que exista necesidad de remitirse al artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC.

9. Por otra parte, Suiza desea señalar que, después de la ratificación del Acuerdo sobre la OMC (y del Acuerdo sobre los ADPIC), la "ablero partedel Acuerd3uObjeticuerdo nytoa03nm,l artantesthabecordapl

Pregunta 3

Sírvanse explicar qué derechos exclusivos resultan afectados, en qué medida, por cuáles disposiciones concretas del párrafo 1) del artículo 11 y el párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, como consecuencia de qué disposiciones concretas de las partes A y/o B del artículo 110(5).

Respuesta

Tanto la parte A como la parte B del artículo 110(5) afectan al derecho exclusivo de

4.1 CARTA DIRIGIDA AL DIRECTOR GENERAL DE LA OMPI POR LA PRESIDENTA DEL GRUPO ESPECIAL

(15 de noviembre de 1999)

En su reunión celebrada el 26 de mayo de 1999, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC estableció un Grupo Especial a solicitud de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros (véase el documento adjunto WT/DS160/5), de conformidad con el artículo 6 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. El 6 de agosto de 1999 se constituyó un Grupo Especial para examinar esta reclamación (véase el documento adjunto WT/DS160/6).

La reclamación de las CE se relaciona con el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, enmendado por la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales", sancionada el 27 de octubre de 1998, y que exonera de la necesidad de obtener autorización del respectivo titular de derechos la comunicación o transmisión que incorpore una 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 (parte A) y, también 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 (parte B). Las CE alegan que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, incluyendo, pero no exclusivamente, el párrafo 1 del artículo 9 de ese Acuerdo.

Las partes en la diferencia se remiten a las disposiciones del Acta de París de 1971 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, cuyas disposiciones sustantivas (con excepción del artículo *bis*, sobre los derechos morales y los derechos derivados de los derechos morales) quedaron incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 de su artículo 9. Estas disposiciones incluyen, en particular, los artículos 11 y *11bis*, así como las limitaciones aplicables a ellos. Habida cuenta de que la Oficina Internacional de la OMPI tiene a su cargo la administración de dicho Convenio, el Grupo Especial recibiría con reconocimiento cualquier

**4.2 CARTA DIRIGIDA A LA PRESIDENTA DEL GRUPO ESPECIAL
POR EL DIRECTOR GENERAL DE LA OMPI**

(22 de diciembre de 1999)

Tengo el honor de referirme a su carta de 15 de noviembre de 1999 acerca de una diferencia de la que se ocupa un grupo especial dependiente del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Me permito adjuntar una nota y anexos, preparados por la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en respuesta a sus consultas. Tal como se indica en los párrafos 18, 20 y 23 de la nota, la Oficina Internacional queda a su disposición para suministrar otras informaciones.

NOTA

sobre ciertas cuestiones relativas al Convenio de Berna,
planteadas por la Organización Mundial del Comercio

1. La presente nota contiene las observaciones de la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en respuesta a una solicitud formulada por S.E. Sra. Carmen Luz Guarda, Presidenta del Grupo Especial que se ocupa del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, en la Organización Mundial del Comercio (OMC), según una carta de 15 de noviembre de 1999 dirigida al Dr. Kamil Idris, Director General de la OMPI.

2. La información solicitada, que se relaciona con la diferencia de que se ocupa el citado Grupo Especial dependiente del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, es la siguiente:

1) Con referencia a los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna, así como a las limitaciones aplicables a esas disposiciones: "cualquier información fáctica pertinente al asunto de que dispusiera la Oficina Internacional acerca de las disposiciones del Convenio de Berna (1971), en particular la historia de la negociación y la evolución de las prácticas ulteriores en lo referente a las disposiciones citadas por las partes en la diferencia";

2) Con respecto a la llamada "doctrina de las pequeñas reservas" (en particular en relación con los artículos 11 y 11*bis*): "cualquier información fáctica referente a la situación de esa doctrina en el Convenio de Berna, reflejada en los materiales de las Conferencias Diplomáticas, así como cualquier otra documentación relacionada con la Unión de Berna o los trabajos cumplidos bajo el patrocinio de la OMPI sobre temas de derecho de autor, y la práctica oficial de los miembros de la Unión de Berna a este respecto";

3) con respecto al párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna, "cualquier información de antecedentes sobre la historia de la negociación del párrafo 2) del artículo 9 y la evolución y la práctica ulteriores a su respecto".

Pregunta 1: Los artículos 11 y 11*bis* y las limitaciones que les son aplicables

3. El origen del artículo 11 del Convenio de Berna (1971), en lo que respecta a las obras musicales no dramáticas, es el párrafo 3) del artículo 9 del Convenio de Berna (1886), que otorgó el trato nacional a los autores de tales obras no publicadas (y de las obras publicadas, si en la portada se indicaba una prohibición de la representación o ejecución). El proyecto de Convenio, adoptado en una conferencia organizada en 1883 por la Asociación Literaria Internacional, en Berna, contenía la siguiente disposición:

"Artículo 5: Los autores que sean nacionales de uno de los Estados Contratantes gozarán, en todos los demás Estados de la Unión, del derecho exclusivo de traducción durante toda la vigencia de los derechos respecto de las obras originales.

Ese derecho incluirá los derechos de publicación y de representación o ejecución."^{1, 2}

4. El programa propuesto por el Consejo Federal de Suiza para la Conferencia Internacional para la Protección de los Derechos de los Autores, que se celebró en Berna del 8 al 19 de septiembre de 1884, contenía en su artículo 7 una disposición idéntica, con la salvedad de que se agregaba una propuesta alternativa referente al derecho de traducción.³ Se han encontrado deliberaciones sobre esa propuesta en los documentos de la tercera reunión de la Conferencia, en la que se debatió un cuestionario presentado por la delegación de Alemania. En el Anexo I de esta Nota se adjunta un pasaje de ese documento.⁴ La documentación de la Conferencia no contiene actas ni otras constancias del trabajo del Comité al que se hace referencia en el texto del Anexo I, salvo el informe de ese Comité, que fue presentado en la quinta reunión de la Conferencia. En la propuesta del Comité, la referencia del artículo 7 del programa a las representaciones o ejecuciones se había separado del contexto de la traducción, colocándolo separadamente en el proyecto de artículo 11. La parte pertinente de las actas de esa reunión, que se refiere a ese artículo y al proyecto de artículo 2, al que se hace referencia en el proyecto de artículo 11, se adjunta a la presente Nota como Anexo II.⁵ (No se incluye la reserva formulada por un delegado respecto del proyecto de artículo 6, pues se refiere únicamente a la cuestión de las formalidades de la protección.)

5. En la Segunda Conferencia Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, celebrada en Berna del 7 al 18 de septiembre de 1885, las discusiones se basaron en el proyecto elaborado para la Conferencia de 1884.⁶ En el Anexo III de esta Nota se adjunta el debate inicial de la Conferencia sobre los artículos 2 y 11.⁷ En el Anexo IV de esta Nota se adjuntan los

- 1) propuesta del Gobierno de Alemania y la Oficina Internacional, con notas²⁰ y un Anexo referente a los deseos manifestados por la Conferencia de París de 1896²¹;
- 2) deseos manifestados por diversos congresos y reuniones desde la adopción del Acta de 1896 del Convenio²²;
- 3) pasajes de las actas de la Conferencia referentes a la presentación de la propuesta del Gobierno de Alemania por el Profesor Dr. Osterrieth²³;
- 4) pasajes de las actas de la Conferencia referentes a una propuesta oral formulada por la delegación de Suiza²⁴;
- 5) pasajes de las actas de la Conferencia que contienen una observación de la delegación de Gran Bretaña relacionada con la adopción del artículo 11 propuesto por la Comisión.²⁵

11. El Protocolo Adicional de 1914 del Convenio fue firmado en Berna sin una conferencia de revisión. No supuso ninguna modificación del artículo 11 del Convenio.

12. El Acta de Roma del Convenio, adoptada en una Conferencia Diplomática celebrada del 2 de mayo al 10 de junio de 1928, no modificó el artículo 11 pero añadió el artículo 11*bis*, que trata del derecho de radiodifusión, y que tenía el siguiente texto:

"1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la comunicación de sus obras al público mediante la radiodifusión.

2) Las legislaciones de los países de la Unión establecerán las condiciones para el ejercicio del derecho mencionado en el párrafo precedente, pero el efecto de estas condiciones no tendrá más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente."

13. El Anexo X de esta Nota contiene el informe del Subcomité de Radiodifusión²⁶ y pasajes del Informe General del Comité de Redacción acerca del artículo 11*bis* (Relator: Sr. Edoardo Piola Caselli).²⁷ El Anexo XI de esta Nota contiene los siguientes pasajes de los documentos de la Conferencia que se refieren al artículo 11*bis* del Acta de Roma del Convenio, de 1928:

²⁰ Fuente: *Actes de la Conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908* (en adelante:

- 1) pasajes del Programa de la Conferencia que contienen la propuesta del Gobierno de Italia y la Oficina Internacional acerca del artículo 11 (respecto del cual no se proponían modificaciones) y el artículo 11*bis*²⁸;
- 2) observaciones del Gobierno de Alemania²⁹;
- 3) proyecto de artículo 11*bis* presentado por el Gobierno de Austria³⁰;
- 4) propuesta de modificación del artículo 11 presentada por el Gobierno de Gran Bretaña³¹;
- 5) proyecto de artículo 11*bis* presentado por el Gobierno de Francia³²;
- 6) propuesta de modificación del artículo 11*bis* presentada por el Gobierno de Hungría³³;
- 7) observaciones generales y observaciones acerca de los artículos 11 y 11*bis* presentadas por el Gobierno de los Países Bajos³⁴;
- 8) propuesta de modificación del artículo 11*bis* presentada por el Gobierno de Noruega³⁵;
- 9) observaciones del Gobierno de Suecia³⁶;
- 10) pasajes del resumen de las propuestas y la discusión, preparado por la Oficina de Berna, en relación con los artículos 11 y 11*bis*³⁷;
- 11) pasajes de las actas de la Conferencia acerca de la discusión y aprobación de los artículos 11 y 11*bis*.³⁸

14. El Acta de Bruselas del Convenio, adoptada en una Conferencia Diplomática que se celebró del 5 al 26 de junio de 1948, modificó el artículo 11, cuyos párrafos 1) y 2) se relacionan con la reproducción y ejecución de obras musicales. Esos párrafos tenían la siguiente redacción:

- "1) Los autores de obras dramática presentada por el Gobierno de las y la Tc3."141s6489.

pres

"3) Para gozar de la protección del presente artículo, los autores no estarán obligados, al publicar sus obras, a prohibir en ellas su representación o ejecución pública."

El Acta de Bruselas modificó también el artículo 11*bis* del Convenio. Los párrafos 1) y 2), que se refieren al derecho de radiodifusión, recibieron la siguiente redacción:

"1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar: i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

2) Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente."

15. El Anexo XII de esta Nota contiene:

- 1) pasajes del Informe General sobre los Trabajos de la Conferencia Diplomática de Bruselas para la Revisión del Convenio de Berna, presentado por el Sr. Marcel Plaisant, Relator General, acerca de los artículos 11 y 11*bis*, en los que se analizan también, a este respecto, las llamadas "pequeñas reservas"³⁹;
- 2) Informe del Subcomité de Radiodifusión e Instrumentos Mecánicos⁴⁰;
- 3) Informe del Subcomité sobre los artículos 11 y 11*ter*.⁴¹

El Anexo XIII de la presente Nota contiene los siguientes pasajes de los documentos de la Conferencia que se refieren a los artículos 11 y 11*bis* del Acta de Bruselas de 1948 del Convenio, incluyendo las deliberaciones acerca de las llamadas "pequeñas reservas":

- 1) pasajes de las actas de la Conferencia que contienen declaraciones formuladas al adoptarse los artículos 11 y 11*bis*⁴²;
- 2) pasajes de los documentos de la Conferencia que contienen, en la parte A, las propuestas del Gobierno de Bélgica y la Oficina de Berna; en la parte B, propuestas, contrapropuestas y observaciones formuladas por gobiernos de países miembros de la Unión de Berna; y en la parte C, un resumen de las deliberaciones y los resultados de

³⁹ Fuente:

la Conferencia en relación con el artículo 11, incluyendo las llamadas "pequeñas reservas", y el artículo 11*bis* del Convenio⁴³;

- 3) deseos manifestados por diversos congresos y reuniones entre 1927 y 1935 acerca del derecho de representación o ejecución pública y el derecho de radiodifusión⁴⁴;
- 4) deseos manifestados por diversos congresos y reuniones entre 1936 y 1948⁴⁵;
- 5) Memorándum de la Organización Internacional de Radiodifusión.⁴⁶

16. El Acta de Estocolmo del Convenio, aprobada en la Conferencia sobre Propiedad Intelectual de Estocolmo, que se celebró entre el 11 de junio y el 14 de julio de 1967, aprobó los artículos 11 y 4) deseos manifestados por diversos congresos y reuniones entre 1936 y 1948⁴⁵

17. La Conferencia Diplomática para la revisión del Convenio de Berna que tuvo lugar en París del 5 al 24 de julio de 1971 no modificó los artículos antes mencionados, y en consecuencia no se ha analizado a los efectos de esta nota la documentación de esa Conferencia. Ese análisis puede suministrarse si se solicita.

18. La solicitud formulada por S.E. la Sra. Carmen Luz Guarda acerca de los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna, así como las limitaciones que les son aplicables, se refiere también a "la demás información fáctica de que disponga la Oficina Internacional", y a "la evolución y la práctica ulteriores respecto de esas disposiciones que han mencionado las partes en la diferencia". Esta solicitud comprende un vasto volumen de materiales de los que no se dispone en forma sistemática e indizada. Cualquier selección de los materiales i. se dispone en forma sistemática e

- 2) observaciones del Gobierno de Austria a la Propuesta Básica⁶⁸;
- 3) observaciones del Gobierno de Bélgica a la Propuesta Básica⁶⁹;
- 4) observaciones del Gobierno de Checoslovaquia a la Propuesta Básica⁷⁰;
- 5) observaciones del Gobierno de Dinamarca a la Propuesta Básica⁷¹;
- 6) observaciones del Gobierno de Francia a la Propuesta Básica⁷²;
- 7) observaciones del Gobierno de la República Federal de Alemania a la Propuesta Básica⁷³;
- 8) observaciones del Gobierno de Irlanda a la Propuesta Básica⁷⁴;
- 9) observaciones del Gobierno de Israel a la Propuesta Básica⁷⁵;
- 10) observaciones del Gobierno de Italia a la Propuesta Básica⁷⁶;
- 11) observaciones del Gobierno del Japón a la Propuesta Básica⁷⁷;
- 12) observaciones del Gobierno de Portugal a la Propuesta Básica⁷⁸;
- 13) observaciones del Gobierno de Sudáfrica a la Propuesta Básica⁷⁹;
- 14) observaciones del Gobierno del Reino Unido a la Propuesta Básica⁸⁰;
- 15) observaciones del Gobierno de Luxemburgo a la Propuesta Básica⁸¹;
- 16) pasajes de un resumen de observaciones de los gobiernos preparado por la Oficina de la BIRPI, en lo que respecta al artículo 9⁸²;
- 17) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de Austria⁸³;
- 18) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno del Reino Unido⁸⁴;

⁶⁸ Fuente: *Records 1967*, página 611.

⁶⁹ Fuente: *Records 1967*, página 612.

⁷⁰ Fuente: *Records 1967*, página 613.

⁷¹ Fuente: *Records 1967*, página 615.

⁷² Fuente: *Records 1967*, página 615.

⁷³ Fuente: *Records 1967*, página 618.

⁷⁴ Fuente: *Records 1967*, página 620.

⁷⁵ Fuente: *Records 1967*, página 622.

⁷⁶ Fuente: *Records 1967*, página 623.

⁷⁷ Fuente: *Records 1967*, página 624.

⁷⁸ Fuente: *Records 1967*

- 19) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por los Gobiernos de Checoslovaquia, Hungría y Polonia ⁸⁵;
- 20) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de Grecia ⁸⁶;
- 21) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de Mónaco ⁸⁷;
- 22) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de República Federal de Alemania ⁸⁸;
- 23) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de Francia ⁸⁹;
- 24) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por los Gobiernos de Austria, Italia y Marruecos ⁹⁰;
- 25) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de la India ⁹¹;
- 26) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de Rumania ⁹²;
- 27) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno del Japón ⁹³;
- 28) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de los Países Bajos ⁹⁴;
- 29) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de la India ⁹⁵;
- 30) enmienda de la Propuesta Básica propuesta por el Grupo de Trabajo de la Comisión Principal I ⁹⁶;
- 31) texto establecido por el Comité de Redacción ⁹⁷;
- 32) nuevo texto preparado por la Secretaría para el Comité de Redacción ⁹⁸;
- 33) Informe del Comité de Redacción a la Comisión Principal I ⁹⁹;
- 34) texto definitivo presentado a la Comisión Principal I por el Comité de Redacción ¹⁰⁰;

⁸⁵ Fuente: *Records 1967*, página 688.

⁸⁶ Fuente: *Records 1967*, página 689.

⁸⁷ Fuente: *Records 1967*, página 690.

⁸⁸ Fuente: *Records 1967*, página 690.

⁸⁹ Fuente: *Records 1967*, página 690.

⁹⁰ Fuente: *Records 1967*, página 690.

⁹¹ Fuente: *Records 1967*, páginas 690 y siguientes.

⁹² Fuente: *Records 1967*, página 691.

⁹³ Fuente: *Records 1967*, página 691.

⁹⁴ Fuente: *Records 1967*, página 691.

⁹⁵ Fuente: *Records 1967*, página 692.

⁹⁶ Fuente: *Records 1967*, página 696.

⁹⁷ Fuente: *Records 1967*, página 709.

⁹⁸ Fuente: *Records 1967*, página 720.

⁹⁹ Fuente: *Records 1967*, página 726.

¹⁰⁰ Fuente: *Records 1967*, página 734.

